

Tesi di dottorato

Il default dello Stato nel debito privato ed il diritto internazionale.



Università degli studi di Napoli “*Federico II*”

Dipartimento di Scienze Internazionalistiche e di Studi sul Sistema Politico
ed Istituzionale Europeo

Dottorato di ricerca in diritto internazionale

Ciclo XIX

Dottorando:
Dott. Matteo Bordoni

Coordinatore del Corso:
Chiar.mo Prof. Massimo Iovane
Tutor:
Chiar.mo Prof. Massimo Iovane

INDICE

Capitolo primo

La responsabilità internazionale dello Stato per l'inadempimento del debito privato.

1.- Il servizio del debito estero statale. Individuazione del campo di indagine.	p. 1
2.- Le diverse forme di “ <i>International borrowing</i> ”.	p. 4
3.- Le diverse forme di inadempimento dello Stato.	p. 8
4.- I limiti posti dal diritto internazionale generale all'esercizio della sovranità economica degli Stati.	p. 12
4.1.- Il divieto di espropriazione indiretta.	p. 13
4.1.1. Prassi internazionale rilevante.	p. 20
4.2.- Condotta arbitraria ed abuso di diritto dello Stato inadempiente.	p. 23
4.3.- Diniego di giustizia.	p. 27
5.- I limiti posti dal diritto pattizio all'esercizio della sovranità economica degli Stati: gli accordi in materia di promozione e protezione degli investimenti.	p. 29
6.- I tentativi di codificazione delle norme sulla responsabilità internazionale dello Stato per l'inadempimento del debito privato.	p. 38
7.- Breve disamina dei principali orientamenti della dottrina in materia.	p. 43
8.- Considerazioni critiche sulla portata degli obblighi internazionali primari degli Stati in materia di debito assunto nei confronti dei privati.	p. 48
9.- Le esimenti della illiceità internazionale della condotta dello Stato inadempiente: lo stato di necessità.	p. 51
9.1.- Struttura della regola.	p. 51
9.2.- Prassi internazionale in materia di necessità economica.	p. 56
9.3. - Effetti della norma consuetudinaria sullo stato di necessità nei rapporti tra Stato debitore e privati: la prassi tedesca.	p. 66
9.4.- Effetti della norma secondaria sullo stato di necessità e conseguenze dell'illecito giustificato.	p. 73
9.5.- Ulteriori considerazioni critiche.	p. 74
9.6.- Rilievo della necessità, intesa come circostanza di fatto, nei rapporti tra Stati debitori e privati creditori.	p. 75

Capitolo secondo

Le difese invocabili dallo Stato debitore nei giudizi interni, instaurati dai privati creditori.

- 1.- Premessa. Il prevalente rilievo interno dell'inadempimento statale nel debito privato. p. 78
- 2.- Le principali difese a disposizione dello Stato inadempiente: la norma di diritto internazionale generale sulla immunità dalla giurisdizione civile dello Stato estero. p. 79
- 2.1.- La dibattuta natura della attività di prestito internazionale. p. 83
- 2.2.- Problemi di qualificazione dell'attività statale dovuti alla pluralità di atti rilevanti dello Stato inadempiente. p. 84
- 2.3.- L'immunità dalla esecuzione dei beni dello Stato inadempiente. p. 88
- 2.3.1.- Autonomia della regola rispetto alla immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile. p. 89
- 2.3.2.- La difficile applicazione della teoria della immunità ristretta e le principali eccezioni alla regola previste dalle fonti rilevanti. p. 90
- 2.3.2.1.- I beni destinati all'esercizio di una attività commerciale. La questione del "*nexus requirement*". p. 93
- 2.3.2.2.- La rinuncia alla immunità e la sovrapposizione della regola alla disciplina delle immunità diplomatiche. p. 96
- 2.4.- Le difficoltà applicative delle norme della immunità dalla giurisdizione e dalla esecuzione alla prova dei fatti: la vicenda dei bond argentini. p. 98
- 2.4.1.- Le pronunce italiane che dichiarano l'improponibilità dei ricorsi per sequestro conservativo sui beni della Repubblica argentina. p. 100
- 2.4.2.- L'applicazione della norma operata dai giudici italiani: rilievi critici. p. 107
- 2.4.3.- Il criterio utilizzato ai fini della qualificazione dell'attività statale considerata. p. 109
- 2.4.4.- L'ordinanza n. 11225/05 della Corte di Cassazione, confermativa dell'orientamento giurisprudenziale precedentemente emerso. p. 111
- 2.4.5.- Gli aspetti problematici relativi all'immunità cautelare ed esecutiva dello Stato. p. 113
- 2.4.6.- Il diverso orientamento in materia del giudice straniero: in particolare, la giurisprudenza statunitense. p. 116
- 2.4.7.- Ulteriori considerazioni critiche sull'immunità dalla giurisdizione civile. p. 120

2.4.8.- Ulteriori considerazioni critiche sulla immunità dalla esecuzione.	p. 123
3.- La dottrina dell' "Act of State".	p. 124
3.1.- Il contenuto della regola.	p. 125
3.2.- L'applicazione della dottrina alle operazioni di prestito internazionale: il caso <i>Allied Bank Ltd v. Banco Credito Agricola de Cartago</i> .	p. 127
4.- L' <i>International Comity</i> .	p. 131
4.1. Considerazioni critiche. La limitata invocabilità dell' <i>International Comity</i> favorisce le strategie di <i>opting-out</i> .	p. 136
5.- Gli effetti della norma sullo stato di necessità di diritto internazionale: rinvio.	p. 138
6.- La discussa applicabilità dell'art. VIII, sez. 2 (b) dell'Accordo istitutivo del Fondo monetario internazionale.	p. 138
6.1.- Indagine della prassi.	p. 139

Capitolo terzo

La soluzione delle controversie tra Stato debitore e privati creditori.

1.- Premessa.	p. 142
1.1.- La soluzione delle controversie secondo il diritto internazionale classico.	p. 143
1.1.1.- L'uso della forza armata.	p. 143
1.1.2.- Il ricorso alla protezione diplomatica.	p. 145
1.1.3.- Indagine della prassi.	p. 146
1.1.4.- L'evoluzione della protezione diplomatica alla luce delle disposizioni del Progetto di articoli. Indagine della prassi più recente.	p. 148
2.- Dal diritto internazionale della coesistenza al diritto internazionale della cooperazione. La soluzione delle crisi debitorie e finanziarie dopo la fine della seconda guerra mondiale.	p. 153
2.1.- Il Ruolo del Fondo monetario internazionale nella prevenzione e nella gestione delle crisi finanziarie e nella ristrutturazione del debito privato.	p. 158
2.1.1.- Brevi considerazioni circa l'evoluzione delle funzioni del Fondo monetario internazionale.	p. 158
2.2.- La competenza del Fondo monetario internazionale relativamente al debito privato degli Stati.	p. 161
2.2.1.- Il c.d. <i>Seal of Approval</i> del F.M.I.	p. 162
2.2.2.- L'assistenza finanziaria del Fondo.	p. 164

2.2.3.- La funzione di sorveglianza del F.M.I.	p. 170
2.2.4.- L'assistenza tecnica del Fondo monetario nella gestione delle crisi debitorie.	p. 171
2.3.5.- Il ruolo svolto dal F.M.I. nella gestione della crisi argentina.	p. 171
2.4.- Rinegoziazione del debito privato, prevenzione e soluzione delle crisi : uno <i>Statutory Approach</i> o un <i>Market Based Approach</i> ?	p. 174
2.5.- Ulteriori rilievi critici sul ruolo del Fondo nella soluzione delle crisi debitorie.	p. 176
3.- Le riunioni del Vertice G7/G8 e la soluzione delle crisi finanziarie.	p. 177
3.1.- Natura e <i>membership</i> del Vertice G7/G8.	p. 177
3.2.- Indagine della prassi.	p. 180
3.3.- Il ruolo certificativo e di indirizzo delle riunioni del Vertice G7/G8.	p. 184
4.- La rinegoziazione del debito privato. Le principali clausole predisposte al fine di assicurare la parità di trattamento dei creditori.	p. 185
4.1.- La clausola <i>pari passu</i> .	p. 186
4.2.- La clausola <i>negative pledge</i> .	p. 188
4.3.- La <i>sharing clause</i> .	p. 188
4.4.- Il Club di Londra.	p. 189
5.- Rilievi critici circa l'utilizzabilità degli arbitrati ICSID.	p. 190

Conclusioni

ABBREVIAZIONI

<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur.</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>F.M.I.</i>	Fondo monetario internazionale
<i>G.U.</i>	Gazzetta ufficiale
<i>G.U.C.E.</i>	Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
<i>Foro it.</i>	Il foro italiano
<i>I.C.J.</i>	International Court of Justice
<i>I.C.S.I.D.</i>	International Centre for the Settlement of the Investment Disputes
<i>P.C.I.J.</i>	Permanent Court of International Justice
<i>Recueil des Cours</i>	Recueil des Cours de l'Académie de droit International De La Haye
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale

Capitolo primo

La responsabilità internazionale dello Stato per l'inadempimento del debito privato.

Indice: 1.- Il servizio del debito estero statale. Individuazione del campo di indagine. 2.- Le diverse forme di "International borrowing". 3.- Le diverse forme di inadempimento dello Stato. 4.- I limiti posti dal diritto internazionale generale all'esercizio della sovranità economica degli Stati 4.1.- Il divieto di espropriazione indiretta. 4.1.1.- Prassi internazionale rilevante. 4.2.- Condotta arbitraria ed abuso di diritto dello Stato inadempiente. 4.3.- Diniego di giustizia. 5.- I limiti posti dal diritto pattizio all'esercizio della sovranità economica degli Stati: gli accordi in materia di promozione e protezione degli investimenti. 6.- I tentativi di codificazione delle norme sulla responsabilità internazionale dello Stato per l'inadempimento del debito privato. 7. - Breve disamina dei principali orientamenti della dottrina in materia. 8.- Considerazioni critiche sulla portata degli obblighi internazionali primari degli Stati in materia di debito assunto nei confronti dei privati. 9.- Le esimenti della illiceità internazionale della condotta dello Stato inadempiente: lo stato di necessità. 9.1.- Struttura della regola. 9.2.- Prassi internazionale in materia di necessità economica. 9.3.- Effetti della norma consuetudinaria sullo stato di necessità nei rapporti tra Stato debitore e privati: la prassi tedesca. 9.4.- Effetti della norma secondaria sullo stato di necessità e conseguenze dell'illecito giustificato. 9.5.- Ulteriori considerazioni critiche. 9.6.- Rilievo della necessità, intesa come circostanza di fatto, nei rapporti tra Stati debitori e privati creditori.

1. Il Servizio del debito estero statale. Individuazione del campo di indagine.

Gli Stati hanno tradizionalmente reperito all'estero - assumendo delle obbligazioni pecuniarie- una parte dei capitali necessari per finanziare il complesso di attività inerenti all'esercizio della propria sovranità.

Il debito estero sovrano (*external debt*)¹, ovvero il debito contratto dalla Stato o dalle sue emanazioni in moneta straniera, può essere distinto in due componenti aventi natura e regime diversi: il debito pubblico ed il debito privato.

Per debito pubblico si intendono le obbligazioni pecuniarie assunte dalla Stato nei confronti di uno o più Stati o Organizzazioni internazionali, attraverso la conclusione di un trattato internazionale; in tale nozione vengono fatte rientrare anche altre tipologie molto eterogenee di obbligazione pecuniaria quali i debiti di guerra, le somme versate a titolo di risarcimento quale conseguenza di un illecito internazionale, le somme corrisposte a titolo di compensazione in caso di nazionalizzazione o espropriazione dei beni appartenenti allo straniero (in queste ultime ipotesi, come noto, la fonte dell'obbligo statale di pagamento può anche essere una norma di diritto internazionale generale).

Il c.d. debito privato è, invece, il debito contratto dalla Stato con soggetti (banche e/o privati individui) appartenenti al settore privato, attraverso tecniche giuridiche anche molto differenti

¹ Per una definizione di debito estero, cfr. CARREAU, *Rapport du directeur d'études de la section de langue française du centre*, in *La dette extérieure* (a cura di Carreau e Shaw), Dordrecht, 1995, p. 4 ss.; FOLZ, *State Debts*, in *Encyclopedia of Public Int. Law*, Amsterdam, 1992, p. 484 ss.; HAHN, *Foreign Debts* in *Encyclopedia of Public Int. Law*, Amsterdam, 1992, p. 240 ss.

evolutesi nel corso del tempo; il contenuto di tali obbligazioni viene regolato dalla autonomia della parti nel rispetto dei limiti posti dalla legge nazionale applicabile, individuata contrattualmente o in base alle norme di diritto internazionale privato².

Nell'ambito dello studio del c.d. debito privato contratto sul mercato internazionale dei capitali, il presente lavoro intende analizzare e ricostruire le conseguenze giuridiche derivanti dalla modificazione delle originarie condizioni del servizio del debito, pattuite contrattualmente con i creditori stranieri, operata unilateralmente dalla Stato debitore: la c.d. insolvenza o *default* o inadempimento di Stato.³

Nel presente lavoro, tali termini verranno utilizzati indifferentemente. La distinzione tra inadempimento ed insolvenza assume nell'ordinamento internazionale una connotazione meramente quantitativa anche in ragione del fatto che le peculiari conseguenze dell'insolvenza del debitore previste dagli ordinamenti interni – il sequestro del patrimonio del fallito, la formazione della massa fallimentare attraverso la realizzazione dei crediti e la conclusiva ripartizione del residuo secondo l'ordine dei privilegi – non sembrano suscettibili di esser applicate in via analogica alle vicende inerenti ad uno Stato.

Al momento, infatti, non esiste una struttura sovranazionale competente a gestire una tanto complessa procedura e gli Stati si sono dimostrati alquanto restii ad istituirla, consci del fatto che essa comporterebbe una notevole limitazione delle rispettive sovranità.

Molto spesso, come risulterà dalla analisi della prassi, la modificazione o addirittura il ripudio delle obbligazioni pecuniarie statali è l'effetto dell'adozione di provvedimenti legislativi o amministrativi (moratorie dei debiti, modificazioni dei tassi di cambio, introduzione di controlli alla esportazione di valuta straniera) i quali vengono giustificati dagli Stati debitori con la necessità di perseguire politiche generali volte a tutelare alcuni interessi essenziali dei cittadini come la sopravvivenza economica e la salute.

L'inadempimento statale, consistente nella incapacità o nella non volontà di uno Stato debitore di corrispondere al privato creditore gli interessi o il capitale dovuto alla data contrattualmente stabilita, costituisce un fatto avente una diversa rilevanza per l'ordinamento nazionale e per l'ordinamento internazionale.⁴

² A seconda del lasso temporale intercorrente tra l'emissione e la restituzione del capitale, i debiti statali vengono anche distinti in debiti a lungo termine o a medio e lungo termine. Cfr. FOLZ, *State Debts*, cit., p. 484.

³ Cfr. WOOD, *Project Finance, Subordinated Debt and State Loans*, London, 1995, p. 146 ss.; BORCHARD, WYNNE, *State insolvency and Foreign Bondholders*, New Haven, 1951, p. 115 ss.

⁴ Sulla possibile diversa valenza giuridica di un fatto, se considerato dal punto di vista dell'ordinamento interno e dell'ordinamento internazionale, al fine di evidenziare il carattere dello Stato quale ente presupposto dell'ordinamento internazionale, cfr. AGO, *Le délit*, in *Recueil des cours*, vol. 2, 1939, pp. 463-464 e PALMISANO, *Colpa dell'organo e colpa dello Stato*, in *Comunicazioni e studi*, 1992, p. 645. Sulla diversa rilevanza del fatto giuridico illecito, in base agli effetti che ciascun ordinamento vi ricollega, cfr. PERASSI, *Scritti giuridici*, Milano, 1958, p. 49.

Le operazioni di prestito internazionale, infatti, coinvolgono lo Stato nella sua veste di operatore economico di diritto interno e sono pertanto regolate dalla legge statale individuata *ex contractu* o determinabile in base alle norme di internazionale privato.

Tale considerazione, unitamente alla circostanza che i privati prestatori non sono soggetti dell'ordinamento internazionale, non declassa necessariamente i rapporti giuridici tra Stati e privati a meri fatti dell'ordinamento internazionale.

Ciò sia perché l'attività economica dei privati viene sempre più spesso valutata come giuridicamente rilevante nell'ordinamento internazionale⁵ e soprattutto perché lo Stato, inteso questa volta come persona giuridica internazionale, resta vincolato al rispetto degli obblighi previsti dal diritto internazionale generale qualora tali norme –in presenza di specifiche circostanze- siano idonee a regolarne la condotta anche qualora esso agisca sul mercato per reperire il capitale necessario a finanziare il proprio bilancio.

Nel presente capitolo, dopo aver illustrato le differenti forme giuridiche attraverso cui uno Stato può contrarre debito sui mercati finanziari internazionali (*international borrowing*), si intende verificare se ed in quali circostanze il *default*, oltre a determinare una responsabilità -contrattuale o extracontrattuale- di diritto interno azionabile innanzi al giudice nazionale competente, possa assumere una rilevanza anche nell'ordinamento internazionale determinando la responsabilità dello Stato debitore.

Tale indagine comporta una analisi delle circostanze per le quali l'attività statale di reperimento dei capitali dal settore privato ed il successivo inadempimento possano rilevare anche per l'ordinamento internazionale ed, in secondo luogo, implica l'individuazione del contenuto e della portata degli obblighi di diritto internazionale in grado di incidere, in senso limitativo, sulla libertà dello Stato di perseguire i propri interessi economici generali, attraverso l'esercizio della propria sovranità monetaria o mediante la semplice modificazione delle condizioni e dei termini dei contratti precedentemente stipulati.

Aldilà delle peculiari caratteristiche che verranno di seguito illustrate, le operazioni di prestito internazionali possono essere ricondotte alla più ampia categoria dei c.d. *contratti internazionali* conclusi tra uno Stato ed una persona straniera; al fine di ricostruire la disciplina della responsabilità internazionale dello Stato per inadempimento (c.d. *responsibility for non performance of a contract*), le peculiari caratteristiche tecnico giuridiche delle relazioni contrattuali

⁵ Nell'attuale assetto macroeconomico, infatti, la crescente importanza del settore privato ha consentito alle forze economiche private di "egemonizzare" e "gestire" in proprio interi settori delle relazioni economiche internazionali. Tale predominio di carattere economico si è ben presto tradotto nella possibilità di influenzare – attraverso la prassi contrattuale privatistica- la stessa attività normativa statale (si veda, per esempio, il possibile ruolo delle c.d. società transnazionali). Cfr. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2007, p. 113; PICONE, SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1994, p. 104.

(contratti di vendita e di appalto internazionale, concessioni internazionali, contratti di lavoro) alle quali uno Stato partecipi in qualità di contraente hanno una scarsa rilevanza⁶.

2. Le diverse forme di “*International Borrowing*”.

Pur avendo dei precedenti storici molto risalenti – basti pensare ai prestiti concessi dalla banca fiorentina dei Peruzzi al re Edoardo III di Inghilterra⁷ – l’*international lending* ha raggiunto un grado di complessità e raffinatezza giuridica assimilabile alla attuale nel 1800, con la nascita del mercato internazionale dei capitali di Londra.

Quando uno Stato intenda reperire denaro dal settore privato, attraverso l’emissione di un titolo obbligazionario, dispone di due alternative:

1. l’offerta al pubblico di una emissione obbligazionaria sul mercato interno;
2. l’emissione, attraverso una complessa transazione finanziaria, di un titolo sul mercato internazionale dei capitali.

Nel periodo compreso tra il 1960 e la metà degli anni ottanta, le principali banche commerciali – riunite in strutture consortili denominate sindacati, avevano mutuato ai P.V.S. ingenti somme di denaro provenienti dagli investimenti dei Paesi produttori di petrolio⁸.

Le gravi crisi debitorie degli anni ’80 che coinvolsero il Messico, il Brasile, l’Argentina, la Bolivia ed il Venezuela colsero impreparate le banche che non possedevano le riserve necessarie per sostenere la crisi di liquidità generata dal mancato rientro dei capitali mutuati.

Tale esperienza drammatica, che costrinse le banche commerciali a rinegoziare il debito privato con gli Stati insolventi per non compromettere il recupero dell’intero ammontare del capitale investito, ha determinato, sin dalla fine degli anni ’90, il mutamento delle modalità e degli attori delle operazioni di prestito ai P.V.S.

Nell’attuale sistema, le banche commerciali hanno notevolmente ridotto la propria esposizione debitoria collocando sul mercato secondario una parte dei titoli emessi dagli Stati - il mercato dei

⁶ In questo senso. GARCIA AMADOR, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Alien*, Leiden, 1974, p. 44; MC LEAN, *Legal Aspects of External Debt*, in *Recueil des cours*, vol. 2, 1989, p. 57; MANN, *State Contracts and International Responsibility*, in *American Journal of Int. Law*, 1960, p. 572; SACERDOTI, *Contratti tra uno Stato e una persona straniera*, in *Enc. giur.*, vol. 9, pp. 1-10; VAN HECKE, *Problèmes Juridiques des Emprunts Internationaux*², Brill, 1964, p. 17 ss.

⁷ Le somme non vennero mai restituite causando nel 1345, il fallimento della banca fiorentina.

⁸ A causa della recessione di inizio anni ’70, l’apertura di crediti ad un elevato tasso di interesse in favore di alcuni P.V.S. le cui economie sembravano in buona salute, aveva reso l’investimento molto attraente per le banche commerciali statunitensi. Queste condizioni vennero meno all’inizio degli anni ’80 quando la necessità dei P.V.S. di acquistare petrolio costrinse questi ultimi ad aumentare il ricorso al prestito privato e la contemporanea riduzione dei prezzi delle materie prime e la diminuzione dei proventi delle esportazioni, con i quali i P.V.S. dell’America Latina sostenevano il proprio debito, rese impossibile il pagamento degli interessi dovuti nei termini originariamente pattuiti. Nel 1982, il Messico dichiarò di essere in *default*.

titoli già collocati fra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali - in modo tale da ripartire il rischio dell'eventuale *default* tra un numero indeterminato di investitori privati.

Secondo la prassi bancaria, lo Stato emittente (*borrower*) si avvale dell'ausilio di una o più banche commerciali (*arrangers*) competenti a gestire l'attività di emissione e a raccogliere l'adesione di un prefissato gruppo di operatori finanziari.

L'attività di emissione avviene in due fasi: il collocamento del debito e la sindacazione.

Nella prima fase, attraverso il c.d. *underwriting*, la banca *organizer* assume l'obbligo contrattuale di collocare - quale mandatario dell'emittente- alcune serie di *securities* in conformità al regolamento di emissione (*Prospectus*).

Il *Prospectus*, approvato dall'emittente prima del conferimento del mandato, contiene la disciplina giuridica del titolo: la legge applicabile, i termini e le modalità di pagamento del capitale e degli interessi, gli organi giurisdizionali competenti a dirimere le eventuali controversie, le ipotesi di riconoscimento allo Stato emittente della immunità dalla giurisdizione e dalla esecuzione.

Nella seconda fase, le banche *underwriters* invitano una pluralità di aziende di credito a partecipare pro-quota all'operazione, condividendone il rischio; i titoli vengono poi collocati, dalle banche agenti quali intermediari finanziari, sul mercato secondario o sui mercati interni.

Per ciò che riguarda l'esecuzione delle disposizioni contrattuali, l'emittente si avvale dell'operato del c.d. *Fiscal Agent* o *Paying Agent* i cui obblighi – disciplinati in appositi *Fiscal Agency Agreements* – consistono nel compimento di tutte le funzioni connesse con il servizio, prima fra tutte il pagamento degli interessi dovuti agli investitori⁹.

A partire dagli anni '80 e '90, il 50% del debito privato dei P.V.S. di media grandezza è stato reperito sul mercato secondario dei capitali, cresciuto nelle dimensioni e caratterizzato da una notevole differenziazione nelle caratteristiche dei titoli offerti (*bonds, swap, equity, derivati*).

I mercati *eurobond* e *globalbond* sono i mercati secondari dei capitali più importanti¹⁰.

I c.d. *eurobonds* sono dei titoli emessi da Stati o grandi imprese, denominati in divisa straniera e venduti sul mercato internazionale da un gruppo di banche organizzate in sindacato rispetto ai quali l'emittente assume l'obbligo di restituire il capitale mutuato alla c.d. *maturity date* e di corrispondere periodicamente gli interessi in favore dei possessori dei titoli.

Gli *eurobonds* sono titoli a medio e lungo termine, pagabili generalmente al portatore, il cui rendimento può essere a tasso variabile o a tasso fisso; essi possono essere emessi anche attraverso i c.d. "*Medium Term Note Programs*" che consentono di effettuare nel corso del tempo più emissioni,

⁹ Nel sistema anglosassone, tale operazione commerciale viene realizzata attraverso lo strumento del *trust*: la titolarità dei rapporti giuridici inerenti ai titoli emessi, nonché l'obbligo di amministrarli e gestirli, vengono trasferiti al *Fiscal Agent* o all'*Arranger (trustee)* che li amministra per conto degli investitori (beneficiari) secondo la disciplina prevista in un apposito contratto (c.d. *Trust deed*).

¹⁰V. SCOTT, WELLONS, *International Finance*¹², New York, 2005, p. 653 ss.

regolate da un unico regolamento e possono essere venduti prima della *maturity date* nelle borse internazionali in cui vengono quotati (ad es. presso il *London Stock Exchange* o il *Luxemburg Stock Exchange*).

A differenza degli *eurobonds*, i *global bonds* sono dei titoli di Stato denominati in valute estere e collocati contemporaneamente su più mercati internazionali: il *Global bond* italiano è quotato a Londra, Singapore e Hong Kong, è registrato presso la *Securities and Exchange Commission* statunitense (S.E.C.) ed è liquidato attraverso la *Depository Trust Company* oltre che da Euroclear e Cedel¹¹.

Tra le diverse tipologie di titoli obbligazionari, i *debt swap* e gli *equity swap* vengono ampiamente utilizzati dai Paesi in via di sviluppo: i primi vengono emessi in sostituzione di altre obbligazioni precedentemente emesse da uno Stato e prevedono un termine di maturità dilazionato o un tasso di interesse ridotto rispetto ai titoli originali; in virtù di questa caratteristica tali emissioni hanno permesso agli Stati debitori di ridurre l'entità del debito esterno originariamente contratto.¹²

I c.d. *Brady bonds*, ad esempio, prendono il proprio nome dal Segretario del tesoro statunitense *Nicholas Brady* il quale, alla fine del 1989, elaborò un programma diretto a ridurre l'esposizione debitoria dei P.V.S.¹³; l'emissione di questa tipologia di titoli ha consentito a molti paesi in via di sviluppo di ridurre notevolmente il proprio debito privato (nel 1994 i paesi in via di sviluppo avevano convertito in *Brady bonds* più di 190 miliardi di dollari del proprio debito privato)¹⁴.

Si tratta di *bonds* denominati in dollari, a medio o lungo termine, pagabili al portatore ed aventi un tasso di interesse fisso o variabile a seconda della emissione.

Il pagamento del capitale investito viene collateralizzato attraverso i c.d. *zero coupon bonds* del Tesoro statunitense: in caso di *default* dei *Brady bonds*, cioè, i titoli vengono automaticamente convertiti in *zero coupons bonds* in modo da assicurare il pagamento della somma indicata in questi ultimi strumenti finanziari.

¹¹ Cfr. GABRIELLI, DE BRUNO, *Capire la finanza*, Milano, 2005, p. 403 ss.

¹² Cfr. WOOD., cit., p. 167 ss.

¹³ Tale piano prevedeva un intervento coordinato delle banche commerciali, del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale. A differenza del Piano del Segretario del tesoro statunitense *Baker* del 1982 che prevedeva una politica di lotta all'indebitamento dei P.V.S. basata sulla concessione di nuovi crediti, il Piano *Brady* pose l'accento sulla necessità di ridurre l'esposizione degli Stati poveri nei confronti delle banche commerciali. Tale riduzione sarebbe dovuta avvenire secondo tre modalità: la cancellazione del 35% dei debiti, la riduzione degli interessi dal 10% al 6,25%, l'erogazione di nuovi prestiti. La riduzione del debito doveva avvenire attraverso il meccanismo della conversione: le banche avrebbero ceduto sul mercato secondario, ad un valore scontato, i loro crediti nei confronti dei P.V.S. o, in alternativa, avrebbero trasferito una parte dei propri crediti alla Banca mondiale. Il F.M.I. avrebbe dovuto sostenere lo sforzo dei P.V.S. di riduzione della propria esposizione concedendo loro assistenza finanziaria e prestando una garanzia alle banche commerciali circa il pagamento, da parte dei paesi debitori, degli interessi dovuti. Cfr. COLOSIMO, *Il debito estero dei P.V.S.*, Padova, 1991, p. 32 ss.

¹⁴ MCFETRIDGE, *Multilateralism v. Unilateralism in the Sovereign Debt Restructuring Context: Will Either Approach Prevent Default*, in *Law and Business Review of the Americas*, 2005, p. 239 ss.

La conversione di titoli obbligazionari in *Brady bonds* comporta che i creditori ripartiscano la perdita subita in proporzione alla quota di debito detenuta (*pro rata sharing*); al momento della conversione, inoltre, lo Stato emittente deve assumere l'impegno di non ridurre, attraverso atti di disposizione in favore di altri gruppi di creditori, le garanzie costituite a beneficio degli acquirenti dei titoli originariamente emessi (*pari passu*).

I *Brady bonds* prevedono l'applicabilità della legge dello Stato di New York e condizionano la modifica dei termini della obbligazione (per es. l'ammontare degli interessi dovuti o la *maturity date*) al consenso unanime dei *bondholders*.

L'illusione che i *Brady Bonds* potessero essere la panacea per le crisi debitorie dei P.V.S. è, purtroppo, svanita nel 1996 quando il Messico, che era stato, nel 1990, il primo paese beneficiario della strategia Brady, è entrato in una grave crisi debitoria¹⁵.

I c.d. *debt for equity swap*, infine, attribuiscono al creditore di uno Stato la facoltà di convertire il proprio credito in un investimento diretto come la partecipazione azionaria in una società avente sede sul territorio dello Stato debitore o in una società statale privatizzata¹⁶.

In Italia, il d.lgs. n. 213 del 1998 prevede che gli strumenti finanziari – tra i quali le obbligazioni emesse dagli Stati destinate ad essere negoziate sui mercati regolamentati- devono essere immesse in regime di dematerializzazione (il supporto cartaceo, cioè, viene sostituito dalle sistema della c.d. scritturazione).

Gli strumenti finanziari emessi vengono trasferiti attraverso l'attività degli intermediari autorizzati - ciascuno dei quali chiede ad una società di gestione accentrata (per i titoli di Stato la Monte Titoli S.p.a.) di accendere un conto ove sia registrata la movimentazione degli strumenti.

Gli intermediari svolgono una funzione di deposito degli strumenti finanziari in amministrazione per conto del titolare e, qualora ne ricevano il mandato, ne esercitano i diritti quali il rilascio di certificazione non trasferibile, ove necessaria per l'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari, oppure la segnalazione all'emittente dei nominativi degli aventi diritto¹⁷.

¹⁵ Nel 1999, anche l'Ecuador, incapace di servire il servizio del debito, è stato costretto ad effettuare una *rinegoziazione* dei termini dei *Brady bonds* precedentemente emessi.

¹⁶ WOOD, *Project Finance, Subordinated Debt and State Loans*, cit., p. 167 ss.

¹⁷ V. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹¹, Bologna, 2004, p. 1204; COSTI, *Il mercato mobiliare*³, Padova, 2004, p. 235 ss.

3. Le diverse forme di inadempimento dello Stato.

Nella prassi, l'inadempimento statale consistente nell'omesso pagamento delle obbligazioni pecuniarie relative al c.d. debito estero si è manifestato in forme molto differenti.

Nella ipotesi meno complessa, l'inadempimento è l'effetto di una condotta omissiva statale consistente nel mancato pagamento degli interessi o del capitale dovuto al sopraggiungere della *maturity date*.

Un effetto analogo deriva dalla dichiarazione di ripudio del debito o dalla modifica dei termini e delle condizioni contrattuali originariamente predisposte.

In quest'ultimo caso, il *default* consiste alternativamente nella riduzione dei tassi di interesse corrisposti, nel differimento della data di pagamento del capitale e degli interessi, nella conversione della obbligazione originaria in altra avente condizioni meno favorevoli per il creditore (cfr., ad esempio, i *Brady bonds*), nella cessione dei crediti (*collateral*) costituiti a garanzia dell'obbligazione principale.

Il ripudio del debito, forma più grave di inadempimento, consiste nel disconoscimento del carattere obbligatorio delle obbligazioni pecuniarie¹⁸; nella prassi dell'ultimo secolo, i casi di ripudio statale del debito privato sono stati molto rari poiché il pericolo di perdere la fiducia dei mercati internazionali e, conseguentemente, di vedere pregiudicato l'afflusso di capitali esteri, ha costituito – specie secondo il modello dell'economia di mercato oggi prevalente- un fortissimo deterrente.

Molte ipotesi di ripudio sono seguite ad un mutamento rivoluzionario di governo: è il caso del ripudio da parte del nuovo governo messicano, nel 1822, del debito contratto dal re Massimiliano ma, soprattutto, delle celebri *repudiations* del debito russo del 1917 e del debito cubano del 1961.

In Unione sovietica, nel 1917, il nuovo governo – nell'ambito delle misure dirette ad introdurre un sistema economico comunista - aveva emanato un decreto di ripudio del debito estero contratto dal precedente regime zarista e corrispondente a circa 20 miliardi di dollari¹⁹.

A Cuba, dopo la rivoluzione castrista, il governo dichiarò, con una legge del 1961, che tutte le valute, emesse dal precedente regime e situate fuori dal proprio territorio, dovevano essere considerate prive di qualsiasi valore giuridico; la *Foreign Claims Settlement Commission* statunitense, nel caso "*In re Boyle*", statui che, in ragione di tale provvedimento, i cittadini

¹⁸ BORCHARD, WYNNE, cit., p. 129 ss.

¹⁹ V. BORCHARD, W. WYNNE, cit., p. 129 ss.; VITTA, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milano, 1953, p. 134. Tra le misure prese dal governo rivoluzionario, si ricorda il decreto n. 1 del novembre 1917 in ragione del quale erano state confiscate le proprietà terriere, il decreto n. 10 del dicembre 1917 che aveva istituito il monopolio di Stato dell'industria bancaria, il decreto n. 17 del 1918 che confiscava la proprietà delle compagnie di assicurazione.

statunitensi avevano subito una privazione di diritti patrimoniali, dal momento che Cuba aveva ottenuto di fatto la cancellazione di un corrispondente debito²⁰.

Le moratorie, consistenti nel differimento delle obbligazioni di pagamento statali o delle obbligazioni pecuniarie di alcune categorie di persone fisiche o giuridiche (generalmente i cittadini dello Stato ripudiante e le persone giuridiche aventi un collegamento stretto con esso) possono essere distinte in due categorie: le moratorie attuate attraverso un accordo (tra Stati o tra Stati e privati) e quelle che costituiscono l'effetto di un provvedimento amministrativo o legislativo adottato unilateralmente da un governo²¹.

L'istituto della moratoria era già previsto dal diritto romano (un editto imperiale, il c.d. *praescripta moratoria*, poteva autorizzare il differimento di un pagamento), mentre il diritto canonico di età medioevale riconosceva la facoltà statale di promanare una legge di indulto.

Poiché una dichiarazione unilaterale di sospensione dei pagamenti impedisce allo Stato debitore di adempiere nei termini pattuiti le obbligazioni assunte verso i creditori privati esteri, in genere, dopo aver dichiarato la moratoria, lo Stato inadempiente apre delle trattative con i creditori privati le quali si concludono con la c.d. rinegoziazione (*rescheduling agreement*) consistente nella individuazione di nuovi termini per l'adempimento del servizio del debito.

L'esigenza di dare un nuovo regolamento giuridico, attraverso un accordo di diritto privato, alle obbligazioni statuali prima semplicemente differite, nasce da esigenze politiche e di strategia economica: lo Stato, cioè, non vuole tenere alcuna condotta che potrebbe essere letta, specie dagli operatori dei mercati, come una implicita ammissione di incapacità di adempiere regolarmente e diligentemente.

Tra le manifestazioni più significative della prassi, la *Hoover Moratorium* del 1931 determinò la posposizione di un anno dell'intero debito esterno degli Stati Uniti e fu giustificata con il mutamento delle circostanze determinate dalla prima guerra mondiale²² mentre una legge della Germania nazista del 1933²³ disponeva la sospensione di tutti i pagamenti dovuti dai cittadini tedeschi ai creditori esteri in ragione di obbligazioni precedentemente contratte.

Un inadempimento statale, determinato da un moratoria unilaterale, si è verificato anche nelle crisi debitorie avvenute nel periodo compreso tra la fine degli anni '80 ad oggi. Nel febbraio del 1987, il governo brasiliano annunciò che avrebbe temporaneamente sospeso il pagamento di interessi dovuti sul debito privato per un ammontare di 67 miliardi di dollari e dispose il congelamento di linee di credito a breve termine (*short term credits*) per 15 miliardi di dollari e dei depositi bancari

²⁰ MANN, *Legal Aspect of Money*⁶, Oxford, 2005, p. 461.

²¹ RIEDEL, *Moratorium*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, Amsterdam, p. 409.

²² *ID.*, p. 410.

²³ Cfr. Reichsgesetzblatt (1933, I) p. 349 ss.

appartenenti a banche straniere²⁴; tale interruzione fu utilizzata dal Brasile per collocare una parte del proprio debito privato sul mercato secondario e per ridurre l'ammontare delle somme complessivamente dovute.

Durante la crisi finanziaria russa del 1998, il governo – contestualmente ad altri interventi quali l'adozione di misure di controllo dei tassi di cambio e la conversione dei titoli obbligazionari originariamente emessi con altri aventi condizioni più favorevoli- impose una sospensione di tre mesi del pagamento del servizio del debito estero nei confronti del settore privato.²⁵

Da ultimo, durante la crisi argentina del 2002, forse la più grave per dimensioni ed effetti della storia, l'allora presidente della Repubblica *Rodriguez Saà* dichiarò il parziale default dello Stato sudamericano rispetto al proprio debito estero²⁶.

A tale dichiarazione seguirono una serie di provvedimenti di estrema incidenza sui diritti patrimoniali dei privati come l'abbandono del regime di convertibilità a tasso fisso tra dollaro e *pesos* introdotto nel 1991, il congelamento dei depositi bancari e la conversione in *pesos* (“c.d. pesificazione”) del debito argentino²⁷.

Anche l'esercizio della potestà normativa statale nei settori delle politiche economiche e delle politiche valutarie (l'introduzione di misure restrittive dei trasferimenti dei capitali - *exchange control measures* - svalutazioni monetarie, l'introduzione di una tassazione all'origine sui titoli) è suscettibile di produrre un effetto modificativo se non addirittura confiscatorio sui diritti di credito dei privati.

L'adozione di misure dirette a regolare la possibilità di convertire la divisa nazionale in valuta straniera (*exchange control measures*) rientra tra le politiche valutarie dello Stato idonee a determinarne l'inadempimento.

Poiché i *bonds* di Stato sono generalmente emessi in una divisa straniera pagabile al di fuori dello Stato emittente, quest'ultimo, adottando una limitazione alla convertibilità della valuta nazionale in una divisa straniera (al fine di evitare, ad esempio, una fuga all'estero dei capitali) può rendere di fatto impossibile il puntuale pagamento degli interessi dovuti su un titolo precedentemente emesso.

Nel periodo compreso tra i due conflitti mondiali, l'adozione di restrizioni al trasferimento di capitali costituì una delle cause più frequenti di *default*: l'esigenza di percepire le somme investite

²⁴ BUCKLEY, *Why Are Developing Nations so Slow to Play the Default Card in Renegotiating their Sovereign Indebtedness?* in *Chicago Journal of Int. Law*, 2005, p. 345 ss.

²⁵ ID., p. 350 ss.

²⁶ V. PORZECANSKI, *From Rogue Creditors to Rogue Debtors: Implications of Argentina's Default*, in *Chicago Journal of Int. Law*, 2005, p. 311 ss.

²⁷ Sulla analisi degli aspetti rilevanti per il presente lavoro della vicenda argentina, v. Cap. 2, par. 2.4.

nella divisa pattuita indusse i creditori, spesso organizzati in comitati, a concludere accordi con lo Stato debitore²⁸.

Nel 1984, a causa di una legge adottata dal governo peruviano, il Banco popolare del Perù, banca commerciale interamente controllata dallo Stato sudamericano, si rese inadempiente nel pagamento della somma di 9 miliardi di dollari dovuta alla *Mellon Bank*.

Quest'ultima, cedette il proprio credito verso il Perù e la banca da esso controllata alla *Pravin Banker Associated* la quale, successivamente, esperì due azioni giudiziarie innanzi alla Corte distrettuale del distretto meridionale di New York per far valere l'inadempimento²⁹.

La svalutazione della divisa nazionale in cui il debito è espresso provoca un inadempimento il cui rischio viene assunto spontaneamente dai creditori; per ovviare agli effetti negativi di tale ipotesi ricorrente, i contratti di prestito internazionale, fin dall'origine del secolo, contengono clausole che consentono ai creditori di pretendere l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie in una o più valute diverse da quella dello Stato emittente o addirittura ad un valore che venga calcolato in base al prezzo dell'oro (c.d. clausola oro).

Specie nella prima metà del secolo, l'abolizione da parte dello Stato emittente della clausola oro, al fine di trarre beneficio dall'estinzione dell'obbligazione pecuniaria con una divisa svalutata, è stata causa di molte controversie internazionali portate all'attenzione della *Corte permanente di giustizia internazionale* e della *Corte internazionale di giustizia*; l'analisi di tali pronunce risulterà estremamente utile nel prosieguo di questo studio³⁰.

La violazione degli obblighi assunti dallo Stato debitore nelle operazioni di prestito internazionale assumono rilievo per l'ordinamento internazionale quando il rapporto giuridico di diritto interno venga "internazionalizzato" dalla violazione di una norma di diritto internazionale generale o di una disposizione pattizia rilevante.

La prossima sezione del presente studio avrà ad oggetto la questione di come la norma di diritto internazionale generale sul trattamento dello straniero e dei suoi beni incida sulla libertà dello Stato di modificare le obbligazioni assunte nei confronti dei privati attraverso l'adozione di una provvedimento legislativo o amministrativo.

²⁸ A titolo di esempio, si vedano l'accordo di *Roca Runciman* concluso nel 1933 tra Gran Bretagna ed Argentina oppure l'accordo franco - turco del 1936. In base a quest'ultimo accordo, il Governo turco, debitore nei confronti di *bondholders* francesi, si impegnò a pagare in *pounds* turchi le somme dovute all'*Ottoman Debt Council*, un comitato che rappresentava gli interessi dei creditori. Il *Council*, trasferì le somme pagate ad una società franco turca che si impegnò a vendere sul mercato francese minerali ed altri beni con i cui proventi soddisfare, finalmente, i creditori dello Stato. In tal modo il Governo turco aveva evitato di acquistare valuta straniera. BORCHARD, WYNNE, *State Insolvency and Foreign Bondholders*, cit., p. 132 ss.

²⁹ POWER, *Sovereign Debt: the Rise of the Secondary Market and Its Implications for Future Restructurings*, in *Fordham Law Review*, 1996, p. 271 ss.

³⁰ V. par. 6, 7 e 8.

In materia, si è verificato un processo che ha condotto ad una differenziazione del portato della norma in ragione della qualità dei soggetti beneficiari (privati risparmiatori, società multinazionali, persone giuridiche) e della fattispecie materiale oggetto della norma³¹.

Accanto al generale rispetto dovuto al diritto di proprietà degli stranieri sui loro beni, ad esempio, un autonomo sviluppo ha interessato il settore degli investimenti anche in virtù della fitta rete di accordi bilaterali e multilaterali sviluppatasi nel corso degli ultimi decenni.

4. I limiti posti dal diritto internazionale generale all'esercizio della sovranità economica degli Stati.

La sovranità statale, configurata da alcuni autori come un vero e proprio diritto soggettivo avente fonte nel diritto internazionale³² e da altri quale mero presupposto fattuale della soggettività dello Stato³³, consiste nella libertà di quest'ultimo di spiegare un complesso di attività propria di tale ente dell'ordinamento internazionale.

Come chiarito dalla Corte Permanente di arbitrato nella controversia insorta tra Paesi Bassi e Stati Uniti d'America relativa all'isola di *Palmas*³⁴ “*nelle relazioni tra gli Stati, sovranità significa indipendenza. Indipendenza rispetto ad una porzione del globo ed al diritto di esercitarvi, ad esclusione di ogni altro, le funzioni proprie di uno Stato*”.

La sovranità statale non assume soltanto un contenuto meramente territoriale ma garantisce l'esplicarsi degli effetti tipici e caratteristici dell'esercizio dei poteri pubblici senza l'ingerenza da parte di altri in tale ambito³⁵.

Tra le forme tipiche di esercizio del pubblico potere rientra -senza alcun dubbio- l'adozione di atti normativi diretti a realizzare politiche economiche e monetarie; come confermato dalla Corte Permanente di Giustizia internazionale nella decisione relativa al *caso dei Prestiti serbi* “*esiste un principio generale di diritto per cui lo Stato ha pieno titolo per regolare la propria valuta*”³⁶.

Nello studio dell'inadempimento dello Stato verso i privati, il concetto di sovranità rileva nell'ottica descritta da Giuliano secondo cui, la complessiva e multiforme attività propria di ogni Stato possiede un valore eminentemente negativo: la sovranità statale, cioè, viene evocata -nella prassi- al

³¹ MANN, *State Contracts and International Responsibility*, in *American Journal of Int. Law*, 1960, p. 572 ss.; FRIGO, *I diritti patrimoniali dello straniero*, Milano, 2000, p. 13.

³² Cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1962, p. 400; MONACO, *Diritto internazionale pubblico*, Torino, 1971, p. 356 ss.

³³ In questo senso, GIULIANO, *Diritto internazionale*, vol. 1, Milano, 1983, p. 10.

³⁴ Corte Permanente di arbitrato, 4 aprile 1928, in *Nations Unies Recueil des sentences arbitrales*, vol. 2, p. 838 ss.

³⁵ Cfr. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 47.

³⁶ P.C.I.J., Serie A, N. 20-1, *Serbian Loans Case*, p. 44.

fine di discutere e precisare la portata delle limitazioni al suo esercizio, derivanti da regole internazionali pattizie e consuetudinarie³⁷.

L'interferenza di un atto normativo sul rapporto contrattuale tra Stato e privato ed il problema di una possibile responsabilità internazionale di quest'ultimo si rende ancor più possibile ove, in applicazione delle norme di diritto internazionale privato, sia applicabile la legge dello stesso Stato contraente.

Per tale motivo, al fine di sottrarsi al possibile esercizio del potere legislativo dello Stato contraente, i privati stipulano spesso delle clausole che prevedono l'applicazione del proprio diritto nazionale o la legge di Paesi, come gli Stati Uniti o il Regno Unito, i cui ordinamenti sono tradizionalmente più sensibili agli interessi degli investitori.

4.1. Divieto di espropriazione indiretta.

La sovranità statale trova una propria espressione anche nella facoltà di incidere sui diritti patrimoniali dello straniero; come noto, il diritto internazionale pubblico riconosce la liceità delle misure di tipo ablativo, adottate dagli Stati e volte a trasferire nella disponibilità pubblica situazioni giuridiche di contenuto patrimoniale facenti capo a soggetti stranieri³⁸.

Tali provvedimenti - la cui legittimità deriva anche dalla circostanza che il diritto di proprietà, pur essendo riconosciuto dalle principali convenzioni in materia di diritti dell'uomo³⁹, non può essere considerato un diritto essenziale ed inviolabile dell'individuo - comprendono qualsiasi misura idonea a determinare, direttamente o indirettamente, temporaneamente o definitivamente, una parziale o una totale limitazione di un diritto patrimoniale⁴⁰.

Se in dottrina risulta pacifico che gli interessi patrimoniali dei singoli, cittadini o stranieri che siano, possono essere limitati nel perseguimento di un interesse della comunità statale nel suo insieme, molto più dibattuta è l'individuazione dei confini di liceità dell'intervento statale e del c.d. *standard* di trattamento da riservare allo straniero.

In assenza di disposizioni convenzionali, infatti, esiste un contrasto tra i fautori del c.d. *standard nazionale di trattamento* che imporrebbe l'uguaglianza tra nazionali e stranieri e il cui contenuto verrebbe definito esclusivamente dal diritto interno dello Stato ospite (i Paesi in via di sviluppo) ed i sostenitori dell'esistenza di una norma che obbligherebbe lo Stato ospite a trattare gli stranieri

³⁷ GIULIANO, *Diritto internazionale*, cit., p. 12.

³⁸ Cfr., per tutti, CONFORTI, *Diritto internazionale*⁶, Napoli, 2002, p. 230.

³⁹ NASCIMBENE, *Straniero (condizione giuridica dello)*, in *Enc. giur.*, vol. 30, p. 4; GARCIA AMADOR, cit., p. 46.

⁴⁰ GARCIA AMADOR, cit., p. 46.

secondo quelle regole e quei principi giuridici desumibili da uno *standard minimo internazionale* (i Paesi industrializzati)⁴¹.

Secondo una parte della dottrina, tale contrapposizione, inaspritasi nel corso degli anni '70 in ragione delle istanze dei Paesi in via di Sviluppo dirette alla creazione di un Nuovo ordine economico internazionale, andrebbe composta attribuendo rilievo a quei principi elaborati nel quadro degli strumenti convenzionali di diritto dell'uomo che tendono a sfumare le distinzioni ideologiche attraverso la progressiva affermazione di norme di diritto consuetudinario che tutelino i diritti di tutti gli individui, sulla base del principio generale di non discriminazione⁴².

La conformità al diritto consuetudinario di questa ricostruzione è stata recentemente ribadita dalla Corte internazionale di Giustizia nel *caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo* (Repubblica di Guinea c. Repubblica democratica del Congo)⁴³.

Nella pronuncia, la Corte era stata chiamata a decidere, in via preliminare, circa l'ammissibilità del reclamo presentato dalla Guinea in relazione al trattamento che la Repubblica democratica del Congo aveva riservato al proprio cittadino, *Ahmadou Sadio Diallo* che, dopo essersi trasferito in Congo, aveva costituito due società di diritto locale attive nel settore del commercio di cui era al contempo l'unico socio e l'amministratore.

Quando alcuni enti pubblici e privati congolese non avevano adempiuto i contratti precedentemente conclusi con le dette società, queste ultime avevano agito innanzi ai tribunali locali per recuperare le somme loro dovute.

Anche per scoraggiare Diallo nel proseguire, in qualità di amministratore delle società, le azioni giudiziarie, le autorità congolese lo avevano arrestato e, successivamente, espulso accusandolo di aver tenuto un comportamento tale da arrecare turbativa alla stabilità del sistema economico nazionale.

La Guinea era allora intervenuta in protezione diplomatica al fine di far valere sia il pregiudizio subito dalla società, sia la violazione dei diritti individuali dell'azionista.

In particolare, secondo la ricostruzione dello Stato ricorrente, Diallo era stato privato arbitrariamente della libertà personale, aveva subito un diniego di giustizia ed aveva visti pregiudicati i propri diritti di azionista (il diritto ai dividendi, il diritto ad essere nominato amministratore, il diritto a rappresentare la società) individuati dal diritto del Congo.

⁴¹ MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, p. 148.

⁴² NASCIBENE, cit., p. 2; LILICH, *The Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens*, in *Recueil des cours*, vol. 3, 1978, pp. 349-442.

⁴³ I.C.J., 24 maggio 2007, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 778 ss. V. DORIGO, *Sulla protezione diplomatica degli azionisti: il caso Diallo di fronte alla Corte internazionale di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 705 ss

La Corte ha dichiarato ammissibile il ricorso della Guinea proprio in relazione alla violazione dei diritti individuali dell'azionista ed ha chiarito, in un *obiter dictum*, che lo sviluppo del diritto internazionale negli ultimi decenni, in riferimento ai diritti riconosciuti agli individui, ha fatto sì che la protezione diplomatica potesse essere esercitata non soltanto per la violazione dello *standard minimo di trattamento dello straniero* ma per la violazione di qualsiasi diritto dell'individuo internazionalmente garantito⁴⁴.

I diritti patrimoniali dell'individuo, a differenza di altri diritti inderogabili come il diritto a non essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti, ottengono una protezione relativa dal diritto internazionale consuetudinario, circostanza che si desume dalla disciplina delle espropriazioni.

Alla luce della prassi internazionale, la liceità della espropriazione è subordinata alla esistenza di tre condizioni: il perseguimento di un interesse pubblico da parte dello Stato che adotta la misura espropriativa, il carattere non discriminatorio del provvedimento ed il pagamento di un indennizzo al soggetto passivo⁴⁵.

La concreta individuazione - evidente dal punto di vista teorico - del confine tra i semplici atti regolatori statali adottati nel perseguimento di interessi pubblici e i provvedimenti espropriativi è spesso difficile, specie quando l'effetto ablativo della proprietà privata si produca per via mediata.

Per accertare quando l'esercizio del potere normativo statale si traduca in una espropriazione rilevante sul piano internazionale è particolarmente utile una indagine dell'impatto che gli atti statali producano sul godimento del bene da parte dello straniero.

Gli atti statali che determinino una particolare interferenza sui diritti patrimoniali degli stranieri appartengono alla categoria delle c.d. *creeping o regulatory expropriations* o espropriazioni indirette: in particolare, è possibile parlare di espropriazione indiretta quando il titolo del diritto del singolo non venga ad altri trasferito ma venga sostanzialmente svuotato di contenuto o significativamente limitato quanto al godimento ed alla disponibilità del bene oggetto del diritto

⁴⁴ "I.C.J., cit., par. 39. "Owing to the substantive development of International law over recent decades in respect of the right sit accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights".

⁴⁵ Il concetto di espropriazione va tenuto distinto da quello di nazionalizzazione poiché il primo si riferisce a misure individuali di trasferimento di singoli beni mentre la nozione di nazionalizzazione si riferisce solitamente alla espropriazione di interi settori produttivi. Sulla nozione di espropriazione, in dottrina, cfr. CHRISTIE, *What Constitutes a Taking of Property under International Law?*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1962, p. 307 ss.; CHOHRIS, *U.S. Courts and the Int. Law of Expropriation: toward a New Model for Breach of Contract*, in *Southern California Law Review*, 2006, p. 80 ss.; PADELLETTI, *Nazionalizzazioni nel diritto internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 10, p. 111 ss.; ID., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, p. 33.; TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976; TESAURO, *Nazionalizzazioni (dir. int.)*, in *Enc. giur.*, vol. 20, pp. 1-3. *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, (a cura di Lillich), 1972 - 1975, vol. III; NASCIBENE, *Il trattamento dello stato straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, p. 109. Ai fini della individuazione di una espropriazione non rileva che la privazione della proprietà dei beni risulti o meno da un provvedimento formale di espropriazione (c.d. espropriazione di fatto) né è richiesta la presenza di un intento dichiarato di espropriare lo straniero. Cfr. FRIGO, cit., p. 33.

medesimo⁴⁶ mentre è stato escluso che il provvedimento statale che determini una limitazione soltanto temporanea dell'uso e del godimento di un bene possa essere equiparato ad una espropriazione⁴⁷.

Come emerge dalle note decisioni della Corte Permanente di Giustizia internazionale nel caso relativo a *Certi interessi tedeschi nell'Alta Slesia* del 25 maggio 1926 e nel caso *Carzhow Factory* del 1927 nonché della Corte Permanente di arbitrato nel caso *Norwegian Ship Owners Claims* del 13 ottobre 1922, le *creeping expropriations* sono soggette alle stesse condizioni di liceità delle espropriazioni dirette⁴⁸.

Nella prassi, sono state qualificate ipotesi di espropriazione strisciante, l'imposizione di vincoli alla proprietà privata tali da impedirne l'uso ed il godimento sostanziale da parte del proprietario, la creazione di monopoli, la nomina governativa di amministratori in società private straniera⁴⁹.

Come sostenuto da autorevole dottrina, anche l'inadempimento dello Stato concretatosi, ad esempio, in una interferenza normativa può essere equiparato ad una espropriazione indiretta qualora determini una limitazione sostanziale del godimento e della disponibilità del diritto di credito oggetto di un rapporto contrattuale⁵⁰.

La difficile individuazione delle interferenze normative statali qualificabili come *creeping expropriations* viene resa più agevole dall'utilizzo di criteri interpretativi soggettivi, come la buona fede: un intervento normativo contrario a buona fede ed integrante una ipotesi di c.d. abuso di diritto costituisce un indice del carattere espropriativo della condotta statale.

Tale ricostruzione presuppone l'equiparazione – nell'ordinamento internazionale - del credito, traente la propria fonte dalla emissione obbligazionaria statale o da un contratto, ad un "bene" suscettibile di essere espropriato.

Nell'ordinamento internazionale, infatti, è generalmente ammesso che la nozione di bene debba essere intesa in senso ampio e vada riferita non solo a beni materiali, mobili ed immobili ed a diritti reali ma anche a beni immateriali, diritti contrattuali ed a diritti di credito⁵¹.

L'espressione, infatti, viene utilizzata non soltanto per descrivere l'oggetto di una relazione giuridica di appartenenza tra una cosa ed un soggetto ma anche per connotare qualsiasi diritto

⁴⁶ In questo senso, v. Tribunale Iran - Stati Uniti, 22 giugno 1984, *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et al*, in *Iran – U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 6, p. 219 ss.; Tribunale Iran - Stati Uniti, 19 dicembre 1983, *Starrett Housing Corporation*, in *Iran – U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 4, 122 ss.

⁴⁷ V. Tribunale Iran Stati Uniti, 24 ottobre 1985, *Sedco Inc. et al v. National Iranian Oil Company et al*, *Interlocutory award*, in *Iran U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 9, p. 248 ss.

⁴⁸ V. FRIGO, op. cit., p. 33.

⁴⁹ Una ampia prassi in materia di *creeping expropriations* è raccolta in HIGGINS, *The Taking of Property by the State: Recent Development in International Law*, in *Recueil des Cours*, vol. 3, 1982, p. 263 ss; CHRISTIE, cit., p. 307.

⁵⁰ In questo senso, REINISCH, *Debt Rescheduling and State Responsibility*, in *The External Debt* (a cura di Carreau e Shaw), cit., p. 759; MANN, *State Contracts and International Responsibility*, cit., p.560; AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, cit., p. 100. v., SACERDOTI, cit., p. 365.

⁵¹ Cfr. PADELLETTI, *Nazionalizzazioni nel diritto internazionale*, cit., p. 112.

individuale inerente ad una cosa avente, *latu sensu*, contenuto patrimoniale: il diritto sulla cosa viene equiparato all'oggetto del diritto⁵².

In questo modo, anche sulla base dell'interesse emergente di assicurare una tutela dei diritti patrimoniali dello straniero o - secondo la dottrina tradizionale - dei suoi "diritti acquisiti", vengono superate le rigide distinzioni, proprie del diritto civile degli ordinamenti di origine romanistica, tra diritti reali e diritti di credito.

Anche da una indagine di diritto privato comparato risulta, già da tempo, in atto un processo di progressivo riavvicinamento della ricostruzione delle nozioni di *proprietà e property* appartenenti alle diverse tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law*.

La dottrina italiana, interessata a risvegliare dai sonni dogmatici il nostro diritto civile, ha dimostrato la falsificabilità della tradizionale teoria per cui solo la proprietà comporta una signoria su una cosa che si traduca nella facoltà di godere e di disporre in modo esclusivo di un determinato bene: le caratteristiche della realtà e della immediatezza – indicate come attributi esclusivi della proprietà – sono propri anche di altre situazioni giuridiche soggettive⁵³.

Anche il nostro codice civile utilizza il termine "bene" secondo modalità non univoche: l'accezione più ampia contenuta nell'art. 2740 del codice civile – "*il debitore risponde delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*" – considera rientranti nel concetto anche i diritti di credito e, in genere, tutti gli elementi attivi del patrimonio del debitore⁵⁴.

Nei paesi di *common law*, la *law of property* inserisce il diritto di credito tra quelle situazioni giuridiche soggettive aventi contenuto patrimoniale per le quali il titolare disponga di una azione (*writ*) recuperatoria o risarcitoria nel caso in cui venga privato in modo illegittimo della propria posizione giuridica; questa conclusione viene raggiunta poiché viene considerato rilevante il comune contenuto patrimoniale dei diritti tutelabili in via giurisdizionale.

Al fine di equiparare ai diritti reali su beni materiali i diritti nascenti da un contratto in quanto *property*, Lawson e Rudden, nella loro celebre monografia dal titolo "*Law of property*" forniscono una suggestiva spiegazione; gli autori qualificano i diritti di credito "*chooses in action*" poiché possono essere trasferiti da un soggetto ad un altro proprio come i beni materiali⁵⁵.

L'esistenza, in diritto internazionale generale, di una nozione di bene giuridico ampia, nella quale rientra anche la categoria dei crediti pecuniari non emerge soltanto dai principi di diritto, comuni

⁵² V. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 33.

⁵³ V. GAMBARO, *Property – Propriété – Eigentum*, 1992, Padova, p. 93; GIORGIANNI, *Diritti reali (Diritto civile)*, in *Nuovissimo Digesto*, p. 748 ss.; PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, 1970, p. 102.

⁵⁴ V. PADELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 46.

⁵⁵ LAWSON e RIDDEN, *The Law of Property*², Oxford, 1982, pp. 110-113; ACKERMAN, *Private Property and the Constitution*, Yale, 1977. In questo senso, v. AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967, pp. 100-101; WHITE, *Wealth deprivation: Creditor and Contract Claims*, in *State Responsibility for Injuries to Aliens*, cit., p. 177.

agli ordinamenti nazionali, ma anche dalla giurisprudenza internazionale e dalla lettera dei più recenti trattati bilaterali e multilaterali.

Il tribunale arbitrale istituito tra Iran e Stati Uniti ha confermato, in più di una occasione, la possibilità di applicare la disciplina della espropriazione ai diritti contrattuali, sia collegati alla proprietà di beni materiali, sia considerati in modo autonomo: nel caso *Amoco*, il tribunale istituito tra Iran e Stati Uniti ha precisato che “*expropriation, which can be defined as a compulsory transfer of property rights, may extend to any right which can be object of a commercial transaction, freely sold and bought, and thus has a monetary value*”⁵⁶.

Nel caso *Liamco v. Libia*, la Corte arbitrale afferma che “*it is well known that property in its general meaning is of two kinds: corporeal and incorporeal. The first, by unanimous opinion of jurist, covers all physical things :[...]. On the other hand, incorporeal property comprises all interests and rights which, though incapable of immediate material composition, may produce corporeal things or may be evaluated in financial and economic terms. In other words, incorporeal property includes those rights that have a pecuniary or monetary value*”⁵⁷.

Anche nella pronuncia relativa al caso *Amco*, il tribunale arbitrale I.C.S.I.D., nell’affermare il diritto degli Stati di nazionalizzare e sottoporre ad espropriazione i beni appartenenti agli stranieri, ha espressamente considerato tali i “*contractual rights*”⁵⁸.

La ricostruzione appena proposta è, altresì, confermata dalla interpretazione delle norme rilevanti della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, operata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, al fine di estendere la tutela dei diritti patrimoniali degli individui compatibilmente con il riconoscimento del diritto degli Stati di adottare atti normativi incidenti sui diritti dei singoli nel perseguimento del pubblico interesse.

La Corte europea dei diritti dell’uomo, attraverso la propria prassi relativa alla definizione dell’ambito di applicazione dell’art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, dopo aver fornito, in un primo tempo, una interpretazione alquanto restrittiva della nozione di *property*, ha ampliato la portata della norma al fine di estendere il più possibile il

⁵⁶ V. Tribunale Iran Stati Uniti, *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, 14 luglio 1987, par. 108 in *Iran - U.S. Claims Tribunal Reports.*, vol. 15, p. 189 ss. V., in senso analogo, Tribunale Iran Stati Uniti, *Starrett*, cit., p. 15. In proposito, si veda ALDRICH, *What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal*, in *American Journal of Int. Law*, 1994, p. 585 ss.; KHAN, *The Iran – United States Claims Tribunal, Controversies, Cases and Contribution*, Dordrecht, 1990; MOURI, *The International Law of Expropriations Reflected in the Work of the Iran – U.S. Claims Tribunal*, Köln, 1997; PELLOMPÅA, FITZMAURICE, *Taking of Property in the Practice of the Iran – United States Claims Tribunal*, in *Netherlands Yearbook of Int. Law*, 1988, p. 53 ss.

⁵⁷ V., Arbitrato ad hoc, 12 aprile 1977, *Libyan American Oil Company (Liamco) v. Libia*, in *Int. Law Reports*, 1982, vol. 62, p. 141 ss. Il giudizio della Corte si basa sul criterio del *fair balance*. La valutazione circa la violazione del diritto di proprietà da parte di uno Stato si basa sulla verifica della sussistenza o meno di un rapporto di proporzionalità tra il sacrificio dei diritti patrimoniali individuali imposto dal provvedimento statale ed il fine di pubblica utilità da quest’ultimo perseguito. V. FRIGO, cit., p. 50.

⁵⁸ V. Arbitrato I.C.S.I.D., 9 dicembre 1983, *Amco Asia Corp. And Others v. the Republic of Indonesia, decision on Request for Provisional Measures*, in *Int. Legal Materials*, 1985, p. 1028.

sindacato sulla legittimità delle misure statali ablativo del diritto di proprietà⁵⁹ ed ha ritenuto riconducibili entro l'ambito di applicazione della regola oltre al diritto di proprietà su beni mobili ed immobili, su beni materiali ed immateriali anche *un diritto di credito certo ed esigibile*.

Nel caso *Raffinerie Greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, ad esempio, la Corte ha espressamente riconosciuto che il credito dovuto ad un individuo a titolo di risarcimento per l'inadempimento contrattuale di uno Stato, possa rientrare nella nozione di bene previsto dall'art. 1, par. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶⁰.

Nella vicenda, la Grecia era stata condannata da una corte arbitrale al risarcimento dei danni subiti da una società nei confronti della quale lo Stato aveva unilateralmente ripudiato i precedenti impegni assunti contrattualmente ma, dopo la condanna, aveva emanato la legge n. 1701 del 1987 con la quale aveva dichiarato non vincolante la clausola compromissoria contenuta nel contratto precedentemente ripudiato e, conseguentemente, aveva disconosciuto l'esistenza di qualsiasi obbligazione risarcitoria nei confronti della società *Stran*.

La Corte europea ha concluso che l'intervento normativo dello Stato greco aveva determinato una interferenza sul diritto di proprietà del ricorrente in violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo per il quale *“nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*.

Anche alcune manifestazioni della prassi giurisprudenziale interna accolgono questa ricostruzione. Negli Stati Uniti, nel *leading case Allied Bank International v. Banco Credito Agricola de Cartago*, la sospensione dei pagamenti esteri disposto dalla Banca centrale del Costarica aveva impedito la corresponsione delle somme dovute ai titolari di note di credito emesse dal Governo del Costarica all'estero.

La Corte di appello del secondo circuito (*on rehiring*), adita dai creditori, ha espressamente definito la sospensione unilaterale dei pagamenti disposta dallo Stato debitore una forma di *taking* contraria alla policy statunitense in materia di operazioni di prestito internazionale⁶¹.

Questa ricostruzione trova un ulteriore riscontro nella prassi bilaterale e multilaterale.

⁵⁹ Secondo l'art. 1, par. 1 del Primo Protocollo, addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, *“ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*. V. Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in G.U. 24 settembre 1955, n. 221.

⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 dicembre 1994, *Raffinerie Greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, in <http://www.echr.coe.int/>. V. NASCIBENE, *Straniero (condizione giuridica dello)*, cit., pp. 1-9.

⁶¹ Citando letteralmente il passo della pronuncia: *“it seems clear that if the decrees are given effect and Allied's right to receive payments in accordance with the agreements is thereby extinguished, a “taking” has occurred”*. V. Corte di appello del secondo circuito, *Allied Bank Ltd v. Banco de Credito Agricola de Cartago and others (on rehiring)*, 18 marzo 1985 in *Int. Legal Materials*, 1985, vol. 24, p. 767 ss.

Ad esempio, il progetto di Convenzione sulla protezione internazionale della proprietà privata dell'O.C.S.E. del 1967 definisce il termine *property* come “*all property, rights and interests, whether held directly or indirectly, including the interest which a member of a company is deemed to have in the property of the company*”⁶².

Il *North American Free Trade Agreement* (“NAFTA”) prevede, tra gli investimenti protetti, anche alcune tipologie di debiti delle imprese (“*debt security of an enterprise*”)⁶³.

Qualora l’inadempimento contrattuale dello Stato non rispetti le condizioni di liceità previste per l’espropriazione ovvero risulti discriminatorio, o non venga seguito dal pagamento di un adeguato indennizzo, integrerà una ipotesi di illecito internazionale dello Stato.

4.1.1.- Prassi internazionale rilevante.

Anche in alcune manifestazioni della prassi internazionale, l’inadempimento statale di una obbligazione pecuniaria, determinato da un esercizio della potestà normativa successivo all’assunzione della obbligazione, è stato equiparato ad una espropriazione.

In materia contrattuale, nel caso *Shufeldt*, un decreto del Parlamento del Guatemala che ripudiava un contratto di concessione precedentemente concluso dallo Stato con un cittadino statunitense venne qualificato come un atto di espropriazione in ragione del quale “*the government ought to make compensation for the injury inflicted and cannot invoke any municipal law to justify their refusal to do so*”⁶⁴.

Nel caso *George W. Hopkins*, la Corte arbitrale dichiarò che il decreto di annullamento di una precedente emissione di valuta non potesse “*to destroy an existing right vested in a foreign citizen*” mentre nel caso *International Fisheries Co.*⁶⁵, nella propria *dissenting opinion*, il Commissario Nielsen affermò letteralmente che “*an international tribunal in a case grounded on a complaint of a breach of contract can properly give effect to principles of law with respect to confiscation...If a Government agrees to pay money for commodities and fail to make payments, it seems to me that an international tribunal may properly say that the purchase price of the commodities have been confiscated*”.

⁶² Cfr. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property. Text with Notes and Comments*, in *Int. Legal Materials*, 1968, p. 119.

⁶³ V. *North American Free Trade Agreement*, art. 1139, in *Int. Legal Materials*, 1992, p. 670.

⁶⁴ V. Arbitrato ad hoc (Herbert Sisnett), 24 luglio 1930, *Shufeldt Claim* (Stati Uniti v. Guatemala), in *Int. Law Reports*, 1981, vol. 5, p. 179 ss.

⁶⁵ Commissione mista Stati Uniti - Messico, luglio 1931, *International Fisheries Co.*, in *Int. Law Reports*, 1987, vol. 6, p. 189.

Nel caso *George W. Cook*, quando una legge messicana intervenne per regolare delle emissioni obbligazionarie, il Commissario Nielsen sostenne che “*property rights under a contract had been impaired or destroyed*”⁶⁶.

Nella propria *dissenting opinion* relativa al caso *dei Prestiti norvegesi*, sottoposto alla Corte internazionale di Giustizia, Sir *Lautherpacht* ha affermato che un intervento normativo diretto ad impedire l’esecuzione di un contratto concluso dallo Stato medesimo debba essere considerato contrario al diritto internazionale qualora produca effetti “*predatori*”⁶⁷.

Anche nella ampia prassi delle *Foreign Claims Commissions (F.C.Cs.)*, sorte per dare attuazione ad accordi internazionali per la soluzione di controversie tra Stati relative alla protezione dei rispettivi cittadini, l’inadempimento statale di un debito è stato equiparato ad una forma di *taking*.

Sul punto, in dottrina, si discute se la prassi delle Commissioni possa essere considerata rilevante dal punto di vista internazionale oppure se abbia ad oggetto soltanto controversie contrattuali di diritto interno.

Poiché, tuttavia, gli accordi istitutivi hanno attribuito alle Commissioni, anche competenze circa l’individuazione di violazioni del diritto internazionale, la funzione di queste corti può essere assimilata a quella dei tribunali arbitrali misti o dei tribunali arbitrali previsti dalla Convenzione di Washington del 1965⁶⁸.

I numerosi *Lump Sum Agreements*, conclusi dal Regno Unito con Stati stranieri dopo la fine del secondo conflitto mondiale, disponevano l’attribuzione di somme di denaro a titolo di compensazione per le perdite patrimoniali subite dai cittadini inglesi all’estero; tra le perdite patrimoniali compensabili, gli accordi prevedevano anche i debiti non adempiuti dallo Stato straniero nei confronti dei cittadini britannici.

⁶⁶ “*Afin d’éviter un malentendu a l’avenir, les representants a Petrograd de toutes les puissances étrangères déclarent qu’ils considerent les decretes au sujet de la repudiation des empreintes de l’etat russe, de la confiscation des propriétés de toutes sortes et d’autres moyens analogues comme sans valeur*”. V. *Journal du droit international*, 1918, p. 982.

⁶⁷ I.C.J., *Reports*, 1957, *Case of Certain Norwegian Loans*, p. 37. AMERASINGHE sostiene che anche nella celebre pronuncia *Serbian Loans Case* la Corte Permanente di Giustizia internazionale avrebbe valutato la legge Serba regolante le condizioni della emissione obbligazionaria oggetto della controversia come una forma di interferenza nel diritto di proprietà dei *bondholders*. Cfr. AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, cit., p. 102. Come noto, la Corte Permanente di Giustizia internazionale venne chiamata a decidere sulla base di un compromesso concluso nell’aprile del 1928 tra la Serbia e la Francia su una controversia relativa alla quantificazione della somma dovuta dalla Serbia, Stato emittente di alcuni *bonds* sul mercato finanziario di Londra, ai *bondholders* di nazionalità francese. Si rileva che, tuttavia, oggetto della controversia non era una legge che modificava le condizioni originariamente pattuite per l’emissione, quanto il rifiuto dello Stato di modificare le modalità di pagamento originariamente pattuite tenendo in considerazione la svalutazione subita, dopo la conclusione del primo conflitto mondiale, dal franco francese, valuta a mezzo della quale dovevano essere effettuati i pagamenti.

La Corte, pur non dichiarando il difetto della giurisdizione affermò che la controversia aveva una rilevanza meramente interna e doveva essere risolta esclusivamente sulla base della *municipal law* applicabile.

⁶⁸ V., SACERDOTI, cit., p. 340.

La *Foreign Compensation Commission*, un organo quasi giurisdizionale di diritto interno istituito in base al *Foreign Compensation Act* del 1950, ha ripartito tra i cittadini britannici ricorrenti le somme messe a disposizione dai governi stranieri, applicando il diritto internazionale, gli accordi generali di compensazione conclusi dal Regno Unito con la Repubblica di Jugoslavia, la Cecoslovacchia, la Polonia, l'Ungheria, la Bulgaria, l'Ungheria, l'Egitto e la Romania e gli *orders* governativi di attuazione degli stessi⁶⁹.

Anche gli *orders* adottati dal governo britannico, al fine di dare attuazione alle disposizioni spesso generiche dei *Lump Sum Agreements*, disponevano la compensabilità di un debito rimasto inadempito sulla base della considerazione che esso potesse essere qualificato un bene suscettibile di essere espropriato.

L'*Amendatory Order* relativo all' *accordo jugoslavo* del 1948 riconosce espressamente l'azionabilità delle pretese relative a debiti qualora il ricorrente "*could show that he had been deprived of his legal rights to recover the debt by a Yougoslave measure*"⁷⁰.

Allo stesso modo, l'art. 10 (c) dell' *Amendatory order* relativo al *lump sum agreement* britannico – cecoslovacco del 1948 riconosce il diritto al pagamento di un indennizzo per gli atti espropriativi relativi a crediti spettanti a cittadini britannici, a condizione che il ricorrente provi che "*he, or his predecessor title has, by any Czechoslovak measure or by any action taken under the authority thereof, been deprived of the legal right to recover the debt*"⁷¹.

Per il *Lump Sum Agreement* concluso tra il Regno Unito e la Polonia nel 1954 anche i debiti contratti dallo Stato polacco con i cittadini britannici rientrano tra le perdite patrimoniali compensabili a condizione che il pagamento sia divenuto impossibile a causa di una "*Polish measure to the debtor or to the property of the debtor*".

Il *Separate order* del *Council* inglese, relativo al *Lump Sum Agreement* concluso con la Polonia, annovera i diritti nascenti da un contratto, da note di credito o dall'emissione di *bonds* tra le tipologie di debiti compensabili.

Nella prassi francese, esistono numerosi casi in cui le Commissioni competenti a conoscere le pretese dei cittadini francesi nei confronti della Bulgaria, della Cecoslovacchia e dell'Ungheria hanno riconosciuto il diritto dei privati al pagamento di un indennizzo in caso di "*debt repudiations*" sostanziatesi nell'adozione di atti statali che avevano disposto la cancellazione di obbligazioni nascenti da una sentenza arbitrale oppure l'estinzione di conti correnti intestati a privati⁷².

⁶⁹ Cfr. LILICH, *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*, New York, 1962, p. 76 ss.

⁷⁰ *Yougoslave Amendment Order*, in *Stat. Instr.* 1097, n. 1414.

⁷¹ *Czech Order*, in *Stat. Instr.* 1950, p. 774, n. 1191.

⁷² Cfr. WHITMAN, *Digest of International Law*, New York, 1967, p. 933-969.

Anche in queste pronunce, la condizione di proponibilità dei ricorsi innanzi alle Commissioni è stata la prova dell'avvenuta "espropriazione" del debito⁷³; al contrario, non è stata ritenuta compensabile una mera sospensione delle obbligazioni pecuniarie disposta dallo Stato debitore⁷⁴.

Nelle vicende successive al ripudio del debito estero russo del 1917, nella lettera di protesta inviata da una ventina di Stati coinvolti l'inadempimento sovietico venne equiparato ad una vera e propria confisca⁷⁵.

4.2.- Condotta arbitraria ed abuso di diritto dello Stato inadempiente.

Dal punto di vista del diritto internazionale, la libertà di uno Stato di non adempiere una obbligazione pecuniaria precedentemente assunta nei confronti di un privato è subordinata al rispetto di alcuni generali principi di diritto internazionale che –come in materia di espropriazione- ne costituiscono condizione di liceità⁷⁶.

Il dovere di assicurare agli stranieri un "*fair and equitable treatment*" ha per corollario una serie di ulteriori obblighi negativi imposti da principi di diritto internazionale riconosciuti dalle nazioni civili: il divieto di non discriminazione e di condotta arbitraria in danno degli stranieri.

La difficoltà di ricostruire la portata di tali norme è stata più volte evidenziata in dottrina e deriva dalla estrema vaghezza dei principi, imputabile anche alla eterogeneità delle pronunce internazionali e della prassi diplomatica in materia; forti dubbi sono stati avanzati anche circa la stessa esistenza di una norma di diritto internazionale generale dalla quale discenda un diritto di ciascuno Stato ad un eguale trattamento da parte degli altri Stati nelle persone e nei beni dei loro sudditi⁷⁷.

La operatività del principio quale requisito di liceità di una nazionalizzazione è stata affermata, tra gli altri, in un lodo arbitrale relativo alla controversia *AMINOIL c. Kuwait* ed, in un noto *obiter dictum* reso nel caso *Amoco International Finance Co. v. Iran* del 1987, dal tribunale Iran Stati Uniti : "*discrimination is widely held by customary international law in the field of expropriation*"⁷⁸.

⁷³ Cfr. *Commission of Bulgaria*, decisione n. 120 del 1963, in WESTON, *International Claims: Postwar French Practice*, New York, 1971, pp. 171-177.

⁷⁴ V. *Commission of Bulgaria*, decisioni n. 12 (1961), 106, 120 (1963), in Weston, cit., p. 177.

⁷⁵ Cfr. FRIGO, cit., p. 25.

⁷⁶ Cfr. GARCIA AMADOR, cit., p. 48.

⁷⁷ TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, cit., p. 100.

⁷⁸ Tribunale Iran Stati Uniti, *Amoco International Finance Corporation v The Government of the Islamic Republic of Iran, Award on Agreed Terms*, 15 giugno 1990, in *Int. Law Reports*, 1990, vol. 83, p. 501 ss.

In materia di contratti internazionali e di debito estero, il principio di non discriminazione ha assunto una portata particolarmente ristretta specie se confrontata, ad esempio, con l'applicazione del principio operata in ambito *WTO*.

Come noto, infatti, nel sistema W.T.O. ed, in particolare, nell'accordo G.A.T.T., il principio di non discriminazione si traduce nell'obbligo specifico di concedere il trattamento della nazione più favorita (art. I), in modo da realizzare una parificazione del trattamento delle merci importate (c.d. parificazione esterna), ed il trattamento nazionale (art. III) secondo cui misure dirette a beneficiare beni di origine nazionale si estendono ai beni di provenienza straniera (c.d. parificazione interna).

Nella materia oggetto del presente studio, il principio non comporta un divieto di trattamento diseguale quanto, piuttosto, esclude la liceità di una condotta statale arbitraria.

Il principio di non discriminazione, cioè, non viene violato in ragione della sola adozione di un provvedimento che determini una disuguaglianza di fatto tra cittadini di uno Stato e stranieri, bensì nelle ipotesi in cui le misure statali riservino un trattamento meno favorevole agli stranieri in considerazione della loro nazionalità e senza alcuna motivazione che consenta di ricollegare la misura in questione ad un interesse generale; sono considerati discriminatori anche gli atti normativi che abbiano l'unico scopo di colpire lo Stato d'origine degli stranieri⁷⁹.

Il divieto di non discriminazione opera in combinato disposto con quei principi che impongono agli Stati di tenere una condotta conforme a buona fede nei confronti dello straniero, regole generali di cui la dottrina del divieto dell'abuso di diritto costituisce una applicazione⁸⁰.

Nella celebre pronuncia relativa al caso *Oscar Chinn* la Corte Permanente di Giustizia internazionale si pronunciava nel senso che “*the form of discrimination which is forbidden is thereof discrimination based upon nationality and involving differential treatment by reason of their nationality as between persons belonging to different national groups*”⁸¹.

In materia di debito, particolarmente significativa è la *dissenting opinion* del giudice Lauterpacht nel caso relativo a *Certain Norwegian Loans*.

Riassumendo brevemente i fatti, la Norvegia, la *Norwegian Small Holding and Worker's Housing Bank e la Mortgage Bank of the Kingdom* avevano emesso sul mercato della Francia ed in altri mercati stranieri, tra cui quelli della Danimarca e della Svezia, titoli obbligazionari contenenti una

⁷⁹ MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 199; FRIGO, cit., p. 114; CHARPENTIER, *De la non-discrimination dans les investissements*, in *Annuaire français de droit international*, 1963, pp.47 -51; WHITE, *Wealth Deprivation: Creditor and Contract Claims*, in *State Responsibility for injuries to Aliens*, cit. p. 160 ; MANN, *State Contracts and International Responsibility*, cit., p. 308; PADELLETTI, *Nazionalizzazioni nel diritto internazionale*, cit., p. 112 ss.

⁸⁰ Circa il carattere illecito dei provvedimenti di espropriazione adottati come strumenti di ritorsione politica cfr. Arbitrato ad hoc (Legergren), *B.P. Exploration Company Limited c. Government of the Libyan Arab Republic*, 10 ottobre 1973, in *Int. Law Reports*, 1979, vol. 53, p. 297 ss.

⁸¹ P.C.I.J., Serie A/B, No. 63, *Oscar Chinn Case*, p. 87.

gold clause la quale prevedeva la facoltà per i *bondholders* di pretendere, al momento della *maturity date*, il pagamento del capitale e degli interessi secondo il loro valore in oro.

Quando la Norvegia aveva abolito la clausola oro con una legge del 15 dicembre 1923 e aveva disposto la pagabilità del capitale e degli interessi in base al loro valore nominale, la Francia, internazionalizzando la controversia, decideva di farsi promotrice degli interessi dei propri cittadini e sollecitava la Norvegia ad accordarsi per risolvere la controversia attraverso l'istituzione di una commissione mista di esperti o attraverso l'arbitrato.

Nel frattempo, i cittadini francesi non si avvalevano della facoltà di adire i giudici delle Corti norvegesi, competenti -in base al *Prospectus* allegato ai titoli emessi- a dirimere le eventuali controversie relative ai *bonds*.

La Francia decideva di ricorrere alla Corte internazionale di giustizia, poiché entrambi gli Stati parte della controversia avevano accettato con dichiarazione unilaterale, formulata ai sensi dell'art. 36, 2° comma dello Statuto, la competenza di quest'ultima.

Nella domanda introduttiva del giudizio, si chiedeva alla Corte di accertare l'esistenza dell'obbligo dello Stato norvegese di corrispondere ai *bondholders* francesi il capitale ed i tassi di interesse relativi ai *bonds* in base al loro valore in oro.

Nel merito, inoltre, la Francia lamentava che una diversa forma di pagamento avrebbe determinato una ingiustificata discriminazione dei cittadini francesi rispetto ai *bondholders* danesi e svedesi i quali avevano ottenuto il pagamento nella divisa dello Stato di appartenenza⁸².

La Corte non si è pronunciata nel merito avendo dichiarato la propria incompetenza: la dichiarazione di accettazione della competenza della Corte Internazionale di Giustizia da parte della Francia, infatti, conteneva una riserva la quale escludeva l'applicazione della dichiarazione alle questioni "*essentially within the national jurisdiction as understood by the government of France*" e tale riserva era stata fatta valere con successo dalla Norvegia sulla base del principio della reciprocità.

Nella propria *dissenting opinion*, il giudice *Lautherpacht* ha affermato che l'avvenuta abrogazione della clausola oro, disposta con un atto normativo dello Stato norvegese, non costituiva una circostanza rilevante solo per l'ordinamento interno norvegese poiché, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte Permanente di Giustizia internazionale nel *caso dei Prestiti serbi*, i contratti internazionali non sono disciplinati soltanto dalla legge nazionale applicabile; l'adozione di un atto normativo da parte di uno Stato contraente, infatti, può comportare una violazione degli obblighi internazionali assunti dal medesimo.

⁸² In realtà, la diversità di trattamento era giustificata dalle esistenze di un accordo scandinavo che disciplinava la convertibilità delle valute danesi, norvegesi e svedesi.

Riferendosi alla vicenda sottoposta all'esame della Corte, il giudice ha evidenziato che la possibile discriminazione tra i creditori francesi e gli altri creditori non norvegesi fosse una questione di diritto internazionale che, se accertata, avrebbe determinato la responsabilità internazionale dello Stato norvegese⁸³.

Il giudice, inoltre, affermando un concetto che sarebbe stato più volte ribadito nel processo di codificazione delle norme di diritto internazionale generale relative alla responsabilità internazionale dello Stato, ha sostenuto che l'esistenza di un atto normativo interno non potesse essere utilizzato da uno Stato per sottrarsi ai propri obblighi internazionali.

Anche in altre manifestazioni della prassi, la condotta discriminatoria dello Stato inadempiente è stata ritenuta fonte di responsabilità internazionale.

Nel caso *Tabacco Monopoli Bonds*, il Portogallo aveva emesso alcuni titoli obbligazionari i cui interessi e principale potevano essere pagati alternativamente in *escudos*, sterline, fiorini olandesi o franchi francesi.

Nel 1924, il Portogallo abolì la possibilità di ottenere il pagamento delle somme dovute in sterline e fiorini ma, dopo le proteste britanniche, reintrodusse la pagabilità dei debiti nella divisa del Regno Unito per i soli cittadini inglesi.

Gli Stati Uniti protestarono poiché tale provvedimento discriminava arbitrariamente i cittadini statunitensi possessori dei titoli emessi dal Portogallo e costrinsero lo Stato emittente ad estendere la reintroduzione della opzione di pagamento in sterline anche a beneficio dei cittadini statunitensi⁸⁴.

Una legge tedesca del 1935⁸⁵ disponeva che i *bonds* tedeschi, emessi dalla Germania sui mercati stranieri, fossero pagabili solo in valuta tedesca inflazionata; questo atto normativo aveva una tale connotazione discriminatoria nei confronti dei cittadini stranieri che la considerazione del suo contenuto indusse il Tribunale federale svizzero ad invocare il limite di ordine pubblico e a rifiutarne⁸⁶.

La portata ristretta del principio di non discriminazione, nella materia in esame, è desumibile anche da una recentissima pronuncia del TAR Lazio italiano nella quale il giudice amministrativo, chiamato a verificare la responsabilità della Consob italiana per aver autorizzato l'offerta di scambio dei titoli argentini con nuovi titoli a tasso di interesse ridotto e a scadenza dilazionata, si è occupato, *incidenter tantum*, del diverso trattamento dei *bondholders* argentini rispetto a quelli italiani.

⁸³ I.C.J., cit., p. 37.

⁸⁴ V. MANN, *The Public International Law of Money*, cit., p. 474; BORCHARD, WYNNE, cit., p. 383.

⁸⁵ Cfr. Reichgesetzblatt, 1936, vol. 1, p. 515.

⁸⁶ Cfr. Tribunale federale svizzero, 1 febbraio 1938, in *Bulletin de l'Institut Juridique International*, 1938, p. 111 ss.

La Corte ha ritenuto che l'adesione di numerosi *bondholders* argentini ad una precedente offerta di scambio dei titoli poi dichiarati in *default* - a condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste nella offerta di scambio del 2005 - non costituiva una ipotesi di trattamento discriminatorio in pregiudizio dei risparmiatori stranieri e, nella specie, di quelli italiani dal momento che l'offerta del 2001 non faceva alcuna distinzione sulla base della nazionalità dei *bondholders* ma era rivolta a tutti i possessori di determinate serie dei titoli⁸⁷.

4.3.- Diniego di giustizia.

Il diniego di giustizia viene esaustivamente definito da Fitzmaurice come *every injury involving the responsibility of the State committed by a Court or judge acting officially, or alternatively every such injury committed by any organ of the government in its official capacity in connection with the administration of justice*⁸⁸.

In dottrina, esistono numerose ricostruzioni di questa regola di diritto internazionale consuetudinario: secondo l'accezione di carattere sostanziale, suffragata da un numero limitato di *authorities*, il diniego di giustizia andrebbe individuato in tutte le ipotesi di violazione di una norma di diritto internazionale in danno di uno straniero⁸⁹ mentre l'orientamento prevalente attribuisce alla norma un carattere procedurale – si veda da ultimo il secondo rapporto del Prof. Dugard, Relatore speciale designato dalla Commissione di diritto internazionale per lo studio della protezione diplomatica⁹⁰ – e ne riduce l'ambito di applicazione alla amministrazione della giustizia dello Stato nei confronti degli stranieri.

Anche se gli autori⁹¹ più vicini alle esigenze dei Paesi in via di sviluppo, antichi sostenitori della operatività della clausola Calvo, riducono la portata della norma alla mancata concessione da parte di uno Stato dell'accesso alle proprie corti, la norma sanziona tutte le forme di *unfair administration of justice*, quali il differimento di un giudizio o l'adozione di una decisione “*manifestly unjust and one sided*”⁹².

⁸⁷ Cfr. T.A.R. Lazio, 3 aprile 2006, n. 2324, *SITI c. Commissione nazionale per le società e la Borsa (CONSOB)*, in www.leggiditaliaprofessionale.it nella cui motivazione si legge: “*nelle memorie sia della Consob che della stessa Repubblica argentina è evidenziato che l'offerta del 2001, relativa a titoli argentini, aveva come destinatari tutti i detentori dei titoli, a prescindere dalla loro nazionalità*”.

⁸⁸ FITZMAURICE, *The Meaning of Term Denial of Justice*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1932, pp. 107-109.

⁸⁹ Cfr. la prassi citata in AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1990, p. 34, nota 6.

⁹⁰ Cfr. A/CN. 4/514, *International Law Commission, Special Rapporteur Dugard, Second Report on Diplomatic Protection*, 2001.

⁹¹ GUERRERO, *Annex to questionnaire n. 4 of Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*, 1927, in FREEMAN, *The International Responsibility of State for Denial of Justice*, New York, 1970, pp. 629-633.

⁹² Cfr. VATTEL, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Buffalo, 1916, vol. 2, p. 350. Sul diniego di giustizia si confrontino: FREEMAN, *International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1970; PAULSSON, *Denial*

Il mancato riconoscimento del diritto dei *bondholders* di far valere le proprie pretese innanzi ai giudici nazionali dello Stato inadempiente, in assenza di altre forme effettive di tutela giurisdizionale quale l'elezione di un altro foro competente o il ricorso ad un altro rimedio internazionale come l'arbitrato, costituisce certamente una ipotesi di diniego di giustizia contraria al diritto internazionale⁹³.

Anche in materia di inadempimento del debito privato dello Stato, la prassi ha risentito dei diversi orientamenti circa il contenuto della norma relativa al diniego di giustizia e gli organi giudicanti, pur riferendosi alla nozione di *denial of justice*, si sono limitati a rilevare la illiceità dell'inadempimento statale in ragione del carattere espropriativo o arbitrario.

Nella propria *dissenting opinion* relativa al caso *dei Prestiti norvegesi*, il giudice Badawi ha ritenuto che l'intervento normativo norvegese di abrogazione della *gold clause*, relativa ai titoli obbligazionari precedentemente emessi dallo Stato, costituisse una ipotesi di diniego di giustizia collocandosi in realtà sulla scia di quelle pronunce che evidenziano il carattere confiscatorio degli interventi normativi produttivi di un inadempimento contrattuale⁹⁴.

In realtà, la mera violazione di un obbligo primario di diritto internazionale nei confronti dello straniero – quali appunto, il compimento di una espropriazione illecita o di una condotta arbitraria – non costituisce un diniego di giustizia, fattispecie astratta che per potere essere integrata richiede che alla originaria lesione dello straniero -che può *anche non costituire un illecito dal punto di vista dell'ordinamento internazionale* (come nel caso di un illecito di diritto civile commesso da un privato a danno di un altro privato)- segua una omissione statale nella predisposizione dei meccanismi di tutela giudiziaria della situazione giuridica soggettiva ipoteticamente violata⁹⁵; la condotta statale illecita può consistere nel malfunzionamento dell'apparato giudiziario ma anche in una condotta commissiva costituita da un'interferenza del potere esecutivo e legislativo sul corretto svolgimento della giustizia.

Come verrà ampiamente illustrato nel terzo capitolo, il diniego di giustizia, in presenza del c.d. esaurimento dei mezzi di ricorso interni – salvo particolari ipotesi eccezionali⁹⁶ - consente allo Stato nazionale degli stranieri di esercitare il proprio diritto di ricorrere alla protezione diplomatica.

Gli Stati Uniti hanno tradizionalmente considerato l'inadempimento del debito privato da parte di uno Stato rilevante prevalentemente per il diritto interno e, perciò, hanno affermato il proprio diritto di intervenire in protezione diplomatica dei *bondholders* statunitensi nei confronti dello Stato

of Justice in International Law, Cambridge, 2005; VEROSTA, *Denial of Justice*, in *Encyclopaedia of Public International Law*, Amsterdam, 1992, vol. 10, pp. 97 – 99;

⁹³ AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, cit., p. 103; MANN, *State Contracts and International Responsibility*, cit., p. 560; CONFORTI, *Diritto internazionale*⁷, Napoli, 2006, p. 213.

⁹⁴ AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, cit., p. 103.

⁹⁵ AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, cit., p. 47; PAULSSON, cit., p. 53.

⁹⁶ Cfr. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.

inadempiente solo in presenza di un diniego di giustizia o di un trattamento discriminatorio dei propri cittadini rispetto ai cittadini di un altro Stato⁹⁷.

A differenza dell'esperienza britannica e francese, infatti, le *Foreign Claims Commissions* statunitensi non hanno riconosciuto il carattere espropriativo dell'inadempimento statale rispetto ai *bonds*⁹⁸ collocati presso cittadini statunitensi.

Gli Stati Uniti sostengono, per prassi consolidata, che il *default* nel pagamento del capitale o degli interessi di *bonds* statali costituisca una questione da risolvere principalmente attraverso il ricorso a negoziati tra i rappresentanti dei *bondholders* ed i governi stranieri coinvolti anche se questo dato di fatto non ha mai impedito alle autorità statunitensi di affermare che il diniego di giustizia fosse una fonte di responsabilità per lo Stato inadempiente del debito privato, giustificante il ricorso alla protezione diplomatica.

5.- I limiti posti dal diritto pattizio all'esercizio della sovranità economica degli Stati: gli accordi in materia di promozione e protezione degli investimenti.

In presenza di una obiettiva difficoltà di definizione dei confini giuridici delle norme di diritto consuetudinario limitative della sovranità statale in materia economica appena considerate, assume una notevole importanza l'esame degli accordi bilaterali in materia di investimenti i quali, hanno contribuito a definire, in rapporto alla materia, i principi affermati nella prassi arbitrale più risalente⁹⁹.

L'equiparazione del debito privato statale ad un investimento, una volta provata, consente di sottoporre l'attività statale ai limiti stringenti del diritto pattizio e, soprattutto, permette il ricorso all'arbitrato -previsto da numerose clausole contrattuali e convenzionali- quale strumento efficiente di soluzione delle controversie tra Stato inadempiente e privato.

A partire dagli anni '60, la libertà degli Stati destinatari degli investimenti di adottare atti normativi, incidenti sulla esecuzione dei rapporti contrattuali, è stata limitata e regolata attraverso una vera e propria *floraison* di accordi bilaterali (B.I.T.s).

⁹⁷ Cfr. Attorney Adviser Matre, *Office of the Assistant to the Legal Adviser for International Claims, Department of State*, 4 maggio 1956; *Assistant Legal Adviser for International Claims (Spangler) to the Vicepresident, Manufactures Trust Co.*, 24 gennaio 1961 in WHITEMAN, *Digest of International Law*, Washington, 1963- 1973, vol. 8, p. 907 e p. 933. V. Cap. 3, par. 1.

⁹⁸ Cfr. WHITEMAN, cit., vol. 8, p. 920 ss. Cfr. United States Foreign Claims Settlement Commission, 16 maggio 1960, *Furst Case*, in *Int. Law Reports*, 1971, vol. 42, p. 153 -155.

⁹⁹ Cfr. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 152; CARREAU, *Droit international économique*, Paris, 2005, p. 388; SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2007, p. 120.

Alla fine degli anni ottanta, infatti, i Paesi in via di sviluppo, abbandonando la scelta di contrapporre l'interesse nazionale a quello degli investitori stranieri perseguito in ossequio ai principi del Nuovo ordine economico internazionale, hanno cercato di attrarre i capitali necessari a finanziare il bilancio nazionale attraverso la promozione di un clima favorevole agli investimenti.

In questa sede, sembra opportuno verificare la rilevanza del movimento convenzionale relativo alla promozione ed alla protezione degli investimenti rispetto alla disciplina del debito privato ed, in particolare, se l'attività statale di emissione di titoli obbligazionari possa essere ricondotta alla nozione giuridica di investimento elaborata nel quadro dei c.d. *B.I.T.s*.

I *B.I.T.s* sono accordi bilaterali conclusi sulla base della reciprocità tra due Stati – appartenenti in genere l'uno al Nord e l'altro al Sud del mondo- al fine di definire i principi e le regole di trattamento e di protezione che regolino l'investimento effettuato dalla persona fisica o dalla persona giuridica aventi la nazionalità di uno Stato parte sul territorio di un'altra Parte contraente¹⁰⁰. La finalità di offrire una protezione internazionale agli investitori, in un quadro bilaterale, ha indotto i redattori di tali strumenti ad adottare una nozione di investimento particolarmente ampia nella quale rientrano i beni materiali ed immateriali, tra cui anche il diritto di proprietà intellettuale nonché i diritti contrattuali; la formula generalmente utilizzata nei principali strumenti bilaterali, infatti, contiene un riferimento “*alle proprietà degli investitori quali beni, diritti ed interessi di qualsiasi natura*”¹⁰¹.

Come noto, i *B.I.T.s* contengono sia una definizione sintetica di investimento sia un elenco analitico e non tassativo delle operazioni ritenute rientranti nell'ambito materiale di applicazione degli accordi; numerosi *B.I.T.s* fanno espressamente rientrare nel proprio ambito materiale di applicazione titoli obbligazionari e strumenti negoziabili emessi dallo Stato contraente.

L'art. 1 del *B.I.T. Argentina - USA del 1992* prevede che un investimento possa essere definito come “*every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation*”¹⁰².

Anche nell'art. 1, lett. c dell'Accordo sulla promozione e la protezione degli investimenti del 22 maggio 1990 tra Argentina ed Italia, ratificato da quest'ultima con legge n. 324 del 1993¹⁰³,

¹⁰⁰ CARREAUX, *Droit international économique*, cit., p. 410.

¹⁰¹ Come noto, per protezione degli investimenti si intende l'insieme dei principi e delle regole volti a ostacolare o reprimere gli interventi pubblici che colpiscono l'esistenza o la consistenza dell'investimento straniero. In questo senso CARREAUX, *Droit international économique*, cit., p. 385; MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 259; WÄLDE, *The Serbian Loans Case: a Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt ?*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (a cura di Weiler), 2005, London, p. 383 ss.

¹⁰² *B.I.T. USA Argentina*, 21 novembre 1991, in www.state.gov.

¹⁰³ V. l. 18 agosto 1993, n. 324 in G.U. 31 agosto 1993, n. 324.

vengono definiti investimenti le “*obbligazioni, i titoli pubblici o privati o qualsiasi altro diritto per prestazioni o servizi che abbiano un valore economico, come altri redditi capitalizzati*”.

Il Modello statunitense di accordo bilaterale, aggiornato nel 2004 su iniziativa del Dipartimento di Stato e dell’*Office of the United States Trade Representative (U.S.T.R.)*, qualifica forme di investimento anche “*bonds, debentures, other debt instruments, and loans*”(art. 1, lett. c.)¹⁰⁴, distinguendo, nelle note esplicative, forme di debito quali “*bonds, debentures, and long-term notes*” più facilmente riconducibili alla nozione di investimento ed altre, come la somma dovuta a titolo di controprestazione per l’acquisto di merci o servizi, non rientranti, invece, in tale nozione.

Occorre rilevare, tuttavia, che alcuni B.I.T.s limitano gli obblighi di uno Stato parte in caso di ristrutturazione del debito estero, specie rispetto alla norma relativa al trattamento nazionale¹⁰⁵.

Nella recente vicenda del *default* argentino nel proprio debito estero, lo Stato sudamericano è stato convenuto anche innanzi ai giudici italiani da alcuni *bondholders* intenzionati a farne valere l’inadempimento nel pagamento delle somme dovute a titolo di capitale e di interesse sui titoli emessi e, in due delle numerose pronunce, è stata ammessa - *incider tantum*- l’applicabilità dell’Accordo sulla promozione e la protezione degli investimenti concluso tra Italia ed Argentina nel 1990.

Con l’ordinanza del 16 luglio 2002, il Tribunale di Roma¹⁰⁶ autorizzava - in contumacia della Repubblica argentina - il sequestro conservativo di tutti i beni mobili, immobili e dei crediti della Repubblica argentina fino alla concorrenza dell’importo di € 127.000 e motivava il radicamento della giurisdizione italiana anche sul disposto dell’articolo 8 della Convenzione, secondo il quale le controversie relative agli investimenti sorte tra uno dei Paesi contraenti, da una parte, ed un investitore, dall’altra, debbano essere sottoposte alla giurisdizione dello Stato contraente sul cui territorio si trovi l’investimento oppure all’arbitrato I.C.S.I.D.; secondo il tribunale, in caso di investimenti in attività mobiliari, si doveva ritenere che il luogo dell’investimento fosse quello in cui si trovavano i titoli rappresentativi dell’investimento stesso ovvero l’Italia.

Anche nell’ordinanza cautelare del 17 ottobre 2004 del Tribunale di Roma¹⁰⁷, il giudice Foschini ha ammesso la applicabilità alla controversia della Convenzione italo argentina del 1990 e ha definito l’acquisto dei titoli emessi dallo Stato argentino, effettuato in vista della riscossione degli interessi dai compratori, un investimento finanziario; a differenza del precedente giudizio, tuttavia, il giudice concludeva, in primo luogo, che il luogo dell’investimento non era l’Italia bensì l’Argentina poiché ivi si trovava il capitale speso e “messo a fruttare” dagli investitori e, da tale considerazione, faceva

¹⁰⁴ 2004 US Model BIT, in http://ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/.

¹⁰⁵ Cfr. *Annex G* del B.I.T. Stati Uniti - Uruguay del 2004.

¹⁰⁶ Cfr. Tribunale di Roma, 16 settembre 2002 (ord.), *Sandri ed altri c. Repubblica argentina*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 329.

¹⁰⁷ Cfr. Tribunale di Roma, 17 ottobre 2004 (ord.), *Rubrichi c. Repubblica argentina*, non pubblicata.

derivare l'ulteriore conseguenza che, rispetto alla controversia al suo esame, occorreva riconoscere la giurisdizione argentina e non la giurisdizione italiana.

Ovvia ma fondamentale conseguenza della riconducibilità del debito privato statale all'ambito materiale di applicazione dei B.I.T.s. è che lo Stato debitore rimane vincolato agli specifici obblighi in esso contenuti: i B.I.T.s, infatti, impongono agli Stati Parte elevati standard in materia di trattamento e protezione dell'investimento e affermano i principi del trattamento giusto ed equo, del trattamento nazionale e del trattamento della nazione più favorita.

Per ciò che riguarda lo standard del trattamento giusto ed equo, alcuni autori hanno sostenuto che il principio assolverebbe la funzione di clausola generale dei B.I.T.s e costituirebbe un parametro ermeneutico utile per l'interpretazione di altre norme specifiche quali le disposizioni in materia di trattamento nazionale e di trattamento della nazione più favorita¹⁰⁸ anche se, piuttosto, sembra condivisibile l'opinione di coloro che considerano il principio del trattamento giusto ed equo una applicazione dello standard del trattamento minimo internazionale¹⁰⁹.

Come noto, tale principio era stato affermato dai Paesi industrializzati quale regola di diritto internazionale generale disciplinante il trattamento degli stranieri¹¹⁰ ma la formazione di una norma consuetudinaria era stata impedita dalla forte presa di posizione dei Paesi in via di sviluppo all'interno della Assemblea generale delle Nazioni Unite, soprattutto mediante l'approvazione della Ris. n. 3281 del 1974, meglio nota come Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati, la quale invocava il principio del trattamento nazionale (ai sensi dell'art. 2, par. 2 della Carta, in particolare, lo Stato territoriale poteva regolare l'investimento straniero attraverso le proprie leggi ed in conformità alle proprie priorità ed obiettivi nazionali).

In assenza di una norma di diritto internazionale generale certa, perciò, lo standard del trattamento giusto ed equo, reintroduce su scala bilaterale l'operatività dello standard del trattamento minimo internazionale nei rapporti Nord-Sud.

La vigenza di tale criterio era già stata riconosciuta nei rapporti tra gli Stati membri dell'OCSE dalle *Guidelines* del 1976 disciplinanti la condotta delle società multinazionali: *“l'expression traitement juste et équitable, qui figure habituellement dans les instruments bilatéraux traitant de ces questions, désigne le régime que chaque Etat doit normalement réserver, d'après le droit international, aux biens des ressortissants étrangers [...] La norme est conforme, en fait, au standard minimum de droit international”*¹¹¹.

¹⁰⁸ MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 181.

¹⁰⁹ CARREAU, *Droit international économique*, cit., p. 450

¹¹⁰ CARREAU, *Droit international économique*, cit., p. 450.

¹¹¹ V. OECD, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises : Text, Commentary and Clarifications*, art. 1, par. 4-a, p. 15, in <http://www.ois.oecd.org/>.

Lo standard del trattamento nazionale, il cui scopo è quello di eliminare le disuguaglianze giuridiche tra investitori nazionali e stranieri, riconosce a questi ultimi il diritto di essere trattati a condizioni non meno favorevoli di quelle riservate ai nazionali dello Stato territoriale, anche se non esclude che gli stranieri possano pretendere un trattamento migliore dei nazionali qualora lo standard internazionale individuato risulti essere superiore a quello nazionale: condizione per l'operatività del principio è che stranieri e nazionali si trovino in condizioni identiche o similari.

La standard della nazione più favorita, infine, impone allo Stato territoriale di riconoscere agli stranieri un trattamento non meno favorevole rispetto a quello concesso agli investitori di uno Stato terzo ad eccezione dei casi in cui il riconoscimento di un trattamento privilegiato derivi dall'esistenza di relazioni o vincoli particolari - quali l'appartenenza di uno degli Stati contraenti ad una zona di libero scambio, a un'unione doganale, a un mercato comune o ad un'unione monetaria - che potrebbero essere compromessi da una generalizzata estensione dei benefici a favore di Stati terzi.

In materia di protezione dell'investimento, i B.I.T.s riproducono principi vigenti nel diritto internazionale generale: lo standard della *full protection and security* - che impone allo Stato territoriale un obbligo di mezzi consistente, da un lato, nel dovere di riconoscere una adeguata protezione in diritto all'investimento straniero, dall'altro di assicurare anche una sufficiente protezione in fatto - ed il divieto di trattamento discriminatorio¹¹².

A conferma della vigenza di quest'ultimo principio, i B.I.T.s conclusi dall'Italia contengono la seguente formula: "*Ciascuna delle parti contraenti si asterrà dall'adottare provvedimenti ingiustificati o discriminatori che ledano la gestione, il mantenimento, il godimento, la trasformazione, la cessazione e la liquidazione degli investimenti effettuati nel suo territorio da investitori dell'altra Parte Contraente*".

La maggior parte dei B.I.T.s, inoltre, prevede una clausola in materia di nazionalizzazione ed espropriazione che detta le condizioni di liceità dei provvedimenti ablativi adottati dallo Stato sul cui territorio viene effettuato l'investimento: la presenza di un fine pubblico, la non discriminatorietà dell'atto ablativo, la corresponsione di un indennizzo.

L'importanza di tale clausole emerge soprattutto rispetto alla possibilità di individuare con esattezza l'ammontare dovuto a titolo di indennizzo, visto che la determinazione di tale standard risulta una delle questioni più controverse del diritto internazionale degli investimenti¹¹³: numerosi *B.I.T.s*,

¹¹² V. I.C.J. Reports, *Electronica Sicula*, 1989, p. 15; Arbitrato I.C.S.I.D., *Asian Agricultural Products LTD v Republic Democratic of Sri Lanka*, 27 giugno 1990, in *Int. Law Reports*, 1997, vol. 106, p. 417 ss.

¹¹³ Ai fini della valutazione del valore dell'investimento espropriato, sono stati utilizzati vari metodi quali, ad esempio, il metodo del *market value*, del *discounted cash flow value* o del *book value*. Nella ipotesi di espropriazione di una impresa, la somma da indennizzare è stata calcolata alternativamente in base al valore commerciale di mercato di

riprendendo la “c.d. formula Hull”, impongono allo Stato espropriante il dovere di corrispondere un indennizzo pronto, adeguato ed effettivo.

Da ultimo, le c.d. “*umbrella clauses*” o “*pacta sunt servanda clauses*”, impongono allo Stato contraente di rispettare gli obblighi assunti nei confronti dell’investitore nazionale dell’altra parte contraente e pongono l’ulteriore complessa questione, emersa nei casi *SGS v. Pakistan* e *SGS v. Philippines*, decisi da tribunali arbitrali I.C.S.I.D., circa la distinzione tra controversie puramente contrattuali, rientranti nelle competenze del giudice individuato dalla volontà delle parti, ed ipotesi di violazioni contrattuali, integranti anche una violazione di un BIT, conoscibili da un tribunale I.C.S.I.D.¹¹⁴.

L’applicabilità dei *B.I.T.s* anche al debito privato dello Stato comporta, da un lato, che la asserita violazione di una delle norme, il cui contenuto è stato sinteticamente tratteggiato, è idonea a costituire una *cause of action* per gli investitori aventi la nazionalità di uno Stato parte dell’accordo¹¹⁵, dall’altro, che sono applicabili le clausole sulla soluzione delle controversie tra lo Stato e l’investitore straniero, generalmente contenute in tali accordi.

In particolare, qualora lo Stato e l’investitore privato non risolvano una controversia in materia di investimenti mediante consultazioni amichevoli o non venga adito un giudice nazionale, gli accordi prevedono la possibilità di scegliere tra diversi meccanismi di soluzione quali il ricorso ad un arbitrato I.C.S.I.D., all’arbitrato della Camera di commercio internazionale oppure ad un arbitrato disciplinato dal regolamento UNCITRAL.

Di norma si può fare ricorso all’arbitrato solo dopo che è trascorso un certo periodo di tempo dall’inizio della controversia innanzi ai giudici nazionali dichiarati competenti; il B.I.T. del 1991 tra Argentina e Stati Uniti, tuttavia, costituisce una significativa eccezione poiché permette agli investitori di ricorrere all’arbitrato in ogni caso, non ponendo quale condizione il previo esaurimento dei ricorsi interni¹¹⁶.

Il tipo di controversie deferibili ad arbitrato varia a seconda della volontà delle Parti contraenti: mentre alcuni accordi si limitano a stabilire che il collegio arbitrale potrà conoscere le controversie relative ad un investimento, altri, invece, limitano la competenza materiale degli arbitri alle

quest’ultima (*market value*), della capacità dell’impresa di produrre utili in ragione dei risultati di esercizio degli anni precedenti (*discounted cash flow value*), del valore di acquisto di un bene meno il deprezzamento da esso subito.

¹¹⁴ Cfr. Arbitrato I.C.S.I.D., 6 agosto 2003, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan, Decision on Jurisdiction*, in *ICSID Review*, 2003, p. 301 ss.; Arbitrato I.C.S.I.D., 29 gennaio 2004, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, Decision on Jurisdiction*, in <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>; SHANY, *Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 835 ss.; SAVARESE, *Il concorso di giurisdizioni nelle controversie tra Stati e private straniere in materia di investimenti: a proposito di due contrastanti sentenze dell’ICSID*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2004, pp. 955 – 971.

¹¹⁵ WÄLDE, cit., p. 406.

¹¹⁶ SNEYDER, *The Menem Revolution in Argentina: Progress Toward a Hemispheric Free Trade Area*, in *Texas Int. Law Journal*, 1994, p. 113.

violazioni delle disposizioni convenzionali o alle questioni applicative o interpretative di queste ultime¹¹⁷ oppure subordinano la *jurisdiction* arbitrale alla condizione che la violazione dell'accordo abbia comportato una perdita o un danno per l'investitore¹¹⁸.

La circostanza che la maggior parte degli accordi di promozione e protezione degli investimenti contenga una clausola I.C.S.I.D., pone la questione se il Centro internazionale per la soluzione delle controversie in materia di investimenti sia, in ogni caso, competente a decidere mediante arbitrato una controversia relativa all'inadempimento di uno Stato Parte della Convenzione di Washington rispetto a *bonds* emessi sui mercati internazionali.

L'art. 25 della Convenzione di Washington, infatti, delimita la competenza *ratione personae* e *ratione materiae* del Centro come segue: “*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre*”.

L'assenza di una definizione di investimento - giustificata con la necessità di evitare l'utilizzo di definizioni poco soddisfacenti che avrebbero dato luogo a controversie tra gli Stati e con la volontà di attribuire rilievo al consenso delle Parti - ha consentito ai tribunali del Centro di attribuire al termine un significato particolarmente ampio - anche seguendo le indicazioni della dottrina - e di sostenere la propria competenza anche riguardo a controversie relative a forme non tradizionali di investimento¹¹⁹.

La prima stesura della Convenzione di Washington conteneva una definizione di investimento alla quale erano riconducibili operazioni di finanza transnazionale: “*investment means any contribution of money or other assets of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for no less than five years*”¹²⁰.

Già nel caso *Holiday Inns S.A. and Others v. Morocco* il tribunale ha riconosciuto la giurisdizione dell'I.C.S.I.D. in una controversia interente ad un *loan contract* avente ad oggetto il finanziamento della costruzione di un hotel da parte di una agenzia controllata dal Marocco¹²¹.

La pronuncia relativa al caso *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* fornisce dei criteri interpretativi utili per stabilire se una controversia relativa all'attività statale di emissione di un prestito obbligazionario possa rientrare nell'ambito di applicazione materiale dell'I.C.S.I.D. Nel caso in esame, in applicazione della *Law on Public Credit* del 12 agosto 1983, infatti, il Venezuela aveva

¹¹⁷ MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 331.

¹¹⁸ Cfr. B.I.T. Canada - Egitto, 8 novembre 1991, art. 13, in www.sice.oas.org.

¹¹⁹ SCHEURER, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2001, p. 124.

¹²⁰ Id., p. 122.

¹²¹ Arbitrato I.C.S.I.D., 12 maggio 1974, *Holiday Inns S.A. and Others v. Morocco*, *Decision on Jurisdiction*, in <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>.

emesso delle *promissory notes* al fine di reperire i finanziamenti necessari per sostenere la spesa pubblica e tali titoli di credito erano stati acquistati da una società olandese, la *Fedax*.

Quando il Venezuela sospese il pagamento del capitale e degli interessi dovuti, la *Fedax* presentò un richiesta di arbitrato all'I.C.S.I.D., la cui competenza era stata accettata dallo Stato sudamericano sulla base della clausola contenuta nell'art. 9 del B.I.T. concluso con il Regno d'Olanda.

Il tribunale arbitrale decideva che i *transnational loans* rientravano nella competenza materiale dell'I.C.S.I.D. e che l'acquisto di *promissory notes* costituiva un investimento¹²².

Respingendo l'eccezione del Venezuela secondo cui l'emissione di *promissory notes* non era qualificabile come un investimento poiché non comportava un trasferimento di risorse finanziarie a lungo termine, il tribunale concludeva: “..*loans qualify as an investment within I.C.S.I.D.’s jurisdiction, as does, in given circumstances, the purchase of bonds*”.

Nella motivazione, il Tribunale ha precisato i criteri per individuare le tipologie di *bonds* rientranti nella definizione di investimento previsto dall'art. 25 della Convenzione di Washington.

Secondo il Tribunale, occorre, in primo luogo, indagare il contenuto degli strumenti attraverso cui lo Stato convenuto ha manifestato il proprio consenso a sottoporsi ad arbitrato: nel caso in esame il B.I.T. tra Venezuela e Regno di Olanda qualificava come investimenti anche i “*bonds and other kinds of interests in companies*” e conteneva, inoltre, una disposizione diretta a garantire il trasferimento dei pagamenti dovuti all'investitore straniero tra cui la corresponsione degli interessi e delle somme dovute in esecuzione di un contratto (art. 5(d)).

Ulteriore criterio di riferimento utilizzato è stato quello della durata del prestito poiché l'acquisto dei titoli emessi dallo Stato dovrebbe essere effettuato con la consapevolezza che esiste una correlazione tra l'operazione finanziaria e lo sviluppo del Paese ospite¹²³: nel caso *Fedax* le emissioni del Venezuela potevano definirsi investimenti dal momento che non consistevano in uno “*short term, occasional financial arrangement*” ma in operazioni di prestito a medio e lungo termine, effettuate nel perseguimento di finalità pubbliche e disciplinate piuttosto dettagliatamente dalla legge¹²⁴.

La pronuncia, infine, indica la regolarità nella corresponsione degli interessi (*regularity of profit and return*), una assunzione del rischio da parte del privato investitore e l'entità elevata delle somme investite quali ulteriori indici per attribuire all'acquisto di *bonds* la natura di investimento.

Anche nella pronuncia *Ceskoslovenska obchodni banka, A.S.(CSOB) v. Slovak Republic*, un tribunale I.C.S.I.D. ha qualificato come investimento, riconoscendo la propria competenza, un

¹²² Arbitrato I.C.S.I.D., 11 giugno 1997, *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction*, in *Int. Legal Materials*, 1999, p. 1378.

¹²³ Id., cit., par. 43.

¹²⁴ Arbitrato I.C.S.I.D., *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 43.

contratto di cessione di crediti verso corrispettivo, concluso tra la banca CSOB e due “*Collection Companies*” situate nella Repubblica Ceca e Slovacca; la Repubblica Slovacca aveva garantito il pagamento del corrispettivo.

Il Tribunale qualificava l’operazione finanziaria come un investimento poiché era finalizzata a contribuire in forma sostanziale allo sviluppo della economia della Repubblica slovacca attraverso la promozione del processo di consolidamento e privatizzazione della banca CSOB di cui la cessione dei crediti costituiva una fase decisiva¹²⁵.

Alla luce delle pronunce appena considerate, l’acquisto di *bonds* emessi da un *Sovereign borrower* rientra, in astratto, nella nozione di investimento ai sensi dell’art. 25 della Convenzione di Washington¹²⁶ purché la sottoscrizione del titolo non venga effettuata per finalità meramente speculative e l’investimento abbia una durata media.

Rispetto a quest’ultimo profilo, nella pronuncia relativa al caso *Fedax*, è stato precisato che la circostanza che i *bonds* statali siano strumenti negoziabili sui mercati secondari e possano essere trasferiti a diversi *bondholders* non è sufficiente ad escluderne la natura di investimenti: la possibile mutevolezza degli investitori non modifica la struttura dell’investimento poiché lo Stato emittente, indipendentemente dall’identità degli acquirenti, beneficia di un trasferimento di capitali da utilizzare per la realizzazione delle proprie politiche economiche¹²⁷.

A seguito del recente default dell’Argentina nel pagamento degli interessi e del capitale dovuto sui *bonds* emessi sui mercati finanziari internazionali, la questione della competenza *rationae materiae* dell’I.C.S.I.D., rispetto a controversie relative all’inadempimento del debito privato, verrà nuovamente considerata nel sistema I.C.S.I.D. dal momento che il Segretario generale del Centro ha accettato due richieste di arbitrato nei confronti della Repubblica sudamericana, presentate da due gruppi di investitori italiani che hanno rifiutato l’offerta di scambio dei titoli in default con nuovi titoli a scadenza dilazionata ed a tasso di interesse ridotto, presentata dall’Argentina nel 2005.

I ricorrenti hanno individuato la competenza del Centro sulla base della clausola arbitrale I.C.S.I.D. prevista dall’art. 8 dell’Accordo sulla promozione e la protezione degli investimenti concluso tra Italia e Argentina¹²⁸.

¹²⁵ Arbitrato I.C.S.I.D., 24 maggio 1999, *Ceskoslovenska obchodni banka, A.S.(CSOB) v. Slovak Republic, Decision on Objections to Jurisdiction*, in *ICSID Review*, 1999, p. 251.

¹²⁶ In questo senso, cfr. DELAUME, *ICSID and the Transnational Financial Community*, in *ICSID Review*, 1986, p. 237. ss.; GRIFFIN, FARREN, *How Icsid Can Protect Sovereign Bondholders*, in *Int. Financial Law Review*, september 2005.

¹²⁷ Arbitrato I.C.S.I.D., *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 40.

¹²⁸ V., Arbitrato I.C.S.I.D., *Giovanna a Beccara and Others v. Argentine Republic (ARB/07/5)*; Arbitrato I.C.S.I.D., *Giovanni Alemanni and Others v. Argentine Republic, (ARB/ 7/8)*: i collegi arbitrali non sono stati ancora nominati. Il B.I.T. Italia - Argentina, cit., art. 8., 3° c. dispone che “*Ove tra una Parte contraente ed investitori sussista ancora controversia, dopo trascorso un periodo di 18 mesi dalla notifica di inizio di una azione avanti le magistrature nazionali tale controversia potrà essere sottoposta ad arbitrato*”.

Pur in assenza di pronunce analoghe a quelle appena sintetizzate è già possibile sostenere che, qualora applicati alle controversie relative al debito privato, gli accordi in materia di investimenti costituiscono gli strumenti che assicurano una maggiore tutela ai *bondholders*, sia per la specificità degli obblighi imposti agli Stati parte, sia per i meccanismi di soluzione delle controversie in essi previsti i quali offrono maggiori garanzie rispetto al ricorso ai giudici nazionali competenti.

6.- I principali tentativi di codificazione delle norme sulla responsabilità internazionale dello Stato per l'inadempimento del debito privato.

Il tema delle responsabilità per l'inadempimento del debito privato è stato considerato, prima, nel quadro dei tentativi di codificazione della responsabilità internazionale per i danni arrecati agli stranieri ed ai loro beni e, successivamente, nel corso dei lavori della Commissione del diritto internazionale che hanno portato all'adozione degli Articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti internazionali.

Nel 1929, la *Harvard Law School* nominava come relatore speciale il Prof. Borchard e promuoveva la redazione di una "*Draft Convention on the Responsibility of States for Damages Done in their Territory to the Person or Properties of Foreigners*"¹²⁹ il cui art. 8 ammetteva la responsabilità internazionale dello Stato inadempiente solo qualora lo straniero danneggiato avesse subito un diniego di giustizia¹³⁰.

La successiva Conferenza di Codificazione dell'Aja del 1930, riunita al fine di ricostruire le norme in materia di responsabilità dello Stato per la violazione delle norme sul trattamento dello straniero, non portò alla elaborazione di un testo condiviso in ragione della contrapposizione tra i paesi sostenitori del criterio del *minimo standard internazionale* ed i fautori del *trattamento nazionale*; essa fu preceduta dalla predisposizione, ad opera di un *Preparatory Committee*, di alcune basi di discussione che vennero sottoposte alla attenzione degli Stati.

Nel questionario l'inadempimento contrattuale dello Stato veniva tenuto distinto dal default nel debito verso i privati: in materia contrattuale, le *basis of discussion* n. 3 e 8 consideravano internazionalmente illecita l'adozione di un atto normativo di portata generale che avesse pregiudicato i diritti dei privati sorti in virtù di un contratto¹³¹ mentre, in caso di *default* nel debito

¹²⁹ V. HARVARD LAW SCHOOL, *Research in International Law. Responsibility of States*, Cambridge, 1929, vol. 2.

¹³⁰ V., Id., art. 8: "(a) A State is responsible if an injury to an alien results from its non-performance of a contractual obligation which it owes to the alien, if local remedies have been exhausted without adequate redress. (b) A State is not responsible if an injury to an alien results from the non-performance of a contractual obligation which its political subdivision owes to an alien, apart from responsibility because of a denial of justice."

¹³¹ "A State is responsible for damage suffered by a foreigner as the result of the enactment of legislation which directly infringes rights derived by the foreigner from a concession granted or a contract made by the State."

privato, le *basis of discussion* n. 4 e 9 ammettevano la responsabilità internazionale dello Stato che, con atto normativo del parlamento o dell'esecutivo, a) avesse ripudiato il debito privato oppure b) ne avesse modificato o sospeso il servizio o avesse mancato di adempiere alle obbligazioni assunte, salvo gli effetti esimenti derivanti da una situazione di necessità finanziaria¹³².

Le repliche degli Stati alle *basis of discussion* n. 4 e 9 qualificano la responsabilità internazionale per il default nel debito, una eccezione - in caso di condotta arbitraria o discriminatoria dello Stato inadempiente – piuttosto che come una regola¹³³.

Dopo che, nel 1949, la Commissione del diritto internazionale aveva avviato lo studio della materia della responsabilità degli Stati per i danni arrecati agli stranieri ed ai loro beni, *Garcia Amador* venne nominato Relatore Speciale.

Nel capitolo quarto del Secondo Rapporto, Amador si occupa della responsabilità internazionale dello Stato in caso di “*Non performance of contractual obligations and acts of expropriations*”, presentando il *default* nel debito privato come specifica ipotesi di inadempimento contrattuale: gli articoli 7, 8 e 9, diventeranno parte di un Progetto rivisto da *Amador* e sottoposto alla valutazione della Commissione del diritto internazionale.

L'art. 7 limita la responsabilità internazionale dello Stato che non osservi alcune disposizioni contrattuali alle ipotesi in cui l'inadempimento si traduca in un atto o una omissione contraria al diritto internazionale; secondo la norma l'inadempimento contrattuale costituisce un illecito internazionale quando non sia giustificato dal pubblico interesse o dalla necessità economica dello Stato, determini una discriminazione tra cittadini e stranieri a discapito di questi ultimi, costituisca un diniego di giustizia¹³⁴.

" It depends upon the circumstances whether a State incurs responsibility where it has enacted legislation general in character which is incompatible with the operation of a concession which it has granted or the performance of a contract made by it. (basis of discussion n. 3).

¹³² " A State incurs responsibility if, by a legislative act, it repudiates or purports to cancel debts for which it is liable.

" A State incurs responsibility if, without repudiating a debt, it suspends or modifies the service, in whole or in part, by a legislative act, unless it is driven to this course by financial necessity. (basis of discussion n. 4). A State incurs responsibility if the executive power repudiates or purports to cancel debts for which the State is liable. A State incurs responsibility if the executive power, without repudiating a State debt, fails to comply with the obligations resulting therefrom, unless it is driven to this course by financial necessity" (basis of discussion n. 9).

¹³³ V. League of Nations Publication, n. V'.Legal, 1930.V. 17. In proposito si veda, altresì, A/CN.4/106, *International Responsibility. Second report by F. V. Garcia Amador, Special Rapporteur*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1957, vol. 2, p. 117 ss.

¹³⁴ Art. 7. *Contractual obligations in general. 1. The State is responsible for the injuries caused to an alien by the non-performance of obligations stipulated in a contract entered into with that alien or in a concession granted to him, if the said non-performance constitutes an act or omission which contravenes the international obligations of the State. 2. For the purposes of the provisions of the foregoing paragraph, the repudiation or breach of the terms of a contract or concession shall be deemed to constitute an " act or omission which contravenes the international obligations of the State " in the following cases, that is to say, if the repudiation or breach: (a) Is not justified on grounds of public interest or of the economic necessity of the State;(b) Involves discrimination between nationals and aliens to the detriment of the latter; or (c) Involves a " denial of justice " within the meaning of article 4 of this draft).*

L'art. 8 ammette la responsabilità dello Stato per i danni causati allo straniero da un atto di ripudio o da una cancellazione del debito pubblico, ad eccezione del caso in cui la misura in questione sia giustificata sulla base del pubblico interesse e non discrimini tra cittadini e stranieri con pregiudizio per questi ultimi¹³⁵.

Da ultimo, l'art. 9 in materia di espropriazione, precisa che “*the State is responsible for the injuries caused to an alien by the expropriation of his property, save in so far as the measure in question is justified on grounds of public interest and the alien receives adequate compensation*”.

Nel documento, che raccoglie i 6 precedenti rapporti e contiene il progetto di articoli rivisto¹³⁶, il relatore speciale *Garcia Amador* espone la c.d. teoria degli *acquired rights* al fine di dare un fondamento giuridico alla ricostruzione della disciplina consuetudinaria del trattamento dello straniero e individuare le condotte statali internazionalmente illecite.

Secondo l'autore, il diritto internazionale impone l'obbligo di rispettare i diritti patrimoniali degli individui nel momento in cui questi ultimi li acquisiscono nella propria sfera giuridica soggettiva; tale obbligo, tuttavia, non è assoluto ma incontra un limite nel diritto riconosciuto agli Stati di porre in essere, nel perseguimento dell'interesse generale, atti limitativi dei diritti patrimoniali degli individui¹³⁷.

A sua volta, secondo la ricostruzione del relatore speciale, la dottrina degli *acquired rights* costituisce una applicazione del principio di diritto internazionale generale che vieta l'ingiusto arricchimento degli Stati: questi ultimi, infatti, commetterebbero un illecito nelle ipotesi in cui beneficiassero degli atti posti in essere nel perseguimento del pubblico interesse – quali ad esempio gli atti di espropriazione - a discapito dei privati individui¹³⁸.

Ciò premesso, il relatore ha cercato di individuare le tipologie di condotte statuali incidenti sui diritti patrimoniali degli individui idonee ad integrare un illecito internazionale, distinguendo tra la disciplina delle espropriazioni e quella dei contratti, categoria questa nella quale vengono annoverati i contratti di concessione, i contratti che prevedono lo sfruttamento delle risorse naturali ed i contratti di prestito.

In materia di contratti, la relazione finale introduce una ulteriore distinzione tra “*unlawful acts*” e “*arbitrary acts*”: vengono definiti “*unlawful*” gli inadempimenti statali che ne determinino – immediatamente e direttamente – la responsabilità internazionale mentre sono considerati

¹³⁵ Art. 8. “*Public debts. The State is responsible for the injuries caused to an alien by the repudiation, or the cancellation, of its public debts, save in so far as the measure in question is justified on grounds of public interest and does not discriminate between nationals and aliens to the detriment of the latter*”.

¹³⁶ V., GARCIA AMADOR, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, cit., p. 1 ss.

¹³⁷ La teoria degli *acquired rights* è stata applicata in due celebri pronunce arbitrali: nel caso *Government of Saudi Arabia v Arabian American Oil Company* (Aramco) del 23 agosto 1958 e nel caso *Sapphire International Petroleum's Ltd v National Iranian Oil Company* del 15 marzo 1963 parzialmente riprodotte in WHITEMAN, cit., vol. 8, pp. 912-913.

¹³⁸ V., Id., p. 40.

“*arbitrary*” gli inadempimenti che comportano solo indirettamente la responsabilità dello Stato in presenza di specifiche modalità di inadempimento o di particolari circostanze¹³⁹.

La relazione qualifica “*unlawful non performance*” l’inadempimento degli obblighi nascenti dai “*c.d. contratti internazionalizzati*”; questi negozi si connotano per il fatto di contenere clausole che, implicitamente o esplicitamente, sottopongono il rapporto al diritto internazionale attraverso l’individuazione della legge applicabile o mediante il deferimento della soluzione delle eventuali controversie ad un arbitrato internazionale.

Secondo Amador, l’internazionalizzazione del rapporto sorto tra Stati e privati, altrimenti regolato dalla legge nazionale applicabile, determina l’operatività del principio del *pacta sunt servanda*: l’inadempimento darebbe luogo ad una responsabilità internazionale dello Stato.

Negli altri casi, la responsabilità internazionale dello Stato può discendere da soli *arbitrary acts* e, pertanto, non deriva dal mero inadempimento dello Stato.

Con una evidente analogia con la disciplina della espropriazione, l’inadempimento viene considerato di per sé lecito salvo che non ricorrano precise circostanze: a) la misura non risulti giustificata da motivi di pubblico interesse, b) la misura sia discriminatoria; c) sia imputabile allo Stato un diniego di giustizia.

Nello studiare la specificità dell’inadempimento del debito rispetto all’inadempimento contrattuale dello Stato nei confronti dei privati, l’autore si interroga se le peculiari caratteristiche del primo possano comportare un diverso regime dal punto di vista della responsabilità internazionale e, facendo propria le opinioni espresse dall’*Acioly* e da *Borchard*, propone una distinzione basata sulle ragioni dell’inadempimento e sui diversi oneri di diligenza gravanti sui creditori privati.

Dal momento che l’inadempimento del debito privato può derivare da un effettiva incapacità finanziaria dello Stato, i creditori, al momento dell’acquisto dei titoli obbligazionari, hanno l’onere di tenere nella massima considerazione il rischio derivante dalla transazione finanziaria posta in essere, anche se tali considerazioni non scusano lo Stato che abbia agito fraudolentemente o in modo contrario a buona fede; nel caso di inadempimento contrattuale, invece, considerato che lo Stato agisce come un operatore privato ed entra in relazione con uno specifico, conosciuto contraente, quest’ultimo può, invece, pretendere il rispetto degli impegni contrattuali assunti nei suoi riguardi dall’ente sovrano.

Ciò premesso, il Relatore speciale conclude che la responsabilità internazionale per inadempimento del debito – a differenza dell’inadempimento contrattuale- andrebbe ristretta alle sole ipotesi di assenza di un pubblico interesse e di condotta discriminatoria nei confronti degli stranieri¹⁴⁰.

¹³⁹ V., Id, p. 68.

¹⁴⁰ V., Id., p. 120.

L'*Harvard Draft Convention on International Responsibility* del 1961, la cui redazione è stata promossa dall'Università di Harvard ed è stata curata dai Prof. Sohn e Baxter, considera i *debts* rientranti nella nozione di contratto ed elenca, all'art. 12, i casi di inadempimento ritenuti idonei a determinare la responsabilità internazionale dello Stato, evidenziando, ancora una volta, la necessità di una condotta arbitraria da parte del medesimo¹⁴¹: nelle note esplicative, infatti, si ribadisce che lo Stato “*incurs International responsibility when through an arbitrary action it defaults on those debts*”.

Il concetto di arbitrarietà viene ancora una volta riferito a tutte le condotte statali che causino un diniego di giustizia o che abbiano effetto discriminatorio verso gli stranieri; in particolare, viene definita “*departure from the law of contract*” qualsiasi interpretazione del contratto che determini la discriminazione dell'individuo contraente in quanto straniero¹⁴².

Nelle note esplicative alla Convenzione, inoltre, il ripudio o il mancato pagamento del debito da parte dello Stato vengono considerati un illecito internazionale¹⁴³.

A differenza dell'approccio seguito nella relazione di Garcia Amador, la necessità economica dello Stato emittente in default non viene considerata una circostanza idonea ad escluderne l'illiceità internazionale della condotta¹⁴⁴.

Il rilievo della necessità economica come causa di giustificazione dell'illecito, secondo i relatori, finirebbe col favorire lo Stato debitore che potrebbe così beneficiare di una posizione di vantaggio nei negoziati con i creditori diretti a rivedere i termini delle obbligazioni emesse; non sarebbe, pertanto, un atto unilaterale dello Stato la soluzione adeguata alla temporanea incapacità di adempiere dello stesso quanto, piuttosto, il raggiungimento di un accordo negoziale tra creditori e emittente¹⁴⁵.

Nel fornire una interpretazione dell'art. 34 della Convenzione, rubricato “*Damages for Violation, Annulment, or Modification of a Contract or Concession*”, i relatori affermano che lo Stato sarebbe tenuto a versare, quale conseguenza dell'illecito costituito dal ripudio del debito, la somma originariamente prevista dai termini del titolo obbligazionario¹⁴⁶.

¹⁴¹ V. ID, pp. 139 – 402.

¹⁴² V. ID., p. 229.

¹⁴³ “*Either outright repudiation of, or simple failure to pay the principle of or interest on, a debt of the central government of a State might run afoul of any one or more of the subparagraphs of paragraphs one*” v., ID., p. 231.

¹⁴⁴ “*The poverty of a country or its asserted inability to pay may be not set up as a defense to international responsibility*” v., ID., p. 231.

¹⁴⁵ “*Particular difficulties are caused by the fact that there is no bankruptcy procedure in order to discharge a State when it becomes in fact totally unable to meet its obligations. In the absence of any such procedure, the release of a State from its obligations under such circumstances must be left to International negotiations*” v., id. p. 232.

¹⁴⁶ “*The second type of contractual obligation which poses problems of an exceptional order is a debt of the central government of the State which, it will be recalled, is considered to fall within the “category of contracts”. Such a debt is often represented by bonds. According to the standard laid down by this article, the damages for failure to pay the principal or interest on such bonds is the amount which the State originally obligated itself to pay. It has been objected*

Successivamente alle dimissioni del relatore Garcia Amador, avvenute nel 1962, la Commissione del diritto internazionale istituì un *Sub Committee on State Responsibility* che venne incaricato di focalizzare la propria ricerca sugli aspetti generali della materia; durante la 15° sessione della Commissione, tenutasi nel 1963, il Prof Ago venne nominato Relatore Speciale.

A partire dalla summenzionata data, i rapporti dei relatori speciali forniscono indicazioni meno specifiche ai fini del presente studio, poiché, in considerazione delle difficoltà incontrate in precedenza, la Commissione di diritto internazionale ha cercato di ricostruire i caratteri generali dell'illecito e le norme secondarie che si applicano come conseguenza della commissione di un fatto illecito e non hanno curato lo studio delle specifiche tipologie di violazione delle norme primarie idonee a determinare la responsabilità internazionale dello Stato.

Nel quinto rapporto sulla responsabilità internazionale degli Stati, tuttavia, il relatore Ago, chiarisce alcuni degli equivoci nascenti dall'uso delle espressioni “*responsabilità contrattuale degli Stati*” collocandosi, parzialmente, sulla scia del predecessore Garcia Amador¹⁴⁷.

Nel quinto rapporto, Ago chiarisce che l'elemento oggettivo dell'illecito internazionale è costituito non tanto dalla violazione di una regola di diritto internazionale quanto dalla violazione di un obbligo internazionale, il quale può derivare anche dall'inosservanza di una decisione o di una pronuncia arbitrale.

Secondo Ago i contratti conclusi tra Stati e privati sono strumenti di diritto interno e non possono essere, in alcun modo, equiparati ai trattati internazionali; da ciò deriva che “*the breach by the State of an obligation it has entered into under a contract of this kind does not therefore constitute as such the objective element of an internationally wrongful act and is scarcely likely to entail International responsibility on the part of that State; it is governed by a different legal order, and whether that order is national or of another kind is largely immaterial*”¹⁴⁸.

7. - Breve disamina dei principali orientamenti della dottrina in materia.

La ricostruzione della disciplina della responsabilità internazionale dello Stato per l'inadempimento contrattuale nei confronti dei privati ha, da sempre, diviso dottrina e Stati: i principali indirizzi teorici in materia possono essere classificati in quattro distinti filoni¹⁴⁹.

that to require the State to perform in exactly the terms laid down by these instruments might confer a windfall on those holders of the Securities who had purchased them at a low price” v., ID, p. 336 .

¹⁴⁷ V. A/CN.4/291, *Fifth Report on International Responsibility. The internationally Wrongful Act of the State Source of International Responsibility (Continued)*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, vol. II(1), 1976, p. 6.

¹⁴⁸ ID, p. 6.

¹⁴⁹ In dottrina, si vedano ad esempio, AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Napoli, 1979 -1986; ANZILLOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902; *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (a cura di Lillich), Charlottesville, 1982; CRAWFORD, *The*

Secondo l'orientamento più radicale e datato, noto con il nome di teoria della *sanctity of contracts*, il diritto internazionale conterrebbe una norma di diritto generale che vieta agli Stati di provocare qualsiasi modificazione unilaterale e di determinare la risoluzione arbitraria dei rapporti contrattuali, nel presupposto che la norma *pacta sunt servanda* trovi applicazione in qualunque manifestazione esterna della volontà degli Stati, a prescindere dalla natura dell'atto con cui essa si concretizza¹⁵⁰.

Da questa teoria derivano una serie di conseguenze: 1) gli effetti dei contratti vengono equiparati a quelli dei trattati; 2) lo Stato non godrebbe di alcuna riserva di sovranità ed agirebbe in un regime di perfetta parità con i contraenti privati.

L'applicazione del diritto internazionale e, in particolare, del principio del *pacta sunt servanda*, comporta, altresì, che qualsiasi violazione del rapporto negoziale da parte dello Stato farebbe insorgere la sua responsabilità sul piano internazionale.

Nella giurisprudenza internazionale poche manifestazioni della prassi aderiscono alla tesi indicata.

Nel noto caso *Ambetielos*, la Grecia aveva instaurato un giudizio innanzi alla Corte Internazionale di Giustizia, nell'esercizio della sua funzione contenziosa, nei confronti del Regno Unito; intervenuta in protezione diplomatica, aveva sostenuto le pretese patrimoniali di un cittadino greco, un armatore che aveva concluso un contratto di fornitura di alcune imbarcazioni con il Regno Unito senza ricevere alcun corrispettivo per l'opera prestata.

Nel proprio *plaidoirie* il governo greco, riferendosi al contratto concluso tra il Regno Unito e *Ambetielos*, ha sostenuto che “it was one between a State and a foreign National with the result that, according to the principles of International law, the government of the State incurs a direct responsibility on breach of the contract, for which the government of the foreign national thereby injured is entitled to seek redress”¹⁵¹.

Nelle contromemorie, il governo inglese ha replicato che l'inadempimento di un contratto poteva giustificare un intervento greco in protezione diplomatica soltanto qualora *Ambetielos* non avesse

International Law Commission's Articles on State Responsibility, Cambridge, 2002; DUNN, *The Protection of Nationals : a Study in the Application of International Law*, New York, 1970; EAGLETON, *The Responsibility of State in International Law*, New York, 1970; FATOUROS, *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, 1962; JENNINGS, *State Contracts in International Law*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1961, p. 156 ss.; LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972; LUZZATTO, *Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato*, in *Studi in onore di Ago*, Milano, 1987, p. 167; O'CONNELL, *International Law*, London, 1970, p. 977; PAZARCI, *Responsabilité Internationale des Etats en Matière Contractuelle*, Ankara, 1973; PANICO, *Responsabilità internazionale degli Stati per violazione di obbligazioni assunte verso soggetti privati in contratti di investimento denazionalizzati*, in *Studi in onore di Ago*, Milano, 1987, p. 249; SACERDOTI, *I Contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972; SCHWEBEL, *The Breach by a State of a Contract*, in *Studi in onore di Ago*, Milano, 1987, p. 408; *United Nations Codification of State Responsibility*, (a cura di Simma e Spinedi), New York, 1987.

¹⁵⁰ V. FAUCHILLE, *Traité de droit International public*, 1922, vol. I, p. 529; OPPENHEIM, *International Law*, London 1955, vol. 1, p. 344; CAVARE', *La protection des droits contractuels reconnus par l'Etat a des étrangers a l'exception des emprunts*, Valladolid, 1956, p. 27; VERDROSS, *Protection of Private Property under Quasi-International Agreements*, in *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1959, p. 361 ss.

¹⁵¹ V. I.C.J., *Pleadings, Ambetielos (Greece v. United Kingdom)*, p. 71.

potuto far valere i propri diritti innanzi ad un tribunale, subendo – pertanto - un diniego di giustizia dalle autorità britanniche¹⁵².

Nel caso *Losinger & Co.*, la Società svizzera *Losinger & Co.* aveva concluso con la Jugoslavia un contratto di appalto per la costruzione di una rete ferroviaria negli Stati Uniti ma quest'ultima, aveva emanato una legge con la quale aveva risolto il contratto ed aveva, al contempo, indicato le corti jugoslave come le uniche competenti a conoscere delle controversie relative al negozio.

La Svizzera, agendo in protezione diplomatica, aveva allora adito la Corte Permanente di Giustizia Internazionale nei confronti della Jugoslavia sulla base della approvazione della clausola opzionale di accettazione della competenza obbligatoria della Corte fatta dagli Stati ai sensi dall'art. 36, par. 2 dello Statuto della Corte e, nel sostenere - nel merito - il ricorso, aveva affermato che *“The principle pacta sunt servanda must be applied not only to the agreements concluded directly between States, but also to agreements between a State and an alien; precisely by reason of their international character, such agreements may become the subject of a dispute in which the State takes the place of its nationals for the purpose of securing the observance of contractual obligations existing in their favor. The principle pacta sunt servanda enable a State to resist the non performance of conventional obligations assumed by another State in favor of its nationals”*¹⁵³.

Nel già citato caso dei *Prestiti norvegesi*, l'impostazione svizzera è stata ripresa dalla Francia a proposito della abrogazione norvegese, disposta con legge, della clausola oro contenuta in certi prestiti esteri emessi dalla Norvegia: *“Lorsque un Etat a conclu avec un particulier étranger un contrat quelconque, il ne peut s'en dépouiller, directement ou indirectement, sans engager sa responsabilité a l'égard de l'Etat protecteur de cet étranger”*¹⁵⁴.

Secondo la teoria opposta, lo Stato potrebbe lecitamente modificare il rapporto negoziale con il privato, in ragione delle mutate circostanze o valutazioni politiche, nell'esercizio delle proprie competenze sovrane; dal momento che i contratti vengono disciplinati dal diritto interno, la loro violazione non assume alcuna rilevanza rispetto all'ordinamento internazionale¹⁵⁵.

Questo orientamento è stato fortemente sostenuto, nel corso degli anni settanta, da quel gruppo di Stati che, nel promuovere un nuovo ordine economico internazionale, hanno cercato di affermare la sovranità dei paesi in via di sviluppo sulle proprie risorse economiche.

L'Unione sovietica, in sede di discussione sulla risoluzione 2158, in materia di sovranità permanente sulle risorse, ha sostenuto che dai contratti degli Stati non può sorgere alcun obbligo internazionale, non essendo i contratti con i privati soggetti al diritto internazionale.

¹⁵² V. I.C.J., cit., p. 106.

¹⁵³ V. P.C.I.J., Serie C n. 78, *Losinger & Co.*, p. 32.

¹⁵⁴ V. I.C.J., Pleadings, *Emprunts norvégiens (Plaidoirie Gros)*, p. 61

¹⁵⁵ V. DELSON, *Nationalization of the Suez Canal Company: Issue of Public and Private Int. Law*, in *Columbia Law Review*, 1957, p. 9; OLMSTEAD, *Nationalizations of Foreign Property Interest*, in *Selected Readings*, cit., p. 234 ss.;

La Carta dei diritti e dei doveri economici del 1974, manifestazione esemplare delle descritte aspirazioni, infatti, non disciplinava in alcun modo le conseguenze nei confronti dei paesi in via di sviluppo derivanti dall'inadempimento statale dei contratti conclusi con privati stranieri¹⁵⁶.

Merita considerazione anche la tesi di quanti ritengono che solo il diniego di giustizia – indipendentemente da ogni riferimento ai diritti patrimoniali – costituisca un illecito¹⁵⁷; occorre precisare in proposito, tuttavia, che nella prassi internazionale la nozione di diniego di giustizia viene utilizzata tecnicamente tanto che spesso ricomprende condotte qualificabili come discriminatorie o confiscatorie; ad esempio, nel *Caso dei fari ottomani a Creta*, il Tribunale arbitrale affermò che solo in caso di diniego di giustizia un inadempimento ad un obbligo di diritto privato o pubblico interno dà origine ad un illecito internazionale¹⁵⁸.

Un caso deciso dalla *American Mexican Claims Commission* dimostra come la nozione di diniego di giustizia venga utilizzata spesso in termini impropri: nel 1926, lo Stato messicano del Veracruz aveva concluso un contratto di fornitura con una società statunitense avente ad oggetto la costruzione di una rete ferroviaria ma lo aveva successivamente ripudiato con una legge del 28 novembre del 1931.

Nel condannare il Messico al pagamento della somma di 40 milioni di dollari a beneficio della società ricorrente l'*American Mexican Claims Commission* motivava la decisione come segue: la condotta del Messico “*under international law has been held to be a confiscatory breach of a contract and to constitute a denial of justice*”¹⁵⁹.

Secondo un ulteriore orientamento, che in questo scritto si condivide, l'inadempimento dello Stato verso un privato contraente non costituisce di per sé un illecito internazionale a meno che non esista un ulteriore elemento che qualifichi la condotta dello Stato: un atto arbitrario o discriminatorio, la violazione delle norme sul trattamento dello straniero oppure un diniego di giustizia.

L'individuazione della estensione della responsabilità dello Stato per inadempimento si traduce, dunque, in una questione di individuazione dei limiti dei poteri sovrani quando lo Stato entri in rapporti contrattuali.

Nella terza fase del caso *Ambetielos*, nelle proprie controdeduzioni, il Regno Unito ha affermato che “*it is generally accepted that, so long as it affords remedies in its Courts, a State is only directly responsible, on the international plane, for acts involving breaches of contract, where the breach is not a simple breach .. but involves an obviously arbitrary or tortious element, e.g. confiscatory*

¹⁵⁶ V., Posizione dell'Urss, in *British Practice*, 1966, p. 109.

¹⁵⁷ V., EAGLETON, cit., p. 167; HYDE, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 1922, p. 991.

¹⁵⁸ V. *Caso dei fari ottomani*, in *R.S.A.*, vol. 12, p. 198 ss.

¹⁵⁹ V., Il caso è riportato in WHITEMAN, *Digest of International Law*, cit., vol. 8, p. 908.

breach of contract – where the true basis for the claim is the confiscation rather than the breach of contract”¹⁶⁰.

Secondo Jessup, “*a simple breach of contract between a State and an alien is a violation of local law not of international law; if it is accompanied by forcible seizure or destruction of property amounting to what is called tortious or confiscatory breach of contract the State’s responsibility will be engaged*”¹⁶¹; tale orientamento è stato condiviso in alcune celebri manifestazioni della prassi quali i casi *Compagnia generale dell’Orinoco*, *Great Venezuelan Railroad* e *Martini*¹⁶².

Nel caso *Compagnia generale dell’Orinoco*, per esempio, il tribunale arbitrale riconobbe il diritto del Venezuela, nell’esercizio delle proprie funzioni sovrane, di abrogare un contratto di concessione per ragioni preminenti di sicurezza nazionale; tale diritto venne, tuttavia, subordinato al pagamento di un indennizzo.

Tra gli aderenti a questo indirizzo, alcuni sostengono che l’inadempimento contrattuale è idoneo a determinare la responsabilità internazionale dello Stato solo qualora esso venga qualificato da un intervento statale “*iure imperii*”, come, ad esempio, una legge o un atto amministrativo¹⁶³.

Questa conclusione appare, tuttavia, contraddittoria qualora si valutino le seguenti considerazioni: 1) qualora lo Stato agisca nell’esercizio dei suoi poteri sovrani, nel perseguimento del pubblico interesse, non sempre la condotta potrà essere qualificata internazionalmente illecita; 2) anche condotte *iure gestionis* (quale può essere il ripudio del debito contratto sul mercato secondario) possono dare luogo ad una responsabilità internazionale dello Stato.

In ragione delle peculiari caratteristiche dei prestiti internazionali, altri autori hanno sostenuto che la disciplina della responsabilità internazionale per il mancato pagamento degli interessi o del capitale, pur essendo riconducibile alla disciplina dei contratti internazionali, avesse dei profili originali.

Secondo Sacerdoti, come per i c.d. contratti internazionalizzati, l’assoggettamento dei prestiti ad un diritto straniero e la rinuncia dello Stato emittente all’esercizio di una parte delle prerogative sovrane – come l’esercizio della giurisdizione per la soluzione delle controversie- comporterebbe una estensione della responsabilità internazionale dello Stato anche alle ipotesi di modifica unilaterale delle condizioni del prestito.

¹⁶⁰ V. I.C.J., *Pleadings, Ambetielos (Greece v. United Kingdom)*, par. 269.

¹⁶¹ V. JESSUP, *Responsibility of States for Injuries to Individuals*, in *Columbia Law Review*, 1946, p. 903. In senso conforme, LIPSTEIN, *The Place of the Calvo Clause in International Law*, in *British Yearbook of Int. Law*, vol. 22, 1945, p. 130, “*the failure of a state to fulfill a contractual obligation, unless such a failure is confiscatory*”.

¹⁶² *Compagnia generale dell’Orinoco*, in R.S.A., vol. 10, p. 184 ss.; *Great Venezuelan Railroad*, in R.S.A., vol. 10, p. 472; Arbitrato ad hoc (Italia c. Venezuela), 3 maggio 1930 in *Int. Law Reports*, 1981, vol. 5, p. 153 ss.

¹⁶³ V. BROCHARD, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*², New York, 1970, p. 284; DUNN, *The Protection of Nationals Abroad*, cit., p. 166; JENNINGS, *State Contracts*, cit., p. 173; SCHWEBEL, cit., p. 408; WADMOND, cit., p. 142.

Tale estensione non deriverebbe da una violazione della regola del *pacta sunt servanda* quanto piuttosto costituirebbe un specifica applicazione del principio della buona fede vincolante per lo Stato emittente.

Quale ulteriore corollario del principio della buona fede, lo Stato che non ripudi un debito ma ne disponga la sospensione o l'interruzione, in ragione delle proprie difficoltà di liquidità, sarebbe obbligato a rinegoziare con i *bondholders* i termini e le condizioni dei pagamenti sulla base delle circostanze del caso¹⁶⁴.

8.- Considerazioni critiche sulla portata degli obblighi internazionali primari degli Stati in materia di debito assunto nei confronti dei privati.

L'esame della prassi e della dottrina, appena proposto, pur confermando come sia difficile ricostruire con certezza i limiti della sovranità statale rispetto ai rapporti debitori tra Stati e privati consente di elaborare alcune ulteriori considerazioni.

La prassi citata non sembra confermare l'esistenza di un obbligo internazionale degli Stati di adempiere gli obblighi contrattuali assunti nei confronti dei privati; come evidenziato dalle opinioni espresse dal relatore speciale della Commissione del diritto internazionale Ago nonché dalla celebre pronuncia della Corte Permanente di Giustizia internazionale nel caso dei *Prestiti Serbi*, solo elementi ulteriori rispetto al semplice inadempimento possono comportare una responsabilità internazionale dello Stato.

I rapporti contrattuali tra Stati e privati sono retti dal diritto interno applicabile e, tale circostanza viene confermata da una ampia prassi giurisprudenziale interna in materia di immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile – che verrà analizzata con dovizia nel corso del secondo capitolo – nella quale si afferma pacificamente che l'attività di emissione del debito, da parte dello Stato, è una attività privatistica.

L'inadempimento del debito privato, dunque, deve essere ricostruita avendo riguardo alla prassi dei privati in materia di contratti finanziari ove la sospensione del pagamento del debito è, spesso, una fase negoziale - preliminare alla successiva ridiscussione delle condizioni e dei termini del debito.

La sempre più estesa affermazione, da parte dei giudici nazionali, della giurisdizione rispetto alle controversie tra Stati e privati in materia di debito ed il possibile ricorso di questi ultimi a meccanismi di soluzione delle controversie come gli arbitrati *I.C.S.I.D.*, forniscono una prova evidente del carattere residuale delle ipotesi in cui l'inadempimento dello Stato verso i privati possa costituire un illecito internazionale.

¹⁶⁴ V. SACERDOTI, op. cit., p. 377.

L'indirizzo dottrinario che, invece, sostiene l'esistenza di un obbligo internazionale di adempiere il debito privato risente di quelle teorie che, specie all'inizio del XIX secolo, consideravano l'attività di emissione una attività sovrana perché posta in essere attraverso atti normativi e, pertanto, riconducevano all'ordinamento internazionale la sfera dei rapporti che da tale emissione venivano originati¹⁶⁵.

Quali sono dunque i limiti posti dal diritto internazionale all'esercizio della potestà statale rispetto agli obblighi di pagamento assunti dallo Stato nei confronti dei privati?

Come ampiamente chiarito, l'applicazione delle norme in tema di trattamento dello straniero e di tutela dei diritti internazionalmente protetti dell'individuo ed, in particolare, l'applicazione analogica della disciplina delle espropriazioni è maggiormente idonea a fornire criteri specifici per distinguere le interferenze lecite nei diritti patrimoniali dei privati da quelle illecite.

Mentre, come emerge dai lavori della Commissione del diritto internazionale e dalla prassi, il ripudio del debito viene considerato univocamente, in ragione del proprio carattere confiscatorio, un illecito internazionale, gli atti normativi con i quali uno Stato disponga una moratoria del debito, la modifica dei tassi di cambio, la riduzione dei tassi di interesse, la modifica delle condizioni e dei termini di emissione di una obbligazione possono considerarsi illeciti soltanto qualora producano una interferenza sui diritti patrimoniali degli stranieri tale da poter essere equiparata ad una *creeping expropriation*; l'estensione analogica della disciplina delle espropriazioni è possibile poiché un credito rientra nella nozione di bene giuridico oggetto di un diritto patrimoniale.

Anche le gravi forme di inadempimento possono essere ricondotte alla più ampia categoria delle espropriazioni indirette o, comunque, possono integrare una ipotesi di violazione delle norme sul trattamento dello straniero (come avviene rispetto al già citato esempio di ripudio del debito)¹⁶⁶.

Anche il diniego di giustizia costituisce una ulteriore ipotesi in cui l'inadempimento del debito privato possa determinare la violazione di una norma di diritto internazionale¹⁶⁷.

Quando l'inadempimento possa considerarsi una condotta di per sé lecita, la norma consuetudinaria avente ad oggetto il divieto di discriminazione - la cui esistenza viene confermata dagli accordi bilaterali in materia di investimenti che ne specificano la portata nel quadro pattizio - operando come principio di carattere residuale, vieta tutte quelle condotte dello Stato che finiscano per

¹⁶⁵ V. O'CONNELL, cit., p. 1003.

¹⁶⁶ V. BORCHARD, *International Loans and International Law in Proceeding*, 1932, p. 148; MARTENS, *Principes du droit des gens*, vol. 1, 1896, p. 272; SACERDOTI, op. cit., p. 376; VAN HECKE, *Problèmes juridique des emprunts internationaux*, cit. p. 298.

¹⁶⁷ Nel caso Diallo, la Corte internazionale di giustizia ha considerato illecito internazionale una violazione qualificata dei diritti patrimoniali dell'azionista da parte della Repubblica democratica del Congo. Secondo la ricostruzione della Guinea, Diallo, era stato espulso proprio al fine di evitare che, in qualità di amministratore di due società, proseguisse le azioni giudiziarie precedentemente avviate in Congo (diniego di giustizia); sempre a questo fine, l'individuo era stato detenuto arbitrariamente. V. I.C.J., *Admadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, cit., par. 74.

risultare discriminatorie rispetto agli stranieri; secondo la teoria dell'abuso di diritto che del divieto di discriminazione costituisce una applicazione, l'adozione di un atto di per sé lecito deve essere considerata illecita quando persegua la finalità ulteriore di recare pregiudizio ad altri¹⁶⁸.

Da ultimo, poiché un diritto patrimoniale di credito può rientrare nella nozione di investimento prevista dai B.I.T.S., l'inadempimento statale può comportare la violazione delle disposizioni rilevanti di tali accordi; solo in questi frangenti potrà essere accertata la violazione della regola del *pacta sunt servanda*.

In proposito, non si condivide l'orientamento secondo cui la presenza, nel regolamento di emissione dei titoli obbligazionari, di una clausola che individui il diritto internazionale come la legge applicabile al rapporto tra Stati e privati oppure di una clausola compromissoria che preveda il deferimento della controversia ad un arbitrato possano comportare una internazionalizzazione della controversia tale da coinvolgere, solo in ragione di questo fatto, la responsabilità internazionale dello Stato.

Questo orientamento trova il suo mentore nel giudice Dupuy, estensore della celeberrima pronuncia relativa al caso *Texaco* nella quale si legge che “*les contractes entre Etats et personne privé peuvent sous certaines conditions, relever d'une branche particulière et nouvelle du droit international; le droit International des contractes*”¹⁶⁹.

Come autorevolmente sostenuto dal Luzzatto, infatti, tali espressioni dalla volontà dei contraenti non sono idonee a fare assumere alla parte una posizione particolare, quasi analoga alla vera e propria soggettività internazionale, che permetterebbe l'applicazione della regola del “*pacta sunt servanda*”¹⁷⁰.

La mancanza di una soggettività internazionale piena della parte privata è un elemento, intrinsecamente connesso con la struttura e la ragion d'essere del sistema giuridico internazionale; da ciò deriva che la lettera di un contratto non possa elevare i privati a destinatari delle norme internazionali vere e proprie nemmeno in presenza di un consenso dello Stato contraente.

L'ordinamento internazionale, infatti, non contiene norme adatte a disciplinare esclusivamente i rapporti tra Stati e privati anche se è idoneo a fornire un parametro di interpretazione e di legittimità costituzionale delle norme interne.

Passando ad un altro profilo problematico, si è discusso in dottrina circa l'esistenza di un obbligo degli Stati creditori di rinegoziare a richiesta degli Stati debitori le condizioni del debito; tale obbligo troverebbe il proprio fondamento nel rispetto delle norme di diritto cogente (*Jus Cogens*),

¹⁶⁸ PAZARCI, cit., p. 128.

¹⁶⁹ Arbitrato ad hoc (Dupuy), 19 gennaio 1979, *California Asiatic Oil Company e Texaco Overseas Petroleum Company v. Libyan Arab Republic*, in *Int. Law Reports*, 1979, vol. 53, p. 389 ss.

¹⁷⁰ V., LUZZATTO, cit., p. 177.

che impongono il rispetto dei diritti fondamentali delle popolazioni degli Stati debitori nonché nei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, come la buona fede¹⁷¹; la formazione di questo obbligo, suffragata dalla prassi degli Stati nell'ambito del Club di Parigi, potrebbe essere un possibile sviluppo progressivo del diritto internazionale.

Nei negoziati tra Stati debitori e privati, il principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili della buona fede si traduce in un obbligo di diritto interno gravante sullo Stato, che disponga la sospensione dei pagamenti nei confronti dei privati, di avviare negoziati diretti a contemperare i diversi interessi.

Anche nel caso dei *Prestiti serbi* e nella pronuncia arbitrale relativa al caso *Forest of central Rodophe* è stato affermato il principio che, qualora uno Stato inadempiente versi in condizioni di necessità, le Parti della controversia possano accordarsi per determinare altri mezzi attraverso i quali il debitore possa adempiere¹⁷².

Il principio rileva anche qualora si inquadrino i rapporti tra Stati e privati nella disciplina del trattamento dello straniero: lo Stato che adotti provvedimenti incidenti sui rapporti contrattuali e ne sostenga la liceità deve dimostrare, altresì, di aver agito diligentemente ed in buona fede.

Il frequente ricorso alla rinegoziazione dei termini delle emissioni obbligazionarie da parte degli Stati risponde alla esigenza pratica dei paesi debitori di non tenere condotte che possano essere lette, specie dagli operatori dei mercati, come una implicita ammissione di incapacità di adempiere regolarmente e diligentemente.

La rinegoziazione dei termini e delle condizioni dei debiti, tuttavia, può assumere una connotazione diversa nella ipotesi in cui l'inadempimento del debito privato possa considerarsi un illecito internazionale; in questo caso, come affermato dal Prof. *Dunn* e confermato da una pronuncia di un tribunale I.C.S.I.D. nel caso *CMS c. Argentina* (vedi par. successivo), la rinegoziazione dei termini di un contratto può essere considerato, specie quando lo stato debitore versi in uno stato di necessità, una forma particolare di riparazione prevista dal diritto internazionale¹⁷³.

9.- Le esimenti della illiceità internazionale della condotta dello Stato inadempiente: lo stato di necessità.

9.1.- Struttura della regola.

¹⁷¹ V. ILA COMMITTEE ON INTERNATIONAL MONETARY LAW, *Committee Report*, in *Report of the Sixty – Third Conference*, Warsaw, 1988, p. 422; SCISO, *Il problema del debito estero: riflessioni sull'art. 7 della legge italiana n. 209 del 2000*, in *La Comunità internazionale*, 2002, pp. 467 – 482.

¹⁷² V. *Forests of Central Rodophe (Merits)*, in *Reports of International Arbitral Awards*, 1933, vol. 3, p. 1405.

¹⁷³ V. Arbitrato I.C.S.I.D., 12 maggio 2005, *CMS , CMS Gaz. Transmission Company v. The Argentine Republic*, in *Int. Legal Materials*, 2005, vol. 44, p. 1205, par. 406; DUNN, *The Protection of Nationals Abroad*, cit, p. 166.

In materia di debito, a differenza della disciplina dei contratti in generale, la prassi, la giurisprudenza e la dottrina riconoscono uno specifico valore alla impossibilità o grave difficoltà dello Stato nel pagare gli interessi o rimborsare il capitale dovuto sui titoli emessi.

Quando il ripudio o la sospensione del pagamento del debito, da parte dello Stato, costituiscano una condotta illecita dal punto di vista del diritto internazionale, tale inadempimento si può giustificare in virtù dell'operatività di cause di esclusione della illiceità internazionale della condotta: tra tutte, si procederà ad un approfondimento dello stato di necessità e dalla causa di forza maggiore.

Nel presente paragrafo ci proponiamo, pertanto, di verificare se, ed a quali condizioni, la necessità economica dello Stato emittente possa essere considerata una ipotesi specifica di stato di necessità rilevante ai fini della esclusione della illiceità dell'inadempimento del debito.

Secondo la ricostruzione dell'Anzillotti, che si contrappone idealmente alle dottrine impregnate di giusnaturalismo del Vattel e del Wolf per i quali "*necessité n'a pas de Loi*", la norma di diritto internazionale sullo stato di necessità costituisce un limite giuridico di carattere logico ad un obbligo di diritto internazionale; la norma produce l'effetto di dispensare lo Stato dall'osservanza di un obbligo internazionale, sospendendo l'efficacia della norma creatrice dell'obbligo stesso, nelle ipotesi estreme in cui l'adempimento minaccerebbe interessi essenziali dello Stato, della comunità statale oppure degli Comunità internazionale nel suo insieme¹⁷⁴.

Il carattere logico del limite deriva dalla contraddizione che si verificherebbe qualora un soggetto internazionale, al fine di osservare un obbligo internazionale, compromettesse la propria esistenza.

La connotazione della necessità come esimente è il risultato finale di una lunga riflessione promossa da numerosi "*learned authors*" che ha permesso il superamento della teoria del "*diritto alla conservazione*" secondo cui la necessità determinava un conflitto tra due diritti internazionali soggettivi¹⁷⁵.

Secondo questo filone dottrinario di origine ottocentesca, la possibilità di invocare la necessità, di modo che qualsiasi condotta statale necessaria per assicurare la sopravvivenza dello Stato venga

¹⁷⁴ V., ANZILLOTTI, *Corso di diritto internazionale*³, 1964, Padova, p. 417; BENVENUTI, *Lo Stato di necessità alla prova dei fatti*, in *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti* (a cura di Alaimo, Gianelli e Spinedi), Milano, 2006, p. 107; CRISTAKIS, "*Necessité n'a pas de loi*". *La nécessité en droit International*, in *La nécessité en droit International*, 2007, Paris, p. 11 ss.; FOSTER, *Necessity knows no law – LG&E v. Argentina*, in *Int. Arbitration Law Review*, 2006, p. 149 ss.; LAMBERTI ZANARDI, voce *Necessità (dir.intern.)* in *Enc. dir.*, vol. 27, p. 898 ss.; LEBEN, *L'était de nécessité dans le droit International de l'investissement*, in *Gazette du palais. Cahier de l'arbitrage*, 2005, p. 47; PILLITTU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Perugia, 1981, p. 79; WOLF, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, 1749; SALMON, *Faut il codifier l'état de nécessité en droit International?*, in MAKARCZYK, *Etudes de droit International en l'honneur de Judge M. Lachs*, The Hague, 1984, p. 267 ss.; SCALESE, *La definitiva affermazione del principio di necessità nel diritto internazionale*, Napoli, 2004; TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 519 ss.; SCISO, *Il problema del debito estero: riflessioni sull'art. 7 della legge italiana n. 209 del 2000*, in *La Comunità internazionale*, 2002, pp. 467 – 482; DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués a la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.

¹⁷⁵ V. A/CN.4/318/Add. 5-7, AGO, *Eight Report on State Responsibility*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, vol. II(1), 1980, p. 17.

considerata legittima anche se contraria ad un obbligo internazionale, doveva considerarsi una espressione del diritto sovrano alla autoconservazione ¹⁷⁶.

Questa dottrina è stata criticata, sia da un punto di vista logico, perché lo Stato che eccipisce la necessità non fa valere una pretesa verso altri quanto, piuttosto, cerca di contestare una pretesa legittima altrui opponendo una giustificazione in diritto sia, da un punto di vista di politica del diritto, poiché il riconoscimento di un diritto fondamentale alla autoconservazione finisce per prestarsi a gravi abusi e mette a rischio la certezza delle relazioni internazionali¹⁷⁷.

Riprendendo ancora le parole del Prof. Ago, il nodo cruciale relativo allo stato di necessità sta nell'individuare quei casi in cui il diritto internazionale consenta di sacrificare il diritto soggettivo di uno Stato - per la salvaguardia di un interesse vitale di un altro Stato che sarebbe altrimenti obbligato a rispettare tale diritto - oppure di un altro interesse qualificabile come essenziale¹⁷⁸.

L'operatività dell'esimente, che era considerata ancora dubbia ai tempi della approvazione in prima lettura del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, risulta, ormai, confermata - alla prova dei fatti - anche in virtù di una serie di importanti pronunce di tribunali interni ed internazionali che hanno, altresì, contribuito ad individuare i presupposti per l'applicazione della causa di giustificazione, confermando la ricostruzione del principio realizzata dalla Commissione del diritto internazionale¹⁷⁹.

L'individuazione dell'impianto giuridico della esimente è possibile sulla base della lettera dell'art. 33 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati approvato in prima lettura confermato, con alcune specifiche modifiche, nella recente formulazione consegnata nell'art. 25 degli Articoli del 2001.

Quest'ultima disposizione così recita:

“1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

¹⁷⁶ V. A/CN.4/318/Add. 5-7, AGO, cit., p. 18.

¹⁷⁷ V., V. A/CN.4/318/Add. 5-7, AGO, cit., p. 18.

¹⁷⁸ V., ID. p. 18.

¹⁷⁹ Sono ormai numerose le decisioni che riconoscono l'esistenza della norma consuetudinaria sulla causa di giustificazione dello stato di necessità. V., Consiglio di Stato francese, 23 ottobre 1987, n. 72951, *Société Nachfolger Navigation Company Ltd*, in www.legifrance.gov.fr; I.C.J., *Reports 1995, Counter Memorial of Canada, Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)*, par. 17; I.C.J., *Reports 1997, Case Concerning the Gabicovo - Nagymaros Project (Hungary Slovakia), Judgement*, p. 39; Tribunale internazionale del mare, 1 luglio 1999, *The M.V. "Saiga" Case*, in www.itlos.org; I.C.J., *Reports 2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, pp. 194-195.

2. *In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:*
(a) *The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or*
(b) *The State has contributed to the situation of necessity.*¹⁸⁰

L'art. 26 e 27 si riferiscono a tutte le cause di giustificazione dell'illecito e, dunque, anche allo stato di necessità: l'art. 26 esclude l'invocabilità delle cause di giustificazione rispetto a condotte statali contrarie al diritto cogente mentre l'art. 27 si occupa degli effetti e delle conseguenze della necessità¹⁸¹.

Il carattere eccezionale della esimente emerge dalla stessa formulazione negativa della norma che rispecchia la lettera dell'art. 62 della Convenzione di Vienna del 1969, relativo al mutamento radicale di circostanze (*necessity may not be invoked...unless*) e prevede un primo paragrafo che descrive le condizioni positive senza le quali la necessità non può essere invocata ed un secondo paragrafo che descrive le ipotesi in presenza delle quali l'esimente non può operare.

Ai sensi del primo paragrafo, la necessità può essere invocata: a) solo qualora la violazione dell'obbligo internazionale costituisca l'unico modo per tutelare un interesse essenziale; b) l'atto di per sé illecito dello Stato non deve, a sua volta, pregiudicare un interesse essenziale di un altro Stato o della Comunità internazionale nel suo insieme.

A conferma del carattere residuale della esimente, tre limiti generali ne escludono l'operatività: a) la circostanza che l'obbligo violato appartenga al diritto cogente; b) il fatto che lo Stato invocante abbia contribuito con la propria condotta al verificarsi dello Stato di necessità; c) un obbligo pattizio escluda l'operatività della esimente.

L'esimente della necessità, dunque, può essere invocata dallo Stato in presenza di un pericolo grave ed imminente ad un interesse essenziale: mentre il Progetto del 1980 si riferiva ad un interesse essenziale dello Stato in quanto tale, l'attuale formula individua un interesse che può riguardare lo

¹⁸⁰ Ecco il testo dell'art. 33 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati per fatti illeciti approvato in prima lettura dalla Commissione del diritto internazionale: "Article 33. *State of necessity.* 1. *A state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act of that State not in conformity with an international obligation of the State unless: (a) the act was the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave and imminent peril; and (b) the act did not seriously impair an essential interest of the State towards which the obligation existed.* 2. *In any case, a state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness: (a) if the international obligation with which the act of the State is not in conformity arises out of a peremptory norm of general international law; or (b) if the international obligation with which the act of the State is not in conformity is laid down by a treaty which, explicitly or implicitly, excludes the possibility of invoking the state of necessity with respect to that obligation; or (c) if the State in question has contributed to the occurrence of the state of necessity.* V., *Report of the International Law Commission on the work of its Thirty-second session, 5 May - 25 July 1980, in Yearbook of Int. Law Commission, 1980, vol. II(2), p. 16 ss.*

¹⁸¹ Article 26. *Compliance with peremptory norms. Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.* Article 27. *Consequences of invoking a circumstance precluding wrongfulness. The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to: (a) Compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists; (b) The question of compensation for any material loss caused by the act in question.*

Stato, la sua popolazione o la Comunità internazionale nel suo insieme: nel Commentario, allegato agli Articoli del 2001, si legge che possono essere considerati interessi essenziali la salvaguardia dell'ambiente, la conservazione dello Stato e della sua popolazione in periodo di emergenza¹⁸².

Concentrando l'attenzione sulla necessità economica quale esimente dell'inadempimento del debito, nelle particolari circostanze - descritte nei paragrafi precedenti - in cui la condotta statale costituisca un illecito internazionale, l'esistenza del principio era stato più volte ribadito in sede di codificazione della disciplina della responsabilità internazionale dello Stato per i pregiudizi arrecati agli stranieri¹⁸³.

Nelle risposte ai quesiti che il *Preparatory Committee* della Conferenza di codificazione dell'Aja del 1930 aveva rivolto agli Stati, alcuni governi riconoscono espressamente l'operatività dell'esimente rispetto all'inadempimento del debito.

Il governo del Sud Africa, dopo aver ammesso che il ripudio del debito da parte dello Stato in pregiudizio degli stranieri costituisce un atto illecito, afferma che non si possa escludere che *“the possibility of such repudiation being a justifiable act. Foreigners lending money to a particular State can hardly expect not to be prejudicially affected under any circumstances by the vicissitudes of the State in question. If, through adverse circumstances beyond its control, a State is actually placed in such a position that it cannot meet all its liabilities and obligations, it is virtually in a position of distress. It will then have to rank its obligations and make provisions for those which are of a more vital interest first. A State cannot, for example, be expected to close its schools and universities and its courts, to disband its police force and to neglect its public services to such an extent as to expose its community to chaos and anarchy merely to provide the money wherewith to meet its moneylenders, foreign or national. There are limits to what may be reasonably expected of a State in the same manner as with an individual. If, in such a contingency, the hardships of misfortune are equitably divided over nationals as well as foreigners and the latter are not specially discriminated against, there should be no reason for complaint”*¹⁸⁴.

Sulla base di queste risposte, il *Preparatory Committee* ha espressamente previsto che la *financial necessity* possa giustificare la condotta altrimenti illecita dello Stato il quale sospendesse o

¹⁸² V. A/56/10, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and Commentaries*, in *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, 2001, Supplement No. 10*.

¹⁸³ Nel *Revised Draft on International Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens*, di Garcia Amador si legge, in riferimento alle misure che incidono sui c.d. *“acquired rights”* che lo Stato è internazionalmente responsabile per l'inadempimento delle obbligazioni assunte contrattualmente a meno che *“the non performance is justified on grounds of public interest or of the economic necessity”*(art. 10). V. *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, cit., p. 129.

¹⁸⁴ V., A/CN.4/315, Secretariat Survey, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1978, vol. II(1), par. 64. In termini analoghi la posizione espressa dall'Austria, v. ID.

modificasse il proprio servizio del debito in pregiudizio degli stranieri (*base of discussion* n. 4, par. 2)¹⁸⁵.

Anche la *Resolution on Internatrional Monetary Law* dell'*International Law Association* del 1988 ammette che in caso di imminente pericolo ad un interesse essenziale dello Stato, quale “*the organization of domestic peace, the provision for external security, the maintenance of services essential for well being of the population and the preservation of the environment*”, lo Stato debitore possa sospendere temporaneamente il pagamento delle somme dovute¹⁸⁶.

9.2.- Prassi internazionale in materia di necessità economica.

Importanti pronunce rese da tribunali internazionali confermano che lo stato di necessità c.d. economico possa giustificare l'inadempimento del debito contratto da uno Stato quando tale condotta costituisca un illecito internazionale.

Nel caso *French Company of Venezuelan Railroad*, il Governo del Venezuela, successivamente ad una rivoluzione che ne aveva destabilizzato le strutture, aveva interrotto il pagamento delle somme dovute ad una società francese e, convenuto innanzi ad un collegio arbitrale internazionale, aveva opposto la propria incapacità ad adempiere fondandola, tuttavia, sulla esimente della forza maggiore: “[*The Government's*] first duty was to itself. Its own preservation was paramount. . . .*The appeal of the company for funds came to an empty treasury, or to one only adequate to the demands of the war budget.*”¹⁸⁷.

Già nel caso *Oscar Chinn*, nella propria *individual opinion*, il giudice Dionisio Anzillotti ha ammesso, in via di principio, pur escludendola per il caso concreto, l'esistenza di una norma di diritto internazionale generale che individua la necessità economica quale esimente della illiceità internazionale.

Nel caso all'esame della Corte Permanente di Giustizia internazionale, il Belgio aveva introdotto una particolare disciplina del regime del trasporto fluviale in Congo che violava il principio della parità di trattamento previsto dalla Convenzione di *Saint Germain en Laye* del 10 settembre 1919.

Nella propria opinione, il giudice Anzillotti, da un lato, rilevava che il Belgio non aveva provato adeguatamente l'esistenza di una situazione di crisi economica tale da giustificare l'adozione di misure che violassero una convenzione internazionale, dall'altro, ha specificato la portata del principio: “*The situation would have been entirely different if the Belgian Government had been*

¹⁸⁵ V. supra, par. 6.

¹⁸⁶ V., ILA, *Resolution on International Monetary Law*, in *ILA Report of the 63rd Conference*, Warsaw, 1988, part A, 9, p. 21 ss.

¹⁸⁷ V. Commissione mista dei reclami Francia/ Venezuela, *French Company of Venezuelan Railroads Case*, in *United Nations Reports on Arbitration Awards*, 1902, vol. 10, p. 353.

acting under the law of necessity, since necessity may excuse the non observance of international obligations”¹⁸⁸.

Nel *Caso relativo alle indennità russe*, deciso dalla Corte permanente di arbitrato con una sentenza resa in data 11 novembre 1912, l'impero ottomano non aveva corrisposto, secondo quanto previsto dell'art. 5 del trattato di Costantinopoli del 1879, gli interessi moratori sulla indennità dovuta a cittadini ed a istituzioni russi per i danni subiti in Turchia durante la guerra del 1878 che aveva coinvolto i due paesi.

Il governo dell'impero ottomano, al fine di giustificare il ritardo nel pagamento del debito aveva invocato, tra l'altro, il fatto che esso versava in una situazione di grave difficoltà finanziaria, descritta impropriamente come forza maggiore.

Nel decidere la controversia, il Tribunale arbitrale aveva ammesso, in via di principio, l'operatività dell'esimente dello stato di necessità confondendola tuttavia, come autorevolmente chiarito dal Prof. Ago, con la forza maggiore:

*“The exception of force majeure, invoked in the first place, is arguable in International public law, as well as in private law; international law must adapt itself to political exigencies. The Imperial Russian Government expressly admits ... that the obligation for a State to execute treaties may be weakened .if the very existence of the State is endangered, if observation of the international duty is ... self-destructive.”*¹⁸⁹.

L'eccezione dell'impero ottomano era stata respinta quando la Corte aveva compiuto l'operazione logica di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta descritta dalla norma consuetudinaria ed aveva verificato l'assenza del presupposto del pericolo per l'esistenza dello Stato debitore :

*“It would be a manifest exaggeration to admit that the payment (or the contracting of a loan for the payment) of the relatively small sum of 6 million francs due to the Russian claimants would have imperilled the existence of the Ottoman Empire or seriously endangered its internal or external situation ... ”*¹⁹⁰.

La Corte aveva potuto accertare, infatti, che nel periodo in cui la Sublime Porta era stata afflitta da difficoltà finanziarie aveva, comunque, ottenuto prestiti a tasso favorevole, ne aveva convertiti altri ed aveva ridotto larga parte del proprio debito pubblico.

Le due celebri pronunce citate mettono bene in evidenza come l'esimente della necessità venga spesso confusa con la giustificazione della forza maggiore: come evidenziato dalla Commissione del diritto internazionale nel commento all'art. 31 della prima stesura del Progetto di articoli sulla

¹⁸⁸ V., P.C.I.J., Serie A/B No. 63, *Oscar Chinn case*, p. 89.

¹⁸⁹ UNITED NATIONS REPORTS ON ARBITRATION AWARDS, *Russian Indemnity Case*, vol. XI, 1912, p. 431.

¹⁹⁰ ID.

responsabilità degli Stati, mentre la forza maggiore opera soltanto in presenza di “una forza irresistibile o di un evento esterno impreveduto” fuori dal controllo del soggetto agente che rende materialmente impossibile una condotta diversa dal comportamento illecito giustificato, l’impianto giuridico dello stato di necessità prevede che il comportamento reattivo dello Stato sia l’effetto di una specifica determinazione volitiva di quest’ultimo in presenza di un pericolo grave ed imminente¹⁹¹.

In tale frangente, lo Stato ha la possibilità di scegliere tra conformarsi ad un obbligo di diritto internazionale oppure di violarlo al fine di tutelare un interesse ritenuto prevalente (nel caso del *distress* la vita dell’organo statale e degli individui che gli sono affidati).

Da ciò deriva che l’adozione di provvedimenti con i quali lo Stato debitore disponga il ripudio o la sospensione dei pagamenti per far fronte ad eventi naturali imprevedibili o a rivoluzioni, possa essere giustificato solo ricorrendo alla esimente della necessità dal momento che l’inadempimento rappresenta una scelta ragionata e consapevole dello Stato di violare un obbligo internazionale in nome di un interesse superiore¹⁹².

Anche nel *caso dei prestiti serbi* l’esimente della necessità è stata opposta dal governo del Regno dei Serbi, dei croati e degli sloveni, utilizzando impropriamente l’espressione “forza maggiore”, per giustificare l’abrogazione della clausola oro prevista dai regolamenti di emissione di alcuni titoli obbligazionari¹⁹³.

¹⁹¹ V., A/34/10, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-first session*, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II(2), 1979, p. 122. “it is even more obvious that in the case of an act or omission committed on the pretext of a state of emergency with the alleged intention of saving the very existence of the State, or at least some of its vital interests, from grave and imminent danger, the voluntary nature of the act or omission is not only undeniable but also logically inherent in the excuse given, irrespective of the value to be objectively attributed to that excuse. Anyone invoking a state of emergency is perfectly aware of having deliberately chosen to act in a manner not in conformity with an international obligation. Force majeure and fortuitous event, on the other hand, are generally invoked to justify involuntary, or at least unintentional, conduct. It is common to all cases of force majeure and fortuitous event that the State which is required to fulfill an international obligation—or the organ whose conduct constitutes an act of that State—is led to act in a manner not in conformity with the obligation because of an irresistible force or an unforeseen external event against which it has no remedy and which makes it “materially impossible” for it to act in conformity with the obligation or even, at times, to be aware of the fact that it is adopting conduct different from that required by the obligation”.

¹⁹² V., in questo senso, PILLITTU, cit., p. 191.

¹⁹³ Il Governo serbo, a partire dal 1895, aveva concluso una serie di contratti di prestito con alcune banche estere per finanziare alcune proprie attività, tra cui la costruzione di una ferrovia e l’acquisto di armi; i contratti prevedevano l’emissione di titoli obbligazionari anche all’estero. Secondo il contenuto del regolamento disciplinante l’ultima emissione di *bonds*, disposta con legge del 18 ottobre 1913, per finanziare le spese urgenti dovute alla partecipazione alla guerra, le somme dovute a titolo di capitale e di interesse erano pagabili in *gold francs*, il cui valore era agganciato a quello dell’oro secondo uno standard precisato da disposizioni normative nazionali (1 franco = 6,45 grammi d’oro) ed assicurava la stabilità delle transazioni; i titoli erano stati collocati sul mercato francese, svizzero e serbo. A partire dal 1924, i *bondholders* francesi rifiutarono di ricevere pagamenti in franchi francesi al loro corrente valore anziché in *gold francs* poiché la valuta dello Stato transalpino, dopo il primo conflitto mondiale, aveva subito una forte svalutazione. Sul problema se i *bondholders* francesi potessero pretendere il pagamento delle somme loro dovute in *gold francs*, seguirono negoziati tra il governo serbo e quello francese, finché le parti, in base ad un accordo concluso in data 19 aprile 1928, decisero di rimettere la questione alla Corte Permanente di Giustizia internazionale. L’art. II del predetto accordo precisava che, qualora la Corte avesse riconosciuto le ragioni dei creditori francesi, la Francia, per ragioni di equità, avrebbe preso in considerazione la particolare situazione economico finanziaria e la capacità di effettuare

La Corte ha precisato, anche in questo frangente, che le difficoltà economica del governo serbo, derivante dal primo conflitto mondiale, non poteva escludere gli obblighi giuridici propri del debitore ma ha aggiunto che la situazione di difficoltà economica doveva essere tenuta in considerazione, per ragioni equitative, in sede di rinegoziazione dei termini e delle condizioni della emissione obbligazionaria.

Ciò premesso, la Corte, allo stesso modo dei rappresentanti della Serbia e della Francia, non ha escluso che, in principio, una situazione di necessità economica possa essere invocata quale circostanza esimente della illiceità internazionale di un atto statale.

La Corte ha, pertanto, concluso riconoscendo che, ove previsto dai regolamenti, il governo serbo doveva pagare le somme dovute in *gold francs* il cui valore era determinato sulla base della equazione 1 franco = 6,45 gr di oro.

Rispetto al caso esaminato, è bene precisare che il carattere internazionale della controversia non era dato dall'inadempimento del contratto, di per sé rilevante per gli ordinamenti civili di appartenenza del debitore e dei creditori, quanto dall'intervento della Francia a supporto dei propri cittadini i cui diritti patrimoniali erano stati lesi; gli infruttuosi negoziati avevano spinto gli Stati a ricorrere ad un arbitrato internazionale.

La questione se la necessità economica potesse essere opposta per giustificare il mancato pagamento di un debito assunto da uno Stato nei confronti di un società straniera è stato nuovamente considerato dalla Corte Permanente di Giustizia internazionale nel caso *Société Commerciale de Belgique*¹⁹⁴.

Nel caso in esame, in realtà, la Grecia aveva violato l'obbligo internazionale di dare esecuzione ad una decisione arbitrale resa a Parigi nel 1936 che la condannava a pagare il debito precedentemente assunto nei confronti della citata società belga.

Dopo aver riconosciuto il carattere obbligatorio della decisione, il governo Greco ha eccepito, a propria difesa, che la mancata esecuzione della pronuncia non era imputabile ad una "unwillingness" quanto alla grave situazione finanziaria dello Stato greco.

Per mezzo delle memorie scritte e degli interventi orali del *Counsel* Youpis, infatti, la Grecia ha ribadito che l'esecuzione della sentenza avrebbe pregiudicato la stessa esistenza dello Stato e che il perseguimento dell'interesse essenziale di tutelare il popolo greco e, in particolare, la vita

pagamenti del governo del Regno dei Serbi, dei Croati e degli Sloveni. Dopo aver effettuato una disamina della lettera dei regolamenti di emissione dei titoli in controversia, la Corte ha accertato che, effettivamente, le somme dovute andavano pagate in *gold francs*. "Thus, while the language of the several issues varies somewhat, it must be concluded that the promise in each case is for the payment of gold francs." V., P.C.I.J., Ser. A., No. 20, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, 1929, in particolare p. 24.

¹⁹⁴ P.I.C.J., Ser. A./B., No. 78, *Socobelge case*, 1939.

economica, la salute pubblica e la sicurezza giustificava il compimento di un atto illecito quale era la mancata esecuzione della sentenza¹⁹⁵.

Il rappresentante belga, pur riconoscendo l'esistenza dell'esimente, ha contestato la ricostruzione degli effetti della norma ipotizzata dal legale greco; la necessità economica, infatti, non determinerebbe l'estinzione del debito quanto la sua sospensione o riduzione con l'ulteriore conseguenza che, una volta venuta meno la situazione fattuale di necessità, l'obbligo sospeso riprenderebbe a dispiegare i propri effetti e il protrarsi dell'inadempimento integrerebbe un illecito internazionale¹⁹⁶.

Tra le celebri pronunce della seconda metà del XX secolo, anche nel caso *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, vertente sulla materia del trattamento degli stranieri in generale, la Corte Internazionale di Giustizia ha ribadito il principio per cui l'esigenza di salvaguardare il “*bilancio economico dello Stato*” (“*fundamental economic balance*”) possa giustificare la violazione della norma sul trattamento dello straniero; segnatamente, per quanto di interesse, la Francia aveva sostenuto che il regime di importazioni restrittivo nella zona francese del Marocco, introdotto con decreto dell'esecutivo francese in palese violazione dell'accordo bilaterale concluso tra Stati Uniti e Marocco, fosse giustificato a livello internazionale da tale esimente¹⁹⁷.

La recente crisi debitoria della Argentina è stata una occasione per numerosi tribunali interni ed internazionali per confermare l'esistenza della esimente della necessità la cui estensione è stata ricondotta entro in confini tracciati dall'ultima versione dell'art. 25 degli Articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati.

Alcuni tribunali I.C.S.I.D., il Comitato esecutivo del Fondo monetario internazionale, nonché i tribunali interni di Italia, Germania e Stati Uniti sono stati chiamati, per ragioni diverse, a verificare, se lo stato di necessità economica della Argentina, effetto della drammatica crisi vissuta dal Paese nel periodo compreso tra il 2000 ed il 2003, potesse giustificare rispettivamente la violazione delle disposizioni contenute in alcuni accordi bilaterali in materia di investimenti, il mancato pagamento delle somme dovute, a vario titolo, dall'Argentina al Fondo monetario internazionale oppure il mancato pagamento dei debiti assunti verso i *bondholders* mediante l'emissione di titoli obbligazionari.

Dopo che, a partire dal 2001, privati investitori hanno proposto all' I.C.S.I.D. numerose richieste di arbitrato contro l'Argentina, nei casi *CMS c. Argentina* e nel caso *Enron c. Argentina*, i tribunali arbitrali nominati, pur riconoscendo il rango di norma consuetudinaria dello stato di necessità,

¹⁹⁵ V. A/CN.4/318/Add. 5-7, AGO, cit., p. 26.

¹⁹⁶ ID.

¹⁹⁷ V., I.C.J., *Pleadings, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, vol. 1, p. 258 ss.

hanno escluso l'operatività nel caso concreto della esimente, mentre, nel caso *LG&E c. Argentina*, il Tribunale ha accolto l'eccezione dello Stato convenuto¹⁹⁸.

Nel caso *CMS c. Argentina*, la Società statunitense CMS Gas, la quale controlla il 30% della Società Nazionale argentina per il trasporto del Gas (TNG), ha presentato un richiesta di arbitrato all'I.C.S.I.D. contro l'Argentina, lamentando la violazione dell'accordo bilaterale in materia di investimenti (B.I.T.) concluso nel 1992 tra Argentina e Stati Uniti¹⁹⁹.

L'Argentina, ipotizzando che la Corte accertasse una violazione del B.I.T., aveva domandato il rigetto della domanda, tra l'altro, sostenendo che il proprio stato di emergenza economica, rilevante sia per le disposizioni del B.I.T. che per il diritto internazionale, escludesse l'illiceità internazionale della condotta; secondo la ricostruzione dello Stato convenuto, le misure erano state adottate per salvaguardare un interesse essenziale da un pericolo grave ed imminente.

Alcuni passaggi del Tribunale meritano di essere riportati in questa sede perché contribuiscono a ricostruire il contenuto e gli effetti della norma in esame.

In primo luogo, il Tribunale ha affermato che l'art. 25 degli Articoli riflette il diritto internazionale consuetudinario in materia di necessità²⁰⁰ ma ha, altresì, escluso che, nel caso in questione, ricorressero le condizioni applicative previste dalla norma consuetudinaria: le misure adottate dal governo argentino non erano l'unico mezzo disponibile per evitare il collasso economico e, peraltro, l'Argentina, con le proprie scelte politiche, aveva contribuito “*sostanzialmente*” al prodursi dello stato di necessità.

La Corte ha ricostruito la relazione giuridica tra la norma consuetudinaria sullo stato di necessità e la clausola di salvaguardia contenuta nell'art. XI del B.I.T. secondo la quale “*this Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.*”:

¹⁹⁸ V., ARB/01/8 Arbitrato I.C.S.I.D., 12 maggio 2005, *CMS Gaz. Transmission Company v. The Argentine Republic*; ARB/01/1 Arbitrato I.C.S.I.D., 3 ottobre 2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, in *ICSID Review*, 2007, p. 283; ARB/01/3 Arbitrato I.C.S.I.D., 22 maggio 2007, *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Republic Argentine*, in <http://www.worldbank.org/icsid/cases/>.

¹⁹⁹ Successivamente alla privatizzazione del settore del trasporto del Gas, avvenuta nel 1989, l'Argentina, con legge n. 24076 del 1992 (detta legge del Gas), aveva disciplinato le condizioni per la concessione di licenze per il trasporto del Gas nonché le modalità di adeguamento delle tariffe. Queste ultime dovevano essere calcolate in dollari e dovevano essere adeguate, ogni sei mesi, sulla base dell'*United States Producer Price Index* (USPPI). La legge n. 25561 del 2002 (*Emergency Law*) aveva modificato il descritto regime e aveva disposto l'abrogazione del sistema di adeguamento semestrale delle tariffe le quali venivano calcolate, da quel momento, in *pesos* argentini. CMS Gas lamentava che la *Emergency law* aveva procurato gravi perdite economiche alla società statunitense dovute, sia ai mancati adeguamenti delle tariffe, sia alla circostanza di fatto che i pagamenti doveva necessariamente essere effettuati in una valuta, il pesos, fortemente svalutato. Per tale motivo, nel merito, il ricorrente lamentava che l'Argentina aveva violato alcune disposizioni del BIT Usa Argentina poiché: aveva espropriato senza compensazione un investimento in violazione dell'art. IV, non aveva concesso un *fair and equitable treatment* in violazione dell'art. II (2) (a) e aveva adottato misure arbitrarie e discriminatorie in violazione dell'art. 2 (2) (b).

²⁰⁰ V. *CMS Gas. Transmission Company v. The Argentine Republic*, cit., par. 315.

- l'articolo non contiene alcun obbligo che escluda l'applicabilità della norma consuetudinaria sulla necessità come avviene, invece, in ragione delle previsioni espresse in alcuni trattati che disciplinano il diritto internazionale umanitario;
- la nozione di “*essential security interest*” espressa all'art. XI, letto in conformità all'oggetto ed allo scopo del B.I.T., può applicarsi ad una situazione di grave crisi economica;
- l'esistenza di una grave crisi non può essere meramente affermata dallo Stato che invoca la clausola di salvaguardia (la clausola non è *self judging*) ma l'accertamento deve essere realizzato, in buona fede, dai giudici aditi.

Il Tribunale, infine, ha escluso anche l'operatività della clausola di salvaguardia con l'argomento che, per poter essere applicabile, quest'ultima richiede l'esistenza di una situazione di vero e proprio collasso economico non ricorrente nel caso in esame²⁰¹ pur affermando, in materia di conseguenze dell'illecito, che lo stato di necessità economica dello Stato autore di un illecito internazionale debba essere tenuto in considerazione in sede di quantificazione della somma dovuta a titolo di risarcimento²⁰².

Nel caso *LG&E c. Argentina*, pervenendo alla conclusione opposta rispetto alla pronuncia relativa al caso CMS, il Tribunale arbitrale è tornato ad occuparsi delle misure straordinarie che hanno abrogato il meccanismo di adeguamento delle tariffe del GAS secondo i coefficienti fissati dall'U.S.P.P.I., e ha ritenuto integrate le condizioni di applicabilità della norma consuetudinaria sullo stato di necessità.

Dopo che, nelle proprie difese, l'Argentina aveva sostenuto che l'eventuale violazione delle disposizioni del B.I.T. trovava una giustificazione giuridica nella esimente della necessità economica così come individuata da un pluralità di fonti - le leggi di emergenza argentine, l'art. IV (3)²⁰³ e XI del B.I.T. USA – Argentina, la norma consuetudinaria di diritto internazionale come codificata dall'art. 25 degli Articoli -, il Tribunale ha accolto l'eccezione dello Stato applicando in primo luogo, in quanto *lex specialis*, l'art. XI, e ha confermato le proprie conclusioni anche sulla

²⁰¹ V., ID., par. 353 – 356. “As stated above, the Tribunal is convinced that the Argentine crisis was severe but did not result in total economic and social collapse. When the Argentine crisis is compared to other contemporary crises affecting countries in different regions of the world it may be noted that such other crises have not led to the derogation of international contractual or treaty obligations. Renegotiation, adaptation and postponement have occurred but the essence of the international obligations has been kept intact”.

²⁰² V., ID., par. 220. “While not excusing liability or precluding wrongfulness from the legal point of view they ought nevertheless to be considered by the Tribunal when determining compensation”.

²⁰³ “Nationals or companies of either Party whose investments suffer losses in the territory of the other Party owing to war or other armed conflict, revolution, state of national emergency, insurrection, civil disturbance or other similar events shall be accorded treatment by such other Party no less favorable than that accorded to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third country, whichever is the more favorable treatment, as regards any measures it adopts in relation to such losses”.

base della norma consuetudinaria, richiamata “*to the extent required for the interpretation and application of art. XI*”²⁰⁴.

Il Tribunale ha dato una diversa lettura del materiale probatorio fornito dalla Argentina ed ha considerato integrate le condizioni restrittive di applicabilità della esimente della necessità poiché ha ritenuto che la gravità della crisi argentina mettesse a rischio un “*essential security interest*” dello Stato e la clausola di salvaguardia fosse applicabile anche a situazioni diverse da un evento naturale catastrofico o da problematiche relative alla difesa militare²⁰⁵.

Secondo il collegio arbitrale, visto che dalla accurata analisi dei dati economici del Paese durante il periodo indicato, infatti, emergeva che il 50% della popolazione era al di sotto della soglia di povertà ed il sistema sanitario non era in grado di assicurare l’assistenza minima alla popolazione, “*from 1 December 2001 until 26 April 2003, Argentina was in a period of crisis during which it was necessary to enact measures to maintain public order and protect its essential security interests*”.

Da questa diversa ricostruzione dei fatti, il collegio arbitrale ha dedotto che l’adozione di provvedimenti d’urgenza da parte del governo argentino fosse “*the only means*” per tutelare un interesse essenziale dello Stato ed è pervenuto alla conclusione che fosse possibile escludere l’Argentina “*from liability for the alleged violation of its Treaty obligations due to the responsive measures it enacted*” sulla sola base dell’art. XI del B.I.T., anche se la conclusione poteva essere suffragata dalla norma consuetudinaria sulla necessità i cui requisiti di applicazione ricorrevano nel caso di specie²⁰⁶.

In particolare, il Tribunale ha escluso sulla base degli elementi a propria disposizione, che l’Argentina avesse contribuito a causare la situazione di emergenza in questione ed ha affermato, operando una singolare inversione dell’onere della prova, che, comunque, gli investitori ricorrenti non avevano fornito alcuna prova della corresponsabilità dell’Argentina²⁰⁷.

Diverse conclusioni sono state raggiunte anche per ciò che riguarda il risarcimento dei danni poiché la Corte - sulla base dell’argomento che l’art. 27 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati non specifica in quale circostanza i danni siano pagabili - ha ritenuto che le conseguenze dannose subite dagli investitori, durante il perdurare dello stato di necessità, dovessero essere sostenute da questi ultimi e che lo Stato argentino non fosse tenuto a versare alcuna somma a titolo di risarcimento; al contempo, poiché successivamente all’aprile del 2003 lo stato di necessità era venuto meno e, pertanto, gli obblighi sospesi in virtù della norma era tornati a dispiegare i propri effetti, il Tribunale

²⁰⁴ V., *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, cit., par. 245.

²⁰⁵ V. ID., par. 238.

²⁰⁶ V. ID., par. 245.

²⁰⁷ V. ID., par. 256.

ha condannato l'Argentina al risarcimento dei danni verificatisi successivamente al venir meno dello stato di necessità, per non aver reintrodotta il regime di adeguamento delle tariffe del gas.

Dalla analisi dei due casi emerge che il differente esito applicativo della norma sulla necessità sia derivato 1) dalla diversa interpretazione dei mezzi di prova, 2) dal diverso rilievo riconosciuto alla norma consuetudinaria nelle due pronunce (primario, nel caso CMS, complementare e funzionale all'interpretazione del significato e dei presupposti di applicazione dell'art. XI del B.I.T. USA – Argentina, nel caso *LG&E*), alla circostanza che, nel caso *LG&E* viene considerato un onere dei ricorrenti la prova della corresponsabilità dell'Argentina nella determinazione dello stato di necessità economica.

La recente pronuncia di un altro tribunale I.C.S.I.D. nel caso *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Republic Argentine*, ancora coinvolgente una società di trasporto del gas, segue l'orientamento espresso dal collegio arbitrale nel caso CMS, nega l'applicabilità, nel caso concreto, della esimente della necessità economica e condanna la Repubblica argentina al risarcimento di 106 miliardi di dollari responsabile per aver “*breached its obligations to accord the investor the fair and equitable treatment guaranteed in Article II(2)(a) of the Treaty and to observe the obligations entered into with regard to the investment guaranteed in Article II(2)(c) of the Treaty*”²⁰⁸.

In particolare, il tribunale, richiamandosi a dichiarazioni rese dalla stessa Repubblica argentina e da alcune organizzazioni internazionali come il Fondo monetario internazionale, ha ritenuto che l'Argentina abbia contribuito a determinare lo stato di emergenza economica e, pertanto, non possa beneficiare di alcuna causa di giustificazione della illiceità della condotta posta in essere.

Rispetto alla operatività della clausola di salvaguardia prevista dall'art. XI del B.I.T., il tribunale stabilisce che la norma debba essere interpretata restrittivamente, al fine di assicurare la protezione internazionale dei diritti garantiti agli investitori, beneficiari dell'accordo internazionale.

Il tribunale ha chiarito che la nozione di “*essential security interest*”, contenuta nella clausola di salvaguardia e presupposto per l'esclusione della responsabilità dello Stato convenuto per la violazione delle disposizioni del B.I.T., potesse essere chiarita soltanto per mezzo della norma consuetudinaria sullo stato di necessità dal momento che l'accordo non definisce il significato dell'espressione.

Inoltre, secondo il tribunale, l'esistenza di un “*essential security interest*” non può essere determinato dallo Stato che invoca l'applicabilità della clausola di salvaguardia poiché la clausola non è “*self judging*” bensì dai giudici aditi, secondo i metodi di interpretazione.

²⁰⁸ *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Republic Argentine*, cit., par. 303.

Il tribunale ha concluso che, non ricorrendo cumulativamente le condizioni previste dalla regola consuetudinaria per la sua applicazione, nemmeno l'art. XI potesse essere applicato al caso di specie²⁰⁹.

L'esistenza della necessità economica, quale regola generale, emerge anche da una applicazione speciale della norma operata nel contesto dei rapporti tra l'Argentina ed il Fondo monetario internazionale.

Nel corso degli anni novanta, l'Organizzazione aveva concesso, a vario titolo, l'accesso alle proprie risorse finanziarie subordinandolo, secondo il meccanismo della condizionalità, alla realizzazione di incisive riforme strutturali e fiscali da parte del governo argentino²¹⁰.

L'Argentina decideva, all'apice della crisi finanziaria, di autosospendere l'obbligo di restituzione delle somme dovute al Fondo monetario internazionale, a partire dal 2001, fintantoché, il 24 gennaio 2003, l'*Executive Board* del F.M.I., con una nuova decisione da un lato, consentiva allo Stato di accedere a nuovi fondi per poter coprire le rate di prestito già scadute e non pagate e dall'altro concedeva significative dilazioni.

Nel giustificare tali dilazioni (prima il 24 gennaio 2003, *Press release* No 03/09 poi il 17 settembre 2004, *Press release* n. 104/96) accordate all'Argentina rispetto all'obbligo di riacquisto della propria valuta conseguente alla precedente assistenza finanziaria del Fondo, l'*Executive Board* ha chiarito che un tempestivo adempimento avrebbe provocato il rischio di un "undue hardship" pregiudizievole per l'equilibrio della bilancia dei pagamenti argentina.

Questa deroga costituisce una particolare applicazione della norma di diritto internazionale sullo stato di necessità, nel sistema giuridico del Fondo monetario, che produce l'effetto di giustificare la

²⁰⁹ V. ID., par. 334. "The expert opinion of Dean Slaughter and Professor Burke-White expresses the view that the treaty regime is different and separate from customary law as it is *lex specialis*. This is no doubt correct in terms that a treaty regime specifically dealing with a given matter will prevail over more general rules of customary law. Had this been the case here the Tribunal would have started out its considerations on the basis of the Treaty provision and would have resorted to the Articles on State Responsibility only as a supplementary means. But the problem is that the Treaty itself did not deal with these elements. The Treaty thus becomes inseparable from the customary law standard insofar as the conditions for the operation of state of necessity are concerned. As concluded above, such requirements and conditions have not been fully met in the instant case".

²¹⁰ Il Comitato esecutivo ha concesso all'Argentina l'accesso alle disponibilità ordinarie del Fondo monetario con i seguenti atti: lo *Stand-by Arrangement* del 29 luglio 1991 (durata un anno e mezzo), l'*Extended Arrangement* del 31 marzo 1992, lo *Stand-by Arrangement* del 12 aprile 1996, l'*Extended Arrangement* del 4 febbraio 1997 (durata triennale), lo *Stand-by Arrangement* del 10 marzo 2000 (durata triennale), lo *Stand by Arrangement* del 24 gennaio 2003 con scadenza 31 agosto 2003 e lo *Stand-by Arrangement* del 20 settembre 2003 (durata triennale). L'Argentina ha, altresì, ottenuto una *Supplemental Reserve Facility* in data 12 gennaio 2001. Le *Supplemental Reserve facilities (SRF)*, sono disponibilità speciali introdotte nel 1997, destinate a fronteggiare specifiche problematiche relative alla bilancia dei pagamenti dovute a necessità finanziarie tali da comportare a "sudden and disruptive loss of market confidence reflected in pressure on the capital account and the member's reserves"; le *S.R.F.*, a differenza degli *Stand-by Arrangements*, non implicano l'acquisto di valuta straniera da parte dello Stato ma l'erogazione di veri e propri prestiti. Gli atti sono reperibili in <http://www.imf.org/external/country/ARG/>. V. Cap. 3, par. 2.2.2.

temporanea sospensione dell'obbligo di effettuare il riacquisto della propria valuta nei tempi concordati con l'organizzazione internazionale²¹¹.

9.3.- Effetti della norma consuetudinaria sullo stato di necessità nei rapporti tra Stato debitore e privati: la prassi tedesca.

Dopo che la dichiarazione di moratoria del debito estero da parte del governo argentino ha resa lo Stato sovrano inadempiente nei confronti di migliaia di risparmiatori che avevano acquistato *bonds* sul mercato secondario, l'esistenza della necessità quale causa di giustificazione dell'illecito internazionale è stata riconosciuta anche nei numerosi giudizi interni ed, in special modo, in numerosi procedimenti celebrati in Germania.

L'Argentina, costituitasi in giudizio, per giustificare il proprio rifiuto di pagare i debiti esistenti ed esigibili fino al venir meno della situazione di emergenza economica, ha invocato l'esistenza di uno stato di necessità rilevante dal punto di vista del diritto internazionale²¹² cosicché, anche i giudici tedeschi, hanno avuto l'opportunità di ribadire che i presupposti applicativi della norma consuetudinaria erano correttamente descritti dall'art. 25 degli Articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato.

Sempre nei giudizi tedeschi, a seguito della specifica eccezione proposta dall'Argentina, alcuni giudici di merito hanno posto alla Corte Costituzionale tedesca la questione se lo stato di necessità di diritto internazionale invocato da uno Stato debitore potesse giustificare il rifiuto di pagamento dei debiti esistenti ed esigibili, e se un tale principio di diritto internazionale fosse vincolante in base all'art. 25 della Costituzione tedesca, anche nel caso della realizzazione in via giudiziale di pretese derivanti da prestiti statali da parte di creditori privati davanti ai tribunali civili tedeschi²¹³.

La prassi internazionale non offre delle indicazioni univoche circa la questione in esame mentre, in dottrina, alcuni autori hanno sostenuto che alcuni esempi di effetto diretto dello stato di necessità di diritto internazionale su contratti aventi ad oggetto obbligazioni di pagamento di Stati nei confronti di privati sarebbero offerti dal caso dei *Prestiti serbi*²¹⁴ o dalla pronuncia arbitrare nel caso *French Company of Venezuelan Railroads*²¹⁵ anche se, nelle pronunce citate, i tribunali si sono occupati di illeciti internazionali ovvero della violazione delle norme in materia di trattamento degli stranieri

²¹¹ Cfr. BENVENUTI, cit., p. 145; PISTOIA, *Il ruolo del Fondo monetario internazionale nella crisi economico-finanziaria dell'Argentina*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione. Atti del convegno della Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Teramo, 2004, p. 185 ss.

²¹² Cfr. Tribunale di Francoforte, 14 marzo 2003, n. 294/02; Tribunale di Francoforte sul Meno, 27 maggio 2003; Pretura di Francoforte sul Meno, 6 maggio 2003, n. 32 C 1511/02-72 in www.schmitt-wi.de/.

²¹³ Il quesito di costituzionalità è stato sollevato in due procedimenti paralleli (n. 8 U 59/03 e 8 U 60/03).

²¹⁴ I.C.J., *Serbian Loans Case*, cit., p. 37.

²¹⁵ Commissione mista dei reclami Francia/Venezuela, *French Company of Venezuelan Railroads Case*, cit., p. 483.

fatta valere dagli Stati nazionali dei *bondholders* in via di protezione diplomatica e non di rapporti disciplinati dal diritto civile.

Una delle poche prese di posizione esplicite al riguardo sembrerebbe desumersi dal citato caso delle *Riparazioni russe*²¹⁶ ove il tribunale arbitrale ha stabilito che l'eccezione dello stato di necessità possa essere impiegata in diritto internazionale come in diritto privato; con questo *obiter dictum*, tuttavia, sembra che la Corte non intendesse sostenere che una causa di giustificazione di diritto internazionale abbia effetti in diritto internazionale come in diritto privato quanto, piuttosto, che la esimente costituita dallo stato di necessità sia una regola che non venga prevista soltanto in diritto internazionale ma anche dai singoli ordinamenti nazionali, in diritto privato come in diritto penale, tanto da poter essere considerata un principio di diritto interno.

Anche l'analisi della prassi del Tribunale Iran-Stati Uniti non offre indicazioni univoche sugli eventuali effetti della causa di giustificazione di diritto internazionale dello stato di necessità rispetto ai contratti di prestito di diritto privato dal momento che si rileva un esclusivo riferimento alla forza maggiore, non tanto intesa quale causa di esclusione dell'illecito prevista dal diritto internazionale quanto, piuttosto, come scusante, nel senso di principio giuridico generale presente negli ordinamenti nazionali, ma ivi applicato in termini differenti.

Anche in dottrina, i pochi argomenti addotti, per dimostrare la rilevanza della necessità di diritto internazionale rispetto ai debiti assunti dallo Stato nei confronti di privati, sono stati espressi nel *Report on International Monetary Law* adottato dell'*International Law Association* durante sessione di Varsavia del 1988 e da alcuni scritti del Prof. Dolzer che di quel rapporto era coautore insieme al Prof. Feliciano²¹⁷.

Secondo l'autore, gli effetti della causa di giustificazione di diritto internazionale dello stato di necessità nei rapporti debitori fra Stati e privati deriverebbero da alcuni "*principi strutturali del diritto internazionale*".

In altri termini, poiché le "*relazioni fra Stati si informano al principio della sovrana eguaglianza e le relazioni fra uno Stato e uno straniero al criterio del minimo standard internazionale*", non si giustificerebbe la circostanza che il trattamento riservato ad un creditore privato – nei confronti del quale non avrebbe rilievo lo stato di necessità del debitore – sarebbe più favorevole rispetto a un creditore Stato²¹⁸; coerentemente con questa considerazione, il Comitato dell'ILA ha concluso che

²¹⁶ V. Corte Permanente di arbitrato, *Russian Indemnity Case*, cit., p. 431.

²¹⁷ V., ILA, *Resolution on International Monetary Law*, cit., p. 455 ss.; DOLZER, *Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht*, in: *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung*, 1989, p. 531 ss.

²¹⁸ V., ID., p. 455.

gli obblighi di uno Stato debitore nei confronti dei creditori privati stranieri normalmente non debbano essere superiori a quelli assunti da uno Stato nei confronti di un altro Stato²¹⁹.

Queste considerazioni sono criticabili sulla base dell'assunto che i rapporti contrattuali tra Stati non sono equiparabili a quelli tra Stati e privati se non quando tali negozi siano riconducibili al medesimo ordinamento ed alle sue regole (quello interno o quello internazionale); già durante gli incontri prodromici alla emanazione del Report di Varsavia dell'I.L.A., il Prof. Bothe evidenziava la distinzione tra due tipologie di debiti: *“the basic legal problem involved in the debt crisis is constituted by the fact that there are two different types of debts and two different legal orders governing creditor debtor relationships: namely public and private debt and public International law and private contract law”*²²⁰.

Anche la mancanza di casi rilevanti a provare il contrario, conferma la conclusione che la norma consuetudinaria sullo stato di necessità possa essere invocata solo per giustificare la violazione di un obbligo internazionale mentre, quando l'inadempimento dello Stato nei confronti di privati rilevi per i soli ordinamenti nazionali, potranno essere richiamate, ove applicabili, le cause di estinzione o di sospensione delle obbligazioni contrattuali previste dalle norme di diritto civile applicabili (forza maggiore, *hardship*, *frustration*, impossibilità, eccessiva onerosità o analoghi istituti giuridici) individuate in base all'operare delle norme di conflitto di diritto internazionale privato.

Allo stesso tempo, qualora le norme di conflitto ne prevedano la possibilità, le leggi dello Stato emittente che dispongano la sospensione delle obbligazioni contrattuali potranno essere applicabili quali norme di applicazione necessaria specie quando tale obbligo venga previsto da disposizioni internazionali pattizie.

La Convenzione di Roma del 1980 sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali, ad esempio, dispone, all'art. 7, l'applicabilità delle norme imperative della legge di un *“Paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame”*; secondo il Prof. Luzzatto, tale disposizione avrebbe consentito l'applicazione in Italia delle leggi di emergenza, adottate in Argentina nel 2001, che avevano disposto la sospensione dei pagamenti esteri, con l'ulteriore conseguenza che i giudici italiani, proprio sulla base delle citate leggi, avrebbero dovuto rigettare nel merito le domande presentate dai risparmiatori italiani²²¹.

²¹⁹ V. ILA, cit., p. 455.

²²⁰ V. ILA, cit., p. 460.

²²¹ V. LUZZATTO, *Bonds argentini ed immunità dello Stato dalla giurisdizione civile*, intervento al Convegno organizzato dall'Università di Genova su *“Tutela del risparmio e diritto internazionale”*, 27 maggio 2006.

Un ulteriore esempio di norma di applicazione necessaria è il ben noto articolo VIII, sezione, 2 lett. b dell'Accordo istitutivo del F.M.I., che impone ai giudici degli Stati membri del F.M.I. la considerazione di determinate disposizioni straniere sul controllo della valuta²²².

Anche ammettendo, sulla base delle regole dell'adattamento, che la norma consuetudinaria sulla necessità produce effetti negli ordinamenti nazionali e che il giudice nazionale debba interpretare ed applicare le norme interne in conformità al diritto internazionale consuetudinario, da ciò non può seguire che una norma applicabile tra soggetti di diritto internazionale muti la propria natura e diventi applicabile anche nei rapporti tra Stati e privati.

Anche sotto il profilo della interpretazione, la norma sullo stato di necessità non fornisce delle indicazioni utili ai giudici nazionali dal momento che è sorta per essere applicata nei rapporti tra Stati e viene interpretata restrittivamente dalle corti internazionali per tutelare l'interesse alla stabilità delle relazioni internazionali.

Al contrario, altre norme consuetudinarie, come la norma cogente che riconosce il carattere inderogabile dei diritti fondamentali dell'uomo, possono favorire una applicazione costituzionalmente orientata delle norme di diritto civile che disciplinano le cause di estinzione e di sospensione delle obbligazioni pecuniarie in modo da estenderne l'invocabilità al fine di tenere in considerazione le esigenze delle popolazioni civili che degli Stati debitori sono la comunità.

I tribunali tedeschi aditi, pur avendo manifestato serie perplessità sulla stessa esistenza di una norma di diritto internazionale in grado di legittimare il mancato adempimento patrimoniale verso i creditori privati in ragione della necessità economica derivante dall'insolvenza di uno Stato, hanno ritenuto assorbente ai fini della decisione che, nel caso di specie, non ricorresse l'immediatezza del pericolo per un interesse essenziale dello Stato, presupposto per l'applicazione della norma.

Nella sentenza del 14 marzo 2003, in particolare, il Tribunale di Francoforte, riferendosi alla interpretazione della norma, contenuta nel Commentario agli Articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti del 2001²²³, ha concluso che, poiché il concetto di immediatezza non riguarda soltanto la astratta *possibilità* della lesione di un interesse essenziale dello Stato ma si riferisce piuttosto ad un concetto più ristretto di *immediata prossimità*, l'accertamento dei diritti dei ricorrenti in fase di cognizione non sarebbe idoneo a mettere immediatamente in pericolo gli interessi essenziali delle convenute; un pericolo ad un interesse essenziale dello Stato in grado di consentire l'applicabilità della norma sulla necessità potrebbe derivare, pertanto, esclusivamente dall'adozione di misure concrete nell'ambito della fase esecutiva.

²²² V. Cap. 2., par. 6.

²²³ V. A/55/10, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 2001, vol. II (2), p. 202.

Nella stessa pronuncia, il Tribunale ha, altresì, negato l'applicabilità della norma di diritto privato relativa allo stato di necessità come causa di sospensione o di estinzione delle obbligazioni (par. 228 del B.G.B.), richiamata dalla Argentina per sostenere l'assunto che nessun inadempimento era ad essa imputabile.

La Corte ha ritenuto che l'eccezione dell'Argentina non potesse essere accolta poiché lo Stato non poteva essere considerato – come richiesto dal par. 228 del B.G.B.- in stato di pericolo immediato; nel diritto tedesco, inoltre, vige il principio generale secondo il quale il debitore è responsabile della sua capacità finanziaria e risponde per l'adempimento delle obbligazioni assunte con tutto il proprio patrimonio.

I giudici tedeschi hanno giustamente espresso le proprie perplessità anche sul fatto che la necessità - esimente della illiceità internazionale dell'atto imputabile allo Stato- possa essere richiamata efficacemente rispetto a rapporti giuridici di diritto interno coinvolgenti Stati e privati.

Vale la pena ricordare che, chiamato dalla Pretura di Francoforte a rendere un parere pregiudiziale sulla questione se una norma di diritto internazionale potesse impedire la condanna dell'Argentina per inadempimento, il Presidente della Corte Costituzionale Di Fabio ha affermato che i rapporti tra Stato insolvente e creditori non sono regolati dal diritto internazionale ma traggono il proprio fondamento dalla disciplina di diritto privato dei contratti di credito ed ha sostenuto che, in assenza di una procedura di bancarotta internazionale, l'unica forma di protezione dello Stato debitore è la norma di diritto internazionale sulla immunità; anche il Ministro della giustizia tedesco, in un parere reso il 3 dicembre 2003, si era dichiarato contrario all'applicabilità al caso di specie della norma di diritto internazionale sulla necessità²²⁴.

L'esecuzione delle pronunce tedesche è stata a lungo sospesa in attesa che la Corte costituzionale federale decidesse proprio se norme di diritto internazionale impediscano la condanna della convenuta e se lo stato di necessità invocato da uno Stato debitore giustifichi il rifiuto di pagamento dei debiti esistenti ed esigibili, e se un tale principio di diritto internazionale sia vincolante in base all'art. 25 della Costituzione tedesca, anche nel caso della realizzazione di pretese derivanti da prestiti statali da parte di creditori privati dinanzi ai tribunali civili tedeschi²²⁵.

Prima della recente pronuncia della Corte Costituzionale sulle anzidette questioni, nel giudizio n. 8 U 107/03, con ordinanza del 16 febbraio 2006, la Corte di appello (*Oberlandesgericht*) di Francoforte sul Meno ha revocato la sospensione del procedimento di merito precedentemente disposta, motivando la decisione con il fatto che la procedura di controllo di costituzionalità non era

²²⁴ V. Tribunale di Francoforte, 14 marzo 2003 n. 294/02, cit.

²²⁵ La questione è stata sollevata in numerosi procedimenti tra i quali i procedimenti n. 8 U 59/03 e 8 U 60/03.

più esperibile, per la controversia in questione, dal momento che l'Argentina non versava più in uno stato di necessità²²⁶.

I giudici tedeschi hanno basato il proprio convincimento sulla valutazione degli sviluppi recenti della vicenda: l'Argentina ha ripianato, prima della scadenza del termine, la propria esposizione verso il F.M.I. ed ha emesso nell'ottobre del 2005 due nuovi prestiti per un volume di circa 800 milioni di dollari.

Con ordinanza del 6 aprile 2006 n. Az. 2 BvR 608/06 la Corte Costituzionale tedesca ha escluso che la revoca della sospensione del procedimento di merito disposta con l'ordinanza del 16 febbraio 2006 fosse illegittima costituzionalmente poiché, conformemente al par. 93b in connessione con il par. 93a della Legge sulla Corte costituzionale, ha ritenuto che la questione non avesse né significato fondamentale dal punto di vista della Costituzione né sufficiente probabilità di esito positivo²²⁷.

Il 13 giugno 2006, l'*Oberlandesgericht* di Francoforte, dopo aver nuovamente affrontato la questione della operatività della norma di diritto internazionale relativa allo stato di necessità, ha confermato la sentenza di condanna pronunciata in primo grado, rigettando l'appello della Repubblica argentina; la sentenza è ora esecutiva poiché non è proponibile alcun ricorso alla Corte di ultima istanza (*Bundesgerichtshof*)²²⁸.

Anche in questo grado del giudizio, la Repubblica argentina aveva invocato infruttuosamente lo stato di necessità di diritto internazionale -unitamente ad una condizione di indigenza privata- al fine di sostenere la propria incapacità di far fronte al pagamento del debito privato.

Per meglio motivare la propria decisione, la Corte ha individuato gli effetti della norma, facendo proprio l'orientamento espresso dalla Commissione del diritto internazionale e condiviso dalla dottrina tedesca: lo stato di necessità di diritto internazionale determina una sospensione temporanea degli obblighi di pagamento dello Stato debitore ma i crediti tornano nuovamente esigibili quando i presupposti della norma vengano meno²²⁹.

²²⁶V. Corte di appello di Francoforte, 16 febbraio 2006 (ord.), in www.schmitt-wi.de. In primo grado la Pretura di Francoforte sul Meno aveva condannato la Repubblica argentina al pagamento delle somme dovute in conto capitale ed a titolo di interesse sui *bonds* emessi sul mercato finanziario, v. 6 maggio 2003, n. 32 C 1511/02-72, cit.

²²⁷ Az. 2 BvR 608/06, Corte costituzionale tedesca, 6 aprile 2006 (ord.), in www.schmitt-wi.de.

²²⁸ Corte di appello di Francoforte, 13 giugno 2006, in www.schmitt-wi.de.

²²⁹V. BOTHE, BRINK, KIRCHNER, STOCKMEYER, *Rechtsfragen der internationalen Verschuldungskrise. Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien Bd. 11*, Frankfurt, 1988, p. 29; T. PFEIFFER, *Zahlungskrisen ausländischer Staaten im deutschen und internationalen Rechtsverkehr*, in *ZVglRWiss*, 2003, p. 141; REINISCH, *Debt Restructuring and State Responsibility Issues*, in *The External Debt* (a cura di Carreau e Shaw), The Hague, 1995, p. 537 ss. Anche l'art. 27 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti internazionali chiarisce che, anche qualora venga fatta valere da uno Stato una circostanza esimente dell'illecito, l'obbligo internazionale precedentemente violato deve essere adempiuto quando i fatti giustificativi invocati vengano meno. Nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte internazionale di Giustizia ha affermato che "as soon as the state of necessity ceases to exist, the duty to comply with treaty obligations revives". V. *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, cit., p. 210.

Nella motivazione della decisione, inoltre, è stato attribuito notevole rilievo alla nozione di “*pericolo essenziale*”; secondo la Corte, tale presupposto non deve considerarsi integrato quando il pagamento dei debiti statali sia impossibile dal punto di vista economico, bensì qualora ricorrano circostanze tali da far risultare evidente che un adempimento degli obblighi di pagamento produrrebbe effetti autodistruttivi per lo Stato debitore ed, in particolare, un irreparabile pregiudizio al normale assolvimento di funzioni statali fondamentali (il regolare funzionamento del sistema sanitario nazionale, la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, il diritto alla istruzione).

La Corte, pertanto, ha concluso che la convenuta non avrebbe potuto invocare la propria incapacità patrimoniale anche qualora la Corte Costituzionale federale avesse riconosciuto l’efficacia della norma sullo stato di necessità rispetto ai rapporti patrimoniali tra Stati e creditori privati: il venir meno della situazione di emergenza economica, infatti, renderebbe immotivato qualsiasi rifiuto di pagamento ed, inoltre, un adempimento non causerebbe attualmente un pericolo essenziale alla sopravvivenza della Argentina.

Dopo tali vicende giurisprudenziali, con una sentenza resa in data 8 maggio 2007, la Corte Costituzionale federale tedesca si è finalmente pronunciata sulla questione degli effetti della norma di diritto internazionale sullo stato di necessità rispetto ai rapporti tra Stati debitori e privati creditori ed ha escluso, con una decisione adottata a maggioranza, che la regola possa giustificare la sospensione dei pagamenti dello Stato insolvente nei confronti dei privati²³⁰.

La Corte ha motivato queste conclusioni con il fatto che le pronunce internazionali rilevanti in materia applicano la norma esclusivamente in riferimento a rapporti interstatali governati dal diritto internazionale; anche nelle recenti pronunce rese dai tribunali arbitrali I.C.S.I.D. che hanno considerato il contenuto e gli effetti dello stato di necessità di diritto internazionale, l’Argentina è stata convenuta in giudizio per la violazione di regole pattizie, le norme contenute in *Bilateral Investment Treaties (B.I.T.s)* e non per l’asserita violazione di obblighi contrattuali.

La Corte ha, altresì, escluso l’esistenza di un principio di diritto riconosciuto dalle nazioni civili che riconosca allo Stato il diritto di opporre la necessità ai privati nel quadro di controversie civili dal momento che le corti nazionali, sul punto, non seguono un comune approccio; raggiunta questa conclusione, la Corte non si è pronunciata, escludendone l’utilità, sulla questione se l’Argentina, durante la crisi del 2002, versasse o meno in uno stato di necessità rilevante per il diritto internazionale.

Nella propria *dissenting opinion*, collocandosi sulla scia del rapporto dell’ILA, il giudice Lubbe Wolf ha, invece, sostenuto che esistono principi del diritto internazionale che legittimano la sospensione dei pagamenti dello Stato insolvente nei confronti dei privati.

²³⁰ V., Bundesverfassungsgericht, 8 maggio 2007, in www.bundesverfassungsgericht.de.

Nel motivare il proprio orientamento, il magistrato ha interpretato diversamente la prassi internazionale ed ha affermato che alcune pronunce e, in particolare, quelle relative al *French Company of Venezuelan Railroads case* ed al *Socobelge case* provano che lo stato di necessità sia rilevante anche nei rapporti tra Stati e privati; anche l'applicazione del principio di non discriminazione comporterebbe l'efficacia dello stato di necessità rispetto ai rapporti tra Stati debitori e privati creditori: in caso contrario, infatti, i creditori privati avrebbero una posizione di vantaggio rispetto agli Stati creditori poiché l'esimente della necessità sarebbe opponibile solo a questi ultimi²³¹.

Il giudice ha, altresì, sostenuto che gli obblighi imposti dal diritto internazionale cogente in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo impediscono allo Stato debitore di dare esecuzione alle obbligazioni di pagamento che lo rendano incapace di adempiere ai doveri essenziali verso la popolazione civile.

9.4.- Effetti della norma secondaria sullo stato di necessità e conseguenze dell'illecito giustificato.

Anche se la prassi citata più risalente non fornisce indicazioni univoche al riguardo, si può concludere che l'effetto della norma, rispetto all'obbligo internazionale violato dallo Stato in situazione di necessità, si connota per la temporaneità, determinando, dunque, la sospensione dell'obbligo fintanto che la situazione di emergenza non venga meno ma non, per quel che interessa ai fini di questo studio, la definitiva estinzione delle obbligazioni pecuniarie assunte da uno Stato; tale conclusione, riaffermata dall'art. 27, par. 1 del Progetto di articoli, rispecchia la *ratio* della regola poiché è intrinsecamente legato alla nozione di necessità il fatto che essa dispieghi i propri effetti nel limitato periodo di tempo in cui uno Stato si trovi in una situazione di collasso economico²³².

²³¹ Il quinto Rapporto della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti internazionali (cfr. A/CN.4/SER.A/1980/Add.1, *Report of the International Law Commission in Yearbook of Int. Law Commission*, 1980, vol. II (2), p. 34 ss.), l'ottavo Rapporto del Relatore Speciale Ago (v. A/CN.4/318/Add. 5-7, AGO, *Eight Report on State Responsibility*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, vol. II(1), 1980, p. 17.) e, più recentemente, il Commentario agli Articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati per fatti illeciti del 2001 (v. A/55/10, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 2001, vol. II (2), p. 194 ss.) citano dei casi in cui la necessità è stata invocata per giustificare la sospensione dei pagamenti dovuti da uno Stato a banche o *bondholders*. V. Commissione mista dei reclami Francia/Venezuela, *French Company of Venezuelan Railroads case* in *Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 353 ss.; P.C.I.J. *Publications*, Ser. A., No. 20, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, 1929.; P.I.C.J. *Publications*, Ser. A./B., No. 78, *Socobelge case*, 1939; Corte Permanente di arbitrato, *Russian Indemnity Case*, in *United Nations Reports on Arbitration Awards*, 1912, vol. 11, p. 431. V. SCISO, *Il problema del debito estero: riflessioni sull'art. 7 della legge italiana n. 209/2000*, op. cit., p. 467 ss.

²³² V., ILA COMMITTEE ON INTERNATIONAL MONETARY LAW, *Committee Report*, in *Report of the Sixty – Third Conference*, Warsaw, 1988, p. 432.

Ancora aperta, invece, è la questione se il danno subito dai terzi quale conseguenza della condotta di per sé illecita, giustificata dalla necessità, debba essere risarcito: in proposito, l'art. 27, par. 2 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati – che rappresenta una tipica ipotesi di responsabilità da atto lecito, diretta ad evitare che le conseguenze della necessità finiscano per gravare solo su soggetti diversi dallo Stato autore dell'illecito - lascia impregiudicata il diritto al risarcimento dei danni per le perdite materiali.

La dottrina che critica il fondamento in diritto internazionale di una responsabilità da fatto lecito assimilabile alla responsabilità extracontrattuale di diritto civile, ha sostenuto che, in realtà, lo stato di necessità non escluda l'illiceità della condotta ma soltanto la responsabilità dello Stato autore dell'illecito²³³, con la conseguenza che la condotta dello Stato sarebbe comunque illecita e rimedi adeguati per lo Stato leso sarebbero offerti dalle possibili forme di riparazione.

Passando al problema eventuale della quantificazione del risarcimento, mentre nel Commentario alla *Harvard Draft Convention*, i relatori sostengono che in caso di ripudio del debito, la somma dovuta a titolo di riparazione debba corrispondere a quanto originariamente dovuto dallo Stato prima della dichiarazione di ripudio²³⁴, dalla prassi arbitrale più recente emerge una notevole incertezza.

In *LG&E c. Argentina* il collegio arbitrale ha ritenuto che, poiché l'obbligazione sospesa per lo stato di necessità, rivive successivamente al ritorno delle condizioni ordinarie, non sarebbe dovuto alcun risarcimento agli investitori per il periodo in cui la condotta dello Stato era condizionata dalla necessità.

9.5.- Ulteriori considerazioni critiche.

Come affermato nel caso *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Republic Argentine*, l'art. 25 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati contiene una nozione restrittiva di necessità che si pone in continuità con la ricostruzione della norma operata dalle pronunce dei tribunali internazionali, anche più datate²³⁵.

La necessità economica è una causa di giustificazione di ultima istanza che consente una “*giuridicizzazione kantiana*” di istanze politico-equitative emergenti nei rapporti tra gli Stati, altrimenti affidate al “non diritto”, alla morale; come già evidenziato, nei rapporti tra Stati e privati, la norma è idonea a produrre effetti nei soli casi, residuali, in cui l'inadempimento statale assuma un rilievo anche per l'ordinamento internazionale.

²³³ V. CRISTAKIS, cit., p. 52.

²³⁴ V. supra, par. 6.

²³⁵ V. *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Republic Argentine*, cit., par. 303.

L'esistenza della norma generale risulta provata, da un lato, dalle manifestazioni della prassi giurisdizionale internazionale e, dall'altro, dalla utilizzazione nel quadro convenzionale o nell'ambito delle attività delle organizzazioni internazionali di clausole (quali le clausole di salvaguardia previste dai B.I.T.S., oppure dall'accordo GATT) che applicano la regola, modulandola, a seconda dell'oggetto disciplinato e dei soggetti coinvolti.

Le condizioni particolarmente restrittive previste dalla regola ne rendono difficile l'applicazione in concreto, specie quando le parti si riferiscano direttamente alla consuetudine senza richiamare altre norme che ne costituiscano – a titolo di *lex specialis* - una applicazione.

Nel caso *LG&E c. Argentina*, ad esempio, la pronuncia favorevole all'Argentina è stata resa soprattutto facendo applicazione della regola pattizia prevista dall'art. XI del B.I.T. Usa – Argentina, mentre la regola consuetudinaria sulla necessità è stata utilizzata, a fini interpretativi, per determinare il contenuto e gli effetti della clausola di salvaguardia.

In materia di necessità economica, inoltre, l'utilizzo dei criteri restrittivi descritti dalla regola generale finisce, paradossalmente, per estendere la discrezionalità dei giudici internazionali che si troveranno di fronte al dilemma se escludere l'applicazione della regola o forzare la norma e la disciplina dei mezzi di prova per recepire istanze di giustizia.

Risulta ben difficile, infatti, che, in caso di crisi economica, uno Stato non abbia contribuito in qualche modo alla sua verifica attraverso l'adozione di politiche sbagliate e, allo stesso modo, costituisce una *probatio diabolica* la dimostrazione che le misure adottate dallo Stato in crisi economica siano le sole possibili per salvaguardare un interesse essenziale.

Ancora nel caso *LG&E*, il collegio arbitrale, con una inversione dell'onere della prova, ha richiesto ai ricorrenti di giustificare con allegazioni puntuali l'asserzione che l'Argentina avesse contribuito a determinare il proprio stato di necessità, favorendo, così, l'accoglimento della eccezione sollevata dallo Stato.

9.6.- Rilievo della necessità, intesa come circostanza di fatto, nei rapporti tra Stati debitori e privati creditori.

Una volta chiarita la portata della norma giuridica sulla necessità, ai fini della presente trattazione, sembra utile evidenziare come la necessità economica, intesa questa volta quale circostanza di fatto, fino ad ora considerata come presupposto per l'applicazione della esimente descritta dall'art. 25 del Progetto di articoli, incida, flessibilizzandone l'applicazione, su altre norme giuridiche di diritto internazionale, rilevanti nei rapporti tra Stati debitori e privati creditori.

Quando l'inadempimento statale sia equiparabile, come già illustrato, ad una *creeping expropriation* la necessità rileva sia per la individuazione dei presupposti di liceità per l'applicazione della norma primaria sul trattamento dello straniero, sia, in seconda battuta, quale norma secondaria esimente: l'inadempimento, infatti, non costituirà un illecito internazionale qualora lo Stato agisca in situazione di necessità nel perseguimento di un interesse generale e corrisponda un indennizzo a favore dei privati danneggiati.

Anche in sede di riparazione, come evidenziato nel caso *CMS v. Argentina*, qualora la norma consuetudinaria esimente non risulti applicabile al caso concreto, la necessità sarà considerata dai giudici al fine di quantificare il risarcimento dovuto dallo Stato autore a favore dei beneficiari individuati dalla sentenza²³⁶.

Da ultimo, come verrà chiarito nel prossimo capitolo, quando la natura e lo scopo dell'attività dello Stato che non adempie un debito assunto nei confronti di un privato debba essere qualificata ai fini della applicazione della norma sulla immunità dello Stato dalla giurisdizione civile da un giudice nazionale adito da uno o più creditori privati, la necessità rileva anche ai fini della interpretazione della norma sulla immunità.

Nella prassi, alcuni giudici interni considerando che lo Stato inadempiente aveva agito in stato di necessità, hanno motivato la qualificazione *iure imperii* della attività statale sindacata anche facendo riferimento a tale situazione di fatto; secondo questo orientamento, i provvedimenti con i quali l'Argentina aveva sospeso i pagamenti esteri sono stati adottati nell'esercizio di poteri statuali sovrani diretti non tanto a realizzare l'obiettivo privatistico di sottrarre l'erario pubblico al dovere di pagare le somme dovute ai creditori stranieri quanto piuttosto a salvaguardare l'integrità dello Stato straniero quale soggetto di diritto pubblico "in una situazione di emergenza riconducibile allo stato di necessità"²³⁷.

In altri termini, la necessità *intensificherebbe*, pertanto, il carattere normativo degli atti legislativi dello Stato straniero, i quali in genere possono perseguire sia finalità pubbliche che meri interessi commerciali.

Anche nei giudizi statunitensi successivi al default argentino del 2002, inoltre, i giudici hanno attribuito rilevanza alla situazione di crisi economica dell'Argentina per escludere l'applicazione di misure cautelari quando queste ultime avrebbero causato un "undue hardship" allo Stato debitore.

Nel caso *NML Capital LTD v. Republic of Argentina*, la società ricorrente, che non avevano aderito alla offerta argentina di *swap*, aveva ottenuto il sequestro dei vecchi *bonds* dichiarati in *default* - per

²³⁶ V., *supra*, nota n. 199.

²³⁷ Cfr. Corte di Cassazione (sez. un.), 21 aprile 2005 (ord.), n. 11225, *Borri c. Repubblica argentina*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 856 ss.; Tribunale di Milano, 11 marzo 2003 (ord.), *Goldoni e altri c. Repubblica argentina*, in *Foro it.*, 2004, p. 293 ss.; Tribunale di Roma, 17 ottobre 2004 (ord.), *Rubrichi+104 c. Repubblica argentina*, non pubblicata.

una somma complessiva pari a 7 miliardi di dollari – quale garanzia per il soddisfacimento dei propri crediti; la Corte distrettuale del distretto meridionale di New York²³⁸ prima e la Corte di appello del secondo circuito poi²³⁹, hanno ordinato il dissequestro dei titoli, motivando la propria decisione anche con il fatto che un provvedimento cautelare avrebbe pregiudicato l'intero processo di ristrutturazione del debito privato argentino²⁴⁰.

²³⁸ Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 31 marzo 2005 (ord.), *NML Capital LTD and Others v. Republic of Argentina* in www.westlawinternational.com.

²³⁹ Corte di appello del secondo circuito, 13 maggio 2005, *NML Capital LTD and EM LTD v. Republic of Argentina* in www.westlawinternational.com.

²⁴⁰ In altre precedenti manifestazioni della prassi giurisprudenziale statunitense, il rifiuto di autorizzare provvedimenti coercitivi nei confronti dello Stato estero era stato motivato con il fatto che essi avrebbero potuto incidere negativamente sulla situazione economica dello Stato medesimo e della rispettiva popolazione. Nel caso *Meridien Int. Bank Limited v. The Government of the Republic of Liberia*, 22 gennaio 1996 (ord.), in www.westlawinternational.com, la Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, per evitare di imporre un “*undue hardship*” allo Stato estero, aveva rifiutato di disporre un misura cautelare pregiudiziale ritenendo che tale provvedimento non era necessario per garantire la soddisfazione patrimoniale dell’attore ed avrebbe causato gravi conseguenze per la popolazione della Liberia, già ridotta allo stremo da 5 anni di guerra civile (“*Because Meridien has not established that the Attachment is necessary for security purposes and, alternatively, because of the harsh consequences that the Attachment has had and will continue to have on the people of Liberia, the Attachment is hereby VACATED*”). “Nel caso *Elliott Assoc. v. Banco de la Nacion*, la Corte distrettuale del distretto meridionale di New York aveva respinto una istanza di misura cautelare pregiudiziale in considerazione del fatto che tale provvedimento avrebbe potuto compromettere la rinegoziazione del debito tra lo Stato del Perù ed i suoi creditori. I passi salienti delle due pronunce citate sono riportati nel Progetto di riforma del *Foreign Sovereign Immunities Act* proposto dalla *American Bar Association*, in <http://www.abanet.org/intlaw/div/disputes/litigation/links.html>, 2002, par. 309.

Capitolo secondo

Le difese invocabili dallo Stato debitore nei giudizi interni, instaurati dai privati creditori.

1.- Premessa. Il prevalente rilievo interno dell'inadempimento statale nel debito privato. 2.- Le principali difese a disposizione dello Stato inadempiente: la norma di diritto internazionale generale sulla immunità dalla giurisdizione civile dello Stato estero. 2.1.- La dibattuta natura della attività di prestito internazionale. 2.2.- Problemi di qualificazione dell'attività statale dovuti alla pluralità di atti rilevanti dello Stato inadempiente. 2.3.- L'immunità dalla esecuzione dei beni dello Stato inadempiente. 2.3.1.- Autonomia della regola rispetto alla immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile. 2.3.2.- La difficile applicazione della teoria della immunità ristretta e le principali eccezioni alla regola previste dalle fonti rilevanti. 2.3.2.1.- I Beni destinati all'esercizio di una attività commerciale. La questione del "nexus requirement". 2.3.2.2.- La rinuncia alla immunità e la sovrapposizione della regola alla disciplina delle immunità diplomatiche. 2.4.- Le difficoltà applicative delle norme della immunità dalla giurisdizione e dalla esecuzione alla prova dei fatti: la vicenda dei *bonds* argentini. 2.4.1.- Le pronunce italiane che dichiarano l'improponibilità dei ricorsi per sequestro conservativo sui beni della Repubblica argentina. 2.4.2.- L'applicazione della norma operata dai giudici italiani: rilievi critici. 2.4.3.- Il criterio utilizzato ai fini della qualificazione dell'attività statale considerata. 2.4.4.- L'ordinanza n. 11225/05 della Corte di Cassazione, confermativa dell'orientamento giurisprudenziale precedentemente emerso. 2.4.5.- Gli aspetti problematici relativi all'immunità cautelare ed esecutiva dello Stato. 2.4.6.- Il diverso orientamento in materia del giudice straniero: in particolare, la giurisprudenza statunitense. 2.4.7.- Ulteriori considerazioni critiche sull'immunità dalla giurisdizione civile. 2.4.8.—Ulteriori considerazioni critiche sulla immunità dalla esecuzione. 3.- La dottrina dell' "Act of State". 3.1.- Il contenuto della regola. 3.2.- L'applicazione della dottrina alle operazioni di prestito internazionale: il caso *Allied Bank Ltd v. Banco Credito Agrícola de Cartago*. 4.- *L'International Comity*. 4.1. Considerazioni critiche. La limitata invocabilità dell'*International Comity* favorisce le strategie di *opting-out*. 5.- Gli effetti della norma sullo stato di necessità di diritto internazionale: *rinvio*. 6.- La discussa applicabilità dell'art. VIII, sez. 2 (b) dell'Accordo istitutivo del Fondo monetario internazionale. 6.1.- Indagine della prassi.

1.- Premessa. Il prevalente rilievo interno dell'inadempimento statale nel debito privato.

Come chiarito nel primo capitolo, il carattere residuale delle ipotesi in cui l'inadempimento statale nel pagamento del debito privato costituisce un illecito internazionale - ed il conseguente rilievo, prevalentemente interno, delle controversie di cui l'inadempimento è la *causa petendi* - si desumono anche dalla prassi giurisprudenziale interna, molto ampia negli ultimi venticinque anni, nella quale le operazioni di prestito internazionale sono state equiparate alle attività commerciali dei privati; sulla base di questo assunto, i creditori hanno convenuto lo Stato inadempiente innanzi ai giudici nazionali competenti, richiamando le norme di diritto civile applicabili.

Nelle proprie difese, lo Stato convenuto ha tradizionalmente invocato, pur in diverse fasi del processo, alcune norme di diritto internazionale generale ed alcuni principi e regole di diritto interno il cui approfondimento costituirà l'oggetto del presente capitolo: si tratta della norma di diritto internazionale generale sulla immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile, della

norma di diritto internazionale generale sulla immunità dalla esecuzione dei beni dello Stato, della c.d. dottrina dell' "Act of State" e dell'*International Comity*.

Verrà, altresì, approfondita l'invocabilità, quale eccezione di merito, dell'art. VIII, sez. 2 (b) dell'Accordo istitutivo del Fondo monetario internazionale.

2.- La norma di diritto internazionale generale sulla immunità dalla giurisdizione civile dello stato estero.

La norma sulla immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile individua una relazione giuridica tra enti sovrani che implica da un lato, il diritto dello Stato straniero a non essere sottoposto alla giurisdizione di un altro Stato e, dall'altro, l'obbligo dello Stato del foro di astenersi dall'esercitare il potere di *ius dicere* rispetto ad azioni esperite contro un altro ente sovrano¹.

Il fondamento di questa eccezione alla giurisdizione dello Stato territoriale è stato individuato tradizionalmente nei principi di indipendenza, uguaglianza e dignità degli Stati quali enti *superiorem non recognoscentes* (*par in parem iudicium non habet*).

Le principali difficoltà nello studio di questo istituto classico del diritto internazionale risiedono nell'esistenza di diverse ricostruzioni scientifiche del suo contenuto e nella eterogeneità delle prassi nazionali dalle quali risulta difficile desumere regole uniformi².

Sulla stessa natura della regola, procedurale o sostanziale, esiste un ampio dibattito: secondo il primo orientamento, accolto anche recentemente dalla *House of Lords* nel caso *Jones*, l'immunità

¹ SUCHARITKUL, *Development and Prospects of the Doctrine of State Immunity. Some Aspects of Codification and Progressive Development*, in *Netherlands Int. Law Review*, 1982, p. 252 ss.

² La letteratura sulla immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione è ampia ed autorevole. Solo per qualche esempio, cfr. BANKAS, *The State Immunity Controversy in International Law*, Berlin, Heidelberg, 2005; BROWNLIE, *Principle of Public International Law*⁶, Oxford, 2003, p. 43 ss.; CONFORTI, *Diritto internazionale*⁷, Napoli, 2006, p. 249 ss.; COSNARD, *La soumission des états aux tribunaux internes*², Paris, 1996; CRAWFORD, *International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1983, p. 75 ss.; FOX, *The Law of State Immunity*², Oxford, 2004; FERRARI BRAVO, *Le controversie in materia d'impiego presso enti internazionali e la giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1956, p. 295 ss.; GAJA, *Quale immunità degli Stati esteri per le controversie di lavoro*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 691 ss.; HIGGINS, *Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity*, in *Netherlands Int. Law Review*, 1982, pp. 265-276; IOVANE, voce *Stato straniero (immunità dall'esecuzione dello)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, 2001, pp. 1-14; LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972; LAUTERPACHT, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1951, p. 220 ss.; MAC LEAN, *Legal Aspects of the External Debt*, in *Recueil des cours*, 1989, vol. 2, p. 31 ss.; MARTINO, *Recenti sviluppi della codificazione del regime dell'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero*, in *La Comunità internazionale*, 1996, p. 229; MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 159 ss.; PANEBIANCO, *Giurisdizione interna ed immunità degli Stati stranieri*, Napoli, 1967, p. 163 ss.; QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941; RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2004, p. 115 ss.; ROUSSEAU, *Droit international public*, 1980, vol. 4, pp. 9-11; SINCLAIR, *The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments*, in *Recueil des cours*, 1980, vol. 2, p. 113 ss.

dalla giurisdizione civile sarebbe una regola strutturale dell'ordinamento internazionale, avente la funzione di tracciare il confine tra le relazioni internazionali, regolate dal diritto internazionale, e le relazioni regolate dal diritto interno³.

Secondo altri autori, la norma, in quanto espressione del principio di indipendenza degli Stati, avrebbe un carattere sostanziale ed avrebbe l'effetto di limitare la "jurisdiction" dello Stato del foro quando l'esercizio della potestà giudiziaria possa interferire con la sovranità dello Stato convenuto⁴. Come noto, il diritto internazionale generale non riconosce più il principio dell'immunità assoluta ma l'evoluzione della norma, prodotta dalla prassi di alcuni Paesi, tra i quali l'Italia, ha fatto sì che l'esenzione operi soltanto in relazione ad alcuni atti, rapporti o funzioni dello Stato straniero (cd. *immunità ristretta*), la cui esatta individuazione, tuttavia, risulta ancora oggi problematica.

Mentre recentemente la Cina ha riconosciuto il carattere ristretto della immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile⁵, l'affermazione generale della norma incontra ancora l'obiezione di Stati come la Federazione Russa, l'Ecuador, l'Indonesia, la Tanzania, il Venezuela, l'Uganda, la Siria, il Sudan ed il Brasile⁶.

Le differenti prese di posizione degli Stati hanno reso difficoltoso il pluridecennale lavoro di codificazione ed armonizzazione della materia, intrapreso dalla Commissione del diritto internazionale e recentemente culminato nell'adozione da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite della Convenzione sulla immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni (da ora la Convenzione delle Nazioni Unite), aperta alla firma degli Stati dal 17 gennaio 2005⁷.

Una ulteriore conferma dello sviluppo della norma nel senso della immunità ristretta è desumibile dalla prassi giurisprudenziale interna della maggior parte degli Stati e dall'impostazione di fondo prescelta nelle legislazioni nazionali disciplinanti la materia (il *Foreign Sovereign Immunities Act*

³ V. FOX, cit. p. 517. Camera dei Lords, 4 giugno 2006, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*, par. 24 in <http://www.publications.parliament.uk/>.

⁴ In diritto internazionale, come noto, il termine *jurisdiction* individua il complesso di attività legislative, giudiziarie ed esecutive per mezzo delle quali lo Stato esercita la propria sovranità. V. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*⁵, Oxford, 1998, p. 298.

⁵ V. A/56/291, *Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Report of the Secretary General, Replies received from China*, p. 2.

⁶ V. A/C.6/52/SR.26, *General Assembly*, cinquantaduesima sessione, 1998.

⁷ Nel 1977 il tema dell'immunità fu inserito nel programma di lavoro della Commissione del diritto internazionale, durante la sua trentesima sessione, su raccomandazione dell'Assemblea generale. V. Risoluzione n. 32/151 del 19 dicembre 1977. Nel 1991, durante la 43° sessione, la Commissione aveva adottato in seconda lettura un Progetto di articoli sulla immunità degli Stati e i loro beni. V. *International Law Commission, Final Draft Articles and Commentary on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1991, vol. II(2), p. 13 ss. L'Assemblea generale ha, infine, istituito con Risoluzione n. 55/150 del 12 dicembre 2000 un *Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, al fine di predisporre il testo definitivo di una Convenzione internazionale. Il Comitato, presieduto da Gherard Hafner, ha adottato il suo rapporto finale il 5 marzo 2004, v. A/59/22. Ad oggi (30 settembre 2007), la Convenzione è stata firmata da 24 Stati (Belgio, Cina, Danimarca, Estonia, Finlandia, Federazione Russa, Francia, Giappone, India, Iran, Islanda, Libano, Madagascar, Marocco, Messico, Paraguay, Repubblica Ceca, Senegal, Sierra Leone, Slovacchia, Svezia, Svizzera, Timor Est, Regno Unito) e ratificata da Austria, Norvegia e Portogallo e Romania.

statunitense del 1976 -da ora F.S.I.A.-, lo *State Immunity Act* del 1978 del Regno Unito, il *Singapore Immunity Act* del 1979, il *Pakistani State Immunity Ordinance* del 1981, il *South African Foreign States Immunities Act* del 1981, l' *Immunity of Foreign States from the Jurisdiction of Argentina Courts Act* del 1995 della Repubblica argentina)⁸; la stessa soluzione è stata scelta nei principali strumenti multilaterali rilevanti come la Convenzione di Basilea sulla immunità degli Stati conclusa nell'ambito del Consiglio d'Europa e, appunto, la Convenzione delle Nazioni Unite. Gli accordi internazionali e le legislazioni nazionali, appena citati, utilizzano la tecnica di elencare - quali eccezioni alla regola generale della immunità statale dalla giurisdizione - alcune tipologie di atti statali suscettibili di essere sottoposti alla cognizione del giudice del foro; tra queste attività, quelle commerciali (*commercial transactions*) presentano una particolare importanza in virtù della loro capillare diffusione nella società contemporanea.

L'Italia, che non è parte di alcun accordo in materia, non ha nemmeno prodotto al riguardo una specifica normativa interna; il giudice italiano applica, quindi, la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità recepita attraverso il procedimento di adattamento previsto dall'art. 10 della Costituzione.

La generale affermazione della c.d. immunità ristretta rende ancora più urgente l'individuazione di criteri ermeneutici idonei a distinguere tra attività statali immuni ed attività non immuni; vale pertanto la pena esporre, seppur sinteticamente, le principali ricostruzioni teoriche elaborate a questo fine.

La giurisprudenza italiana di fine ottocento distingueva tra Stato - ente politico e Stato - ente civile; secondo questo orientamento, solo quando lo Stato agisce come un qualsiasi altro ente giuridico dotato di personalità giuridica interna può essere assoggettato alla giurisdizione civile del foro (c.d. teoria della doppia personalità dello Stato)⁹.

In numerose manifestazioni della prassi giurisprudenziale interna viene utilizzata la dicotomia tra c.d. atti *iure imperii*, per i quali gli Stati sono immuni, e c.d. atti *iure gestionis*, per i quali, invece, non opera l'esenzione dalla giurisdizione; a questa regola generale, specie nei paesi anglosassoni, viene associata la sotto-distinzione tra attività statali commerciali e attività statali non commerciali.

La specificazione poi del carattere pubblicistico o privatistico, commerciale o non commerciale, viene tradizionalmente ancorato ai criteri della natura e dello scopo dell'atto.

⁸ Tali atti sono reperibili in BANKAS, op. cit., p. 369 ss.

⁹ V. per tutte, Corte di Cassazione di Torino, *Morellet v. Governo Danese* (1882) in *Giurisprudenza italiana*, vol. 35, 1883, t. 1, p. 125 ss. L'utilità della teoria della doppia personalità è opinabile perché non offre parametri precisi per distinguere le attività immuni da quelle non immuni. La considerazione che lo Stato non dismette mai la qualità di ente sovrano, anche quando compie atti che un qualsiasi individuo potrebbe porre in essere, inoltre, ha reso superato questo orientamento. In questo senso, QUADRI, op. cit., p. 83; SINCLAIR, op. cit., p. 209.

Le legislazioni nazionali, disciplinanti la materia, utilizzano unanimemente il test della natura dell'atto, specie al fine di determinare il carattere commerciale della attività statale e tale circostanza ne ha ovviamente condizionato la prassi giudiziaria: la sezione 1603(4) del F.S.I.A., ad esempio, dispone che “*the commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct of particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.*”¹⁰.

Nelle decisioni dei giudici dei paesi dotati di una specifica normativa come nella prassi giudiziaria della maggioranza degli Stati occidentali, tra cui l'Italia, il test dello scopo è stato considerato inadeguato per il suo carattere non oggettivo che rende possibile una estensione potenzialmente assoluta dell'ambito materiale di applicazione della norma sulla immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile: è chiaro, infatti, che tutta l'attività espletata da uno Stato può, al limite, rientrare in questa definizione in quanto intesa, direttamente o mediamente, al raggiungimento delle finalità pubbliche connesse con il governo della comunità territoriale¹¹.

Nella celebre pronuncia relativa al caso *X v. Empire of Iran*, la Corte Costituzionale tedesca ha statuito che “*the nature of the act rather than its purpose was regarded as determinative of immunity*” ed alla stesse conclusioni sono pervenute la Corte suprema della Malesia e dello Zimbabwe¹².

In numerose decisioni francesi¹³ ed in alcune manifestazioni minoritarie dalla giurisprudenza statunitense ed italiana¹⁴, invece, il criterio dello scopo è stato utilizzato in via esclusiva o in concorso con quello della natura, quale parametro sussidiario.

¹⁰ V. A/CN.4/L.576, *Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1999, vol. II(2), p. 158.

¹¹ Tra gli autori critici circa l'utilità del criterio dello scopo, v., ad esempio, LUZZATTO, op. cit., p. 170; QUADRI, op. cit., p. 84; SINCLAIR, op. cit., p. 211.

¹² Corte Costituzionale tedesca, 30 aprile 1963, *X v. Empire of Iran*, in *Materials on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, New York, 1982, p. 282; Corte Suprema dello Zimbabwe, 22 luglio 1983, *Barker McCormac Ltd. v Government of Kenya*, in *Int. Law Reports*, vol. 84, p. 18; Corte Suprema della Malesia, 9 febbraio 1990, *Commonwealth of Australia v Midford Sdn Bhd and Others*, in *Int. Law Reports*, vol. 86, p. 640. V. anche Corte provinciale di Francoforte, *Yousuf Nada v. Central Bank of Nigeria*, in *Materials on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, cit., p. 290.

¹³ V. Tribunal d'Instance di Parigi, 7 febbraio 1991, *„Euroéquipement SA v. Centre européen de la Caisse de stabilisation et de soutien des productions agricoles de la Cote d'Ivoire and Another*, in *Int. Law Reports*, vol. 89, p. 37; Tribunal de Grande Instance de Paris, 20 febbraio 1991, *Mouracade v. Arab Republic of Yemen*, in *Int. Law Reports*, vol. 113, p. 462.

¹⁴ Negli Stati Uniti v. Corte di appello del quinto circuito, 19 settembre 1985, *De Sanchez v Banco Central de Nicaragua*, in *Int. Law Reports*, vol. 88, p. 75 ss. Per la prassi italiana v. *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico: repertorio 1960-1987* (a cura di Conforti e Picone), Napoli, 1988 e *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico, Repertorio 1987-1997* (a cura di Picone), Napoli, 1997. Tra le pronunce riprodotte v. Pretura di Roma, 31 marzo 1989, *Cecchi Paone ed altri c. Ambasciata della Repubblica socialista cecoslovacca*; Pretura di Roma, 15 dicembre 1987 (ord.), *Radio dimensione suono s.r.l. c. Radio Vaticana* (che applicano il criterio della natura dell'atto in concorso con quello dello scopo). V., inoltre, *Association of Italian Knights of the Order of Malta v. Piccoli*, 15 giugno 1974, in *Int. Law Reports*, vol. 65, p. 308 in cui viene applicato il criterio dello scopo;

Durante i lavori preparatori della Convenzione delle Nazioni Unite, inoltre, la delegazione francese e quella brasiliana hanno sostenuto la rilevanza dello scopo al fine di valutare il carattere commerciale della attività statale di cui il giudice del foro venga chiamato a conoscere in giudizio¹⁵.

Di fronte alla eterogeneità della prassi sintetizzata e alla complessità del tema che ha provocato un acceso dibattito in seno all'Assemblea generale¹⁶, la Convenzione delle Nazioni Unite ha adottato una soluzione di compromesso, volta più a promuovere la partecipazione degli Stati che a fornire un criterio di riferimento risolutivo per i giudici nazionali.

L'art. 2, par. 2 della Convenzione, infatti, dispone che il carattere commerciale di un atto statale deve essere individuato principalmente in base al criterio della natura ma lo scopo dell'atto può essere tenuto in considerazione se le parti del rapporto giuridico, dedotto in giudizio, abbiano così disposto oppure tutte le volte in cui questo parametro ermeneutico sia ritenuto rilevante nella prassi dello Stato del foro¹⁷.

Come evidenziato nel Commentario al primo Progetto di Convenzione redatto nel 1991 e come auspicato dai delegati della Cina e della Francia, l'utilizzo del criterio dello scopo consente sia di tenere in considerazione le esigenze dello Stato convenuto, in caso di disastri naturali o situazioni di emergenza, sia di valorizzare la pressante necessità dei P.V.S. di porre in essere interventi diretti a promuovere il benessere dei propri cittadini anche in caso di crisi finanziarie¹⁸.

La soluzione di attribuire rilievo allo scopo – dopo che fino al progetto di Convenzione del 1986 l'unico criterio utilizzato per individuare le attività commerciali statali non esenti dalla giurisdizione era stato quello della natura dell'atto- non è criticabile soltanto perché in controtendenza rispetto alla prassi della maggioranza dei paesi occidentali ma anche per la ragione che la sua applicazione viene fatta dipendere dall'eventuale consenso delle parti del contratto o dall'orientamento seguito

Cassazione civile (sez. un.), 4 agosto 2000, n. 530, *Presidenza Consiglio dei ministri v. Federazione Italiana Lavoratori Trasporti*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 1155 che applica il criterio della natura dell'atto in concorso con quello dello scopo.

¹⁵ V. A 53/274, *Convention on Jurisdictional immunities of States and their Property, Report of the Secretary General, Replies received from France*, p. 4. Le delegazioni di Australia, Austria, Belgio, Bulgaria, Germania, Italia, Paesi Bassi, Regno Unito e Stati Uniti si sono dichiarate favorevoli all'esclusivo utilizzo del test della natura. Le dichiarazioni delle delegazioni statali sono reperibili in <http://www.un.org/law/jurisdictionalimmunities/index.html>.

¹⁶ V. A/CN.4/357, *Fourth report on Jurisdictional Immunities of States and their Property: Mr Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1982, vol. II(1); A/CN.4/SR.2601-2602, *Discussione plenaria dell'Assemblea generale*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1999, vol. I, p. 246 ss.

¹⁷ Letteralmente, “in determining whether a contract or transaction is a “commercial transaction” under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction”.

¹⁸ V. *ILC Final Draft articles and Commentary on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1991, vol. II(2), art. 2, par. 26.

dai giudici del foro: la scelta di seguire un approccio flessibile rischia, infatti, di provocare una applicazione della norma diversa in ciascuno degli Stati Parte¹⁹.

Le difficoltà applicative del test della natura/scopo dell'atto hanno orientato una parte della dottrina a proporre una diversa lettura sistematica della norma consuetudinaria, questa volta basata sul c.d. criterio funzionale: l'immunità dalla giurisdizione civile andrebbe riconosciuta rispetto a quegli atti attraverso cui lo Stato esercita le proprie funzioni sovrane²⁰.

Tale teoria, non soltanto limita l'ambito materiale di applicazione della norma sull'immunità all'ipotesi che entri in gioco un rapporto nel quale lo Stato appaia in posizione autoritativa ma riduce, in senso ulteriormente restrittivo, il contenuto della regola stessa: il riconoscimento della immunità dalla giurisdizione civile dipende dall'effettiva interferenza del potere giurisdizionale dello Stato del foro rispetto all'esercizio delle funzioni sovrane del convenuto. Da ciò deriva che, ove lo svolgimento di un procedimento giudiziario non fosse effettivamente idoneo a turbare l'esercizio di una funzione statale, la giurisdizione potrebbe essere esercitata anche nei confronti di atti formalmente pubblicistici²¹.

Ulteriori limitazioni alla operatività della norma dalla immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile derivano dal riferimento alla persona dello Stato anziché alla materia oggetto della controversia (criterio *ratione personae*).

Secondo l'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite, il consenso statale all'esercizio della giurisdizione espresso in un trattato, in un contratto, o mediante dichiarazione depositata nella cancelleria del giudice costituisce una valida rinuncia alla immunità: l'espressione del consenso deve derivare da una manifestazione di volontà chiara ed inequivoca²².

¹⁹ L'individuazione dei criteri distintivi tra atti immuni ed atti non immuni, come già rilevato dal Quadri, è una questione di diritto internazionale e non riguarda la qualificazione del rapporto dedotto in giudizio secondo la legge applicabile; una volta affermata l'utilità del criterio dello scopo sarebbe stato preferibile eliminare qualsiasi rinvio all'orientamento nazionale, idoneo ad introdurre delle deroghe. V. QUADRI, op. cit., p. 90; PANEBIANCO, op. cit., p. 138 ss.; LUZZATTO, op. cit. p. 173; FOX, *In Defense of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 399 ss.

²⁰ V. op. cit., p. 90. Hanno aderito alla teoria funzionale del Quadri: FERRARI BRAVO, op. cit., p. 550 ss.; LUZZATTO, op. cit. p. 173; PANEBIANCO, op. cit., p. 138 ss..

²¹ V. LUZZATTO, op. cit. p. 176; PANEBIANCO, op. cit., p. 158 ss.. In questo senso v. *Corte Costituzionale tedesca*, 30 ottobre 1962, *X. v. Jugoslavia*, in *Materials on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, op. cit., p. 272 ss. in cui la Corte Costituzionale tedesca ha negato alla Jugoslavia il riconoscimento della immunità dalla giurisdizione civile. Secondo i giudici tedeschi, l'azione diretta ad ottenere la rettifica del *land register* a beneficio dell'attore, legittimo proprietario dell'immobile adibito ad ambasciata dello Stato convenuto, infatti, non pregiudica in alcun modo l'esercizio delle funzioni diplomatiche della Jugoslavia in Germania.

²² Poiché la mancanza di consenso all'esercizio della giurisdizione costituisce un requisito costitutivo della immunità, ne consegue che, quando questo elemento essenziale venga meno, il giudice del foro possa conoscere il merito della controversia. V., in questo senso, *ILC Final Draft articles and Commentary on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1991, vol. II (2), art. 7, par. 6.

La Commissione del diritto internazionale ha, inoltre, chiarito che la rinuncia espressa alla immunità dalla giurisdizione civile non impone necessariamente ai giudici del foro l'esercizio della giurisdizione nei confronti dello Stato convenuto; questi ultimi, infatti, hanno il potere discrezionale di verificare che il consenso sia stato espresso conformemente ai principi dell'ordinamento del foro.

Tra le disposizioni nazionali, merita un menzione la sezione 1605 del F.S.I.A. secondo cui la rinuncia all'immunità può anche essere implicita e risultare dall'inserimento in un contratto di una clausola arbitrale oppure dalla scelta della legge applicabile²³.

2.1.- La dibattuto natura della attività di prestito internazionale.

La questione della natura della attività di prestito internazionale è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina nell'ambito della quale si sono scontrate diverse correnti di pensiero: un numero di scrittori ha ritenuto che l'attività statale di emissione di titoli obbligazionari, in quanto autorizzata con legge e finalizzata a finanziare il bilancio nazionale, fosse da considerarsi attività pubblicistica coperta da immunità²⁴; altri autori, primo in Italia il Quadri, hanno invece sostenuto la natura privatistica delle operazioni di prestito in quanto riconducibili alla categoria dei c.d. contratti internazionali conclusi dallo Stato con i privati²⁵; un terzo indirizzo, infine, sintetizzando i due opposti orientamenti, ha evidenziato la natura composita del debito privato²⁶.

Fino alla fine degli anni '50, i giudici nazionali – ad eccezione di alcune pronunce rese in Svizzera ed in Belgio²⁷ - hanno accolto la prima teoria e hanno riconosciuto l'immunità dello Stato emittente

²³ La sezione 1605 del F.S.I.A. dispone che uno Stato non è immune dalla giurisdizione civile quando rinuncia espressamente o implicitamente alla immunità. Secondo l'*House Report* costituiscono ipotesi di rinuncia implicita alla immunità i casi "where a foreign State has agreed to arbitration or where a foreign State has agreed that the law of a particular country should govern a contract". Il passo, contenuto nell'*House Report* n. 94 -1487, è riprodotto in *State Immunity. Selected Materials and Commentary* (a cura di Dickinson, Lindsay e Loonam), Oxford, 2004, p. 247.

²⁴ V., ad esempio, DE LAPRADELLE, POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1924, vol. 2, p. 524 ss. JEZE, *La garantie des emprunts publics d'Etat*, in *Recueil des Cours*, 1925, vol. 2, p. 174 ss.; MIELE, *Immunità giurisdizionale degli Stati*, in *Novissimo digesto*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 200.

²⁵ V., ad esempio, FISHER WILLIAMS, *Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contract*, in *Recueil des cours*, 1923, vol. 1, p. 314 ss.; FREUND, *Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anleihen*, Berlin, 1907, p. 55 ss.; DELAUME, *Public Debt and Sovereign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, in *American Journal of Int. Law*, 1977, p. 399 ss.; MEILI, *Das Staatsbankrott und die moderne Rechtswissenschaft*, Berlin, 1895, p. 8; NOLDE, *La monnaie en droit international public*, in *Recueil des Cours*, 1929, vol. 2, p. 273 ss.; SACERDOTI, *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972; VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. 1, Torino, 1937, p. 277.

²⁶ V. BORCAHRD, WYNNE, *State Insolvency and Foreign Bondholders*, op. cit., p. 4 ss.; VAN HECKE, *Problèmes juridique des Emprunts internationaux*, Leiden, 1955, p. 17 ss.

²⁷ V. Tribunale federale svizzero, 13 marzo 1918, in *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse*, vol. 44, t.1, p. 49 e 28 marzo 1930, in *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse*, vol. 56, t.1, p. 237; Tribunale di Bruxelles, 24 maggio 1933, in *Pasicrisie belge*, 1933, vol. 2, p. 197.

dalla giurisdizione civile: tale orientamento è stato indubbiamente influenzato dalla adesione alla teoria della immunità assoluta degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile.

Nella successiva evoluzione della prassi, invece, è risultata prevalente l'affermazione del carattere commerciale del debito privato; il precedente orientamento favorevole ad una connotazione pubblicistica è stato, infatti, ribaltato negli Stati Uniti, nei Paesi Bassi, nel Regno Unito ed in Italia, dove il principio è stato ribadito - *incidenter tantum*- anche nelle recenti pronunce nelle quali è stata, nonostante ciò, riconosciuta l'immunità della Repubblica argentina dalla giurisdizione civile²⁸.

Da ultimo, il *Working Group on Jurisdictional Immunities of States*, in un recente rapporto avente ad oggetto la prassi nazionale compresa tra il 1991 ed il 1999, ha confermato che la maggioranza dei giudici nazionali qualificano atti commerciali le "*issuances of debt*"²⁹.

Conformemente a questi sviluppi e tenendo conto delle analoghe formulazioni contenute in alcune legislazioni nazionali, l'art. 2.1.(c) della Convenzione delle Nazioni Unite, indica tra le attività statali commerciali non esenti dalla giurisdizione civile anche "*any contract or other transaction of a financial nature*"³⁰.

2.2.- Problemi di qualificazione dell'attività statale dovuti alla pluralità di atti rilevanti dello Stato inadempiente.

L'esistenza di un orientamento giurisprudenziale condiviso circa la definizione della natura del debito privato non risolve i problemi applicativi della norma sulla immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile nelle ipotesi (ricorrenti) in cui lo Stato emittente, dopo aver agito come *trader* sui mercati finanziari, si avvalga della propria capacità di ente sovrano ed emani atti legislativi o provvedimenti amministrativi con i quali modifichi, sospenda o ripudi le obbligazioni assunte, al momento dell'emissione, verso i creditori privati.

²⁸ V. A/CN.4/357 and Corr. 1, *Fourth Report on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, by Mr. Sompong Sucharitkul, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1982, vol. II(1), p. 212 ss. Negli Stati Uniti v. Corte Suprema degli Stati Uniti, 12 giugno 1992, *Republic of Argentina v. Weltover Inc and Others* in *Int. Law Reports*, vol. 100, p. 510 ss.; nel Regno Unito, v. *Thai Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan, Ministry of Food and Agriculture*, in *The All England Law Reports*, 1975, vol. 3, p. 961. In Italia, nella citata ordinanza n. 11225 del 21 aprile 2005 della Corte di Cassazione, si legge che "*natura innegabilmente privatistica hanno gli atti di emissione e di collocazione sul mercato delle obbligazioni*".

²⁹ V. A/CN.4/L.576, *Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1999, vol. II (2), p. 161.

³⁰ V. la sez. 1603 del F.S.I.A.; l'art. 3 dello *State Immunity Act* inglese; l'art. 5 della *Pakistani State Immunity Ordinance*; l'art. 4 del *South African Foreign State Immunities Act*.

In alcune pronunce che hanno dichiarato l'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero convenuto, soprattutto in materia di nazionalizzazioni, i giudici hanno sostenuto il preminente rilievo dell'atto statale di inadempimento ed hanno espresso l'opinione che la norma sulla immunità ristretta dalla giurisdizione civile escluda l'ammissibilità del controllo diretto dei provvedimenti legislativi di uno Stato straniero, anche se questi ultimi pregiudichino i diritti patrimoniali dei privati³¹.

Anche secondo la maggioranza della dottrina, in presenza di atti legislativi o amministrativi dello Stato straniero, la norma sulla immunità dalla giurisdizione civile – il cui fondamento tende, nella ipotesi, a sovrapporsi con la ratio della c.d. teoria dell'*Act of State*, imporrebbe allo Stato del foro un generale dovere di astensione³².

L'indiscutibile affermazione che la norma sulla immunità opera rispetto agli atti ed alle funzioni sovrane, tuttavia, non è risolutiva nel chiarire quando l'atto legislativo statale che determina l'inadempimento possa essere qualificato come un atto di imperio o come una condotta integrante un semplice inadempimento da valutare secondo il diritto privato applicabile.

Nel celebre caso *I° Congreso del Partido*, la *House of Lords* era chiamata a decidere se Cuba potesse beneficiare della immunità dalla giurisdizione civile inglese in ragione del carattere *iure imperii* del decreto con il quale lo Stato aveva impedito l'esecuzione di un contratto di fornitura di zucchero, concluso da una impresa di Stato cubana con una compagnia cilena, ovvero se occorresse attribuire rilievo al carattere commerciale del negozio inizialmente concluso³³.

Dopo che la *House of Lords* aveva negato l'immunità dalla giurisdizione civile di Cuba, nella propria *dissenting opinion*, il giudice *Wilberforce* - elaborando una teoria la cui validità è stata apprezzata anche dal *Working Group on Jurisdictional Immunities* - ha sostenuto che il giudizio circa il carattere, privatistico o pubblicistico, dell'inadempimento statale non doveva basarsi tanto

³¹ Sono stati considerati atti immuni: un atto di espropriazione (v. Superior Provincial Court di Monaco, 12 agosto 1975, in *Int. Law Reports*, vol. 65, p. 127 ss.) una legge di nazionalizzazione (v. Corte di Cassazione (sez. un.), *Campione v. Peti*, 14 novembre 1972 in *Int. Law Reports*, vol. 65, p. 287 ss.) l'adozione di una misura di controllo dei tassi di cambio (v. Corte di appello di Amsterdam, *NV Exploitatie- Maatschapij Benkalis v. Bank of Indonesia*, 25 ottobre 1963, in *Int. Law Reports*, vol. 65, p. 348 ss.). Per ulteriore prassi in materia si veda LUZZATTO, op. cit., p. 218 ss.

³² V., ad esempio, BANKAS, op. cit., p. 224; COSNARD, op. cit., p. 378; FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p. 296; SINCLAIR, op. cit., p. 215.

³³ Nel 1973, Cuba aveva ripudiato il contratto di fornitura in questione come reazione al colpo di Stato che, in Cile, aveva determinato la caduta del governo guidato dal Presidente Allende. Pertanto, in attuazione di una ordinanza del governo cubano, il cargo *Playa Larga*, una delle due navi originariamente deputata alla consegna delle merci, venne fatto rientrare in porto mentre la *Marble Island* fu costretta a consegnare lo zucchero in Corea del Nord. V. Camera dei Lords, *I° Congreso del Partido*, 16 luglio 1981, in *Int. Law Reports*, vol. 64, p. 307 ss.

sul criterio dello scopo quanto sul complesso delle circostanze presenti al momento della proposizione dell'azione giudiziaria (cd. teoria contestuale)³⁴.

Rispetto alle operazioni di prestito internazionale, la prassi più significativa in materia di immunità è stata sviluppata soprattutto dagli organi giudiziari dei Paesi, come gli Stati Uniti, che ospitano le sedi dei più importanti mercati finanziari internazionali; la prassi statunitense è spiccatamente orientata a riconoscere rilievo alla attività di emissione del debito rispetto all'eventuale successivo inadempimento statale.

Nel 1992, nel caso *Weltover* -considerato, a ragione, il precedente più rappresentativo dell'orientamento statunitense in materia- la Repubblica argentina era stata citata in giudizio da alcuni creditori privati per non aver pagato il valore del capitale e dei tassi di interesse dovuti su alcuni strumenti finanziari, i *Bonods*, emessi nel 1982³⁵.

All'epoca, l'Argentina attraversava una grave crisi finanziaria che le impediva di disporre della valuta necessaria per acquistare la moneta straniera utilizzabile per i pagamenti esteri; pertanto, un decreto presidenziale aveva disposto il differimento dei pagamenti dovuti agli obbligazionisti stranieri, alcuni dei quali ricorsero alla via giudiziaria per ottenere l'immediato pagamento delle somme di loro spettanza.

La Corte suprema degli Stati Uniti negò alla Repubblica argentina l'immunità dalla giurisdizione; essa infatti, aveva identificato come atto rilevante ai fini dell'eventuale riconoscimento all'Argentina dell'immunità dalla giurisdizione l'emissione di titoli pubblici sul mercato finanziario, qualificando tale attività di carattere esclusivamente commerciale, con l'asserzione che la condotta dello Stato non differisce da quella di un qualsiasi privato che compia operazioni sul mercato finanziario internazionale (c.d. *personal test*).

Peraltro, la Corte Suprema statunitense aveva precisato che, secondo la lettera del *F.S.I.A.*, la qualificazione dell'atto statale andava fatta in base alla valutazione della natura dell'atto medesimo- l'emissione di titoli sul mercato finanziario- non rilevando lo scopo o i motivi che ne avevano

³⁴ La *House of Lords* non ha riconosciuto l'immunità dalla giurisdizione civile di Cuba sulla base della seguenti motivazioni: rispetto al carico trasportato dal *Marble Island*, l'immunità andava negata poiché Cuba – pur non essendo proprietario del vascello - aveva disposto delle merci e le aveva trasferite in Vietnam, agendo *iure gestionis*. Rispetto al vascello *Playa Larga*, invece, era possibile esercitare la giurisdizione poiché, attraverso l'ordine di fare ritorno in porto e di non consegnare la merce in Cile, lo Stato caraibico non aveva agito in qualità di ente sovrano ma come proprietario della imbarcazione. V. A/CN.4/L.576, *Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1999, vol. II(2), p. 161, par. 52.

³⁵ V. Corte Suprema degli Stati Uniti, 12 giugno 1992, *Republic of Argentina v. Weltover Inc and Others*, in *Int. Law Reports*, vol. 100, p. 510 ss. L'orientamento è confermato in Corte distrettuale del distretto settentrionale dell'Alabama, 27 luglio 1986, *Jackson v. People's Republic of China*, in *Int. Law Reports*, vol. 84, p. 132 ss. e Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 31 luglio 1987, *Carl Marks & Co. v. Union of Soviet Socialist Republics*, in *Int. Law Reports*, vol. 84, p. 158 ss.

ispirato l'adozione; in questo modo, la Corte ha rovesciato un orientamento giurisprudenziale minoritario che aveva attribuito rilevanza allo scopo dell'attività di emissione del debito³⁶.

Il criterio della connessione previsto dalla sezione 1605 (a)(2) del *F.S.I.A.*, ha consentito ai giudici statunitensi di estendere la propria cognizione a controversie in cui l'inadempimento oggetto del giudizio era stato determinato da un atto statale compiuto all'estero.

La norma, infatti, dispone espressamente la giustiziabilità degli atti dello Stato straniero posti in essere “*outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign State*”, purché esplicino un effetto diretto nel territorio degli Stati Uniti; in questa prospettiva, la Corte aveva correttamente qualificato il decreto presidenziale argentino di sospensione dei pagamenti, dovuti sui titoli obbligazionari emessi negli Stati Uniti, come un atto connesso con un'attività commerciale dell'Argentina per la quale non operava la norma sulla immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione e, quindi, aveva ritenuto l'atto conoscibile dal giudice straniero. Sulla base di queste considerazioni, l'Argentina è stata condannata per inadempimento nel pagamento delle somme dovute ai ricorrenti sui *bonods* emessi.

Nonostante che la prassi considerata evidenzia difficoltà applicative della norma, derivanti dalla inadeguatezza, rispetto ai casi più complessi, della pura distinzione tra atti *iure imperii* ed atti *iure gestionis*, i principi della logica giuridica possono in parte soccorrere l'interprete³⁷.

Il ricorso alla regola della cd. immunità ristretta, infatti, comporta che il giudice compia due distinte, seppur strettamente correlate, operazioni ermeneutiche: una prima attività concernente l'identificazione dell'atto dello Stato straniero rilevante ai fini dell'eventuale riconoscimento dell'immunità ed una successiva opera di qualificazione dell'atto medesimo in base alla applicazione della totalità degli strumenti di interpretazione a sua disposizione, tra cui anche quelli della natura e dello scopo³⁸.

L'individuazione dell'atto sui cui l'azione dei creditori viene basata, come suggerito da Lord Wilberforce in *I° Congreso del Partido*, dovrebbe implicare non soltanto una indagine basata sui test della natura/scopo dell'atto ma dovrebbe comportare la valutazione di tutte le circostanze fattuali e giuridiche presenti al momento della proposizione della azione giudiziaria; in tal modo,

³⁶ Cfr. Corte di appello del quinto circuito, 20 aprile 1981, *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua* in *Int. Law Reports*, vol. 63, p. 584 ss.

³⁷ Sulla inadeguatezza della distinzione tra c.d. atti *iure imperii* ed atti *iure gestionis* v., per tutti, CRAWFORD, op. cit., p. 90.

³⁸ V. COSNARD, *La soumission des états aux tribunaux internes*, cit., p. 342; CRAWFORD, op. loc. ult. cit.; FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p.286; HIGGINS, op. cit., p. 269.

diventerebbe più agevole verificare la natura e l'effettiva rilevanza dell'interferenza normativa che provoca l'inadempimento³⁹.

2.3.- L'immunità dalla esecuzione dei beni dello Stato inadempiente.

A differenza della immunità dalla giurisdizione civile, la regola di diritto internazionale della immunità dalla esecuzione dei beni dello Stato estero limita il potere giurisdizionale dello Stato del foro, sia per ciò che riguarda il complesso delle procedure coercitive *ante causam* - volte ad evitare che, nelle more del giudizio, la condotta del convenuto possa pregiudicare la soddisfazione della pretesa dell'attore- sia nei procedimenti esecutivi post giudiziali, incidenti sui beni di una delle parti della controversia al fine di ottenere l'adempimento di una sentenza⁴⁰.

Poiché, comparati alle sentenze di condanna, i provvedimenti esecutivi producono una interferenza maggiormente invasiva della sovranità dello Stato esecutato, l'affermazione della teoria della immunità ristretta dalla esecuzione è risultata difficoltosa nella prassi⁴¹: il criterio prevalentemente utilizzato per individuare i beni suscettibili di esecuzione è costituito dalla distinzione tra beni destinati ad una pubblica funzione (immuni) e beni posseduti dalla Stato a titolo privato (non immuni)⁴².

³⁹ Il Crawford evidenzia che la fase della individuazione consente di “*identify the transaction as precisely and as narrowly possible having regard to the factual and legal issues. If so described the transaction can fairly be classified and [...] the transaction will not lose that character or classification because extraneous fact or aspect surrounding the individual transaction suggest or would attract a different classification*”. V CRAWFORD, op. cit., p. 94.

⁴⁰ Per una analisi dettagliata della prassi v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 2002, p. 231; *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico: repertorio 1960-1987* (a cura di Conforti e Picone), Napoli, 1988; *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico, Repertorio 1987-1997* (a cura di Picone), Napoli, 1997, p. 395 ss.; Cfr. COSNARD, cit., p. 143 ss.; BREAU, *Waiver of Immunity*, in *La pratique des Etats concernant les immunités des Etats*, (a cura di Hafner, Kohen e Breau), Leiden, Boston, 2006, p. 59; COSNARD, *Circulation des jugements et immunité d'exécution de l'État*, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne colloque du vendredi 24 mars 2000 organisé par le Centre d'Etudes européennes avec le concours du Conseil général, du Conseil régional et de la Commission pour l'Etude des Communautés européennes (C.E.D.E.C.E.)*, Bruxelles, 2001, p. 207 ss.; KOHEN, *The Distinction between State Immunity and Diplomatic Immunity*, in *La pratique des Etats concernant les immunités des Etats*, cit., p. 48; IOVANE, op. ult. cit., pp. 1-14; MONNINI, op. cit., p. 2784 ss.; SALERNO, *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padova, 2003; RADICATI DI BROZOLO, op. cit., p. 81 ss.; REINISCH, *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, in *European Journal of Int. Law*, 2006, p. 803 ss.; SCISO, *Il principio della inviolabilità dei locali diplomatici nel diritto internazionale contemporaneo in La comunità internazionale*, 2001, p. 595 ss.

⁴¹ V. IOVANE, *Stato straniero (immunità dall'esecuzione dello)*, cit., p. 2.

⁴² V. Bundesverfassungsgericht, 13 dicembre 1977, *Philippine Embassy Case*, in *Int. Law Reports*, vol. 65, p. 146; Corte d'appello dell'Aja, 28 novembre 1968, *Cabotent v. NIOC*, in *Int. Law Reports*, vol. 47, p. 138; Corte di appello di Bruxelles, 15 febbraio 2000, *Leica AG v. Central Bank of Iraq et Etat Irakien*, in *Journal of Trade*, 2001, p. 6 ss.; V. Cassazione civile (sez. un.), 23 agosto 1990, n. 8868, *Condor e Filvem c. Libia*, in *Int. Law Reports*, vol. 101, p. 402.

2.3.1.- Autonomia della regola rispetto alla immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile.

Si discute in dottrina se l'immunità dalla esecuzione possa essere considerata una regola autonoma rispetto alla immunità dalla giurisdizione oppure se il riconoscimento della giurisdizione cognitiva comporti - "come logica conseguenza" - anche la negazione della immunità dalla esecuzione⁴³.

Il secondo approccio viene esemplificato in una nota pronuncia del Tribunale federale svizzero secondo la quale: "*the Federal Tribunal considers immunity from execution as simply the consequence of jurisdictional immunity. A foreign State which in a particular case does not enjoy jurisdictional immunity is not entitled to immunity from execution either, unless the measures of execution concern assets allocated for the performance of acts of sovereignty*"⁴⁴.

Anche se il principio *par in parem imperium non habet* rappresenta il fondamento costitutivo comune delle norme della immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile e della immunità dalla esecuzione dei suoi beni, la tesi della autonomia delle due regole sembra preferibile dal momento che il giudice nazionale della esecuzione, richiesto di un provvedimento coercitivo, dopo aver accertato - in *limine litis* - la sussistenza della giurisdizione cognitiva è tenuto a verificare - anche in un eventuale giudizio di merito a cognizione piena - la destinazione dei beni individuati; soltanto ove questi ultimi abbiano una destinazione privatistica, il giudice potrà negare l'immunità dalla esecuzione dello Stato convenuto e autorizzare l'adozione dei provvedimenti richiesti.

Anche la Corte Costituzionale italiana, nel caso *Condor e Filvem c. Libia*, ha sostenuto che "*l'immunità dalle misure cautelari e dalla esecuzione nello Stato del foro non costituisce una semplice estensione della immunità dalla giurisdizione*"⁴⁵.

Secondo la Corte, infatti, l'immunità dall'esecuzione conserva un ambito normativo più ampio di quello in cui opera l'immunità dalla giurisdizione: per negarla non basta un titolo esecutivo efficace nel territorio dello Stato del foro, oppure, se è chiesta una misura cautelare, la soggezione del rapporto controverso alla cognizione delle corti di questo o di altro Stato, ma occorre altresì che i beni investiti dalla domanda di sequestro o dal procedimento esecutivo non siano destinati all'adempimento di funzioni pubbliche (*iure imperii*) dello Stato estero.

L'autonomia delle due regole emerge, altresì, da altre considerazioni: a) l'evoluzione storica delle norme è stata diversa, tanto che solo recentemente è comunemente accolta anche per l'immunità dalla esecuzione la teoria della immunità ristretta; b) sono diversi i criteri interpretativi utilizzati

⁴³ V. REINISCH, cit., p. 809.

⁴⁴ V. Tribunale federale svizzero, 20 luglio 1979, *Repubblica araba d'Egitto c. Cinetel*, in *Int. Law Reports*, vol. 65, p. 430 ss.

⁴⁵ V. Cassazione civile (sez. un.), 23 agosto 1990, n. 8868, *Condor e Filvem c. Libia*, in *Int. Law Reports*, vol. 101, p. 402.

nella prassi giurisprudenziale e nelle legislazioni nazionali in materia, al fine di distinguere le attività immuni dalle attività non immuni.

2.3.2.- La difficile applicazione della teoria della immunità ristretta e le principali eccezioni alla regola previste dalle fonti rilevanti.

L'affermazione, anche rispetto all'esecuzione, della teoria della immunità ristretta trova una conferma nella lettera delle legislazioni interne che disciplinano la materia le quali, dopo aver posto - in via di principio - l'esenzione dello Stato estero dai provvedimenti coercitivi come la regola, elencano un catalogo di eccezioni quali la rinuncia dello Stato alla immunità, la specifica destinazione del bene alla soddisfazione della parte vincitrice, l'utilizzo privatistico dei beni sottoposti ad esecuzione⁴⁶.

Questa tendenza non sembra contraddetta dal contenuto della Convenzione europea sulla immunità degli Stati del 1972 il cui art. 23 vieta l'adozione di qualsiasi misura coercitiva in assenza di una autorizzazione scritta dello Stato esecutato⁴⁷.

La norma trova la propria ragion d'essere nel sistema complessivamente voluto dai compilatori della Convenzione, diretto a conciliare il rispetto dei diritti dei soggetti privati, insito nella teoria della immunità ristretta, con le esigenze di prudenza cui gli Stati sono in ogni caso sensibili quando si deve procedere all'esecuzione di provvedimenti esecutivi sui loro beni.

Il disposto dell'art. 23 viene controbilanciato dall'assunzione dell'obbligo previsto dall'art. 20, da parte di ciascuno Stato parte, di dare esecuzione alla sentenza che l'abbia visto soccombente e non può essere considerato come una prova della attuale vigenza della immunità assoluta dalla esecuzione⁴⁸.

L'art. 24 della Convenzione, infatti, consente agli Stati, attraverso una apposita dichiarazione, di ampliare il catalogo delle materie *iure gestionis* non coperte dalla immunità dalla giurisdizione di cognizione.

Rispetto a questo regime alternativo, alla disciplina della fase di accertamento corrisponde un regime di immunità ristretta per quanto riguarda le misure cautelari e la fase dell'esecuzione forzata: ai sensi dell'art. 26, *“una sentenza resa nei confronti di uno Stato contraente in relazione ad un'attività industriale o commerciale potrà essere eseguita nello Stato del foro su quei beni dello Stato soccombente che siano esclusivamente utilizzati nell'ambito di tale attività”*.

⁴⁶ V. sez. 1609 ss. del *Foreign Sovereign Immunities Act* statunitense, art. 13 (4) *U.K. State Immunity Act* 1978.

⁴⁷ *“No measures of execution or preventive measures against the property of a Contracting State may be taken in the territory of another Contracting State except where and to extend that the State has expressly consented thereto in writing in any particular case”*. V. Convenzione europea sulla immunità degli Stati, in BANKAS, cit., p. 411.

⁴⁸ V. IOVANE, op. cit., p. 3; REINISCH, op. cit., p. 805.

In alcune manifestazioni della prassi, l'estensione della immunità dalla esecuzione varia a seconda che i provvedimenti esecutivi siano precedenti alla pronuncia della sentenza o siano successivi.

La sez. 1610 del F.S.I.A. attribuisce allo Stato estero una immunità più ampia dalle misure esecutive *ante causam* (sez. 1610 (d)) rispetto a quelle post giudiziali (sez. 1610 (a)) sulla base della considerazione che l'adozione di una misura coercitiva, prima di una pronuncia di condanna nel merito, è una forma molto invasiva della sovranità dello Stato estero.

La sez. 1610 (d), in particolare, ammette l'adozione di misure *ante causam* solo in presenza di un consenso espresso dello Stato esecutato mentre la sez. 1610 (a), recante la disciplina delle misure post giudiziali, consente l'esecuzione post giudiziale in presenza di un consenso implicito o esplicito (1), qualora il bene pignorato sia destinato allo svolgimento di una attività commerciale (2) oppure rispetto a beni acquisiti in violazione di norme di diritto internazionale (3)⁴⁹.

Nella prassi italiana e francese, invece, la norma sulla immunità dalla esecuzione viene applicata indifferentemente, senza che rilevi la fase procedimentale in cui il provvedimento viene concesso⁵⁰.

La Convenzione delle Nazioni Unite, in ragione della necessità di promuovere una soluzione di compromesso che favorisca la ratifica da parte di Stati, come la Cina, che solo recentemente hanno accettato la regola della immunità ristretta⁵¹ adotta un approccio restrittivo: facendo proprio l'orientamento espresso nel Commentario al Progetto di articoli del 1991, la Convenzione attribuisce all'immunità dalla esecuzione la funzione di ultima roccaforte ("*last bastion*") della sovranità dello Stato convenuto⁵².

⁴⁹ In alcune pronunce, tuttavia, i giudici statunitensi hanno ridotto, in via interpretativa, la portata fortemente restrittiva della disciplina dei provvedimenti cautelari pregiudiziali ed hanno autorizzato sequestri *ante causam* richiamando la lettera di accordi (per esempio l'accordo di amicizia tra l'Iran e gli Stati Uniti) previgenti all'entrata in vigore del F.S.I.A. la cui applicazione viene fatta salva dalla sez. 1609 del F.S.I.A.. V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, *Electronic Data Sistem Corp. Iran v. The Social Security Organization of the Government of Iran*, 12 febbraio 1981 in *Int. Legal Materials*, 1981, p. 344 ss.; v. IOVANE, *Recenti sviluppi della prassi in materia di immunità degli Stati stranieri da misure cautelari ed esecutive*, cit., p. 303 ss. I giudici statunitensi, inoltre, hanno più volte riconosciuto che lo Stato straniero possa esprimere legittimamente il proprio consenso all'adozione di misure cautelari *ante causam* anche attraverso un trattato. In questo senso, v. Corte di appello del secondo circuito, 4 maggio 1984, *Behring International, Inc. v. Imperial Iranian Air Force*, in *Int. Law Reports*, 1982, vol. 63, p. 261 ss.; Corte di appello del secondo circuito, 4 maggio 1984, *O'Connell Machinery Co. v. M.V. Americana*, in *Int. Law Reports*, 1990, vol. 81, p. 539 ss. Sul F.S.I.A. v. OSTRANDER, *The Last Bastion of Sovereign Immunity a Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments*, in *Berkeley Journal of Int. Law*, 2004, p. 541 ss.; VOLLMER, WILMER, CULTER, PICKERING, *The U.S. Foreign Sovereign Immunities Act*, in *Litigation and Administrative Practice Course Handbook Series. Litigation.*, 2003, p. 11 ss. La sez. 1610 (d) (2) contiene l'ulteriore importante disposizione secondo la quale la proposizione di un domanda diretta ad ottenere una misura *ante causam* non rappresenta un titolo di per sé sufficiente a fondare la giurisdizione.

⁵⁰ V., in Italia, Cassazione civile (sez. un.), 23 agosto 1990, *Giamahiriya araba libica socialista c. Condor s.r.l. ed altri* in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 679 ss.; in Francia, Cour de Cassation, 14 marzo 1984, *République islamique d'Iran et autres c. Société Eurodif et autres*, in *Int. Legal Materials*, 1984, p. 1062.

⁵¹ V. A/56/291, *Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, Report of the Secretary General, *Replies received from China*, p. 2

⁵² V. International Law Commission, *Final Draft Articles and Commentary on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1991, vol. II (2), p. 56.

La Convenzione contiene una sezione autonoma dedicata all'immunità dalle "measures of constraint" adottate in connessione ad un procedimento giudiziario (*Part IV*) e, a differenza della soluzione accolta dalla Commissione del diritto internazionale nel Progetto di articoli del 1991, distingue, disciplinandole diversamente, le misure coercitive pregiudiziali (*art. 18*), tra le quali rientrano i sequestri conservativi *ante causam*, rispetto alle misure post giudiziali di attuazione forzata del diritto (*art. 19*): l'adozione di misure cautelari *ante causam* è ammessa soltanto in presenza del consenso dello Stato straniero espresso attraverso un accordo internazionale, una clausola o un compromesso arbitrale o un contratto redatto per iscritto, una dichiarazione presentata *in facie curiae* oppure in ragione della decisione dello Stato medesimo di destinare alcuni beni alla soddisfazione di una pretesa fatta valere in giudizio nei suoi confronti (*art. 18* lett. b); possono essere, invece, disposte misure esecutive post giudiziali, indipendentemente dall'espresso consenso dello Stato straniero (*art. 19*), rispetto a beni specificamente utilizzati o destinati ad essere utilizzati a fini commerciali che si trovino sul territorio dello Stato del foro e abbiano un collegamento con lo Stato convenuto o con i suoi organi (tra i quali possono essere annoverate anche le imprese o le agenzie statali) coinvolti nel procedimento.

In sede di redazione del testo della Convenzione, anche la delegazione italiana si era espressa favorevolmente rispetto alla possibilità di riconoscere una maggiore estensione all'immunità da misure coercitive pregiudiziali rispetto alla immunità da misure esecutive post giudiziali⁵³.

Nella formulazione dell'*art. 19*, la Convenzione recepisce le osservazioni presentate durante i lavori preparatori dagli Stati e, a differenza di quanto originariamente previsto dal Progetto di articoli del 1991, non subordina più l'assoggettabilità a misure esecutive all'ulteriore requisito della connessione tra il bene esecutato e l'oggetto della controversia di cui lo Stato sia parte (*nexus requirement*)⁵⁴.

Tenuto conto delle difficoltà nell'individuare i beni aventi una destinazione pubblica, l'*art. 21* della Convenzione contiene un elenco esemplificativo di alcune categorie di beni coperte dalla immunità dalla esecuzione: si tratta dei conti bancari utilizzati o destinati ad essere utilizzati per l'attività di una missione diplomatica o consolare di uno Stato; i beni di carattere militare; i beni appartenenti al

⁵³ V. A/56/291/Add.1, *Report of the Secretary-General, Addendum* del 24 ottobre 2001.

⁵⁴ Così recitava la vecchia formulazione dell'*art. 18*: "Article 18. State immunity from measures of constraint 1. No measures of constraint, such as attachment, arrest and execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that: (a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated: (i) by international agreement; (ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or (iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; (b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or (c) the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non commercial purposes and is in the territory of the State of the forum and has a connection with the claim which is the object of the proceeding or with the agency or instrumentality against which the proceeding was directed. 2. Consent to the exercise of jurisdiction under article 7 shall not imply consent to the taking of measures of constraint under paragraph 1, for which separate consent shall be necessary".

patrimonio culturale dello Stato; i beni di interesse scientifico culturale e storico non messi in vendita dallo Stato⁵⁵.

Questo espediente era già Stato utilizzato dai redattori del F.S.I.A. e dello *State Immunity Act* inglese⁵⁶.

Rispetto alle elencate eccezioni alla regola della immunità dalla esecuzione, emergono alcuni profili problematici rispetto ai quali la prassi nazionale è ancora incerta.

2.3.2.1.- I beni destinati all'esercizio di una attività commerciale. La questione del “*nexus requirement*”.

Nella prassi nazionale è controverso se i beni utilizzati o destinati ad essere utilizzati per una attività privatistica possano essere sottoposti a misure coercitive solo in presenza di un nesso tra il bene sottoposto ad esecuzione e l'oggetto della controversia.

Come già illustrato, il *nexus requirement* è stato espunto dalle condizioni previste dalla Convenzione delle Nazioni Unite per l'esclusione della immunità statale dalla esecuzione poiché riduce notevolmente la possibilità degli attori di soddisfarsi sui beni dello Stato esecutato, specie rispetto a domande dirette ad ottenere il risarcimento del danno derivante da responsabilità extracontrattuale.

Al contrario, il F.S.I.A. statunitense prevede espressamente che possano essere sottoposti ad esecuzione i soli beni “*used for the commercial activity upon which the claim is based*” ed una previsione analoga è contenuta nell'*ILA Draft Convention*⁵⁷.

⁵⁵ Così dispone l'art. 21 della Convenzione delle Nazioni Unite:” *Specific categories of property. 1. The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c): (a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences; (b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions; (c) property of the central bank or other monetary authority of the State; (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale; (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale. 2. Paragraph 1 is without prejudice to article 18 and article 19, subparagraphs (a) and (b).”*

⁵⁶ V. sez. 1611 (b) F.S.I.A. in BANKAS, cit., p. 423: “(b) Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution, if (1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless such bank or authority, or its parent foreign government, has explicitly waived its immunity from attachment in aid of execution, or from execution, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the bank, authority or government may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver; or (2) the property is, or is intended to be, used in connection with a military activity and (A) is of a military character, or (B) is under the control of a military authority or defense agency; art. 14 (4) *State Immunity Act*, in BANKAS, cit., p. 437: “Property of a State's central bank or other monetary authority shall not be regarded for the purposes of subsection (4) of section 13 above as in use or intended for use for commercial purposes; and where any such bank or authority is a separate entity subsections (1) to (3) of that section shall apply to it as if references to a State were references to the bank or authority.”

L'effetto limitativo del *nexus requirement* sul diritto di accesso alla giustizia dei privati, una cui espressione è costituita dal diritto di soddisfarsi mediante procedure esecutive sui beni del debitore inadempiente, è stato denunciato anche dall'*American Bar Association* in un recente *Report*, soprattutto rispetto alle azioni esperite dalle vittime di atti di terrorismo.

Poiché queste ultime, dopo aver ottenuto pronunce di condanna nei confronti degli Stati ritenuti responsabili sulla base dell'*Alien Tort Claims Act* (A.T.C.A.)⁵⁸ non riuscivano ad individuare beni dello Stato straniero sufficienti a soddisfare le proprie pretese ed esercitavano forti pressioni politiche, il governo statunitense ha più volte emendato il F.S.I.A. per consentire una più ampia limitazione della immunità dalla esecuzione dei c.d. Stati canaglia⁵⁹.

⁵⁷ v. *ILA Draft Convention*, cit., art. VIII, A, 2.

⁵⁸ L'A.T.C.A. è un *Federale Statute* che riconosce la giurisdizione delle corti federali statunitensi rispetto alle azioni civili proposte da stranieri al fine di ottenere il risarcimento del danno per le violazioni del diritto internazionale generale o delle convenzioni internazionali vincolanti per gli Stati Uniti - anche per condotte poste in essere all'estero - da individui autori di atti di tortura, di crimini di guerra e di trattamenti inumani e degradanti; l'A.T.C.A. è stato ritenuto applicabile anche nei confronti di persone giuridiche, pur non essendo stata pronunciata, al momento, alcuna sentenza di condanna. In *Doe v. Unocal Corporation*, 12 settembre 2002, 395 F3d 932 (9th Cir. 2002), la Corte di appello del nono circuito ha ritenuto che la società potesse essere sottoposta a giudizio per aver sostenuto e favorito lo sfruttamento del lavoro forzato da parte del governo del Myanmar; prima della conclusione del giudizio, *Unocal* ha accettato di pagare una somma agli attori, in via transattiva.

⁵⁹ In questo senso, cfr. il Progetto di riforma del *Foreign Sovereign Immunities Act* proposto dalla *American Bar Association* nel 2002, reperibile in <http://www.abanet.org/intlaw/div/disputes/litigation/links.html>. Numerosi interventi legislativi, approvati dal Congresso tra il 1996 (*Antiterrorism Death Penalty Act*) ed il 2002, hanno emendato il F.S.I.A. ed hanno previsto, a favore dei cittadini statunitensi vittime di atti di terrorismo sponsorizzati da Stati, il diritto di agire in giudizio per far valere la propria pretesa risarcitoria nei confronti dei cd. "Stati canaglia" e di soddisfarsi sui loro beni presenti sul territorio degli Stati Uniti; l'atto è applicabile ai soli Stati indicati in una apposita lista (Cuba, Iran, Iraq, Libia, Nord Corea, Siria, Sudan). L'AEDPA, meglio noto come *Flatow Amendment*, ha emendato la sezione 1605(a)(7) del *Foreign Sovereign Immunities Act* ed ha introdotto una ulteriore specifica eccezione alla operatività della norma sulla immunità dalla giurisdizione civile degli Stati esteri, attribuendo ai cittadini statunitensi, il diritto di agire in giudizio per far valere la propria pretesa risarcitoria per i danni subiti come conseguenza di un atto di tortura, di un omicidio, di un atto di dirottamento o per la presa di un ostaggio qualora tali atti siano stati commessi o favoriti da un organo di uno dei sopra citati Stati. V., ad esempio, Corte del distretto di Columbia, 27 agosto 1998, *Cicippio v. Iran*, 18 F. Supp. 2d 62, 69-70 (D.D.C. 1998) (\$65.000.000); Corte del distretto di Columbia, 25 giugno 2001, *Sutherland v. Iran*, 151 F. Supp. 2d 27, 50-53 (D.D.C. 2001) (\$ 53.000.040 di risarcimento del danno, \$ 300.000.000 di *punitive damages*); Corte distrettuale di Columbia, 11 marzo 1998, *Flatow v. Iran*, 999 F.Supp. 1 25-34 (D.D.C. 1998) (\$ 2.000.000 di risarcimento del danno, \$ 225.000.000 di *punitive damages*). Per l'emendamento del 1996, cfr. sez. 221, Public Law n. 104-132, per l'emendamento del 1998 cfr. sez. 117 *Public Law* n. 105-277. Rispetto alle pronunce rese in applicazione dell'AEDPA, la soddisfazione di alcune delle vittime è stata possibile soltanto attraverso l'adozione, da parte del governo statunitense, di leggi speciali dirette a favorire i titolari di una condanna al risarcimento dei danni. Il *Victims of Trafficking and Violence Protection Act (VTPA)* del 2000 riconosce al titolare di una sentenza di condanna nei confronti dell'Iran e di Cuba il diritto di ottenere il pagamento da parte del Dipartimento del tesoro di somme di denaro, in parte ottenute dai *blocked funds* degli Stati in questione presenti sul territorio degli Stati Uniti mentre il *Terrorism Risk Insurance Act (T.R.I.A.)* del 2002 prevede che un cittadino statunitense, titolare di una pronuncia di condanna possa sottoporre ad esecuzione i *blocked assets* dello Stato condannato: una volta esauriti tali beni, l'*enforcement* della sentenza sul territorio degli Stati Uniti diventerà molto difficile. Anche nell'ambito delle c.d. *Holocaust litigations*, le numerose azioni civili, esperite - anche mediante la registrazione di *class actions* negli Stati Uniti - dalle vittime dei nazisti nei confronti della Germania, degli Stati o delle società che hanno beneficiato dello sfruttamento del lavoro forzato degli ebrei si sono concluse in via transattiva oppure grazie alla conclusione di accordi tra la Stato convenuto nei giudizi e lo Stato di appartenenza delle vittime. Nel 2000, Stati Uniti e Germania hanno concluso un accordo internazionale in attuazione del quale la Germania ha istituito con legge la "*Remembrance, Responsibility and Future Foundation*". V., in materia, il recente *Holocaust restitution. Perspectives on the Litigation and Its legacy*. (a cura di Bazylar e Alford), New York e Londra, 2006. La sezione 1610 (f) (3) del F.S.I.A. consente al Presidente degli Stati Uniti di sospendere l'applicazione del citato regime speciale in materia di terrorismo qualora l'adozione di misure esecutive nei confronti di Stati stranieri possa essere contraria all'interesse nazionale. Il Presidente

Anche nella prassi giurisprudenziale francese viene generalmente richiesta la prova di un nesso tra il bene esecutato e l'oggetto della domanda⁶⁰ anche se una inversione di tendenza sembra essere rappresentata dalla recente pronuncia relativa al caso *Creighton c. Qatar*⁶¹.

Nella già citata sentenza n. 329 del 1992, la Corte Costituzionale italiana ha, invece, escluso, riferendosi anche alla prassi inglese, che la vigente norma consuetudinaria sulla immunità dalla esecuzione prevedrebbe “un limite ulteriore per cui non basterebbe la destinazione del bene aggredito a fini (lato sensu) commerciali, ma occorrerebbe inoltre un legame specifico con l'oggetto della domanda, cioè la destinazione specifica del bene all'operazione commerciale da cui deriva il rapporto controverso”⁶².

Anche in materia di esecuzione, infine, si è nuovamente posto il problema – già emerso al tempo del contenzioso relativo allo *status* delle rappresentanze commerciali dell'URSS all'estero – di stabilire quando un ente giuridico straniero potesse considerarsi parte integrante dell'organizzazione di governo di uno Stato e, dunque, sottoponibile a misure esecutive a nome di quest'ultimo⁶³.

La Convenzione delle Nazioni Unite, nel dare una definizione di Stato, ai fini della applicazione delle norme sulla immunità dalla giurisdizione e dalla esecuzione, fa riferimento rispettivamente agli organi di governo, agli Stati federati ed alle suddivisioni politiche, alle rappresentanze dello Stato nonché alle agenzie ed agli enti dello Stato che esercitino l'autorità statale⁶⁴.

Clinton, con uno *Statement* del 21 ottobre 1998, ad esempio, ha bloccato l'adozione di misure esecutive su beni appartenenti ad una missione diplomatica iraniana poiché ciò avrebbe potuto comportare un crescente rischio per i beni e per i cittadini statunitensi che si trovassero sul territorio dello Stato esecutato. La vicenda è riportata da FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p. 310. Infine, il *Terrorism Risk Insurance Act (T.R.I.A.)* ha escluso espressamente dalla categoria dei c.d. *blocked assets*, sottoponibili ad esecuzione, i beni protetti dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963 o dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961 (sezione 201(d) (2)). In dottrina cfr. LEIGH, *1996 Amendments to the Foreign Sovereign Immunities Act with Respect to Terrorist Activities* in *American Journal of Int. Law*, 1997, p. 187 ss.; GARTENSTEIN-ROSS, *A Critique of the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act*, in *New York University Journal of Int. Law and Politics*, 2002, p. 887 ss.; MURPHY, *Terrorist-State Litigation 2002-2003*, in *American Journal of Int. Law*, 2003, p. 966 ss.; STRASS, *Enlisting the U.S. Courts in a New Front: Dismantling the International Business Holdings of Terrorist Groups through Federal Statutory and Common Law Suits*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, p. 679.

⁶⁰ Corte di Cassazione francese, 14 marzo 1984, *Eurodif c. République islamique d'Iran*, in *Revue critique de droit International privé*, 1984, p. 644; Corte di Cassazione francese, 1 ottobre 1985, *Société Sonatrach c. Migeon*, in vol. 77, *Int. Law Reports*, p. 525.

⁶¹ Corte di Cassazione francese, 6 luglio 2000, *Société Creighton c. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar et a.*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2003, p. 417.

⁶² V. V. Corte Costituzionale, 15 luglio 1992 n. 329, in *G.U.*, 22 luglio 1992, n.31, par. 3.

⁶³ Quando, sin dalla seconda metà del XX secolo, l'attività dello Stato cominciò ad espandersi in settori del tutto nuovi, come quello della produzione dei beni e dei servizi, nei Paesi socialisti nacquero tutta una serie di enti incaricati di eseguire i programmi governativi connessi, ad esempio, con l'importazione di beni dall'estero o l'esportazione di prodotti nazionali. Rispetto alle rappresentanze commerciali all'estero, l'URSS sosteneva che, poiché la gestione della economia era la principale funzione pubblica, le rappresentanze commerciali andavano considerate immuni alla pari dello Stato. V. IOVANE, op. cit., p. 4.

⁶⁴ V. art. 2 : “Use of terms. 1. For the purposes of the present Convention: [...] (b) “State” means: (i) the State and its various organs of government; (ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity; (iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State; (iv) representatives of the State acting in that capacity; [...].”

Il F.S.I.A., al fine di mitigare l'effetto restrittivo del *nexus requirement*, non applica tale condizione alle misure esecutive imposte nei confronti degli enti che costituiscono una emanazione statale: la sez. 1603 (b) definisce ente statale “*any entity (1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and (2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state*”⁶⁵.

2.3.2.2.- La rinuncia alla immunità e la sovrapposizione della regola alla disciplina delle immunità diplomatiche.

La regola generale prevede che solo una specifica ed espressa rinuncia alla immunità dalla esecuzione da parte dello Stato esecutato possa validamente escludere l'efficacia della regola rispetto alla controversia.

L'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite stabilisce che il consenso statale all'esercizio della giurisdizione non implica anche la rinuncia alla immunità dalla esecuzione⁶⁶; questo indirizzo - che fornisce una ulteriore conferma del carattere autonomo della regola della immunità dalla esecuzione rispetto alla immunità dalla giurisdizione cognitiva- viene espresso anche dallo *State Immunity Act* e dal *F.S.I.A.*⁶⁷.

Mentre, secondo la prassi nazionale prevalente, il consenso deve risultare espressamente da un accordo, da un contratto o da una dichiarazione unilaterale dello Stato in *facie curiae*, la normativa statunitense prevede la possibilità di una rinuncia implicita dello Stato alla esecuzione post giudiziale: questa disposizione complica ulteriormente, se ce ne fosse bisogno, il lavoro dell'interprete chiamato a chiarire quali condotte possano considerarsi equivalenti ad una rinuncia implicita.

Le manifestazioni statali di rinuncia alla immunità, anche se rese in forma espressa – nei titoli obbligazionari, ad esempio, la rinuncia alla immunità è generalmente contenuta nei regolamenti di emissione – non sono sempre sufficienti a consentire l'esecuzione, in ragione della possibile sovrapposizione, alla disciplina in esame, degli obblighi imposti allo Stato del foro dalle norme sulle immunità diplomatiche il cui fondamento viene tradizionalmente individuato nel principio “*ne impediatur legatio*”.

Il diritto internazionale consuetudinario, codificato dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961, attribuisce agli agenti diplomatici, al personale delle missioni diplomatiche

⁶⁵ V. sez. 1610 (b).

⁶⁶ Art. 20: “*Where consent to the measures of constraint is required under articles 18 and 19, consent to exercise of jurisdiction under art. 7 shall not imply consent to the taking of measures of constraint*”.

⁶⁷ V. art. 13 (3) *State Immunity Act*.

ed alle sedi delle missioni immunità e privilegi al fine di consentire allo Stato accreditante di esercitare, libero da qualsiasi coercizione, le funzioni diplomatiche.

In particolare, rispetto alla sede della missione diplomatica, l'art. 22, par. 3 della Convenzione di Vienna del 1961 dispone, introducendo un regime di immunità a carattere assoluto a beneficio di tale categoria di beni, che “*the premises of the mission, their furnishing and other property thereon and the means of transport of the mission shall be immune from search, requisition attachment or execution*”⁶⁸.

Da ciò deriva che, a meno che lo Stato accreditante non rinunci espressamente anche alle immunità diplomatiche, la rinuncia alla immunità dalla esecuzione, espressa dallo Stato in uno strumento contrattuale, non è sufficiente a far venir meno l'inviolabilità della missione diplomatica poiché quest'ultima trae la propria fonte dal dovere di protezione che grava sullo Stato accreditario a beneficio dello Stato accreditante.

Anche la Convenzione delle Nazioni Unite sulla immunità degli Stati lascia impregiudicati i privilegi e le immunità attribuiti ad uno Stato dal diritto internazionale, tra i quali vengono individuate anche le immunità delle missioni diplomatiche e consolari (art. 3).

Questa ricostruzione trova una recente conferma nel caso *Embassy of the Russian Federation in France v. Noga Company*, ove la Corte di appello di Parigi ha affermato che la rinuncia alla immunità rispetto alla esecuzione di una decisione arbitrale non possa essere considerata anche una rinuncia alle immunità previste dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961⁶⁹.

In senso opposto, seppur piuttosto isolata, una pronuncia della Corte di Cassazione francese ha, invece, desunto dalle limitazioni di sovranità conseguenti per l'Iraq dalle sanzioni decise dal Consiglio di Sicurezza a seguito dell'invasione del Kuwait – in particolare, dalla risoluzione che imponeva all'Iraq di onorare gli obblighi relativi al risarcimento del debito estero – l'impossibilità per questo Stato di valersi delle immunità riconosciute dal diritto internazionale generale agli Stati sovrani, anche con riguardo all'esecuzione su beni tradizionalmente inattaccabili⁷⁰.

⁶⁸ V. SCISO, *Missione diplomatica (sede)*, in *Enc. dir.*, 2002, Milano, VI aggiornamento, pp. 719 - 740. Una recente pronuncia della Corte costituzionale spagnola, dopo aver affermato il carattere relativo della immunità dalla esecuzione dei beni dello Stato, ha precisato che le missioni diplomatiche e consolari godono di una immunità assoluta dalla esecuzione. V. Corte Costituzionale spagnola, *Maite G.Z. c. Consolato generale di Francia*, 17 settembre 2001, in *Boletín oficial del Estado*, 2001, n. 256. Nella pronuncia relativa al caso *Abbott*, la Corte Costituzionale spagnola ha ribadito che anche i conti correnti dell'Ambasciata beneficiano delle immunità diplomatiche. Rispetto alle missioni consolari, tuttavia, l'art. 31 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963 dispone che i locali consolari possono, per ragioni di pubblica utilità o di difesa nazionale, essere oggetto di misure di espropriazione che non ostacolano l'esercizio delle funzioni consolari e prevedano un indennizzo “*pronto, adeguato ed effettivo*”.

⁶⁹ V. Corte di appello di Parigi, 10 agosto 2000, *Embassy of the Russian Federation in France v. Noga Company*, in *Journal de droit International*, 2001, p. 116 ss.

⁷⁰ V. Corte di Cassazione francese, 15 luglio 1999, *Dumet GMT c. Etat Irakien et autres*, in *Journal de droit International*, 2000, p. 45 ss.

2.4.- Le difficoltà applicative delle norme rispetto all'inadempimento del debito privato: la vicenda dei *bonds* argentini.

Le difficoltà applicative delle norma sulla immunità dalla giurisdizione e dalla esecuzione anche rispetto alla materia del debito privato emergono chiaramente dalla indagine della prassi italiana statunitense e tedesca successiva al default argentino.

Come già anticipato, nel dicembre 2001, l'aggravarsi della crisi economico-finanziaria ha indotto il Governo argentino ad adottare drastiche misure incidenti sui pagamenti esteri.

In considerazione dello *stato di emergenza pubblica* in materia sociale, economica, finanziaria e cambiaria, dichiarato dal Parlamento argentino con la legge n. 25.561 del 6 gennaio 2002, il Governo argentino è stato investito della delega del Parlamento (disposta con la legge 25.565) ad esercitare i poteri necessari a creare le condizioni per una nuova crescita sostenibile e a compiere ogni atto necessario per la ristrutturazione del debito estero⁷¹.

In attuazione di tale delega e al fine di assicurare una ripresa economica rispettosa dei parametri economico-finanziari a cui è stata subordinata la rinnovata assistenza finanziaria del Fondo monetario internazionale, il Ministro dell'economia ha disposto il differimento dei pagamenti dovuti ai detentori del debito all'interno dei confini nazionali ed all'estero (cd. moratoria del debito estero dichiarata con delibera n. 73 del 25 aprile 2002)⁷².

La sospensione del trasferimento dei capitali, determinata dall'applicazione del citato atto normativo, ha prodotto il mancato pagamento delle cedole in scadenza e delle somme scadute in conto capitale dovute sui titoli obbligazionari (*bonds*), a suo tempo emessi sui mercati internazionali quali strumenti di finanziamento del bilancio nazionale.

L'inadempimento ha coinvolto un numero ragguardevole di investitori (banche e privati) in tutto il mondo, tra cui circa 450.000 piccoli e medi risparmiatori italiani; il differimento dei pagamenti è

⁷¹ Quando il governo argentino ha dichiarato il *default*, il debito complessivo dello Stato sudamericano ammontava a 144 miliardi di dollari. Il 43% del debito era costituito da titoli del tesoro e da altri titoli obbligazionari a breve termine, il 30% da titoli emessi dai governi provinciali argentini nei periodi immediatamente precedenti al *default* (ottobre 2001), il 25% era stato contratto con Organizzazioni internazionali (in particolare l'Argentina aveva beneficiato dell'assistenza del Fondo monetario internazionale per 14,7 miliardi di dollari, doveva 9,7 miliardi di dollari alla Banca mondiale e 8,7 miliardi di dollari alla Banca interamericana per lo sviluppo).

⁷² Cfr. la legge n. 25.561, approvata dal Parlamento argentino in seduta comune il 6 gennaio 2002; la legge n. 25.565, approvata dal Parlamento argentino in seduta comune il 6 marzo 2002 la quale ha delegato al ministero dell'economia il potere di compiere ogni atto necessario alla ristrutturazione del debito; il decreto n. 73 adottato dal ministro argentino dell'economia il 25 aprile 2002 che differisce il pagamento dei servizi del debito argentino sino al 31 dicembre 2002; i documenti sono reperibili in <http://infoleg.mecon.gov.ar>.

stato più volte prorogato, da ultimo, la legge n. 26.204 del 13 dicembre 2006 ne ha esteso la vigenza sino al 31 dicembre 2007⁷³.

Il negoziato di ristrutturazione del debito con i rappresentanti dei creditori privati, avviato formalmente nel 2003 dall'allora Ministro argentino dell'economia Lavagna con la nomina in qualità di consulente finanziario della banca *Lazard Frères*, sostituita poi dalla Banca di New York, si è rivelato estremamente difficoltoso in ragione della rigidità della posizione delle parti.

La Repubblica argentina si era inizialmente dichiarata disposta a restituire soltanto il 10% del valore delle obbligazioni emesse, posizione questa ritenuta inaccettabile dai rappresentanti dei creditori privati riuniti nel *Global Committee of Argentina Bondholders (G.C.A.B.)*, co-presieduto dall'italiano Stock.

Dopo essere stata annunciata per il 29 novembre 2004, l'offerta di ristrutturazione del debito verso i privati è partita il 15 gennaio 2005 per un ammontare corrispondente al 30% del valore delle obbligazioni dichiarate in *default*: essa consisteva nello *swap* (concambio) dei vecchi titoli del debito con nuovi titoli obbligazionari a scadenza dilazionata ed a tasso di interesse ridotto⁷⁴.

Il 18 marzo 2005 la Repubblica argentina ha dichiarato conclusa con successo la propria offerta di scambio, avendo aderito ad essa un numero di obbligazionisti titolari di circa il 75% del valore di scambio delle obbligazioni esistenti⁷⁵.

La ristrutturazione del debito argentino ha assunto delle dimensioni senza precedenti: essa ha comportato la sospensione del pagamento del capitale e dei tassi di interesse dovuti su 152 serie di *bonds* (per un valore complessivo di 81 miliardi di dollari a cui vanno aggiunti 25 miliardi di dollari per interessi non corrisposti nel periodo compreso tra il 2001 ed il 2006) denominati in sette divise ed emessi in otto paesi diversi⁷⁶.

⁷³In particolare, dopo il primo differimento disposto dal decreto n. 73 del 2002, la legge n. 25.725, approvata dal Parlamento il 10 gennaio 2003, ha autorizzato il potere esecutivo, tramite il ministero dell'economia, a differire i pagamenti del servizio del debito fino al 31 dicembre 2003. L'autorizzazione al differimento dei pagamenti concessa al potere esecutivo è stata rinnovata dal Parlamento argentino con la legge n. 25.820 del 19 novembre 2003 fino al 31 dicembre 2004, con la legge n. 25.972 del 24 novembre 2004 fino al 31 dicembre 2005 e con la legge 26.077 del 10 gennaio 2006 sino al 31 dicembre 2006: i documenti sono reperibili in <http://infoleg.mecon.gov.ar>.

⁷⁴ L'offerta è stata disposta dal Presidente Kirchner con i decreti n. 1733 e 1735 del 9 dicembre 2004. L'offerta prevedeva la possibilità di scambiare i *bonds* in *default* con nuovi titoli (obbligazioni *par*, obbligazioni *discount* ed obbligazioni *quasi par*) aventi una scadenza media di 25 anni. Il governo argentino si era dichiarato disposto a far retroagire lo scambio e l'emissione dei nuovi *bonds* al 31 dicembre 2003; gli interessi sui titoli sono stati corrisposti a partire da questa data mentre gli interessi maturati sui titoli in *default*, tra il 1 dicembre 2001 ed il 31 dicembre 2003, sono stati perduti definitivamente dagli obbligazionisti aderenti all'offerta. L'adesione comportava, altresì, la rinuncia ad esperire qualsiasi tipo di azione giudiziaria nei confronti della Argentina e del suo agente fiscale. Cfr. Documento di offerta pubblica di scambio volontaria, pagina 32, par. a .3. c. iv. in [http://investire.aduc.it/allegati/](http://investire.aduc.it/allegati/99237-argentina.pdf).

⁷⁵ Comunicato della Repubblica argentina del 18 marzo 2005, in <http://investire.aduc.it/allegati/>.

⁷⁶ Più della metà del debito era denominato in dollari statunitensi, il 33% è stato emesso in *euro*, il 10% in *pesos* argentini, il 3% in *Yen* ed il restante 1% in altre divise. Dal 1976 ad oggi, i casi di *sovereign debt default* sono stati 59 e ben 16 si sono verificati a partire dal 1998. Una ampia raccolta di dati statistici è contenuta in SHAPIRO, PHAM, *Discredited. The Impact of Argentina's Sovereign Debt Default and Debt Restructuring on U.S. Taxpayers and Investors*, in www.afta.org; SCOTT, *Sovereign Debt Default: Cry for the United States, not Argentina*. in *Washington*

Numerosi risparmiatori in tutto il mondo – vista anche l’indisponibilità manifestata dal governo argentino a presentare nuove offerte a beneficio di coloro che non avevano accettato lo *swap* del 2001- hanno eletto la via giudiziaria per tutelare i propri diritti; anche nel nostro Paese, ove peraltro l’adesione all’offerta di scambio non è stata superiore al 56%, oltre alle altre strategie concretamente seguite per recuperare le somme versate per l’acquisto di *bonds* argentini (azioni nei confronti degli istituti intermediari che avevano collocato i titoli sul mercato, avvio di negoziati con i rappresentanti dello Stato emittente e, recentemente, il deposito di ricorsi all’*I.C.S.I.D.*) i risparmiatori hanno anche avviato delle azioni giudiziarie nei confronti della Argentina⁷⁷.

2.4.1.- Le pronunce italiane che dichiarano l’improponibilità dei ricorsi per sequestro conservativo sui beni della Repubblica argentina.

Nell’ambito di alcuni procedimenti c.d. monitori (a cognizione sommaria con provvedimento finale pronunciato *inaudita altera parte*) i risparmiatori hanno ottenuto decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi che imponevano alla Repubblica argentina il pagamento di una parte delle somme dovute a titolo di interesse sui titoli obbligazionari acquistati dai ricorrenti⁷⁸.

Sono stati presentati, inoltre, una serie di ricorsi per *sequestro conservativo ante causam* ed in corso di causa ex art. 671 cod. proc. civ. volti ad individuare valori patrimoniali su cui soddisfare esecutivamente la pretesa creditoria, una volta ottenuta attraverso un giudizio di merito una sentenza di condanna dell’Argentina per inadempimento.

Legal Foundation. Critical Legal Issues. Working Paper Series, 2006, n. 140. Sulla vicenda dei *bonds* argentini in dottrina, vedi BASTIANON, NASCIBENE, *Si complica la strada per i risparmiatori che tentano di recuperare il capitale*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 24, p. 61 ss.; CIAMPI, *Bonds argentini e immunità degli Stati stranieri*, in *Int’l Lis: supplemento di documentazione e discussione sul diritto giudiziario transnazionale*, 2005, pp. 148-152; DORIGO, *Il debito pubblico argentino dinanzi ai giudici italiani*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 958 ss.; GATHII, *The Sanctity of Sovereign Loan Contracts and its Origins in Enforcement Litigation*, in *George Washington Int. Law Review*, 2006, p. 251 ss.; GIORGANTONIO, *Nota a Tribunale di Roma, Ragionieri e altri c. Repubblica argentina*, in *Foro it.*, 2005, p. 1582 ss.; GRIFFIN, FARREN, *How ICSID Can Protect Sovereign Bondholders*, in *Int. Financial Law Review*, 2005, vol. 24, pp. 21-24; PISTOIA, *Il ruolo del Fondo monetario internazionale nella crisi economico-finanziaria dell’Argentina*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione. Atti del convegno della Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Teramo, 2004, p. 185 ss.; PORZECANSKI, *From Rogue Creditors to Rogue Debtors: Implications of Argentina’s Default*, in *Chicago Journal of Int. Law*, 2005, p. 311 ss.

⁷⁷ La *Task Force Argentina*, presieduta dall’italiano Stock, ha raccolto un numero elevato di deleghe dei risparmiatori italiani, non aderenti alla offerta di scambio argentina del 2005, al fine di presentare al Segretario *I.C.S.I.D.* una richiesta di arbitrato diretta a far valere la violazione, da parte dell’Argentina, di alcune disposizioni rilevanti dell’Accordo sulla promozione e la protezione degli investimenti del 22 maggio 1990 concluso con l’Italia e ratificato da quest’ultima con legge n. 314 del 1993 pubblicata in *G.U.* n. 214 del 31 agosto 1993. L’art. 8 del *B.I.T.*, infatti, contiene una clausola che attribuisce agli investitori privati la facoltà di ricorrere al sistema istituzionalizzato dell’*I.C.S.I.D.* per risolvere le controversie relative agli investimenti disciplinati dall’accordo. Si legge nell’art. 8: “*ove tra una Parte contraente ed investitori sussista ancora controversia, dopo trascorso un periodo di 18 mesi dalla notifica di inizio di una azione avanti le magistrature nazionali tale controversia potrà essere sottoposta ad arbitrato*”. La domanda di arbitrato è stata depositata in data 18 settembre 2006. V. cap. 1, par. 5.

⁷⁸ V. ad esempio Giudice di pace di Brescia, decreti ingiuntivi n. 1816 e 1817 del 13 agosto 2004, *Bellitti e Donati c. Repubblica argentina*, non riprodotti; giudice di Pace di Firenze, *Borri c. Repubblica argentina*, decreto ingiuntivo del luglio 2002, non riprodotto.

Tutti questi ricorsi sono stati dichiarati improponibili per difetto assoluto di giurisdizione in ossequio alla norma consuetudinaria di diritto internazionale che dispone l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile, ad eccezione di quello accolto dal Tribunale di Roma che ha autorizzato un sequestro conservativo a favore dei risparmiatori ricorrenti⁷⁹.

Nel successivo giudizio di merito a cognizione piena, instaurato ai sensi dell'art. 669 *octies* cod. proc. civ. per conservare gli effetti del sequestro, tuttavia, il Tribunale di Roma, pur negando l'immunità dalla giurisdizione civile della Repubblica argentina, ha comunque dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano in base al contenuto dei regolamenti disciplinanti i termini dei *bonds* oggetto del giudizio⁸⁰.

Nel corso degli anni 2002 e 2003, i Tribunali di Milano, di Roma e di Vicenza sono stati investiti di ricorsi volti ad ottenere il sequestro conservativo ex art. 671 cod. proc. civ. di beni della Repubblica argentina a garanzia del pagamento - inadempito in conseguenza della dichiarata moratoria del debito estero argentino- delle cedole in scadenza e delle somme in conto capitale dovute sui titoli obbligazionari acquistati dai creditori ricorrenti.

Si tratta, principalmente, di alcune serie di *bonds* emesse dalla Repubblica argentina ed immesse nel sistema italiano di circolazione elettronica degli strumenti finanziari quotati in borsa⁸¹; le condizioni ed i termini delle obbligazioni in questione sono disciplinati in un apposito regolamento (*Prospectus*) relativo ai programmi di emissione delle serie, quali, ad esempio, l'*European Medium Term Note Programme (E.M.T.N.P.)* ed il *Global Bond Programme*⁸².

Nei casi sottoposti all'esame dei giudici italiani, i ricorrenti chiedevano il sequestro conservativo dei beni mobili ed immobili, delle somme di denaro e delle partecipazioni azionarie della Repubblica argentina nonché dei beni, crediti e somme stanziati da terzi in favore dell'Argentina e presenti nel territorio italiano e della Comunità europea nonché il sequestro delle quote di partecipazione dell'Italia al Fondo monetario internazionale.

⁷⁹ Cfr Tribunale di Roma, 22 luglio 2002 (ord.), *Sandri ed altri c. Repubblica Argentina*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 174 ss.

⁸⁰ Cfr. Tribunale di Roma, 22 marzo 2005, *Ragionieri c. Repubblica argentina* in *Foro it.*, 2005, p. 1582 ss. Come noto, salvo le ipotesi eccezionali introdotte dalla legge 80 del 2005, la parte che ottiene un sequestro conservativo deve necessariamente avviare un processo di merito entro un termine perentorio per consolidare gli effetti del provvedimento. Cfr., per tutti, LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, vol. 4, p. 176.

⁸¹ V. Cap. 1., par. 2.

⁸² I Regolamenti possono essere allegati agli accordi quadro che istituiscono i programmi di emissione (nel caso in esame si tratta del *Prospectus* relativo al cd *Trust Deed*, stipulato tra Repubblica argentina e *Chase Manhattan Trustee Ltd* relativo all'*European Medium Term Note Programme*) oppure possono essere contenuti negli accordi che regolano l'esecuzione delle disposizioni contrattuali da parte del c.d. *Fiscal Agent* (per ciò che in questa sede interessa, il *Fiscal Agency Agreement*, stipulato tra Argentina e *Bankers Trust company* concluso il 10 settembre 1994 e modificato con *Amendment* n.1 in data 21 aprile 1998 relativo al programma di emissione *Global Bond*).

Il Tribunale di Milano, con ordinanza dell'11 marzo 2003⁸³, il Tribunale di Roma, con le ordinanze del 31 marzo 2003, del 19 giugno 2003, del 16 luglio 2003 e dell'8 novembre 2004⁸⁴, il Tribunale di Vicenza, con ordinanza del 9 dicembre 2003⁸⁵ ed ancora il Tribunale di Roma con una ordinanza del 17 ottobre 2004 incidentale ad un giudizio di merito⁸⁶, hanno dichiarato il ricorso per sequestro conservativo, proposto da creditori privati nei confronti della Repubblica argentina, improponibile per difetto assoluto di giurisdizione.

Costituendosi in giudizio, l'Argentina eccepiva in punto di fatto che la sospensione dei pagamenti esteri era giustificata dalla necessità di portare a termine un processo di ristrutturazione del debito pubblico avviato in collaborazione con il Fondo monetario internazionale che si era impegnato nei confronti dello Stato sudamericano a fornire la propria assistenza finanziaria concedendo, altresì, una proroga nel rimborso dei prestiti in scadenza precedentemente erogati attraverso una *Supplemental Reserve Facility* ed alcune dilazioni all'obbligo di riacquisto della propria valuta⁸⁷.

In punto di diritto ed in via pregiudiziale, l'Argentina eccepiva: 1) la genericità della domanda cautelare, risultando carente la prova documentale relativa all'esistenza del credito vantato e 2) l'immunità dalla giurisdizione civile per essere la decisa sospensione dei pagamenti esteri un *atto iure imperii*.

In subordine, l'Argentina lamentava il difetto di giurisdizione del giudice italiano poiché i regolamenti disciplinanti l'emissione obbligazionaria eleggevano fori stranieri per la soluzione della controversia⁸⁸ nonché l'inapplicabilità, ai fini del radicamento della giurisdizione italiana rispettivamente: dell'art. 3 della legge n. 218 del 31 maggio 1995 che, al fine di fondare la giurisdizione del giudice italiano, utilizza il criterio del luogo di residenza o del domicilio del

⁸³ Cfr. Tribunale di Milano, 11 marzo 2003 (ord.), *Goldoni e altri c. Repubblica argentina*, in *Foro it.*, 2004, p. 293 ss.

⁸⁴ Cfr. Tribunale di Roma, 31 marzo 2003 (ord.), *Gallo c. Repubblica argentina* in *Foro it.*, 2004, p. 293 ss.; Tribunale di Roma, 19 giugno 2003 (ord.), *Carlorosi c. Repubblica argentina*, non riprodotta; Tribunale di Roma, 16 luglio 2003 (ord.), *x. c. Repubblica argentina*, non riprodotta; Tribunale di Roma, 8 novembre 2004 (ord.), *x. c. Repubblica argentina*, non riprodotta.

⁸⁵ Cfr. Tribunale di Vicenza, 9 dicembre 2003 (ord.), *Rubin Vanda c. Repubblica argentina*, non riprodotta, pronunciata nell'ambito di una procedura di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.

⁸⁶ Cfr. Tribunale di Roma, 17 ottobre 2004 (ord.), *Rubrichi c. Repubblica argentina*, non riprodotta, pronunciata in via incidentale nel corso di un giudizio di merito di fronte al Tribunale civile di Roma, diretto ad accertare l'inadempimento dell'Argentina nel pagamento delle somme dovute su una serie di *bonds* acquistati da ricorrenti italiani.

⁸⁷ Il 5 settembre 2002, l'*Executive Board* del F.M.I. aveva concesso all'Argentina una dilazione di un anno del termine per la restituzione di un prestito di circa 3 miliardi di dollari, concesso il 12 gennaio 2001, attraverso una *Supplemental Reserve Facility*. V. <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2002/>. In data 24 gennaio 2003 ed in data 17 settembre 2004, l'*Executive Board* del F.M.I. aveva concesso allo Stato sudamericano due dilazioni del termine per il riacquisto della propria valuta (V. *Press release* No 03/09 e *Press release* n. 104/96).

⁸⁸ L'art. 17.2 del *Trust Deed*, relativo programma *E.M.N.T.*, dispone la competenza "delle Corti dell'Inghilterra, di qualsiasi Corte dello Stato di New York, di qualsiasi Corte federale sita nel distretto di Manhattan (N.Y.) e delle Corti della Repubblica argentina per qualsiasi controversia, azione o procedimento relativo ai titoli, alle cedole o al *Trust deed* proposto nei confronti della Repubblica o del suo patrimonio, beni o redditi".

convenuto⁸⁹, dell'art. 13 Convenzione di Bruxelles del 1968 (ora art. 16 del Regolamento CE 44/2001 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale)⁹⁰; dell'art. 10 della legge 218/95 alla stregua del quale, in materia cautelare, la competenza del giudice italiano sussiste quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia⁹¹.

Relativamente al merito del giudizio cautelare infine, l'Argentina eccepiva l'assenza del *fumus boni iuris* della situazione dedotta in giudizio⁹² e del *periculum in mora*.

Con ordinanze dal contenuto spesso analogo, salvo le differenze che a breve verranno evidenziate, i giudici hanno ritenuto che nei casi dedotti in giudizio fosse applicabile la norma generale di diritto internazionale sulla immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile al cui adattamento in Italia provvede l'art. 10 della Costituzione.

Aderendo esplicitamente ad un orientamento maggioritario della dottrina e della prassi, suffragato dal recente testo di una ordinanza del Tribunale di Roma per il quale la norma espressa dal brocardo "*par in parem non habet iudicium*" si riferirebbe soltanto ai rapporti "*che rimangono del tutto estranei all'ordinamento interno o perché quegli Stati o enti agiscono in altri paesi come soggetti internazionali o perché essi agiscono quali titolari di una potestà di imperio nell'ordinamento di cui sono portatori e pongono in essere atti costituenti strumento per la diretta realizzazione delle*

⁸⁹ Per l'art. 3 della l. 31 maggio del 1995 n. 218 "*La giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 cod. proc. civ. e negli altri casi previsti dalla legge*". La resistente – premettendo che ai fini del radicamento della giurisdizione italiana per le persone giuridiche rileva la sede, intesa quale luogo ove si svolge la preminente attività direttiva ed amministrativa – ha eccepito il difetto di giurisdizione sia in considerazione del fatto che il Consolato e l'Ambasciata argentina in Italia andrebbero considerate soltanto sedi delle missioni diplomatiche e non anche sedi principali o amministrative sia sulla base dell'assunto che l'Ambasciatore ed il Console dell'Argentina non avrebbero, ai sensi dell'art. 77 cod. proc. civ., la rappresentanza processuale dello Stato di provenienza.

⁹⁰ Nelle controversie in esame è stata alternativamente richiamata dalle parti l'applicabilità della Convenzione di Bruxelles del 1968 o del Regolamento 44/01 (in base al rinvio contenuto nell'art. 3, 2° comma l. 218 del 1995 anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione dei predetti atti normativi) a seconda che l'azione fosse stata proposta prima o successivamente alla entrata in vigore del regolamento comunitario, avvenuta in data 1 marzo 2002. In materia di contratti conclusi dal consumatore, cioè stipulati da una persona per un uso estraneo alla sua attività professionale, l'art. 13 della Convenzione di Bruxelles, ora art. 16 del Regolamento comunitario 44/2001, dispone che l'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta o davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata tale parte o davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore. Conseguentemente, il ricorrente, qualificando i *bonds* come contratti, aventi ad oggetto diritti di credito, sottoscritti da consumatori domiciliati in Italia, ha invocato tale norma per fondare la giurisdizione del giudice italiano. L'Argentina, contestando la ricostruzione giuridica operata dalla controparte, ha argomentato che, piuttosto, i *bonds* dovevano essere qualificati titoli di credito, cioè obbligazioni non contrattuali: doveva essere, pertanto, esclusa, l'applicabilità dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles (ora art. 16 del Regolamento 44/01).

⁹¹ Ai fini del radicamento della giurisdizione, la norma presuppone la presenza in Italia di beni argentini non coperti da immunità e, conseguentemente, sottoponibili ad esecuzione: questa condizione, a parere della resistente, non sarebbe stata adeguatamente provata dai ricorrenti.

⁹² Secondo la difesa, l'Argentina ha agito in stato di necessità e, pertanto, in applicazione della norma di diritto interno sulla impossibilità temporanea della prestazione prevista dall'art. 1256 cod. civ. e della norma di diritto internazionale che qualifica la necessità come causa di giustificazione dell'illecito statale non sussisterebbe il *fumus boni iuris* della pretesa giuridica da far valere nel successivo giudizio di merito.

*funzioni sovrane dello Stato e destinati ad incidere necessariamente sui fini istituzionali propri dello Stato estero*⁹³ ed avrebbe quindi un carattere relativo e non assoluto, i giudici italiani hanno concluso che *“l’inadempimento dello Stato argentino dedotto in giudizio quale fumus della richiesta cautelare, ha avuto diretta origine da provvedimenti legislativi ed atti normativi ad efficacia generale adottati nell’ambito delle prerogative sovrane dello Stato medesimo[...] al fine di garantire la sopravvivenza economica della nazione”*⁹⁴ ed è pertanto da ricondurre ad una attività per la quale sussiste l’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione.

Nel concludere in tal senso, i giudici italiani hanno richiamato la sentenza n. 329 del 1992 della Corte costituzionale⁹⁵ valutata come precedente rilevante per precisare i limiti e l’ampiezza della regola sull’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile; in tale sentenza, come è noto, la Corte aveva infatti ricostruito, ai fini di decidere la questione principale⁹⁶, la portata giuridica dei fatti presi in considerazione nel corso del giudizio cautelare nel cui ambito era stata sollevata l’eccezione di incostituzionalità⁹⁷.

La Consulta, in particolare, aveva espresso l’opinione che il provvedimento di moratoria del debito disposta dal governo nigeriano ed il successivo piano di risanamento del debito verso fornitori esteri rientravano nella sfera dei poteri sovrani e di governo della Nigeria.

Su un altro versante, i giudici hanno escluso la propria giurisdizione avuto riguardo al carattere cautelare del procedimento, con la considerazione che l’adozione di misure conservative avrebbe

⁹³ V. Tribunale di Roma, 31 marzo 2003 (ord.), *Gallo c. Repubblica argentina*, cit., p. 298.

⁹⁴ Cfr., ad esempio, Tribunale di Milano, 11 marzo 2003 (ord.), *Goldoni e altri c. Repubblica argentina*, cit., p. 302 il quale ha affermato espressamente che *“l’esercizio della funzione legislativa, motivata da ragioni di gravità tale da costituire emergenza pubblica e da assumere consistenza dello stato di necessità [...] costituisce indubbiamente estrinsecazione di una prerogativa di sovranità dello Stato, insuscettibile di sindacato da parte della autorità giudiziaria”* e che *“[...] il carattere generale della legge del congresso che ha facoltizzato il ministero del tesoro a sospendere il rimborso dei titoli del debito pubblico e dei relativi interessi è del tutto assorbente rispetto alla natura privatistica dello strumento originariamente prescelto dalla Repubblica argentina, emettendo le obbligazioni per finanziarsi, perché detta natura privatistica non esclude che la cautela richiesta contrasti con il provvedimento normativo intervenuto successivamente.”* Cfr., inoltre, Tribunale di Roma, 31 marzo 2003 (ord.), *Gallo c. Repubblica argentina*, cit., p. 300 e Tribunale di Roma, 17 ottobre 2004 (ord.), *Rubrichi+104 c. Repubblica argentina*, cit.

⁹⁵ V. Corte Costituzionale, 15 luglio 1992 n. 329, in *G.U.*, 22 luglio 1992, n.31.

⁹⁶ Come è noto, in questa pronuncia la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità per contrasto con gli articoli 3 e 24 Cost. dell’art. unico r.d.l. 1621/25, convertito poi in legge n. 1263/26, nella parte in cui subordinava all’autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia il compimento di atti esecutivi o conservativi sui beni appartenenti ad uno Stato estero ed assoggettabili secondo il diritto internazionale a misure coercitive, ritenendo che la questione andasse risolta esclusivamente con l’applicazione delle norma consuetudinaria dell’immunità.

⁹⁷ I fatti si erano sviluppati nei seguenti termini. La Nigeria aveva dichiarato la moratoria del debito estero e non aveva pagato le merci acquistate presso alcuni imprenditori italiani. Dopo che il governo nigeriano aveva varato un piano di risanamento dei debiti precedentemente contratti, la Banca centrale di Nigeria aveva emesso a favore dei creditori italiani delle promesse formali di pagamento rimaste però inadempite: i cittadini italiani, perciò, avevano richiesto il sequestro conservativo di una nave nigeriana a garanzia dei crediti non soddisfatti.

potuto indebitamente compromettere la piena e libera disponibilità dei beni da parte della Repubblica argentina, pendente il giudizio di merito⁹⁸.

In alcune ordinanze, infine, i giudici hanno affermato che, anche qualora fosse stata negata l'immunità dalla giurisdizione dell'Argentina, si sarebbe dovuto comunque dichiarare il difetto di giurisdizione poiché i regolamenti disciplinanti le condizioni d'emissione delle obbligazioni per cui il ricorrente aveva agito, affermando la competenza a dirimere la controversia di giudici stranieri, escludevano la giurisdizione italiana⁹⁹.

Per tali ragioni, i tribunali hanno concluso dichiarando l'improponibilità dei ricorsi per difetto assoluto di giurisdizione del giudice.

Da questa prassi giurisprudenziale sufficientemente omogenea si discosta la prima pronuncia italiana in materia, l'ordinanza del 22 luglio 2002 in base alla quale il Tribunale di Roma¹⁰⁰ autorizzava - in contumacia della Repubblica argentina - il sequestro conservativo di tutti i beni mobili, immobili e dei crediti della Repubblica argentina fino alla concorrenza dell'importo di € 127.000; il giudice aveva allora negato l'immunità dalla giurisdizione civile della Repubblica argentina qualificando come una attività *iure gestionis* l'emissione di titoli obbligazionari.

Il provvedimento cautelare di sequestro era stato confermato poi in sede di reclamo ex art. 669 *terdecies* cod. proc. civ. proposto dalla Repubblica argentina di fronte allo stesso Tribunale di Roma¹⁰¹; in questa sede, il Tribunale aveva ritenuto di radicare il giudizio in Italia qualificando la sottoscrizione di titoli pubblici argentini da parte del privato ricorrente come "*un contratto concluso dal consumatore*"¹⁰² ai sensi dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (ora art. 16 del Regolamento C.E. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) il quale prevede appunto che il consumatore possa esperire un'azione di fronte al giudice dello Stato in cui è domiciliato.

⁹⁸ Cfr. Tribunale di Roma, 31 marzo 2003 (ord.), *Gallo c. Repubblica argentina*, cit., p. 293; Tribunale di Roma, 19 giugno 2003 (ord.), *Carlorosi c. Repubblica argentina*, cit.; Tribunale di Vicenza, 9 dicembre 2003 (ord.), *Rubin Vanda c. Repubblica argentina*, cit.

⁹⁹ Esprimono questo orientamento: Tribunale di Vicenza, 9 dicembre 2003 (ord.), *Rubin Vanda c. Repubblica argentina*, cit.; Tribunale di Roma, 17 ottobre 2004 (ord.), *Rubrichi + 104 c. Repubblica argentina*, cit.; Tribunale di Roma, 8 novembre 2004 (ord.), *x. c. Repubblica argentina*, cit.

¹⁰⁰ Cfr. Tribunale di Roma, 22 luglio 2002 (ord.), *Sandri ed altri c. Repubblica argentina*, cit. Il radicamento della giurisdizione italiana è stato fondato sull'applicazione degli artt. 3 e 10 della legge 218 del 1995 nonché sul disposto della Convenzione sulla promozione e protezione degli investimenti tra Italia ed Argentina del 22 maggio 1990, ratificata con legge n. 314 del 1993 (cfr. *G.U.* n. 214 del 31 agosto 1993) il cui articolo 8 prevede che le controversie relative agli investimenti sorte tra uno dei Paesi contraenti da una parte ed un investitore dall'altra debbano essere sottoposte alla giurisdizione dello Stato contraente nel cui territorio si trova l'investimento. Secondo il tribunale, in caso di investimenti in attività mobiliari si deve ritenere che il luogo dell'investimento sia da intendere quello in cui si trovano i titoli rappresentativi dell'investimento stesso ovvero l'Italia.

¹⁰¹ Cfr. Tribunale di Roma, 30 settembre 2002 (ord.), *Sandri ed altri c. Repubblica argentina*, cit., p. 181.

¹⁰² Il ricorrente era domiciliato in Italia, pertanto, la norma è stata ritenuta idonea a radicare la giurisdizione del giudice italiano.

In attuazione dell'ordinanza del 22 luglio 2002- ai sensi dell'art. 678 cod. proc. civ. - è stato portato ad esecuzione il sequestro di alcune somme stanziato dal governo italiano a favore delle piccole e medie imprese italo-argentine.

L'Argentina, che era rimasta contumace rispetto al giudizio di primo grado, costituendosi in sede di reclamo non aveva peraltro eccepito la propria immunità dalla giurisdizione civile italiana¹⁰³, né il giudice adito aveva ritenuto di rilevare d'ufficio l'esistenza di questo limite pregiudiziale al radicamento della giurisdizione¹⁰⁴.

Nel giudizio di merito a cognizione piena introdotto ai sensi dell'art. 669 *octies* per consolidare gli effetti del sequestro conservativo, tuttavia, il Tribunale di Roma ha emesso una pronuncia di rigetto, dichiarando il difetto di giurisdizione¹⁰⁵.

La sentenza, che ha determinato l'inefficacia del sequestro conservativo del 22 luglio 2002, non è stata fondata soltanto sulla applicazione della norma sulla immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile.

Il giudice monocratico, infatti, partendo dalla premessa che il principio della c.d. immunità ristretta si applica solo “*agli atti dello Stato compiuti nel consesso internazionale quale soggetto di diritto internazionale e agli atti d'imperio compiuti dallo Stato all'interno del suo ordinamento*” e negando che la regola si possa estendere invece “*agli atti, ancorché espressione di sovranità -quale è l'adozione di un provvedimento normativo- i cui effetti possono prodursi nell'ordinamento giuridico di un altro Stato*”, ha escluso l'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato sudamericano perché la normativa di emergenza argentina aveva causato il blocco del pagamento delle cedole e del rimborso del capitale dei titoli acquistati in Italia; la negazione della immunità dalla giurisdizione civile dell'Argentina è stata motivata, inoltre, con il fatto che i regolamenti di emissione delle obbligazioni contenevano l'espressa rinuncia dello Stato straniero alla immunità.

Il Tribunale, però, proprio sulla base delle clausole contenute in tali regolamenti dalle quali risultava che l'Argentina si era assoggettata alla giurisdizione di giudici stranieri, ha dichiarato il difetto di giurisdizione¹⁰⁶.

¹⁰³ L'Argentina ha lamentato l'esistenza di un vizio di notifica dell'atto introduttivo; il giudice ha rigettato questa eccezione dichiarando che la costituzione in giudizio della convenuta lo aveva comunque sanato.

¹⁰⁴ Il Tribunale di Roma, 31 marzo 2003 (ord.), *Gallo c. Repubblica argentina*, cit. in un caso analogo successivo, ha giustificato ed ha riconosciuto l'operatività della norma sulla immunità dalla giurisdizione civile della Repubblica argentina giustificando il mutato orientamento rispetto al recente passato anche sulla base della considerazione che l'applicabilità della norma sulla immunità dalla giurisdizione civile della Repubblica argentina non era stata eccepita nel corso del giudizio relativo al caso *Sandri ed altri c. Repubblica argentina*, cit. Questo argomento contrasta con il portato dell'art. 11 della legge 31 maggio 1995 n. 218 per il quale il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio quando la giurisdizione italiana è esclusa da una norma di diritto internazionale; nel caso Sandri, il giudice, anche in assenza di una eccezione di parte, avrebbe potuto dichiarare -*motu proprio*- l'incompetenza a giudicare in applicazione della norma di diritto internazionale generale sulla immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile.

¹⁰⁵ Tribunale di Roma, sentenza del 22 marzo 2005, *Ragionieri c. Repubblica argentina*, cit.

2.4.2.- L'applicazione della norma operata dai giudici italiani: rilievi critici.

L'orientamento maggioritario emerso dai procedimenti cautelari relativi alla vicenda dei c.d. “*tango bonds*” è stata la declaratoria del difetto assoluto di giurisdizione in applicazione della norma consuetudinaria sulla immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione cognitiva.

I giudici, trattando solo incidentalmente la questione della eventuale pignorabilità dei beni argentini indicati dai ricorrenti come aggredibili – aspetto che è stato invece maggiormente approfondito nei procedimenti in cui gli attori, facendo valere nei confronti dell'Argentina un titolo esecutivo, hanno reso necessaria la verifica della sussistenza dell'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione esecutiva – hanno, infatti, dichiarato la propria incompetenza assoluta a conoscere delle conseguenze giuridiche dell'inadempimento argentino sul presupposto che la violazione degli obblighi nei confronti dei ricorrenti era stata determinata da atti *iure imperii*.

E' noto che, nell'ambito dei procedimenti cautelari, l'indagine sulla conoscibilità della pretesa da far valere nel giudizio di merito (in tal caso, il diritto dei ricorrenti ai crediti maturati sui titoli del debito pubblico argentino) viene considerata pregiudiziale rispetto alla verifica della pignorabilità, a fini conservativi, dei beni dello Stato straniero: il provvedimento di sequestro conservativo *ante causam*, infatti, è funzionale e strumentale al giudizio di merito¹⁰⁷.

Le difficoltà connesse con l'applicazione, nel caso in esame, della norma sulla cd. *immunità ristretta* risiedono nel fatto che la vicenda si è sviluppata attraverso una serie complessa di atti dell'Argentina rispetto ai quali è difficile applicare la distinzione tra atti *iure imperii* ed atti *iure*

¹⁰⁶ I titoli considerati in giudizio erano disciplinati da tre diversi regolamenti. Per l'art. 17.2 del *Trust Deed*, v. nota n. 88. Nei prospetti di investimento prodotti dagli attori (*A.L.B.*, condizioni generali di contratto) è, invece, stabilita la giurisdizione di qualsiasi Corte tedesca riunita a *Frankfurt am main* e di qualsiasi Corte di appello ovvero di qualsiasi tribunale statale o federale nel distretto amministrativo di Manhattan, città di New York. L'art. 22 del *Fiscal Agency Agreement* (c.d. Accordo Quadro), infine, attribuisce la giurisdizione ai giudici dello Stato di New York, specificando che l'Argentina “*si sottoporrà irrevocabilmente alla giurisdizione di qualsiasi delle suddette Corti, con riferimento a qualsiasi delle suddette azioni legali e rinuncerà irrevocabilmente a proporre qualsiasi eccezione relativa al difetto di competenza di dette Corti*”. Secondo il giudice, la validità di dette clausole di attribuzione della giurisdizione trova un fondamento positivo nel portato dell'art. 4, 2° comma, l. 218 del 1995 in base al quale la giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili. Il giudice, inoltre, esclude che alle clausole in questione, contrariamente a quanto affermato dagli attori e dagli intervenuti, possano applicarsi le disposizioni sulle cd. clausole vessatorie (articolo 1469 *bis* e ss. cod. civ.); i *bonds* oggetto della controversia, infatti, andrebbero definiti alla luce dell'ordinamento italiano “*titoli di credito a letteralità incompleta*” e non sarebbe conseguentemente rilevante la disciplina del codice civile relativa ai rapporti di natura contrattuale. Poiché i diritti del portatore del titolo di credito “*sono quelli stabiliti nel titolo e nelle altre fonti – nel caso di specie i regolamenti – che disciplinano il rapporto fra emittente e portatore, richiamate nel titolo stesso*”, il tribunale conclude che l'esistenza di specifiche clausole di attribuzione della giurisdizione a giudici stranieri impedisce il radicamento in Italia del giudizio anche attraverso l'applicazione delle disposizioni rilevanti della l. 218 del 1995, del Regolamento 44/01 o dell'accordo italo argentino del 20 maggio 1990.

¹⁰⁷ V. MONNINI, *Rilievi processuali in tema di misure esecutive e cautelari su beni di Stati stranieri, prima e dopo il fondamentale intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 329 del 1992*, in *Foro it.*, 1993, pp. 2784-2795; COSNARD, cit., p. 143 ss.

*gestionis*¹⁰⁸. L'Argentina, infatti, ha prima emesso delle obbligazioni agendo come "trader" nell'esercizio di una attività prettamente privatistica¹⁰⁹ ed ha adottato, quindi, atti legislativi, per loro natura rientranti nell'esercizio di competenze sovrane dello Stato, al fine di sospendere i pagamenti.

In questi casi, secondo quanto si evince, l'operazione logica di identificazione dell'atto rilevante ai fini del riconoscimento o meno della immunità dovrebbe comportare la considerazione del contesto e di tutte le circostanze presenti al momento della proposizione della domanda¹¹⁰.

La maggioranza dei tribunali italiani sono pervenuti alla conclusione che andasse riconosciuta l'immunità all'Argentina considerando rilevanti, al riguardo, i provvedimenti legislativi che hanno determinato la sospensione dei pagamenti esteri argentini: l'obbligo di non sindacare tali atti sovrani sarebbe, per i giudici, "del tutto assorbente rispetto alla pacifica natura privatistica dello strumento finanziario prescelto dalla resistente per finanziarsi"¹¹¹.

A questo fine, come si è già avuto modo di ricordare, è stata richiamata la sentenza n. 329 del 1992 della Corte costituzionale quale precedente risolutivo ai fini della precisazione dei limiti di operatività della norma consuetudinaria sulla immunità dello Stato straniero.

Sembra, tuttavia, che il tenore testuale della pronuncia della Consulta si presti, come le vicende processuali hanno poi dimostrato, ad essere utilizzato tanto per giustificare l'applicazione della regola sulla immunità, quanto per escluderne, invece, l'operatività.

In quella pronuncia, infatti, i giudici costituzionali si sono limitati a qualificare *iure imperii* l'attività legislativa della Nigeria volta a sospendere il pagamento del debito estero del Paese, senza fornire alcun indirizzo interpretativo, utilizzabile nei casi in discussione, da cui potesse trarsi che, in presenza di un atto *iure imperii* e di un atto *iure gestionis* dello Stato straniero (quale è l'emissione di titoli obbligazionari), il giudice chiamato a decidere sul difetto di giurisdizione avrebbe dovuto

¹⁰⁸ Sul problema dell'identificazione dell'atto ai fini dell'immunità dalla giurisdizione civile, v. in dottrina CRAWFORD, op. cit., p. 94; FOX, cit., p. 286; HIGGINS, op. cit., p. 269. V. anche, nella prassi statunitense ed inglese, rispettivamente, Corte d'appello del quinto circuito, 25 luglio 1980, *Arango c. Guzman Travel Advisors Corporation*, in *Int. Law Reports*, 1982, vol. 63, p. 467 ss.; Camera dei Lords, 24 luglio 1995, *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company*, in *Int. Law Reports*, 1996, vol. 103, p. 340 ss.; Camera dei Lords, 16 luglio 1981, *Congreso del Partido*, in *Int. Law Reports*, 1983, vol. 64, p. 307 ss.

¹⁰⁹ La giurisprudenza e la dottrina italiana considerano ormai pacifico il carattere *iure gestionis* dell'attività di emissione di titoli di Stato (v., ad esempio, Cassazione civile (sez. un.), *Presidenza Consiglio dei ministri v. Federazione Italiana Lavoratori Trasporti*, 4 agosto 2000 n. 530, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 1155) poiché quest'ultima non differisce nella sostanza dalle operazioni poste in essere da qualsiasi privato sul mercato finanziario. Al riguardo, per tutti, cfr. QUADRI, op. cit., p. 109 ss. per il quale l'emissione di titoli pubblici non è riconducibile all'esercizio di una funzione sovrana e pertanto non consente allo Stato convenuto di eccepire la propria immunità. Anche la Convenzione fa rientrare nella definizione di *commercial transaction* di cui all'art. 2 par. 1 lett. c (ii) (tipologia di atti espressamente esclusi dall'immunità dalla giurisdizione) anche le *transactions of financial nature* tra le quali può essere certamente compresa l'emissione di *bonds*.

¹¹⁰ In tal senso, v. A/54/10, *Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property* del 5 luglio 1999 in *Int. Law Commission Reports*.

¹¹¹ Tribunale di Vicenza, 9 dicembre 2003 (ord.), *Rubin Vanda c. Repubblica argentina*, cit.

sempre ritenere rilevante ed assorbente ai fini del riconoscimento della immunità l'atto sovrano senza tenere in considerazione l'attività privatistica precedentemente svolta dallo Stato medesimo¹¹².

Nell'operazione cd. di identificazione dell'atto rilevante ai fini del riconoscimento della immunità i giudici italiani hanno pertanto preso in considerazione unicamente gli atti legislativi di sospensione del debito estero, qualificati correttamente come *iure imperii* alla luce dei criteri ermeneutici della natura e dello scopo/ragione dell'atto¹¹³.

2.4.3.- Il criterio utilizzato ai fini della qualificazione dell'attività statale considerata.

La natura *iure imperii* dei provvedimenti di sospensione dei pagamenti esteri emerge dalla considerazione della loro portata generale (si tratta di leggi e decreti) e del fatto che essi sono stati emanati dalla Repubblica argentina "*in esplicazione del suo sovrano potere di governo*".

Peraltro, nelle ordinanze, i giudici hanno utilizzato anche il criterio dello scopo dell'atto, evidenziando come la sospensione dei pagamenti fosse giustificata da ragioni di emergenza finanziaria dello Stato e dalla necessità di avviare un complessivo processo di risanamento finalizzato a rendere l'economia argentina nuovamente affidabile e competitiva sui mercati internazionali¹¹⁴.

A fronte di tali esigenze dell'Argentina, l'esperimento di azioni giudiziarie isolate (ed eventuali sentenze di condanna) avrebbe potuto costituire un ostacolo anche al raggiungimento di una soluzione generale del problema del debito pubblico dello Stato.

L'ampia rilevanza data nei procedimenti cautelari al criterio dello scopo nella valutazione del carattere *iure imperii* della attività statale, individuata come rilevante ai fini del giudizio, ha condotto all'adozione di una nozione ampia di immunità che non tiene in considerazione il carattere *iure gestionis* dell'emissione obbligazionaria.

Al riguardo, può innanzitutto criticamente osservarsi come, considerato che quasi tutte le attività statali hanno finalità in senso lato pubblicistiche, l'orientamento seguito comporta l'introduzione di

¹¹² In proposito, lo sviluppo della vicenda che ha poi condotto alla pronuncia della Corte Costituzionale è emblematico. V. nota n. 97. Il tribunale civile di Pisa, chiamato a decidere sul ricorso per sequestro conservativo proposto dai creditori privati della Nigeria, doveva stabilire se prendere in considerazione il carattere privatistico della promessa di pagamento rimasta inadempita oppure il carattere sovrano della moratoria del debito estero disposta dallo Stato africano al fine di verificare l'esistenza *prima facie* della propria giurisdizione cognitiva. La Corte ha negato l'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato convenuto sulla base della qualificazione *iure gestionis* della promessa ed ha sottoposto a sequestro conservativo una nave di proprietà della Compagnia di Stato nigeriana, ormeggiata in Italia.

¹¹³ Espressamente in questo senso, cfr. Tribunale di Roma, 17 ottobre 2004 (ord.), *Rubriche+104 c. Repubblica argentina*, cit.

¹¹⁴ cfr. Tribunale di Roma, 17 ottobre 2004 (ord.), *Rubriche+104 c. Repubblica argentina*, cit.

elementi di valutazione fortemente soggettivi e si presta ad essere utilizzato in via strumentale dallo Stato convenuto per sottrarsi alla giurisdizione del giudice del foro¹¹⁵.

Queste considerazioni non intendono ignorare che il testo della Convenzione non esclude l'utilizzabilità del criterio dello scopo per individuare le attività dello Stato non coperte dall'immunità in quanto commerciali; l'art. 2, par. 2 della Convenzione, infatti, dispone che il carattere commerciale di un atto statale deve essere individuato principalmente in base al criterio della natura ma lo scopo dell'atto può essere tenuto in considerazione se le parti del rapporto giuridico, dedotto in giudizio, abbiano così disposto oppure tutte le volte in cui questo parametro ermeneutico sia ritenuto rilevante nella prassi dello Stato del foro¹¹⁶.

Dai rapporti presentati durante i lavori della Commissione del diritto internazionale in materia di immunità degli Stati e dei loro beni emerge, altresì, con sufficiente chiarezza come l'introduzione del criterio dello scopo quale parametro interpretativo sussidiario rispetto a quello primario collegato con la natura dell'atto risponda all'esigenza di assicurare un sostegno adeguato, su questo versante del diritto, allo sforzo dei paesi in via di sviluppo nel risanamento della propria economia¹¹⁷.

Ai sensi della Convenzione, lo Stato convenuto potrà, dunque, avere l'opportunità di provare che una data transazione economica, commerciale per sua natura, non lo è poiché risponde a finalità rientranti nella *raison d'Etat*, quale è, per esempio, la necessità di fornire i beni primari alla propria popolazione¹¹⁸.

Nella prassi, sono in particolare i paesi in via di sviluppo (quale può essere considerata l'Argentina) che hanno invocato lo scopo pubblico dei loro atti per giustificare l'inadempimento di obbligazioni contrattuali o cartolari precedentemente assunte verso creditori privati.

¹¹⁵ V., in tal senso, PANEBIANCO, *Giurisdizione interna ed immunità degli Stati stranieri*, op. cit., p. 4; DORIGO, *Il debito pubblico argentino di fronte ai giudici italiani*, cit., p. 958 ss. In proposito v. anche la sentenza della Corte costituzionale federale tedesca nel caso *Claim against The empire of Iran Case*, 30 aprile 1963 in *Int. Law Reports*, 1972, vol. 45, p. 57 ss. dove i giudici tedeschi hanno espressamente criticato l'utilizzo del criterio dello scopo: in un passo della pronuncia si legge che "anche l'acquisto di scarpe per l'esercito potrebbe essere definita attività pubblicistica se descritta come acquisto di armi".

¹¹⁶ Letteralmente, "in determining whether a contract or transaction is a "commercial transaction" under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction".

¹¹⁷ V. A/54/10, *Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, del 5 luglio 1999, par. 36 e A/CN.4/L.443, *Topical Summary of the Discussion Held in the Sixth Committee of the General Assembly during its Forty-fourth Session*, p. 67, par. 227.

¹¹⁸ V. 1991 *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property and Commentary and Add 1*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1991, vol. II (2), p. 13 ss.

Proprio perché temevano ciò, le delegazioni italiana e tedesca avevano espressamente richiesto, nel corso dei lavori del Comitato, che il criterio dello scopo non venisse utilizzato per la qualificazione dell'atto dello Stato straniero¹¹⁹.

Deve, per altro, aggiungersi che il riferimento allo scopo della attività statale, benché venga in rilievo espressamente al momento della qualificazione della natura privatistica o pubblicistica dell'atto statale (ai fini del riconoscimento dell'immunità), è, altresì, condizionante ai fini della questione logicamente precedente dell'identificazione dell'atto statale rilevante¹²⁰.

Infatti, nei procedimenti cautelari italiani, la considerazione dello scopo degli atti statali che hanno disposto la sospensione dei pagamenti ha indotto sostanzialmente il giudice a ritenere rilevanti ai fini del riconoscimento all'Argentina della immunità dalla giurisdizione civile i provvedimenti di sospensione dei pagamenti piuttosto che l'attività precedente di emissione dei *bonds* sul mercato finanziario, di evidente carattere privatistico¹²¹.

2.4.4.- L'ordinanza n. 11225/05 della Corte di Cassazione, confermativa dell'orientamento giurisprudenziale precedentemente emerso.

Facendo proprio l'orientamento emerso nei procedimenti cautelari appena commentati, la Corte di Cassazione a sezioni unite, in un regolamento preventivo di giurisdizione, ha dichiarato, con una ordinanza resa in data 21 aprile 2005, il difetto di giurisdizione del giudice italiano rispetto ad una controversia relativa all'inadempimento della Repubblica argentina nel pagamento delle somme dovute a titolo di interesse e di sorte capitale sui titoli emessi¹²².

¹¹⁹ Cfr. A/56/291/Add.1, *Report of the Secretary General* del 24 ottobre 2001 e S/53/274/Add.1, *Report of the Secretary General* del 14 settembre 1998.

¹²⁰ Cfr. CRAWFORD, op. cit., p.96. In altri termini, nelle decisioni relative alla immunità dalla giurisdizione, l'individuazione dell'atto rilevante per valutare la sussistenza dell'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile viene condizionata dal rilievo attribuito dal giudice nazionale alla natura o allo scopo degli atti posti in essere da tale Stato: le due operazioni di identificazione e qualificazione, pur essendo logicamente distinte, vengono di fatto espletate nello stesso momento.

¹²¹ In tal senso v. CRAWFORD, *International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions*. cit., p. 96. Per la prassi giurisprudenziale italiana, piuttosto datata, che riconosce l'immunità dalla giurisdizione cognitiva dello Stato estero tutte le volte che quest'ultimo abbia emanato atti legislativi incidenti sul rapporto oggetto del giudizio, v. MONTELLA, *La giurisdizione sugli Stati stranieri nella giurisprudenza italiana (1946-1970)*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, p. 318 ss., il quale cita Cassazione civile, 8 giugno 1957 n. 2144, *Regno di Grecia c. Gamet*; Tribunale di Roma, 20 giugno 1955, *Pauer c. Repubblica Popolare Ungherese*; Cassazione civile, 17 ottobre 1956, n. 3679, *Pauer c. Repubblica Popolare Ungherese*.

¹²² V. Cassazione civile (sez. un.), 27 maggio 2007, n. 11225, *Borri Loca c. Repubblica argentina*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 856 ss.. Il procedimento è stato instaurato nell'ambito di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo avviato su iniziativa della Repubblica argentina. Nel caso *Borri Loca c. Repubblica argentina*, infatti, il giudice di pace di Firenze, con decreto ingiuntivo del luglio 2002, aveva intimato al governo dello Stato straniero di pagare la somma di € 500 quale frazione del maggior credito di € 183.000 dovuto al ricorrente Borri, titolare di obbligazioni regolate dal programma denominato "Global bond".

La Corte, infatti, ha dichiarato l'immunità dalla giurisdizione civile dell'Argentina in ragione del carattere *iure imperii* dei provvedimenti di moratoria dei pagamenti esteri disposti dal governo allora in carica; secondo la Corte, tale carattere non deriva soltanto dalla natura di leggi di bilancio degli atti considerati ma soprattutto dalle “*finalità, eminentemente pubblicistiche perseguite, di governo della finanza in funzione della tutela dei bisogni primari di sopravvivenza economica della popolazione in un contesto storico di grave emergenza nazionale*”.

Come per i giudici dei procedimenti cautelari anche per la Corte di Cassazione, dunque, l'applicazione del criterio dello scopo è risultata decisiva per giustificare il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione civile.

A ulteriore conferma di quanto sostenuto, la Cassazione ha richiamato i principi espressi *incidenter tantum* dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 329 del 1992 a proposito della moratoria dei pagamenti disposta dalla Nigeria¹²³.

L'ordinanza della Corte di Cassazione, inoltre, ha fornito ulteriori indicazioni circa i limiti all'estensione dell'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero.

La Cassazione ha ribadito, richiamando l'ormai noto caso Ferrini¹²⁴, che il compimento di atti sovrani non è coperto da immunità quando si traduce in comportamenti che violino norme di *Jus Cogens*; d'altra parte essa ha escluso che l'operare della norma sulla immunità possa incontrare dei limiti solo perché un atto sovrano incida sui diritti patrimoniali di cittadini stranieri.

Per chiarire il proprio orientamento, la Corte ha richiamato la massima di una propria precedente pronuncia secondo cui “*l'immunità ricorre anche nel caso di pretese a contenuto patrimoniale, sempre che il riconoscimento delle stesse richieda apprezzamenti ed indagini sull'esercizio di poteri pubblicistici dello Stato o ente straniero*”¹²⁵.

La Corte, infine, dopo aver dichiarato il difetto di giurisdizione in applicazione della norma sulla immunità dalla giurisdizione civile, ha riconosciuto l'esistenza per i creditori “*di altre forme di tutela, anche giurisdizionali, compatibili con l'immunità dello Stato resistente*” ed ha espressamente indicato l'art. 22 del *Fiscal Agency Agreement*, il regolamento d'emissione dei *bonds* oggetto del giudizio, come disposizione rilevante per individuare i giudici stranieri competenti a dirimere le controversie relative ai titoli¹²⁶.

La Corte di Cassazione ha riconosciuto un ampio campo di applicazione alla norma generale sulla immunità dalla giurisdizione civile manifestando, un diverso indirizzo rispetto alla sentenza del

¹²³ V. Corte Costituzionale, 15 luglio 1992 n. 329, cit.

¹²⁴ V. Cassazione civile (sez. un.), 11 marzo 2004, n. 5044, *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 539 ss.

¹²⁵ Cfr. Cassazione civile (sez. un.), 12 giugno 1999, n. 331 in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 728 ss.

¹²⁶ Cfr. nota n. 106.

Tribunale di Roma del 2005 che aveva disposto la cessazione degli effetti del primo sequestro conservativo autorizzato nei confronti dell'Argentina¹²⁷.

Il giudice monocratico romano, infatti, pur avendo dichiarato il difetto di giurisdizione in ragione dell'attribuzione del potere di *ius dicere* a giudici stranieri disposta dai regolamenti di emissione dei titoli¹²⁸, aveva negato l'immunità dalla giurisdizione civile dell'Argentina, escludendo l'applicabilità della norma in tutte le ipotesi in cui un provvedimento statale straniero avesse prodotto degli effetti in un altro ordinamento: nel caso di specie, la sospensione dei pagamenti esteri disposta dall'Argentina aveva prodotto degli effetti lesivi dei diritti patrimoniali dei creditori italiani.

Una simile eccezione al principio della immunità dello Stato dalla giurisdizione civile, suscettibile di limitare notevolmente l'estensione della regola (a seconda dell'interpretazione data al concetto di "effetto diretto"), trova riscontro nella prassi statunitense: la sezione 1605(a) (2) del *F.S.I.A.* esclude l'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero proprio rispetto agli atti, posti in essere da quest'ultimo all'esterno degli Stati Uniti in connessione con una attività commerciale, purché gli atti stessi producano effetti diretti all'interno del territorio statunitense; nelle corti statunitensi l'argomento sostenuto dal Tribunale italiano è stato altresì utilizzato per escludere l'operatività della diversa regola dell'*Act of State*.

2.4.5.- Gli aspetti problematici relativi all'immunità cautelare ed esecutiva dello Stato.

La concessione di un sequestro conservativo, disposta dal Tribunale di Roma in attuazione della ordinanza del 16 luglio 2002, rimasta isolata, l'emanazione a favore dei creditori, nell'ambito di procedimenti monitori, di decreti ingiuntivi valevoli quali titoli esecutivi e la prassi giurisprudenziale seguita a tali provvedimenti giurisdizionali hanno fatto emergere ulteriori questioni rilevanti sotto il diverso profilo dell'immunità dalla esecuzione.

In particolare, in base alla ordinanza del Tribunale di Roma del 22 Luglio 2002¹²⁹, è stato disposto contro la Repubblica argentina il sequestro presso i terzi -Ministero degli Affari Esteri e Banca d'Italia- delle somme stanziare dal governo italiano a favore delle piccole e medie imprese italo argentine ed argentine.

Nel ricorso in opposizione di terzo al sequestro conservativo (art. 619 cod. proc. civ.), successivamente proposto dal Ministero degli Affari Esteri e sostenuto dall'intervento adesivo della Repubblica argentina, il Ministero ha affermato che i fondi di cui si tratta, regolati da delibere

¹²⁷ Tribunale di Roma, 22 marzo 2005, *Ragionieri c. Repubblica argentina*, cit.

¹²⁸ Cfr. nota n.106.

¹²⁹ Tribunale di Roma, 22 luglio 2002 (ord.), *Sandri e altri c. Repubblica argentina*, cit.

adottate in conformità alle disposizioni della legge 49/87, volta alla regolamentazione della cooperazione internazionale, erano di pertinenza del Ministero stesso non essendo stata ancora completata la procedura di erogazione degli stanziamenti; sosteneva, *ad adiuvandum*, l'Argentina che, anche qualora tali somme fossero pervenute nella propria disponibilità, non sarebbero comunque state sequestrabili perché destinate allo svolgimento di pubbliche funzioni.

Nel rigettare il ricorso, il Tribunale ha sostenuto che il Ministero degli affari esteri non ha assunto - secondo il contenuto tipico della opposizione di terzo ex art. 619 cod. proc. civ.- che l'Argentina fosse titolare del diritto di credito sottoposto a sequestro bensì, riconoscendosi terzo sequestrato, ha affermato di non essere debitore del governo argentino e quindi ha negato l'esistenza stessa del credito sequestrato. Il ricorrente avrebbe così espresso in una sede non propria il contenuto della dichiarazione che, quale terzo sequestrato, aveva l'onere di rendere a norma degli art. 671 cod. proc. civ. e 547 cod. proc. civ. nella procedura attuativa del sequestro conservativo.

Anche l'eccezione sollevata dalla Argentina circa il carattere impignorabile delle somme di denaro sequestrate, è stata rigettata: la difesa della Argentina è stata ritenuta non conferente all'oggetto del giudizio ed avrebbe richiesto la proposizione di una domanda nuova, mai invece presentata, diretta ad accertare la destinazione pubblica - e la conseguente impignorabilità - delle somme in questione¹³⁰.

La decisione di disporre il sequestro presso terzi di fondi relativi all'aiuto allo sviluppo, qualificati come crediti della Repubblica argentina, suscita delle perplessità in considerazione del fatto che queste somme, pur avendo come formali destinatari dei soggetti privati, sembrerebbero destinate a sostenere il governo argentino nel perseguimento di finalità pubblicistiche, quali il sostegno alla ripresa economica.

Le problematiche, relative alla attività attuativa del sequestro conservativo, non sono state ulteriormente affrontate poiché la sentenza pronunciata dal Tribunale di Roma il 22 marzo 2005 ha fatto venir meno gli effetti del sequestro, travolgendo così la dipendente fase della esecuzione forzata¹³¹.

¹³⁰V. Tribunale di Roma, 21 febbraio 2003 (ord.), *Ministero affari esteri e Repubblica argentina (intervenuta) c. Sandri e altri*, non riprodotta. Il giudice della esecuzione aveva, altresì, rigettato -ritenendo insussistenti i presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*- una istanza ex art. 700 cod. proc. civ., avanzata dal Ministero unitamente al ricorso ex art. 619 cod. proc. civ., al fine di ottenere un provvedimento che restituisse alla amministrazione la piena disponibilità dei beni sequestrati. V. Tribunale di Roma, *Ministero Affari Esteri c. Sandri e altri*, 13 dicembre 2002 (ord.), non riprodotta. Il Tribunale di Roma, aveva respinto il successivo reclamo ex art. 669 *terdecies* proposto dal Ministero avverso l'ordinanza di rigetto della istanza ex art. 700, con l'ulteriore motivazione che, nel caso in esame, l'opposizione alla esecuzione era inammissibile poiché era stata proposta prima che il sequestro conservativo fosse stato perfezionato. Pertanto, poiché il provvedimento di urgenza era stato invocato nell'ambito di una opposizione di terzo ad un sequestro inammissibile, risultavano carenti i presupposti necessari per accogliere la domanda ex art. 700 cod. proc. civ. V. Tribunale di Roma, *Ministero affari esteri c. Sandri e altri*, 21 febbraio 2003 (ord.), non riprodotta.

¹³¹ Tribunale di Roma, 22 marzo 2005, *Ragionieri c. Repubblica argentina*, cit.

In altro procedimento, i creditori precedenti hanno ottenuto il pignoramento di alcuni conti bancari intestati al Consolato argentino in ragione del titolo esecutivo costituito da due decreti ingiuntivi emessi dal giudice di pace di Brescia¹³².

Il Tribunale di Brescia ha sospeso il pignoramento in attesa di decidere il ricorso in opposizione alla esecuzione (art. 615 cod. proc. civ.) proposto dai legali della Argentina i quali hanno sostenuto l'impignorabilità dei conti bancari intestati al Consolato argentino in quanto disponibilità finanziarie destinate a finalità pubblicistiche: il procedimento è stato dichiarato poi estinto per rinuncia agli atti¹³³.

In materia di depositi bancari, la prevalente prassi giurisprudenziale italiana esclude la pignorabilità di conti dello Stato straniero quando questi ultimi rispondano alla finalità di consentire lo svolgimento di funzioni sovrane di uno Stato in un altro Stato¹³⁴; quando, però, tenuto conto del carattere fungibile del denaro, i fondi siano utilizzati per finalità esclusivamente commerciali sembra possibile riconoscerne la sottoponibilità ad esecuzione¹³⁵.

Con specifico riferimento ai conti correnti bancari intestati ai consolati, inoltre, vale la pena di ricordare come la Convenzione sulle relazioni consolari del 1963 esenti espressamente da misure coercitive i beni dell'ufficio consolare tra i quali possono essere annoverati anche i conti correnti ad esso intestati¹³⁶.

Resta, invece, ancora controverso se un cd. conto corrente misto -cioè indifferentemente utilizzato a fini pubblici e commerciali- intestato ad un consolato o ad una ambasciata possa essere assoggettato ad esecuzione¹³⁷; la giurisprudenza italiana in mancanza della prova della specifica destinazione commerciale del conto stesso si è orientata nel senso di riconoscerne l'inattaccabilità¹³⁸.

¹³² Cfr. Giudice di pace di Brescia, decreti ingiuntivi n. 1816 e 1817 del 13 agosto 2004, *Bellitti e Donati c. Repubblica argentina*, cit.

¹³³ Cfr. Tribunale di Brescia, *Bellitti e Donati c. Repubblica argentina*, 2 dicembre 2004 (ord.), non riprodotta. Come chiarito da precedente giurisprudenza della Cassazione, nel caso in cui siano stati sottoposti ad espropriazione presso terzi crediti dello Stato estero, se quest'ultimo intenda affermare che i crediti in questione derivano dal deposito di somme di cui si avvale per l'espletamento di proprie funzioni pubbliche, deve proporre opposizione all'esecuzione ed allegare la concreta situazione di fatto a cui si ricollegli l'impignorabilità del bene. Lo stabilire se i beni dello Stato estero -concretamente assoggettati ad espropriazione forzata- siano investiti dalla destinazione pubblica affermata dallo Stato, infatti, costituisce una questione di merito e deve essere fatta oggetto di un giudizio di opposizione e non costituisce una questione risolvibile con un regolamento di giurisdizione ex art. 37 cod. proc. civ. V., da ultimo, Cassazione civile (sez. un.), 1 luglio 1997 n. 5888, *Repubblica di Indonesia c. Sabatini*, in *Massimario giurisprudenziale italiano*, 1997.

¹³⁴ Cfr., ad esempio, Cassazione civile (sez. un.), 4 maggio 1989, n. 2085, *Banamar c. Ambasciata della Repubblica democratica popolare di Algeria* in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 417 ss. e Tribunale di Piacenza, 11 giugno 1990, *C.F. S.p.a. c. Giamahiriya araba libica popolare socialista*, in *Foro it.*, 1991, p. 1568 ss.

¹³⁵ In questo senso, cfr. il *Commentario al Progetto di articoli sulla immunità degli Stati del 1991* in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1991, vol. II (2), p. 59 ss.

¹³⁶ Art. 31, par. 4 della Convenzione. Al riguardo v. SCISO, *Il principio della inviolabilità dei locali diplomatici nel diritto internazionale contemporaneo*, op.cit., p. 616.

¹³⁷ Cfr. IOVANE, op. cit., p. 11; RADICATI DI BROZOLO, op. cit., p. 162 ss., suggerisce una serie di criteri per determinare la destinazione dei depositi bancari come la provenienza del denaro da attività immuni o non immuni o l'identità delle persone autorizzate ad operare su di esso. Nella prassi, tra gli strumenti processuali utilizzati per distinguere tra somme

La prova contraria, peraltro, risulta diabolica: gli Stati convenuti producono in giudizio attestazioni ufficiali, spesso supportate da note emesse dal Ministero degli Affari esteri, mentre la nomina di un consulente tecnico, al fine di accertare l'effettiva destinazione dei conti, non ha garantito altro risultato se non quello di estendere i tempi processuali.

2.4.6.- Il diverso orientamento in materia del giudice straniero: in particolare, la giurisprudenza statunitense.

Alcune decisioni statunitensi e di altri Paesi dimostrano come diverse modalità di applicazione dei principali criteri ermeneutici utilizzabili nella determinazione della natura *iure imperii* o *iure privatorum* dell'atto statale sindacato possano condurre, in situazioni analoghe, a conclusioni che tengano maggiormente conto degli interessi degli individui rispetto agli interessi dello Stato straniero; al riguardo, peraltro, emerge il ruolo significativo svolto dalla normativa interna in materia.

Il caso *Weltover* è considerato, a ragione, il precedente più rappresentativo dell'orientamento giurisprudenziale statunitense in materia di ricorsi per inadempimento relativi a titoli pubblici emessi da un Stato straniero sul mercato finanziario¹³⁹.

La evidente differenza rispetto all'orientamento della giurisprudenza italiana in materia può essere spiegata, innanzitutto, con il fatto che i giudici statunitensi hanno applicato la normativa interna sulla immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile contenuta nel *F.S.I.A.*¹⁴⁰; peraltro, come

di denaro pignorabili e non c'è stata anche la nomina di un perito. V., ad esempio, Tribunal de grande instance de Paris, 29 novembre 1972, *Corporation del Cobre v. Société Braden Copper Corporation et Société Le Groupement d'importation des Metaux*, in *Journal de droit international*, 1973, pp. 227-238. Critico per gli effetti negativi in termini di durata del processo, COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunal internes*, cit., p. 188. Negli Stati Uniti, tra i casi più significativi della prassi dei tribunali interni che ha autorizzato l'esecuzione su conti correnti intestati ad ambasciate, l'ordinanza della Corte distrettuale del distretto di Columbia del 18 novembre 1980, *Birch Shipping Corp. v. United Republic of Tanzania*, in *Int. Law Reports*, 1982, vol. 63, p. 524 ss. ammette la possibilità di sottoporre ad esecuzione i conti correnti intestati ad una ambasciata quando essi siano utilizzati anche per l'esercizio di attività commerciali per le quali, secondo la sezione 1610 del *F.S.I.A.*, non opera l'immunità dalla esecuzione dello Stato straniero. Nei limiti di una distinzione ("segregation") tra fondi utilizzati per lo svolgimento di funzioni sovrane e fondi utilizzabili per attività commerciali sarebbe, pertanto, possibile disporre misure coercitive su questi ultimi. In senso contrario, la Corte distrettuale del distretto di Columbia, 16 aprile 1987, *Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic of Liberia*, in *Int. Law Reports*, 1992, vol. 89, p. 313 ss. sostiene che il parziale uso per attività commerciali di un conto corrente non ne esclude l'intangibilità.

¹³⁸ CONFORTI, *Diritto internazionale*, 2002, p. 254. v. Cassazione civile (sez. un.), 4 maggio 1989 n. 2085, cit.

¹³⁹ L'orientamento è confermato in Corte distrettuale del distretto settentrionale dell'Alabama, 27 luglio 1986, *Jackson v. People's Republic of China*, in *Int. Law Reports*, 1991, vol. 84, p.132 ss e Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 31 luglio 1987, *Carl Marks & Co. v. Union of Soviet Socialist Republics*, in *Int. Law Reports*, 1991, vol. 84, p. 158 ss.

¹⁴⁰ In tal senso, BHANDARI, *International Debt Litigation in United States Courts*, in *German Yearbook of Int. Law*, 1990, p. 392 ss.; ROBERT, *Rééchelonnement de la dette ou règlement judiciaire?* in *La dette extérieure*, 1995, p. 639 ss.; LEACOCK, *The Joy of Access to the Zone of Inhibition: Republic of Argentina v. Weltover, Inc. and the Commercial*

si è avuto modo di sottolineare, è stata anche la prevalenza riconosciuta al criterio della natura rispetto a quello dello scopo, ai fini della qualificazione delle attività dell'Argentina sindacate in giudizio (emissioni di titoli del debito pubblico e successiva moratoria del debito estero) a comportare che l'attività presa in considerazione dai giudici statunitensi al fine di decidere sul riconoscimento dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione, fosse quella privatistica di emissione di titoli del debito pubblico sui mercati finanziari¹⁴¹.

Il carattere commerciale dell'originaria attività dello Stato, infatti, escluderebbe un ricorso alla regola dell'immunità indipendentemente dalle condotte successivamente poste in essere dallo Stato straniero.

Negli Stati Uniti, il consolidarsi della prassi inaugurata dal caso *Weltover* ha fatto sì che venisse riconosciuta come pacifica la possibilità di sottoporre alla cognizione del giudice del foro controversie relative all'emissione di titoli del debito di uno Stato straniero; d'altro canto è rilevante che i successivi regolamenti di emissione di *bonds* di Stato erano comunque muniti di clausole che prevedevano la rinuncia alla immunità dalla giurisdizione civile dello Stato emittente.

Nei casi più recenti, relativi al *default* argentino del 2001, proprio sulla base delle clausole contenute nei regolamenti di emissione dei *bonds* oggetto del giudizio –come quella contenuta, ad esempio, nell'art. 22 del *Fiscal Agency Agreement (F.A.A.)* concluso tra Argentina e *Bankers Trust Company*¹⁴² - l'Argentina ha rinunciato a valersi dell'immunità rispetto alle giurisdizioni straniere di cui lo Stato aveva riconosciuto il potere di *ius dicere*¹⁴³.

Le disposizioni dei regolamenti di emissione sono state valutate anche nei giudizi italiani, senza essere però ritenute, se non nel solo caso *Ragionieri*¹⁴⁴, una valida manifestazione di rinuncia dello Stato argentino alla immunità dalla giurisdizione civile del giudice italiano.

A partire dal 2003 la Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, in tutti i casi sottoposti al suo giudizio¹⁴⁵, ha condannato nell'ambito di *summary judgments* la Repubblica

Activity Exception under the Sovereign Immunities Act of 1976, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 1996, p. 6 ss.; FOX, cit., p. 187 ss. Cfr., di recente, Tribunale di Roma, 22 marzo 2005, *Ragionieri c. Repubblica argentina*, cit. il quale, nel commentare, *incidenter tantum*, le motivazioni alla base della decisione della Corte suprema statunitense nel caso *Weltover* sostiene che “l'affermazione della giurisdizione non è basata sulla valutazione dell'attività posta in essere dalla Stato straniero in occasione della rinegoziazione del suo debito estero quale atto di imperio o atto di gestione, ma soltanto sulla portata che al concetto di “attività commerciale” viene attribuita dal F.S.I.A.”.

¹⁴¹ L'utilizzazione del criterio della natura, ai fini della qualificazione dell'atto, infatti, comporta che le finalità pubblicistiche perseguite dallo Stato nel corso della propria attività successiva vengano considerate meno rilevanti.

¹⁴² Il *F.A.A.* contiene una clausola, c.d. di accelerazione, secondo la quale il mancato pagamento in conto capitale o dei soli interessi, anche nei trenta giorni successivi alla data convenuta, consente ai possessori di una quota non inferiore al 25% dell'intero aggregato di dichiarare l'intera serie di *bonds* in *default*.

¹⁴³ Cfr. art. 22 *F.A.A.* (c.d. Accordo Quadro) nota n. 82.

¹⁴⁴ Tribunale di Roma, 22 marzo 2005, *Ragionieri c. Repubblica argentina*, cit.

¹⁴⁵ Cfr., ad esempio, Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 14 aprile 2003, *Lighthwater Corporation Limited v. The Republic of Argentina, Summary Judgment*; Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 12 settembre 2003, *EM LTD v. The Republic of Argentina, Summary Judgment*; Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 21 maggio 2004, *Hernandez Lopez Fontana c. Republic of Argentina, Summary Judgment*; Corte

argentina a restituire il capitale e a pagare i tassi di interesse sui titoli del debito privato dichiarati in *default* e, recentemente, anche in alcune pronunce rese in accoglimento di *collective actions*¹⁴⁶.

Il giudice della Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, Griesa, ha disposto l'esecuzione delle sentenze di condanna della Repubblica argentina ed è in corso il difficile processo di individuazione dei beni non coperti da immunità presenti sul territorio; al momento, i creditori non sono ancora riusciti a soddisfare esecutivamente i propri diritti ma hanno ottenuto *interim measures*.

Nel caso *N.M.L. Capital LTD v. Republic of Argentina*, la società ricorrente, che non aveva aderito alla offerta argentina di *swap*, aveva ottenuto il sequestro dei vecchi *bonds* dichiarati in *default* - per una somma complessiva pari a 7 miliardi di dollari - quale garanzia per il soddisfacimento dei propri crediti; la Corte distrettuale del distretto meridionale di New York¹⁴⁷ prima e la Corte di appello del secondo circuito poi¹⁴⁸, hanno ordinato il dissequestro dei titoli.

Nel caso *In Capital Ventures International v. Republic of Argentina*, la società creditrice ha ottenuto il blocco¹⁴⁹ e, successivamente, l'ordine di sequestro¹⁵⁰ dei *Treasury zero coupon bonds* depositati presso la *New York Federal Reserve Bank* emessi a garanzia ("*collateral*") del pagamento del capitale e degli interessi dovuti su alcune serie di *Brady Bonds* non inserite dall'Argentina nell'offerta di scambio del 2005.

La disciplina in materia di immunità dalla esecuzione del F.S.I.A. e la relativa prassi giudiziaria applicativa, tuttavia, non favoriscono l'esecuzione forzata delle numerose pronunce di condanna emesse negli ultimi tre anni nei confronti dell'Argentina.

distrettuale del distretto meridionale di New York, 21 maggio 2004, *Latinburg S.A. v. Republic of Argentina, Summary Judgment*; Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 31 marzo 2005, *Mazzini v. Republic of Argentina, Summary Judgment*; Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 10 maggio 2006, *N.M.L. Capital v. Republic of Argentina, Summary Judgment*; reperibili in www.westlawinternational.com.

¹⁴⁶ V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 9 marzo 2006, *Urban GMBH v. Republic of Argentina, Opinion* in www.westlawinternational.com. Dopo che, nel dicembre 2003, la Corte aveva autorizzato (certificato) l'esperimento di una *collective action* che rappresentasse tutti i possessori di due specifiche serie di *bonds* in *default*, l'Argentina è stata condannata, con una decisione del 2006, al pagamento degli interessi dovuti sui titoli in *default*, anche nei confronti della classe di creditori rappresentata nella azione. Nell'ambito di questo procedimento, l'attore rappresentante della classe aveva presentato una istanza al giudice della Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, Griesa, chiedendo che l'offerta pubblica argentina venisse sospesa e comunque inibita ai potenziali membri della classe (tutti i possessori dei *bonds* appartenenti alle serie sindacate in giudizio) in base all'argomento che ogni proposta di transazione doveva essere presentata ai membri della classe solo per mezzo degli avvocati rappresentanti della azione. In data 16 novembre 2004 il giudice Griesa, pur riconoscendo il diritto della Repubblica argentina a formulare l'offerta pubblica, ha chiarito che una eventuale adesione alla offerta pubblica da parte di un membro della classe avrebbe comportato la rinuncia a partecipare alla azione giudiziaria in corso. Cfr. Documento di offerta pubblica di scambio volontaria, pagina 33, par. a. 3. c. v.

¹⁴⁷ Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 31 marzo 2005 (ord.), *N.M.L. Capital LTD and Others v. Republic of Argentina* in www.westlawinternational.com.

¹⁴⁸ Corte di appello del secondo circuito, 13 maggio 2005, *NML Capital LTD and EM LTD v. Republic of Argentina* in www.westlawinternational.com.

¹⁴⁹ Corte di appello del secondo distretto, 23 marzo 2006, *Capital Ventures International v. Republic of Argentina*, in www.bakernet.com.

¹⁵⁰ Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 29 settembre 2006 (ord.), non riprodotta.

Nel caso *Lightwater, EM, NML Capital Ltd v. Republic of Argentina* è risultato infruttuoso il tentativo della società creditrice di sottoporre a sequestro la somma di 105 milioni di dollari, deposita dalla Banca centrale argentina presso la *Federal Reserve Bank of New York* e destinata dal governo argentino ad estinguere l'esposizione della Repubblica verso il Fondo monetario internazionale.

I decreti n 1599 del 2005 e 1601 del 2005, emessi dal presidente Kirchner, prevedevano che le somme della Banca centrale argentina, in esubero rispetto alla quota di riserva nazionale (*monetary base*), potevano essere utilizzate per coprire l'esposizione nei confronti del F.M.I.¹⁵¹.

Il 12 gennaio 2006, la Corte distrettuale ha revocato il sequestro disposto da altro giudice federale con le seguenti motivazioni: a) i fondi in questione erano di proprietà della Banca centrale argentina e quest'ultima non aveva rinunciato alla propria immunità; b) i ricorrenti, comunque, non avevano provato che i fondi bloccati erano stati utilizzati per una attività commerciale e non nel quadro di una attività finanziaria sovrana, diretta ad adempiere gli obblighi internazionali imposti all'Argentina dall'Accordo istitutivo del Fondo monetario internazionale¹⁵²; la decisione è stata recentemente confermata in appello¹⁵³.

La decisione della corte federale è stata in parte condizionata anche dall'intervento in qualità di *amicus curiae* del governo degli Stati Uniti il quale ha evidenziato che un eventuale sequestro avrebbe prodotto una serie di conseguenze negative per lo Stato: la misura cautelare sarebbe stata in contraddizione con il tradizionale sostegno statunitense alle politiche del Fondo monetario internazionale e, al contempo, avrebbe messo in discussione il primato del dollaro quale principale valuta di riserva degli enti sovrani, inducendo gli altri Stati a ritirare le proprie disponibilità dal territorio degli Stati Uniti.

Se l'atto normativo statunitense pone notevoli ostacoli all'adozione di misure cautelari ed esecutive nei confronti di uno Stato straniero¹⁵⁴, anche la prassi giurisprudenziale in materia non fornisce all'interprete parametri ermeneutici chiari poiché le manifestazioni che sembrerebbero individuare una tendenza a ridurre l'estensione della norma sulla immunità dello Stato straniero dalla esecuzione contrastano con decisioni di segno opposto su questioni analoghe¹⁵⁵.

¹⁵¹ I provvedimenti sono reperibili in <http://infoleg.mecon.gov.ar>.

¹⁵² V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 12 gennaio 2006, *EM Ltd, NML Capital v. The Republic of Argentina, Banco Central de la Republica Argentina*, in www.westlawinternational.com.

¹⁵³ V. Corte di appello del secondo circuito, 5 gennaio 2007, *EM Ltd, NML Capital v. The Republic of Argentina, Banco Central de la Republica Argentina*, in www.westlawinternational.com.

¹⁵⁴ In questo senso, cfr. il Progetto di riforma del *Foreign Sovereign Immunities Act* proposto dalla *American Bar Association* nel 2002, cit.

¹⁵⁵ Facciamo, ad esempio, riferimento alla prassi relativa alla rinuncia alla immunità (*waiver*). La Corte di appello del secondo circuito degli Stati Uniti nel caso *Libra Bank Ltd. v Banco Nacional de Costa Rica* del 12 aprile 1982 in *Int. Law Reports*, 1991, vol. 72, p. 119 ss. ammette che una clausola generica di rinuncia alla immunità dalla esecuzione possa consentire l'adozione di una misura pregiudiziale cautelare mentre la Corte di appello del secondo circuito nel

2.4.7.- Ulteriori considerazioni critiche sull'immunità dalla giurisdizione civile.

L'eterogeneità della prassi presa in esame dimostra come i tribunali interni non dispongano al momento, nonostante il contributo della Commissione del diritto internazionale, di criteri obiettivi per decidere sul riconoscimento dell'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile e dalla esecuzione.

Rispetto alla immunità dalla giurisdizione civile, la tradizionale distinzione tra atti *iure imperii* ed atti *iure gestionis* risulta ambigua e si presta ad essere interpretata diversamente dalle corti nazionali a seconda che venga dato maggior rilievo al criterio della natura o a quello dello scopo dell'atto statale rilevanti ai fini dell'immunità.

Questa ambiguità diventa maggiore nei casi in cui lo Stato straniero agisca con una pluralità di atti dalla natura differente – nella vicenda argentina, per esempio l'emissione di titoli del debito pubblico (atti *iure gestionis*) ed i successivi provvedimenti legislativi di differimento dei pagamenti (atti *iure imperii*) - e spetti ai giudici nazionali stabilire quali siano le attività da prendere in considerazione al fine di decidere sulla immunità dello Stato dalla giurisdizione.

Per ciò che riguarda la prassi italiana, infine, le ultime due pronunce considerate, la sentenza del Tribunale di Roma del 22 marzo 2005 e l'ordinanza della Cassazione del 21 aprile 2005, pur prevedendo soluzioni opposte in materia d'immunità dalla giurisdizione, chiariscono che nei confronti di quest'ultima non sarebbe stato comunque possibile radicare dei giudizi in Italia in ragione della attribuzione a giudici stranieri della competenza a dirimere le controversie relative ai titoli, disposta dai regolamenti d'emissione.

A differenza dell'orientamento giurisprudenziale statunitense (sintetizzato dalla pronuncia della Corte Suprema relativa al caso *Weltover*) e delle recenti pronunce tedesche, nei procedimenti cautelari e monitori italiani prima e nell'ordinanza della Cassazione poi, la considerazione dello scopo perseguito dagli atti statali di sospensione dei pagamenti ha indotto i giudici a riconoscere l'immunità della Repubblica argentina dalla giurisdizione civile.

La conclusione della Corte è criticabile non tanto per aver dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano – soluzione, come si vedrà, condivisibile – quando per le motivazioni fornite e per il bilanciamento prospettato degli interessi coinvolti.

L'utilizzo del criterio dello scopo, rispetto al quale quello della natura offre maggiori garanzie di obiettività, ha indotto i giudici ad attribuire un rilievo eccessivo alla forma pubblicistica dei

caso *Machinery Co. c. Masinexportimport* del 12 aprile 1983 in *Int. Law Reports*, 1987, vol. 72, p. 119 ss. sostiene che la *waiver clause* debba essere accompagnata dalla specifica individuazione dei beni da sottoporre ad esecuzione.

provvedimenti di sospensione dei pagamenti ed a ignorare il carattere privatistico della complessiva condotta dello Stato convenuto.

In base all'indagine delle circostanze fattuali e giuridiche, presenti al momento della proposizione dell'azione da parte dei creditori privati, sarebbe stato preferibile –seguendo l'esempio dei giudici statunitensi e tedeschi – non riconoscere l'immunità della Repubblica argentina dalla giurisdizione civile.

In primo luogo, infatti, argomentando in base al criterio della natura, è ormai pacificamente riconosciuto che le operazioni di prestito internazionali sono delle attività commerciali alle quali gli Stati ricorrono ordinariamente per reperire capitale; come la stessa vicenda argentina o il caso dell'Ecuador nel 1999 dimostrano, una moratoria disposta con atto normativo è spesso una fase negoziale- preliminare alla successiva riddiscussione delle condizioni e dei termini del debito¹⁵⁶.

Il rilievo principalmente privatistico della attività statale è desumibile inoltre dalla circostanza - autorevolmente confermata dalla Corte Permanente di Giustizia nel *Serbian Loans Case* e dalla *dissenting opinion* del giudice *Lauterpacht* nel *Norwegian loans case*- che l'inadempimento statale nel debito pubblico è un questione “*essenzialmente*” di diritto interno che deve essere risolta mediante arbitrato o dal giudice del foro in base al diritto applicabile¹⁵⁷.

Nel caso in esame, inoltre, la Corte di Cassazione non ha adeguatamente considerato che anche le clausole contenute nei regolamenti di emissione dei *bonds* oggetto del giudizio ed i relativi prospetti informativi prevedevano la contestuale rinuncia alla immunità dalla giurisdizione civile da parte dell'Argentina rispetto alle giurisdizioni straniere di cui lo Stato aveva riconosciuto il potere di *ius dicere*: l'esistenza di tali clausole costituisce un indice significativo – pur non essendo di per sé decisivo- della connotazione privatistica della controversia portata all'attenzione dei giudici italiani e della volontà dello Stato emittente di sottoporsi alla giurisdizione dei giudici nazionali indicati come competenti¹⁵⁸.

¹⁵⁶ V. BUCKLEY , op. cit., p. 345 ss. Nel 1999, Il Governo dell'Ecuador, dopo aver dichiarato, l'anno precedente, il *default* di alcune serie di *bonds*, ha rinegoziato i termini originari delle emissioni grazie al largo consenso ottenuto presso i creditori, durante la fase di rinegoziazione.

¹⁵⁷ P.C.I.J., *Publications*, Serie A, n. 20-1, *Serbian and Brazilian Loans Case*, p. 44.; I.C.J., *Reports 1957, Case of Certain Norwegian Loans*, p. 37. V. cap. 1.

¹⁵⁸ V. art. 22 del *Fiscal Agency agreement*, nota n. 82. L'assenza di una espressa e specifica rinuncia alla immunità dalla giurisdizione rispetto ai giudici italiani esclude che la clausola possa essere considerata risolutiva – come negli Stati Uniti ed in Germania- al fine di negare l'immunità dalla giurisdizione civile dell'Argentina. Solo la legislazione nazionale statunitense considera una rinuncia implicita sufficiente a giustificare l'esercizio della giurisdizione interna. Tuttavia, anche la circostanza -rilevata dal Tribunale di Roma nel caso *Ragionieri*- che rispetto ad alcune emissioni i prospetti informativi contenessero “una rinuncia della Argentina all'immunità dalla giurisdizione di qualsiasi Corte o da qualsiasi procedimento legale” conferma che lo Stato argentino considerasse le operazioni di prestito, comuni operazioni commerciali ed intendesse sottoporsi alla giurisdizione dei giudici nazionali indicati come competenti. V. Tribunale di Roma, 22 marzo del 2005, cit. Le considerazioni appena espresse risultano ulteriormente confortate dalla circostanza che una parte autorevole della dottrina è favorevole alla esclusione della immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile in presenza di una rinuncia implicita alla immunità quando sussista l'elemento della

In conclusione, sembra fondato sostenere che la Corte avrebbe dovuto dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice italiano non tanto in applicazione della norma sulla immunità dalla giurisdizione civile, quanto in attuazione delle clausole contenute nei regolamenti di emissione dei *bonds* le quali disponevano l'affidamento delle controversie, riguardanti le obbligazioni, alla giurisdizione di autorità giudiziarie straniere, specificamente individuate; come noto, infatti, l'articolo 4 2° comma della l. 218/05, che richiede la forma scritta *ad probationem*, consente la deroga alla giurisdizione italiana per volontà delle parti se la clausola verte su diritti disponibili¹⁵⁹.

Passando all'aspetto del contemperamento degli interessi sostanziali sottesi alla vicenda, la pronuncia della Cassazione, perseguendo la finalità di riconoscere la prevalenza dell'obbligo di diritto internazionale di non ingerenza negli affari interni dello Stato straniero e la preminenza di alcuni interessi fondamentali della collettività straniera organizzata a Stato, rispetto agli interessi economici di singoli individui, rimane fedele ad un orientamento classico che produce una eccessiva compressione dell'azionabilità in giudizio dei diritti patrimoniali dei creditori rispetto ad operazioni di prestito internazionale.

Anche se non esistono attualmente dei criteri generalmente riconosciuti per delimitare i confini della norma sulla immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile, la recente prassi in materia di *default* nel debito pubblico fornisce delle indicazioni non trascurabili rispetto alla specifica materia.

Prescindendo dalla posizione italiana più rispettosa della tradizione, infatti, emerge una spiccata tendenza a restringere l'operatività della immunità dalla giurisdizione civile anche rispetto a fattispecie c.d. miste nelle quali lo Stato interferisca con atti – leggi e provvedimenti amministrativi-formalmente pubblicistici su rapporti di carattere commerciale.

Tale tendenza è stata incentivata dalla applicazione di legislazioni – come il F.S.I.A. - favorevoli ad estendere il più possibile il diritto d'azione dei creditori privati e dalla generalizzata inclusione nei contratti di debito di clausole di rinuncia dello Stato alla immunità dalla giurisdizione civile.

Il riconoscimento della competenza del giudice nazionale a dirimere le controversie relative al debito pubblico, peraltro, risponde sia alla necessità –sentita dagli Stati in via di sviluppo – di promuovere un flusso continuo dei capitali, sia all'esigenza di poter disporre di uno strumento di tutela dei propri diritti, alternativo alla rinegoziazione, degli investitori privati.

intenzionalità e il comportamento dal quale si ricava la rinuncia sia collegato al processo. V. CONFORTI, *Diritto internazionale*⁶, Napoli, 2002, p. 253.

¹⁵⁹ In questo senso anche Tribunale di Roma, 22 marzo 2005, *Ragionieri c. Repubblica argentina*, cit.

Alcune pronunce progressiste – in contrasto, però, con precedenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁶⁰ - consentono di prevedere una ulteriore evoluzione, in senso restrittivo, della norma sulla immunità dalla giurisdizione civile anche in caso di gravi violazioni del diritto cogente. Nella ormai nota decisione relativa al caso Ferrini, la Cassazione, pronunciandosi sull'azione per il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali proposta da un cittadino italiano nei confronti della Repubblica federale di Germania, ha escluso l'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero rispetto agli atti *iure imperi* (lo svolgimento di operazioni belliche) compiuti da quest'ultimo; tale conclusione è stata raggiunta in considerazione della prevalenza -sulla norma internazionale sulla immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero- delle norme imperative di diritto internazionale generale che condannano, qualificandole crimini internazionali, quelle condotte efferate, quali la deportazione e l'imposizione del lavoro forzato, lesive di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali¹⁶¹.

2.4.8.- Ulteriori considerazioni critiche sull'immunità dalla esecuzione.

Nonostante il riconoscimento della immunità ristretta dei beni dello Stato estero dalla esecuzione, operato dalla prassi dei paesi industrializzati, l'individuazione della effettiva estensione di tale immunità rappresenta ancora un problema molto controverso.

L'immunità dalla esecuzione dei beni dello Stato straniero costituisce ancora un ostacolo considerevole al successo delle strategie di recupero per via giudiziaria dei crediti di notevole entità riconosciuti in giudizio: una volta ottenuta una pronuncia di condanna, infatti, l'esecuzione nei confronti dello Stato risulta difficoltosa poiché, da un punto di vista giuridico, deve esistere un sufficiente complesso di beni non coperti da immunità dalla esecuzione, mentre da un punto di vista fattuale, la collaborazione dell'ente straniero è indispensabile per la loro materiale individuazione.

¹⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 novembre 2001, *Al-Adsani v. United Kingdom*, in www.echr.coe.int; Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 dicembre 2002, *Kalogeropoulou e al. c. Grecia e Germania*, in www.echr.coe.int.

¹⁶¹ V. Cassazione civile (sez. un.), 11 marzo 2004, n. 5044, *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 539 ss. Sulla pronuncia cfr. BARATTA, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giustizia civile*, 2004, pp.1200- 1204, DE SENA, DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *European Journal of Int. Law*, 2005, pp. 89- 112; GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 643 ss., IOVANE, *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Court to Claims of Reparations for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, in *Italian Yearbook of Int. Law*, 2004, p. 165; RONZITTI, *Un cambio di orientamento della Cassazione che favorisce il risarcimento delle vittime*, in *Guida al diritto*, 10 aprile 2004, p. 40 ss. Anche l'ordinanza n. 11225 del 2005 della Cassazione ha ribadito che il compimento di atti sovrani non è coperto da immunità quando si traduca in comportamenti che si presentino lesivi dei valori universali della dignità umana.

Nella prassi, è ancor ben saldo un atteggiamento consistente nell'attribuire ai beni dello Stato straniero, per motivi di cortesia o di opportunità politica, un'immunità più ampia rispetto a quella riconosciuta dal diritto internazionale generale.

Questo orientamento si conserva ancora in quegli ordinamenti, come quello greco e quello croato in cui la sottoposizione ad esecuzione dei beni dello Stato straniero viene condizionata ad una decisione del potere esecutivo; anche l'Italia, prima della nota sentenza n. 329 del 15 luglio 1992, subordinava all'autorizzazione del Ministro della giustizia l'adozione di tali provvedimenti in conformità al contenuto del d.l. 30 agosto 1925 n. 1261.

Anche rispetto a questo profilo, la vicenda argentina è stata esemplare: temendo l'esecuzione forzata sui propri conti bancari all'estero, lo Stato sudamericano, pochi mesi prima di dichiarare il *default*, ha trasferito in patria ingenti somme di denaro prima depositate presso la *Deutsche Bank* di New York mentre altre somme di denaro sono state trasferite presso la Banca per i regolamenti internazionali di Basilea il cui statuto assicura allo Stato depositante una assoluta immunità dalla esecuzione¹⁶².

Considerando queste possibili condotte in mala fede degli Stati debitori, il Gruppo di lavoro in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, istituito dalla Commissione del diritto internazionale, aveva già individuato, come alternativa al ricorso a misure esecutive da parte dei giudici nazionali, la volontaria partecipazione dello Stato debitore al giudizio.

Il Gruppo di lavoro suggerisce che lo Stato debitore potrebbe essere lasciato libero di individuare i beni con cui soddisfare le pretese dei creditori oppure potrebbe beneficiare di un periodo di tempo (periodo di grazia) per dare esecuzione alle pronunce dei giudici nazionali¹⁶³.

3.- La dottrina dell' *Act of State*.

Dal momento che, in considerazione del *leading role* della borsa di New York rispetto alle transazioni finanziarie internazionali, la maggior parte dei Regolamenti di emissione dei titoli obbligazionari di Stato eleggono la Corte distrettuale di New York quale foro competente per la soluzione delle controversie tra Stato emittente e *bondholders*, sembra opportuno approfondire il contenuto di alcune difese, sollevate dagli Stati convenuti in applicazione di regole e principi di *common law*: la dottrina dell' *Act of State* e l' *International Comity*.

¹⁶² L'art 10 dell'Accordo di sede concluso tra la Banca dei regolamenti internazionali (B.I.S.) e Svizzera, il 10 febbraio 1987, dispone che "*the bank, its property and assets and all deposits entrusted to it shall be immune in time of peace and in time of war from any measure such as expropriation, requisition, seizure, confiscation, prohibition or restrictions of gold or currency export or import, and other similar measures*". V. SCOTT, op. cit., p. 12.

¹⁶³V. A/CN.4/L.576, *Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, in *Yearbook of Int. Law Commission*, 1999, vol. II(2), p. 158.

3.1.- Il contenuto della regola.

La dottrina dell'*Act of State* - la cui prima formulazione si deve al giudice *Fuller* nel caso *Underhill v. Hernandez*: “every sovereign State, is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another done within its own territory” - importa che determinati provvedimenti adottati da uno Stato estero nell'esercizio dei suoi poteri sovrani nell'ambito del proprio territorio siano sottratti a qualsiasi sindacato di liceità interna ed internazionale ancorché contrarie a norme di diritto internazionale o al limite di ordine pubblico¹⁶⁴.

La difficile definizione del contenuto di questa regola di matrice giurisprudenziale viene descritta, in termini molto suggestivi, in un passo, della pronuncia della Corte distrettuale di New York nel caso *Callejo v. Bancomer S.A.*: “if the Foreign Sovereign Immunities Act is a tangled web of statutory ambiguities, the act of State doctrine is an airy castle”¹⁶⁵.

Nel celeberrimo caso *Banco National de Cuba v. Sabatino*, il fondamento della regola è stato individuato nel principio della separazione dei poteri ovvero nella necessità di evitare un conflitto di decisioni tra potere esecutivo e giudiziario in ordine all'azione da intraprendere nei confronti di Stati esteri in rapporto a particolari situazioni verificatisi sul piano delle relazioni con questi ultimi¹⁶⁶.

¹⁶⁴ V. *Underhill v. Hernandez*, 168 US 250 (1897). In Inghilterra, la regola viene sintetizzata in *Dicey and Morris*: “A governmental act affecting any private property right in any movable or immovable thing will be recognized as valid and effective in England if the act was valid and effective by the law of the country where the thing was situated (*lex situs*) at the moment when the act takes effect, and not otherwise”. Sulla dottrina dell'*Act of State*, cfr. BHANDARI, *International Debt Litigation in United States Courts*, in *German Yearbook of Int. Law*, 1992, vol. 25, p. 404; DELLAPENNA, *Suing Foreign Governments and their Corporations*², Ardsley, 2003, p. 559 ss.; Fox, *Re-examining the Act of State Doctrine: an Integrated Conflicts Analysis*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1992, p. 521; MANN, *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, 1986, p. 164; ROBERT, *Rééchelonnement de la dette ou règlement judiciaire?* in *La dette extérieure* (a cura di Carreau e Shaw), Dordrecht, Boston, London, 1995, p. 607; STROZZI, “Atti di Stato” esteri e giurisdizioni di “common law”, in *Comunicazioni e studi*, 1966, vol. 12, p. 571; TYSHOW, *Informal Foreign Affairs Formalism: the Act of State Doctrine*, in *Virginia Journal of Int. Law*, 2002, vol. 43, p. 275 ss..

¹⁶⁵ V. Corte di appello del quinto circuito, 8 luglio 1985, *William F. Callejo v. Bancomer S.A.*, in *Int. Legal Materials*, 1985, vol. 24, p. 1059.

¹⁶⁶ Un provvedimento cubano del 1960 aveva disposto l'espropriazione di tutti i beni appartenenti a società controllate da cittadini statunitensi. Una di tali società aveva stipulato, nel periodo immediatamente precedente, contratti di compravendita di zucchero con un mediatore di New York. Per ottenere l'autorizzazione necessaria per poter esportare la merce, quest'ultimo stipulò poi con l'ente pubblico cubano, sorto dalla nazionalizzazione, un contratto analogo a quello concluso con la società statunitense. Quando il carico venne trasferito negli Stati Uniti e venduto, il mediatore trasferì il ricavato alla società cubana che aveva subito l'espropriazione, in persona del curatore che nel frattempo era stato nominato. L'ente pubblico cubano agì allora innanzi alla Corte distrettuale di New York per ottenere il prezzo della vendita. Nei primi giudizi la Corte distrettuale e la Corte di appello del secondo circuito respinsero la domanda poiché non attribuirono alcun effetto al provvedimento di espropriazione in quanto privo di indennizzo, discriminatorio e quindi internazionalmente illecito. V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 31 marzo 1961, *Banco National de Cuba v. Sabatino*; Corte di appello del secondo circuito, 6 luglio 1962, *Banco National de Cuba v. Sabatino*, in www.westlawinternational.com. Tali decisioni vennero riformate dalla Corte suprema degli Stati Uniti sulla base della dottrina dell'*Act of State*. V. Corte suprema degli Stati Uniti, 23 marzo 1964, *Banco National de Cuba*

Le più recenti decisioni della Corte suprema costruiscono la regola come una eccezione preliminare di merito differenziandosi dalle prime pronunce, forse influenzate dal tenore letterale della formula del giudice Fuller (“*the courts will not sit in judgement*”), secondo cui la norma sarebbe invocabile come eccezione di rito ed escluderebbe la giurisdizione dei giudici statunitensi (*rule of judicial abstention*)¹⁶⁷.

In base all’indirizzo attualmente prevalente - operando la regola secondo un meccanismo analogo a quello di una norma di conflitto - l’atto dello Stato estero deve costituire la base della decisione che venga richiesta ai giudici interni in relazione ai rapporti sui quali esso incida (*choice of law approach*).

Le corti operano, in altri termini, un “riconoscimento” della applicabilità dell’atto dello Stato estero in ragione della deferenza dovuta all’esercizio di un potere statale, diretto a realizzare la complessiva attività di governo della comunità stanziata sul territorio¹⁶⁸, e, si astengono, *in limine litis*, da qualsiasi valutazione dell’atto.

Nei sistemi a tradizione giuridica romanistica, invece, l’applicazione della regola, che assume la denominazione di “teoria dell’atto politico”, si è concretizzata nella tendenza a limitare l’estensione della giurisdizione sugli atti sovrani stranieri¹⁶⁹.

In dottrina, il Luzzatto ha individuato il fondamento giuridico della dottrina dell’*Act of State* nella norma di diritto internazionale che riconosce a ciascuno Stato il diritto di intervenire nella disciplina giuridica della vita sociale svolgentesi nel proprio ambito territoriale con propri atti; a questo fine, la dottrina dell’*Act of State* e la norma sulla immunità dalla giurisdizione civile costituiscono due possibili forme di adempimento dell’obbligo di astenersi dal sindacato degli atti stranieri, gravante

v. Sabatino, in *Int. Law Reports*, vol. 35 p. 2. A quella pronuncia si deve la moderna formulazione della regola: “[R]ather than laying down or reaffirming an inflexible and all-encompassing rule in this case, we decide only that the Judicial Branch will not examine the validity of a taking of property within its own territory by a foreign sovereign government, extant and recognized by this country at the time of suit, in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles, even if the complaint alleges that the taking violates customary international law”. Poiché la pronuncia aveva sollevato un ampio dibattito politico sulla vicenda, il Congresso modificò con la Public Law 88 – 633 del 1964 e con la Public Law 89 -171 del 6 settembre 1965 il *Foreign Assistance Act* del 1961. L’emendamento Hickenlooper escludeva l’applicabilità della dottrina dell’*Act of State* agli atti di espropriazione posti in essere in violazione del diritto internazionale. Una applicazione retroattiva della norma, consentì alla Corte distrettuale di New York di ribaltare la pronuncia resa dalla Corte suprema degli Stati Uniti.

¹⁶⁷ V. DELLAPENNA, cit., p. 566.

¹⁶⁸ V. Corte suprema degli Stati Uniti, 24 maggio 1976, *Alfred Dunhill of London Hill Inc. v. Cuba*, in *Int. Law Reports*, vol. 66, p. 212; Corte suprema degli Stati Uniti, 7 giugno 1972, *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, in www.westlawinternational.com.

¹⁶⁹ V. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 233; LUZZATTO, op. cit., p. 230. V. Cassazione civile (sez. un.), 5 giugno 2002, n. 8157 (ord.), *Presidenza del Consiglio c. Markovic e altri*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 799 ss. con nota di Ronzitti; FRULLI, *When are States Liable towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Markovic Case*, in *Journal of Int. Criminal Justice*, 2003, p. 406 ss. Nel caso in esame, la Corte ha dichiarato il difetto di giurisdizione rispetto alla domanda di risarcimento del danno proposta nei confronti della Repubblica italiana, quale Stato membro della NATO, dalle vittime dei bombardamenti di Belgrado. La Corte ha, infatti, ritenuto che le corti italiane non possono sindacare le modalità di conduzione delle attività di ostilità bellica, tra cui la guerra aerea, in quanto esse rientrano tra i c.d. atti di Governo.

sullo Stato del foro: la norma sulla immunità impedisce alla corte nazionale di radicare la propria giurisdizione rispetto ad uno Stato straniero mentre la regola dell'*Act of State* è una eccezione di merito.

L'opinione prevalente, tuttavia, è che la norma non sia imposta dal diritto internazionale ma rappresenti un principio di diritto interno che si risolve in una sorta di *self restraint* delle corti, giustificata dalla necessità di non creare imbarazzo al proprio Governo nei rapporti con gli Stati esteri¹⁷⁰.

L'ambito materiale di applicazione della dottrina dell'*Act of State* è limitato da alcune eccezioni di origine legislativa: l'*Hickenlooper Amendment* ha modificato il *Foreign Assistance Act* del 1964 in modo da escludere l'applicazione della dottrina agli atti di espropriazione in violazione del diritto internazionale; il *New Judicial Improvements and Access to Justice Act* del 1988 esclude l'applicazione della regola all'*enforcement* di decisioni arbitrali; l'*Helms Burton Act* del 1996 introduce una ulteriore eccezione rispetto alle azioni civili nei confronti di chi commercializzi beni, appartenenti a cittadini statunitensi, confiscati da Cuba sul proprio territorio¹⁷¹.

Anche in via giurisprudenziale, sono state elaborate ulteriori limitazioni come la rinuncia alla applicazione della regola, espressa da un rappresentante dell'esecutivo dello Stato estero¹⁷², l'esclusione della regola disposta in un trattato¹⁷³, il carattere commerciale della atto statale¹⁷⁴ e la c.d. *territorial limitation* la quale esclude che la teoria possa essere applicata ad atti dello Stato straniero che producano effetti anche sul territorio di altri Stati.

3.2.- L'applicazione della dottrina alle operazioni di prestito internazionale: il caso *Allied Bank v. Banco Credito Agricola de Cartago*.

Nelle controversie relative ai prestiti internazionali, l'eccezione è stata sollevata nelle ipotesi in cui l'inadempimento nel pagamento delle somme dovute ai *bondholders*, in conto capitale o a titolo di interesse, era stato determinato da provvedimenti dello Stato debitore aventi per oggetto la sospensione dei pagamenti verso l'estero ovvero la restrizione della convertibilità della valuta nazionale con quella straniera (*exchange control measures*).

¹⁷⁰ V. CONFORTI, op. ult. cit., p. 233.

¹⁷¹ V. *Foreign Assistance Act 1965*, in www.usaid.gov; *New Judicial Improvements and Access to Justice Act*, 9 U.S.C. § 15, 1988; *Helms Burton Act*, 22 U.S.C., par. 6081 – 6085, 1996.

¹⁷² V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 11 luglio 1979, *Dominicus Americana Bohio v. Gulf & Western Industries*, in www.westlawinternational.com; Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 12 novembre 1984, *Sharon v. Time Inc.*, in www.westlawinternational.com.

¹⁷³ V. Corte suprema degli Stati Uniti, *Banco National de Cuba v. Sabatino*, cit., p. 2.; Corte distrettuale del distretto di Columbia, 17 marzo 1999, *McKesson Corp. V. Iran*, in www.westlawinternational.com; Corte suprema degli Stati Uniti, 6 ottobre 1964, *Menzel v. List*, in www.westlawinternational.com.

¹⁷⁴ La teoria venne elaborata dal giudice Byron White in Corte suprema degli Stati Uniti, *Alfred Dunhill of London Inc. v Cuba*, cit., p. 212 ss.

La pronuncia della Corte di appello del secondo distretto relativa al caso *Allied Bank v. Banco de Credito Agricola de Cartago and others (on rehiring)* indica, ancor oggi, i limiti entro i quali le corti statunitensi applicano la dottrina alle operazioni di prestito internazionale¹⁷⁵.

Quale conseguenza di una grave crisi finanziaria, nel 1981, le autorità del Costarica adottarono gravi misure di emergenza: il 26 agosto 1981, la Banca centrale vietò il pagamento dei debiti contratti all'estero in valuta straniera, ad eccezione dei pagamenti dovuti alle organizzazioni finanziarie internazionali mentre il 6 novembre dello stesso anno, un decreto del presidente del Costarica condizionò i pagamenti esteri all'autorizzazione della Banca centrale, previo parere del ministro delle finanze, giustificando le misure con l'esigenza dello Stato di completare un processo di rinegoziazione del debito; per l'effetto di tali provvedimenti, tre banche, controllate dal Costarica, non pagarono le somme dovute ad un sindacato di banche statunitensi titolari di note di credito.

Quando il sindacato di creditori, per mezzo del proprio rappresentante e *Paying Agent, Allied Bank*, chiese, innanzi alla Corte distrettuale di New York, la decadenza del debitore dal termine ed l'immediato pagamento dell'intero ammontare dovuto, gli enti convenuti artolarono, tra le eccezioni, anche l'*Act of State Doctrine*.

Durante il giudizio di primo grado, il Costarica rinegoziò i termini del debito originariamente contratto e raggiunse un accordo con la quasi totalità delle banche appartenenti al sindacato con la sola eccezione della *Fidelity Union Trust Co.* la quale non rinunciò alle proprie pretese e continuò il giudizio.

Dopo che, nei primi gradi di giudizio, la Corte distrettuale di New York e la Corte di appello del secondo circuito avevano rigettato la domanda dell'attore sulla base, rispettivamente, della dottrina dell'*Act of State* e dell'*International comity*¹⁷⁶, la Corte di appello ha accolto, l'istanza di revisione del proprio precedente giudizio presentata dalla *Fidelity Trust Co.* ed ha escluso l'applicazione, al caso di specie, della dottrina dell'*Act of State* sulla base della c.d. eccezione territoriale.

In via preliminare, nell'espone il proprio ragionamento, la Corte ha ribadito che "*the judicially created doctrine is not jurisdictional; it is a rule of decision under which an act meeting the definition ... is binding on the court.*" ed ha richiamato quanto affermato dalla Corte suprema statunitense nel caso *Sabatino*: "*the Act of State doctrine forecloses judicial inquiry into the validity of foreign seizures only when there is "a taking of property within its own territory by a foreign sovereign government"*".

¹⁷⁵ Corte di appello del secondo circuito, 18 marzo 1985, *Allied Bank Ltd v. Banco de Credito Agricola de Cartago and others (on rehiring)*, in *Int. Legal Materials*, 1985, vol. 24, p. 767 ss.

¹⁷⁶V., rispettivamente, Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 8 luglio 1983, in www.westlawinternational.com; Corte di appello del secondo circuito, 23 aprile 1984, *Allied Bank v. Banco de Credito Agricola de Cartago and others*, in *Int. Legal Materials*, vol. 23, 1984, p. 746.

Ciò postulato, la Corte ha equiparato l'atto dello Stato del Costarica che disponeva la sospensione dei pagamenti esteri ad un atto di espropriazione ed ha considerato una "*immaterial property*", suscettibile di espropriazione, il diritto di ottenere il pagamento delle somme precedentemente mutate dalle banche creditrici, in conformità al contratto di prestito; secondo la Corte, qualora il decreto presidenziale fosse stato efficace negli Stati Uniti, i diritti dei creditori si sarebbero estinti.

In considerazione della descritta analogia, l'applicazione della regola dell'*Act of State* dipende dalla prova - raggiungibile sulla base della localizzazione del debito al momento dell'adozione dei provvedimenti dello Stato estero (*situs of debt*) - che gli atti confiscatori non abbiano effetto extraterritoriale.

Poiché la localizzazione di un bene immateriale, come il diritto alla restituzione delle somme mutate, è notevolmente più complessa rispetto all'individuazione di beni materiali, la Corte ha proposto, a tal fine, l'utilizzazione dei metodi interpretativi del "*complete fruition of dominion*" e della "*jurisdiction over the debtor*": in base al primo criterio, il debito si trova sul territorio dello Stato confiscante e, conseguentemente, il provvedimento straniero non è extraterritoriale, se lo Stato che lo pone in essere ha il potere di dare completa esecuzione all'atto in questione sul proprio territorio; il secondo *test* individua il *situs* del debito nello Stato cui spetti la giurisdizione sul debitore e, pertanto, esclude l'applicazione dell'*Act of State doctrine* nei casi in cui la giurisdizione sul debitore spetti allo Stato che ha adottato i provvedimenti confiscatori.

Nel caso in esame, l'applicazione della dottrina dell'*Act of State* doveva essere esclusa sulla base di entrambi i test:

- 1) Il decreto del presidente del Costarica non era di per sé sufficiente a determinare l'estinzione dell'obbligo di pagare, a New York ed in dollari, *Allied Bank Limited*, *Agent* del sindacato di banche.
- 2) La giurisdizione sulle banche del Costarica spettava ai giudici statunitensi come risultava dall'applicazione del criterio del collegamento più stretto: i negoziati si erano svolti negli Stati Uniti, l'*Agent* del sindacato di banche si trovava a New York, la legge applicabile era la legge dello Stato di New York.

Per tali motivi, la sospensione dei pagamenti esteri non poteva essere qualificata come una espropriazione eseguita dallo Stato estero all'interno del proprio territorio e, pertanto, la regola dell'*Act of State* non era applicabile.

Nel caso *Libra Bank v. Banco Nacional de Costarica* - ove un altro gruppo di banche aveva agito in giudizio per far valere l'inadempimento, determinato dai sopra descritti provvedimenti del governo del Costarica, di una banca di proprietà statale, il *Banco Nacional de Costarica*, la Corte ha localizzato il debito per cui era controversia negli Stati Uniti, basandosi principalmente sul criterio

della *jurisdiction over debtor* e, per l'effetto, ha rigettato l'eccezione fondata sulla dottrina dell'*Act of State*: secondo i termini del regolamento di emissione, era applicabile la legge dello Stato di *New York*, la Corte distrettuale di *New York* era indicata come foro competente, la Banca del Costarica si impegnava ad effettuare i pagamenti presso la banca internazionale *Chase Manhattan* di *New York*. Anche nei recenti casi, successivi all'ultimo *default* della Repubblica argentina, la Corte distrettuale di *New York* ha escluso l'applicabilità della dottrina dell'*Act of State* sulla base delle indicazioni fornite dai citati precedenti¹⁷⁷.

Nel caso *Lightwater and others v. Republic of Argentina*, lo Stato, convenuto dai *bondholders* statunitensi al fine di ottenere una sentenza di condanna dello stesso al pagamento delle somme dovute a titolo di capitale e di interessi su alcuni titoli obbligazionari emessi sul mercato secondario, ha chiesto il rigetto della domanda sostenendo l'insindacabilità del decreto presidenziale n. 73 del 2002 che aveva disposto la sospensione dei pagamenti esteri argentini.

La Corte distrettuale, richiamando il precedente costituito dalla pronuncia relativa al caso *Allied Bank*, ha escluso l'applicazione della dottrina dell'*Act of State* poiché il provvedimento dello Stato estero aveva un effetto extraterritoriale: il debito controverso, infatti, andava localizzato nello Stato di cittadinanza dei possessori dei *bonds*, ovvero gli Stati Uniti¹⁷⁸.

Diverso esito hanno, invece, avuto le controversie sorte negli Stati Uniti relativamente alle misure di controllo dei tassi di cambio adottate dal Messico le quali avevano causato l'inadempimento di alcune banche messicane verso gli intestatari di alcuni depositi bancari; le banche messicane, infatti, erano obbligate per legge a restituire le somme, originariamente depositate in dollari, in pesos e ad un tasso di cambio pretoriamente stabilito.

Nelle pronunce, seguite alle azioni dei creditori privati che avevano subito un pregiudizio patrimoniale per effetto dello sfavorevole conversione dei dollari depositati in pesos, i provvedimenti messicani sono stati considerati atti posti in essere all'interno del territorio dello Stato estero, visto che, al momento dell'adozione delle misure valutarie, le somme controverse

¹⁷⁷ V. Corte distrettuale del distretto meridionale, *Lightwater v. Republic of Argentina*, cit.

¹⁷⁸ V. Corte distrettuale del distretto meridionale, *Lightwater v. Republic of Argentina*, cit.: "The Act of State Defence. The Republic asserts that all three plaintiffs are barred from recovery, because the Republic's actions in halting payments on the bonds constituted "acts of state" which this court must defer to. However, the Republic basically concedes that its argument runs contrary to the decision in *Allied Bank Int'l v. Banco Credito Agricola*, 757 F.2d 516 (2d Cir.1985). Recognizing that act of state doctrine applies only to actions of a nation within its territory, *Allied Bank* held that bonds obligations have their situs where the bondholders are located. An act of a nation in failing to make payments on bonds held in other countries does not constitute an act of state dealing with property located within the nation. Thus, according to Second Circuit law, the act of state doctrine is not a defence to plaintiffs' claims in this case. The Republic concedes that it is only posing this defence with a view to possible review by the United States Supreme Court."

erano depositate in Messico; le domande di titolari dei depositi sono state, dunque, respinte in ragione della dottrina dell'*Act of State*¹⁷⁹.

4.- *International Comity.*

L'*International Comity* è un principio di origine giurisprudenziale che nella sua formulazione originaria, risalente al caso *Hilton v. Guyot*, prevede, al fine di promuovere la cooperazione tra gli Stati ed il rispetto della reciproca dignità, il riconoscimento sul territorio dello Stato del foro degli atti del potere legislativo, esecutivo o giudiziario di un altro Stato¹⁸⁰.

A differenza della dottrina dell'atto di stato, l'*International comity* consente il riconoscimento di provvedimenti dell'ente sovrano estero aventi effetto extraterritoriale, a condizione che questi ultimi siano compatibili con la legge e gli indirizzi politici degli Stati Uniti¹⁸¹.

Il principio, che non viene considerato una vera e propria *rule of law*, attribuisce ai giudici statunitensi una ampia discrezionalità nel valutare circostanze pratiche ("*rule of practice, convenience and expediency*") rilevanti nella gestione delle relazioni internazionali.

Nelle numerose e significative manifestazioni della prassi, gli Stati in *default* hanno invocato questa eccezione di merito per ottenere un riconoscimento giudiziale del proprio sforzo di rinegoziare i termini delle obbligazioni assunte nei confronti dei privati e dichiarate, appunto, in *default*: gli Stati debitori hanno, pertanto, chiesto in giudizio, la chiusura o la sospensione dei procedimenti giudiziari, avviati dai creditori al fine di ottenere la condanna dello Stato inadempiente, sull'assunto che il pagamento del capitale e degli interessi dovuti avrebbe irrimediabilmente pregiudicato il processo di ristrutturazione del debito commerciale.

Come sopra anticipato, nel caso *Allied Bank Ltd v. Banco Credito Agricola de Cartago*, la Corte di appello del secondo circuito, nella decisione che è stata poi ribaltata nel successivo giudizio di *rehiring*, ha rigettato la domanda dell'attore sulla base del *Comity*.

La pronuncia, alla quale è stata dedicata notevole attenzione per i principi espressi, potenzialmente eversivi rispetto alle regole tradizionali dei mercati internazionali del debito di Stato, ha ritenuto che la moratoria dei pagamenti esteri, decisa dal governo del Costarica, potesse essere riconosciuta

¹⁷⁹ V. Corte distrettuale di New York, 16 luglio 1985, *Callejo v. Bancomer*, in *Int. Legal Materials*, vol. 24, 1985, p. 1050 ss. In senso conforme, v. Corte di appello del secondo circuito, 20 maggio 1985, *Braka v. Bancomer, S. A.*, in *Int. Legal Materials*, 1985, vol. 24, p. 1047 ss.; Corte di appello del nono circuito, 6 gennaio 1987, *West and others v. Multibanco Comermex, S.A.*, in *Int. Law Reports*, vol. 79, 1984, p. 187 ss.

¹⁸⁰ V. *Hilton v. Guyot*, 159 US 113 (1895).

¹⁸¹ Secondo il Restatement (Third) of Foreign Relations Law (1987), par. 403, sec. 2(e) "*the foregoing suggest that there is ample precedent from various branches of law that would support the application of a comity defence in the International debt context*".

anche nell'ordinamento del foro, in quanto conforme al diritto degli Stati Uniti ed alla sua politica estera.

Nella parte più ardita della pronuncia, la Corte ha rilevato una analogia tra le misure adottate dalle autorità del Costarica, la sospensione dei pagamenti esteri, e le procedure previste dal capitolo 11 del *Bankruptcy Code* statunitense a beneficio di quella società in difficoltà che facesse domanda di ristrutturazione del debito¹⁸².

Il capitolo 11, in particolare, dispone la sospensione automatica di tutte le azioni giudiziarie nei confronti della società in difficoltà registrata, per consentirle la predisposizione di un piano per il risanamento dei propri debiti¹⁸³.

Per motivare la decisione, la Corte di appello ha definito la sospensione dei pagamenti esteri un semplice rinvio dei pagamenti attraverso il quale il debitore cercava di rinegoziare in buona fede le proprie obbligazioni ("*merely a deferral of payments while the debtor attempted in good faith to renegotiate its obligations.*") ed ha sostenuto la compatibilità dei provvedimenti del governo del Costarica con la politica del Governo statunitense in materia di debito: quest'ultimo, infatti, nel corso della metà degli anni '80, aveva seguito, in conformità alle politiche del Fondo monetario internazionale, un approccio cooperativo volto a risolvere il problema del debito internazionale ed aveva sostenuto il processo di rinegoziazione del debito contratto dal Costarica con gli Stati e le Organizzazioni internazionali.

L'allora presidente Ronald Reagan aveva affermato, in una dichiarazione resa innanzi al Congresso, la necessità di continuare ad erogare prestiti a beneficio del Costarica, in applicazione del *Foreign Assistance Act*, anche se la condotta delle autorità del Costarica avrebbe normalmente scoraggiato i privati dal concludere nuovi contratti di prestito.

Il Congresso degli Stati Uniti, inoltre, aveva reso un giudizio favorevole sulle misure di risanamento economico adottate dal Costarica tanto che il rappresentante degli Stati Uniti aveva sottoscritto nel quadro del Club di Parigi una intesa, avente valore programmatico, diretta a promuovere la rinegoziazione del debito pubblico dello Stato americano su scala bilaterale.

L'equiparazione dello Stato debitore ad una qualsiasi società statunitense, rispetto al regime previsto dal *Bankruptcy code*, sconvolse il mondo della finanza statunitense che temeva la perdita di credibilità degli Stati Uniti quale Paese guida nelle operazioni di prestito internazionali.

¹⁸² V. Corte di appello del secondo circuito, 23 aprile 1984, *Allied Bank Ltd v. Banco Credito Agricola de Cartago*, in *Int. Legal Material*, vol. 23, 1984, p. 768. "*Costa Rica's prohibition of payment of its external debt is analogous to the reorganization of a business pursuant to Chapter 11 of our Bankruptcy Code. Under Chapter 11, all collection actions against a business filing an application for reorganization are automatically stayed to allow the business to prepare an acceptable plan for reorganization of its debt*".

¹⁸³V. United States Bankruptcy Code, USC §362 (1979).

Per tale ragione, quando la *Fidelity Union Trust Co.* chiese la revisione del giudizio della Corte di appello, il Governo degli Stati Uniti e la *New York Clearing House Association* intervennero in giudizio in qualità di “*Amici Curiae*” e depositarono memorie.

Riportandosi alle argomentazioni fornite dal governo statunitense, nel secondo giudizio, la Corte di appello del secondo circuito ha rivisto radicalmente la propria precedente posizione ed ha accolto la domanda della *Fidelity Union Trust* diretta ad ottenere un *summary judgment*¹⁸⁴.

Nel valutare l'applicazione precedentemente fatta dell'*International Comity*, la Corte dichiara di aver male interpretato la politica degli Stati Uniti e distingue le problematiche relative al debito statale privato da quelle inerenti al debito pubblico.

Mentre, in materia di debito pubblico, esistono - secondo la Corte - meccanismi intergovernativi di soluzione delle crisi debitorie, rispetto ai debiti privati la sospensione dei pagamenti esteri, disposta dal Costarica, andrebbe equiparata ad un tentativo di ripudio dei debiti commerciali.

Se la Corte d'appello avesse riconosciuto gli effetti dei provvedimenti, che impediscono alla Banca centrale del Costarica di autorizzare i pagamenti dovuti in dollari statunitensi, avrebbe finito per autorizzare una violazione degli obblighi contrattuali spontaneamente assunti dalla parti.

La pronuncia ha contribuito a definire i principi ancora oggi applicate dalla corti statunitensi, chiamate a sindacare la validità degli atti di moratoria dei debiti esteri disposti dagli Stati: anche se gli Stati Uniti promuovono la soluzione delle controversie relative al debito privato attraverso la cooperazione ed i negoziati con i creditori, viene considerato interesse primario che i diritti di credito, derivanti da un contratto di prestito, rimangano validi ed esigibili nelle corti statunitensi poiché qualsiasi affievolimento del principio della vincolatività dei contratti tra le parti finirebbe per rendere meno certe le transazioni commerciali internazionali¹⁸⁵.

Anche la constatazione che difficilmente lo Stato condannato sarebbe, comunque, in grado di eseguire la sentenza, non viene considerato un motivo valido per rifiutare una pronuncia di condanna per inadempimento¹⁸⁶.

¹⁸⁴ V. Corte di appello del secondo circuito, *Allied Bank Ltd v. Banco de Credito Agrícola de Cartago and others (on rehiring)*, cit. p. 767.

¹⁸⁵ V., in questo senso, la Memoria del governo degli Stati Uniti “*The United States supports the cooperative and negotiated resolution of International debt problems within a context in which legal principles require enforcement of international loan agreements. Substantial alteration of these legal principles changes expectations in a way that renders contractual relations less certain, thereby discouraging further lending. Moreover, establishment of a new judicial process for international restructuring may encourage debtor countries to rely on this process to obtain concessions from their creditors rather than to negotiate lasting solutions to their financial problems*”.

¹⁸⁶ In proposito, nel caso *National Union Fire Insurance Co. v. The Republic of Congo*, 22 dicembre 1989, in www.westlawinternational.com, la Corte distrettuale del distretto meridionale di New York ha riconosciuto un giudizio, reso dalla *Court of Justice* di Londra, la quale condannava la Repubblica del Congo per non aver pagato le somme dovute in ragione del rilascio di alcune note di credito. Nelle proprie difese, lo Stato africano sosteneva che la pronuncia inglese era contraria all'ordine pubblico ed al diritto internazionale perché interferiva negativamente sull'accordo di rinegoziazione dei debiti commerciali concluso dal Congo nel quadro del Club di Parigi. La Corte federale ha rigettato

In casi più recenti di *default*, le Corti statunitensi hanno confermato e chiarito l'orientamento giurisprudenziale espresso in *Allied Bank Ltd.* Nel caso *Pravin Banker Associates Ltd. v. Banco Popular of Peru and The Republic of Peru*, la controversia trae origine dal default nel debito estero, dichiarato dallo Stato nel 1983: nel periodo compreso tra il 1983 ed il 1990, il Perù aveva in più occasioni rinegoziato i termini delle obbligazioni pecuniarie appartenenti a diverse categorie di debito ed oggetto di rinegoziazione erano stati anche i debiti assunti dal *Banco Popular del Perù*, e garantiti dal Perù, proprietario dell'ente, nei confronti della *Mellon Bank* (si trattava di 30 “*capital loans*” a breve termine).

Nel corso degli anni '90, la società *Pravin Banker* aveva acquistato sul mercato secondario, ad un prezzo inferiore al loro valore nominale (*discount*), una parte dei crediti vantati dalla *Mellon Bank* nei confronti del *Banco Popular del Perù* – che nel frattempo era stato dichiarato fallito - ed aveva agito in giudizio negli Stati Uniti, per ottenere il pagamento del valore nominale e degli interessi dei titoli acquistati, con una operazione dalle forti connotazioni speculative.

L'azione del creditore era stata proposta quando, l'allora Presidente peruviano Fujimori, rispettando gli impegni assunti nei confronti del Fondo monetario internazionale, aveva avviato un processo di risanamento della economia che gli avrebbe consentito di onorare più agevolmente le obbligazioni pecuniarie assunte.

Per favorire questa politica virtuosa, il *Bank Advisory Committee*, comitato formato dalle più importanti banche creditrici del Perù e del *Banco Popular*, conclusero un accordo scritto avente ad oggetto la sospensione di tutte le azioni giudiziarie precedentemente avviate per il recupero dei crediti.

La *Pravin Banker* aveva, comunque, rifiutato sia di partecipare al procedimento di liquidazione del *Banco Popular* sia alla negoziazione tra *Bank Advisory Committee* e Perù ed aveva continuato il giudizio radicato innanzi alla Corte distrettuale di New York.

Costituendosi in giudizio, il Perù aveva, tra l'altro, invocato il principio dell'*International Comity*, al fine di chiedere il rigetto della domanda ovvero, in subordine, la sospensione del procedimento ed aveva motivato la domanda con l'argomento che la pronuncia di un *summary judgement* di condanna avrebbe pregiudicato il processo di rinegoziazione del debito.

La Corte distrettuale concesse una sospensione di 6 mesi del procedimento per consentire il sereno svolgimento del procedimento di liquidazione della banca debitrice¹⁸⁷ ed un ulteriore periodo di 60

l'argomento rilevando che il mero riconoscimento che una pronuncia di condanna possa pregiudicare uno Stato debitore non rende l'azione per far valere un diritto di credito illegittima.

¹⁸⁷ V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 24 febbraio 1994, *Pravin Banker Assocs., Ltd. v. Banco Popular del Peru (Pravin I)*, in www.westlawinternational.com.

giorni¹⁸⁸ per acquisire ulteriori informazioni circa lo stato dell'arte del processo di rinegoziazione del debito peruviano.

Scaduto questo termine, dopo che le Parti processuali rinnovavano le domande originariamente formulate, la Corte distrettuale pronunciava un *summary judgement* a favore della *Pravin Banker Associates* affermando che sia il rigetto della domanda, sia la sospensione del procedimento per favorire il completamento dei negoziati di riorganizzazione del debito, in accoglimento della eccezione dell'*International Comity*, sarebbero state decisioni contrarie alla *policy* statunitense in materia: se la breve sospensione del procedimento non aveva, in alcun modo, pregiudicato l'esigibilità del debito assunto dallo Stato, al contrario, la concessione di una sospensione del procedimento giudiziario, avrebbe trasformato il negoziato tra Perù e creditori, avente base volontaria, in un procedimento vincolante di liquidazione fallimentare che avrebbe escluso l'esercizio di qualsiasi diritto di azione al di fuori del negoziato medesimo¹⁸⁹.

A partire dal 2002, gli argomenti elaborati in questi precedenti giurisprudenziali sono stati ripresi nelle pronunce delle corti statunitensi, chiamate a decidere sulla analoga eccezione sollevata dalla Argentina convenuta per rispendere del default rispetto ad alcune serie di titoli obbligazionari.

Nel caso *Lightwater* e nel caso *EM LTD*, infatti, il giudice Griesa ha affermato che una sospensione a tempo indeterminato dei giudizi di merito contro l'Argentina, in attesa della ristrutturazione del debito di quello Stato, avrebbe pregiudicato l'esercizio del diritto d'azione dei ricorrenti e li avrebbe costretti a partecipare al processo di rinegoziazione pure in assenza di una loro espressa volontà (*judicially-enforced bankruptcy proceeding*)¹⁹⁰.

Una volta condannata l'Argentina con un *summary judgement*, la Corte ha, altresì, negato che l'*International Comity* consentisse una sospensione temporanea (*stay*) dell'esecutività del giudizio in considerazione del fatto che i tempi per il completamento del processo di ristrutturazione non sembravano certi¹⁹¹.

Un breve periodo di sospensione è stato, tuttavia, concesso in considerazione della necessità di evitare che i creditori, muniti di titolo esecutivo sulla base delle citate pronunce, si soddisfacessero

¹⁸⁸ V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 8 marzo 1995, *Pravin Banker Assocs., Ltd. v. Banco Popular del Peru*, in www.westlawinternational.com.

¹⁸⁹ V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 19 ottobre 1996, *Pravin Banker Assocs., Ltd. v. Banco Popular del Peru*, in www.westlawinternational.com. In appello, la Corte di appello del secondo circuito, 25 marzo 1997, in www.westlawinternational.com confermava il giudizio emesso in primo grado: "it would have converted what the United States intended to be voluntary and open-ended negotiations between Peru and its creditors into the equivalent of a judicially-enforced bankruptcy proceeding, for it would, in effect, have prohibited the exercise of legal rights outside of the negotiations".

¹⁹⁰ Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 14 aprile 2003, *Lightwater Corporation Limited v. Republic of Argentina, Summary Judgment*, cit.; Corte distrettuale statale del distretto meridionale di New York, 12 settembre 2003, *EM Ltd v. The Republic of Argentina, Summary Judgment*, cit.

¹⁹¹ La prima sospensione è stata disposta, per la durata di un mese, in data 14 aprile 2003 in occasione della pronuncia sul caso *Lightwater*, quindi è stato rinnovata il 12 settembre ed il 30 ottobre 2003 fino al 30 gennaio 2004.

mentre erano in attesa di registrazione due *collective actions* alle quali avevano partecipato un numero elevato di creditori.

4.1.- Considerazioni critiche. La limitata invocabilità dell'*International Comity* favorisce le strategie di *opting-out*.

La prevalenza dell'orientamento espresso nella prassi sintetizzata, esemplificata dalla pronuncia resa dalle Corti di appello del secondo circuito (*on rehiring*) nel caso *Allied Bank*, riduce notevolmente le possibilità dello Stato debitore di invocare con successo l'eccezione dell'*International Comity*.

Se, da un lato, innanzi ai giudici di *common law*, questa conclusione assicura la giustiziabilità delle pretese dei creditori privati nei confronti degli Stati inadempienti, dall'altro, favorisce le strategie speculative di quei *bondholders* che, non aderendo alle offerte statali di rinegoziazione dei titoli in default, agiscono in giudizio al fine di ottenere un trattamento più favorevole rispetto alla generalità dei creditori che abbiano, invece, accettato il nuovo regime giuridico dei titoli convertiti.

I c.d. "*Vulture Funds*" sono investitori professionali che coniugano il compimento di operazioni sul mercato secondario dei capitali con l'utilizzo spregiudicato delle azioni civili. Tali società, di regola, acquistano sul mercato secondario titoli obbligazionari di Stato ad un prezzo inferiore al loro valore nominale (*discount bonds*); quando lo Stato diventa inadempiente nel pagamento dei capitali e degli interessi dovuti sui titoli (*default*), le società non partecipano (*hold – out*), insieme agli altri creditori, alla ristrutturazione del debito ma attendono la rinegoziazione e l'eventuale *swap* dei titoli in *default* con nuovi titoli a tasso di interesse ridotto o dilazionato rispetto alle originali emissioni. Quindi, beneficiando delle c.d. clausole di accelerazione generalmente contenute nei regolamenti di emissione dei vecchi titoli, agiscono in giudizio per ottenere il pagamento dell'intero valore del titolo acquistato e dei relativi interessi.

Un volta ottenuta una sentenza di condanna al pagamento (si tratta generalmente di una somma superiore rispetto a quanto ottenuto dai creditori che avevano accettato l'offerta di scambio) ma anche con la semplice richiesta di misure cautelari, i *Vulture Funds* interferiscono sul buon esito della ristrutturazione.

In particolare, essi inducono lo Stato ad adempiere, cercando di ottenere provvedimenti di sequestro dei titoli in *default* o delle somme depositate dall'emittente presso la banca (*Paying Agent*) incaricata di effettuare i pagamenti degli interessi dovuti sui nuovi titoli emessi a seguito della rinegoziazione.

In quest'ultimo caso, i *Vulture Funds* fondano la domanda sulla c.d. *pari passu clause*, contenuta nei regolamenti di emissione dei titoli, interpretandola nel senso che tutti i creditori dello Stato emittente hanno diritto a ottenere una quota, proporzionale al proprio credito, di ogni pagamento effettuato dal debitore.

Alcuni esempi celebri sono rappresentati dai casi *Pravin Banker Associates Limited v. Banco Popular del Perú* ed *Elliott Associates LP v. Banco de la Nación y República del Perú*¹⁹². In questa ultima vicenda, alcuni creditori privati del Perù si rifiutarono di partecipare al processo di rinegoziazione di alcuni titoli di Stato in *default*. Una volta ottenuta una sentenza di condanna negli Stati Uniti, i ricorrenti attesero la conclusione del negoziato il quale portò alla parziale conversione del debito del Perù in titoli obbligazionari (i cd. *Brady bonds*) da immettere sui mercati finanziari. A questo punto, la società *Elliott Associates Ltd*, poiché l'agente finanziario (*Euroclear*) responsabile dei pagamenti del Perù aveva sede in Belgio, adirono la *Commercial Court* di Bruxelles chiedendo - sulla base della *pari passu clause* - l'inibizione dei pagamenti dovuti a titolo di interesse sui *Brady bonds* appena emessi.

L'accoglimento della domanda rischiò di provocare un nuovo *default* dello Stato sudamericano tanto che quest'ultimo fu costretto, in via transattiva, a pagare l'intero ammontare dovuto ai ricorrenti.

Questa ampia interpretazione della clausola *pari passu* è stata contestata in dottrina e non è stata sempre accolta dalle corti di merito. Nel marzo del 2004, in una vicenda analoga al caso *Elliott Associates*, la Corte di appello di Bruxelles ha rigettato una istanza della società *LNC* diretta a ottenere il blocco di tutti i pagamenti effettuati dal Nicaragua a beneficio dei *bondholders* che avevano rinegoziato alcuni titoli in *default*, fintanto che lo Stato non avesse destinato una parte di quelle somme agli altri creditori insoddisfatti che, invece, non avevano accettato lo *swap*. Secondo la Corte di appello, l'adozione di un provvedimento di inibizione nei confronti di *Euroclear* (*Paying Agent* del Nicaragua) avrebbe comportato una indebita interferenza sulla attività del *Paying Agent* e sul funzionamento del mercato¹⁹³.

¹⁹² V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, *Pravin Banker Assocs., Ltd. v. Banco Popular del Peru*, cit.; Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 6 agosto 1998, *Elliott Associates LP v. Banco de la Nación y República of Peru and Republic of Peru*, in www.westlawinternational.com.

¹⁹³ Una puntuale analisi della prassi citata è contenuta in ALFARO, *Creditor Activism in Sovereign Debt: "Vulture" Tactics or Market Backbone*, in *Harvard Business School Case Study*, 2006.

5.- Gli effetti della norma sullo stato di necessità di diritto internazionale: rinvio (v. cap. 1.9.)

6.- L'art. VIII, sez. 2 (b) dello Statuto del Fondo monetario internazionale.

Nella prassi giurisprudenziale interna, l'art. VIII, sez. 2 (b) dello Statuto del Fondo monetario internazionale è stato invocato dagli Stati debitori, convenuti in giudizio, quale causa di esclusione dell'obbligo di pagare le somme dovute ai creditori esteri sulla base di un contratto di prestito internazionale.

La norma - vincolante in forza dell'adattamento degli ordinamenti nazionali allo Statuto del Fondo monetario internazionale - renderebbe applicabili ai rapporti tra Stato debitore e privati creditori le misure di moratoria dei pagamenti in valuta estera ed i provvedimenti inerenti al tasso di cambio, incidenti sul contenuto dell'obbligo di pagamento dello Stato.

L'art. VIII, sez. 2 (b), la cui formulazione è stata considerata sibillina anche dai massimi esperti del diritto dell'organizzazione internazionale, dispone che *“i contratti di cambio (Exchange contract) concernenti la valuta di qualunque paese membro e che siano contrari ai regolamenti sul controllo dei cambi di quel paese membro, mantenute o istituite in conformità al presente accordo, non potranno essere applicate nei territori di qualsiasi Paese membro. Inoltre, i paesi membri possono, in base a reciproci accordi, cooperare a rendere più efficaci le disposizioni sul controllo dei cambi di qualsiasi paese membro, purché tali misure e disposizioni non siano contrarie al presente accordo”*¹⁹⁴.

In una decisione interpretativa dell'articolo, il Consiglio di Amministrazione del Fondo ha ribadito il valore vincolante della norma ed ha affermato, quale conseguenza di tale asserzione, che i giudici degli Stati membri del Fondo sarebbero stati obbligati a riconoscere l'efficacia delle misure valutarie dello Stato estero incidenti sui contratti di cambio, senza sollevare eccezioni fondate sul limite dell'ordine pubblico¹⁹⁵.

L'applicazione della regola pattizia ai contratti di prestito internazionale è resa difficoltosa dalla individuazione dell'ambito materiale di applicazione della norma e dalla disciplina dell'onere della prova.

¹⁹⁴ V. Accordo istitutivo del Fondo monetario internazionale, in *Codice del diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2002, p. 347.

¹⁹⁵ INTERNATIONAL MONETARY FUND, decision n. 446-4, 10 giugno 1949, in *Selected decisions*, 1965, p. 73 ss. “ *By accepting the Fund Agreement members have undertaken to make the principle mentioned above effectively part of their national law. This applied to all members, whether or not they have availed themselves of the transitional arrangements of Article XIV, sec. 2. An obvious result of the foregoing undertaking is that if a party to an Exchange contract of the kind referred to in art. VIII. sec. 2 (b) seeks to enforce a contract, the Tribunal of the member country before which proceedings are brought will not, on ground that they are contrary to the public policy (ordre public) of the forum, refuse recognition of the Exchange control regulations of the other member which are maintained or imposed consistently with the Fund Agreement*”.

Rispetto al primo profilo, si discute se l'art. VIII, sez. 2(b) debba essere riferito alle sole transazioni aventi ad oggetto lo scambio di una valuta di uno Stato con la moneta di un altro (c.d. pagamenti per operazioni correnti) oppure, in senso più ampio, riguardi contratti che prevedano un trasferimento di capitali¹⁹⁶; i fautori della interpretazione estensiva del termine “*exchange contract*” sostengono che esso andrebbe riferito a tutti i contratti che prevedano un “*exchange of resources*” fra Stati ed anche, dunque, ai contratti di prestito¹⁹⁷.

Circa l'efficacia della norma nel tempo, poi, gli uni sostengono che la regola abbia un carattere retroattivo ed escluda l'azionabilità in giudizio anche dei contratti di cambio conclusi prima dell'adozione dei provvedimenti valutari degli Stati debitori¹⁹⁸, gli altri, invece, ne limitano l'efficacia ai rapporti sorti successivamente¹⁹⁹.

Anche da un punto di vista probatorio è controverso se lo Stato che invoca l'applicabilità dell'art. VIII, sez. 2 (b) possa limitarsi a richiamarne il contenuto in giudizio oppure abbia anche l'onere di provare che le misure in materia valutaria, da esso adottate, siano conformi allo Statuto del Fondo monetario internazionale o, addirittura, siano state adottate previa autorizzazione degli organi competenti del Fondo monetario internazionale.

6.1.- Indagine della prassi.

Nella prassi statunitense, sviluppatasi soprattutto durante le crisi debitorie dei paesi dell'America latina degli anni '80, l'eccezione è stata sollevata sia in via autonoma, sia al fine di motivare l'eccezione dell'*International Comity*: gli atti dello Stato estero, efficaci negli Stati Uniti, dovevano ritenersi validi e compatibili con la politica estera statunitense anche sulla base di una norma di diritto internazionale pattizio vincolante per lo Stato del foro.

Nel caso *J. Zeevi & Sons Ltd v. Grindlays Bank (Uganda) Limited*, la Corte di appello del secondo circuito ha ritenuto che una nota di credito non potesse essere definita contratto di cambio, ai sensi dell'art. VIII, sez. 2 (b), poiché la transazione descritta dallo Statuto del Fondo monetario internazionale ha per oggetto lo scambio di valute e non il trasferimento di capitali; secondo la

¹⁹⁶ V. GOLD, *The Fund Agreement in the Courts*, Washington, 1986, vol. 3, p. 68; MANN, *The Legal Aspect of Money*⁶, Oxford, 2005.

¹⁹⁷ V. GOLD, cit., p. 68; MEYER, *Recognition of Exchange Controls after the International Monetary Fund Agreement*, in *Yale Law Journal*, 1953, p. 885 ss. WILLIAMS, *Extraterritorial Enforcement of Exchange Control Regulations under the International Monetary Fund Agreement*, in *Vanderbilt Journal of Int. Law*, 1975, p. 319 ss.

¹⁹⁸ V. GOLD, cit. p. 91.

¹⁹⁹ Contra, v. WHITEMAN, *Digest of International Law*, Washington, 1970, p. 555.

Corte una diversa interpretazione della Statuto del Fondo monetario si tradurrebbe in una violenza rispetto alla lettera del medesimo²⁰⁰.

Solo in un caso, la Corte federale della California ha fatto espresso riferimento all'art. VIII, sez. 2 (b) ed ha dichiarato non azionabile in giudizio - per il sopraggiunto intervento di alcune disposizioni valutarie dello Stato messicano - la pretesa di ottenere il pagamento di una polizza relativa ad un contratto di assicurazione.

Nel già citato caso *Libra Bank Ltd v. Banco Nacional de Costa Rica*, il Costarica aveva sostenuto che il provvedimento di moratoria dei pagamenti esteri, precedentemente disposto, era compatibile con la politica estera statunitense come dimostrava la circostanza che gli Stati Uniti avevano ratificato lo Statuto del Fondo monetario internazionale, impegnandosi a rispettare il portato dell'art. VIII, sez. 2 (b).

La Corte, dopo aver richiamato numerosi precedenti, ha escluso che un contratto di prestito che preveda l'obbligo di restituire le somme mutate in dollari, nello Stato di New York, potesse rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. VIII, sez. 2 (b).

Rilevando, tuttavia, che alcuni autori avevano optato per l'orientamento minoritario ed avevano sostenuto che un contratto di prestito potesse, invece, considerarsi un contratto di scambio ha verificato se potevano dirsi integrati, nel caso di specie, gli ulteriori presupposti per l'applicazione della norma pattizia ovvero la prova che le misure valutarie erano state prese in conformità allo Statuto del Fondo monetario e che c'era stata una preventiva autorizzazione del Fondo.

A conferma della vigenza del descritto presupposto applicativo, l'art. VII, sez. 3 (b) dello Statuto, subordina l'adozione di misure valutarie restrittive da parte di uno Stato membro ad una autorizzazione del Fondo, espressa previa consultazione.

La Corte, concludeva rigettando l'eccezione del Costarica perché quest'ultimo non aveva sufficientemente provato la compatibilità delle misure relative ai pagamenti esteri con le disposizioni dello Statuto.

Nelle controversie seguite al *default* della Repubblica argentina del 2002, alcuni tribunali tedeschi hanno escluso l'applicabilità dell'art. VIII, sez. 2 (b) ai contratti di prestito internazionali, ritenendo tale categoria non rientrante nell'ambito applicativo della norma.

Il Tribunale di Francoforte, ad esempio, ha ritenuto che *“le pretese relative a titoli obbligazionari azionate in giudizio nei confronti dell'Argentina non rientrano nell'ambito di applicazione della norma poiché si riferiscono a pagamenti dovuti nel quadro della circolazione internazionale dei capitali e non delle valute e pertanto non possono essere fatte valere di fronte ai giudici nazionali*

²⁰⁰ *“We are inclined to view an interpretation of subdivision (b) of section 2 that sweeps in all contracts affecting any members Exchange resources as doing considerable violence to the text of the section”*. V. Corte di appello del secondo circuito, *J. Zeevi & Sons Ltd v. Grindlays Bank (Uganda) Limited*, in www.westlawinternational.com.

anche qualora si ipotizzasse che la sospensione dei pagamenti dichiarata dalla Argentina, causa dell'inadempimento oggetto del giudizio, fosse stata una misura di politica valutaria accettata dal Fondo monetario internazionale²⁰¹”.

Nella recente pronuncia del 13 giugno 2006, la Corte di appello di Francoforte, ha confermato il giudizio di primo grado ed ha ritenuto che il disposto dell'art. VIII, sez. 2 (b) non possa essere invocato per ottenere la dichiarazione di inammissibilità della domanda.

Richiamando la citata pronuncia del tribunale di Francoforte, la Corte di appello ha affermato che i prestiti statali non sono assoggettati alle limitazioni che riguardano i contratti di cambio di cui allo Statuto del Fondo monetario internazionale, poiché *“l'emissione crea obblighi creditizi di lungo termine economicamente significativi (per l'emittente) che vanno considerati alla stregua di negozi di movimento di capitali, non soggetti alla suddetta disposizione dell'accordo IMF. Lo stesso vale per gli interessi indicati nelle condizioni di prestito.”*

La Corte, ammettendo, in via puramente teorica, l'invocabilità della norma qualora la moratoria dei pagamenti disposta dall'Argentina fosse stata autorizzata dal Fondo monetario internazionale, nel quadro di un programma di risanamento del Paese, ha escluso che tale circostanza si fosse verificata nel caso di specie ed ha rigettato l'eccezione²⁰².

²⁰¹ V. Tribunale di Francoforte sul Meno, 14 marzo 2003 (ord.), n. 294, in *WM*, p. 783.

²⁰² V. Corte di appello di Francoforte, 13 giugno 2006 (ord.), in <http://rolfjkoch.blogspot.com/>. *“Pertanto con queste premesse la convenuta non può invocare l'art. VIII Sezione 2 (b) dell'Accordo IMF, poiché da questo sono ricomprese soltanto quelle disposizioni sul controllo valutario che vengono mantenute in conformità con l'Accordo in seguito all'adesione dello Stato di emissione ovvero introdotte successivamente in seguito all'autorizzazione del F.M.I. (BGH del 22.2.1994, Az.: Xi ZR 16/93 = NJW 1994, 1868). La convenuta ha aderito al F.M.I. già il 20 settembre 1958. La moratoria di pagamento, qui in questione, sarebbe perciò conforme all'Accordo soltanto se la convenuta avesse previamente effettuato il tentativo di raggiungere l'approvazione da parte del F.M.I., in connessione alla proposta di un programma di risanamento. [...] Ma ciò non è stato fatto né risulta evidente da altre fonti”*.

Capitolo terzo

La soluzione delle controversie tra Stato debitore e privati creditori.

Indice: 1.- Premessa. 1.1.- La soluzione delle controversie secondo il diritto internazionale classico. 1.1.1.- L'uso della forza armata. 1.1.2.- Il ricorso alla protezione diplomatica. 1.1.3.- Indagine della prassi. 1.1.4.- L'evoluzione della protezione diplomatica alla luce delle disposizioni del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale. Indagine della prassi più recente. 2.- Dal diritto internazionale della coesistenza al diritto internazionale della cooperazione. La soluzione delle crisi debitorie e finanziarie dopo la fine della seconda guerra mondiale. 2.1.- Il Ruolo del Fondo monetario internazionale nella prevenzione e nella gestione delle crisi finanziarie e nella ristrutturazione del debito privato. 2.1.- Brevi considerazioni circa l'evoluzione delle funzioni del Fondo monetario internazionale. 2.2.- La competenza del Fondo monetario internazionale relativamente al debito privato degli Stati. 2.2.1.- Il c.d. *Seal of Approval* del F.M.I. 2.2.2.- L'assistenza finanziaria del Fondo. 2.2.3.- La funzione di sorveglianza del F.M.I. 2.2.4.- L'assistenza tecnica del Fondo monetario nella gestione delle crisi debitorie. 2.2.5.- Il ruolo svolto dal F.M.I. nella gestione della crisi argentina. 2.3.- Rinegoziazione del debito privato, prevenzione e soluzione delle crisi : uno *Statutory Approach* o un *Market Based Approach*? 2.5.- Ulteriori rilievi critici sul ruolo del Fondo nella soluzione delle crisi debitorie. 3.- Le riunioni del Vertice G7/G8 e la soluzione delle crisi finanziarie. 3.1.- Natura e *membership* delle riunioni del Vertice G7/G8. 3.2.- Analisi della prassi. 3.3.- Il ruolo certificativo e di indirizzo delle riunioni del Vertice G7/G8. 4.- La rinegoziazione del debito privato. Le principali clausole predisposte al fine di assicurare la parità di trattamento dei creditori. 4.1.- La *pari passu clause*. 4.2.- La *negative pledge clause*. 4.3. La *sharing clause*. 4.4.- Il *Club* di Londra. 5.- Rilievi critici circa l'utilizzabilità degli arbitrati I.C.S.I.D.

1.- Premessa.

Come emerge dalla prassi interna appena ricostruita, il ricorso ai giudici nazionali rappresenta un metodo di soluzione delle controversie, sorte tra Stato debitore e privati creditori, insufficiente sia ad assicurare la soddisfazione delle pretese creditorie, sia a contribuire alla soluzione delle crisi finanziarie che, ciclicamente, affliggono alcuni Stati destinatari degli investimenti.

Nel trattare analiticamente gli altri possibili metodi di soluzione delle controversie occasionate dall'inadempimento statale nel debito privato – il ricorso alla protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale dei creditori, la rinegoziazione delle condizioni del debito (anche nel quadro del *Club* di Londra), l'utilizzo degli arbitrati I.C.S.I.D. - occorre, in primo luogo, considerare i diversi contesti storici in cui il *default* dello Stato nel debito privato si è verificato.

Il mutare dell'ordinamento internazionale, naturale conseguenza del modificarsi della realtà socio – economica che ne costituisce il fondamento, infatti, ha determinato una evoluzione dell'approccio degli Stati alle crisi debitorie.

L'idoneità delle attuali crisi debitorie - che coinvolgono un numero ampio ed eterogeneo di operatori del mercato - a destabilizzare l'intero sistema finanziario internazionale e, per l'effetto, l'equilibrio delle bilance dei pagamenti degli Stati rende opportuna la trattazione e lo studio del ruolo del Fondo monetario internazionale nella prevenzione e nella gestione di tali crisi.

Verrà, infine, dedicata una notevole attenzione a quelle forme di cooperazione giuridica non istituzionalizzata quali sono le riunioni dei Vertici G7/G8 e le riunioni di alcuni Comitati tecnici finalizzate alla elaborazione di codici di condotta e *standards* che, in risposta alla crisi della

tradizionale concezione delle relazioni internazionali e della diplomazia plurilaterale, forniscono un contributo nuovo e soltanto parzialmente esplorato dalla dottrina e dai pratici, alla c.d. *governance* della finanza globale.

1.1.- La soluzione delle controversie secondo il diritto internazionale classico.

1.1.1. L'uso della forza armata.

La conclusione di contratti di prestito internazionali è divenuta, a partire dalla rivoluzione industriale di fine settecento, uno strumento di espansione economica e politica degli Stati nazionali dei creditori privati.

Alla fine dell'ottocento, l'attività di prestito delle banche dei maggiori Stati coloniali veniva sottoposta a specifici controlli e ad attenta regolamentazione, attività che si traduceva, spesso, in un controllo politico.

Considerazioni legate alle relazioni internazionali con i Paesi debitori, ad esempio, inducevano i Governi a fare pressioni sulle banche circa il rinnovamento o l'estinzione di linee di credito o l'indirizzamento degli investimenti verso alcuni Stati piuttosto che altri.

Nel Regno Unito, l'interferenza dell'esecutivo sulle operazioni di prestito veniva esercitata indirettamente, per mezzo della Banca di Inghilterra la quale forniva la valuta necessaria al compimento delle transazioni¹.

Le operazioni di prestito costituivano uno strumento di controllo e di interferenza sulle politiche degli Stati debitori da parte delle Potenze coloniali: il *default* nel debito privato dello Stato debitore consentiva allo Stato nazionale dei creditori di aumentare la propria influenza strategica sullo Stato inadempiente.

In circostanze, a dire il vero straordinarie, il *default* rispetto ad alcune emissioni obbligazionarie ha indotto lo Stato nazionale dei creditori ad intervenire, mediante l'uso della forza, per sostenere le pretese dei propri cittadini (c.d. *Gunboat Diplomacy*).

Nel 1860, il Messico aveva dichiarato il *default* nel debito contratto con creditori inglesi, spagnoli e francesi in ragione della grave crisi economica seguita alla rivoluzione che, nel 1857, aveva portato Juárez al potere.

Quando il Parlamento messicano rifiutò di approvare l'accordo che ribadiva l'impegno dello Stato messicano a far fronte ai propri debiti, il ministro inglese *Charles Wyke* autorizzò le navi da guerra,

¹ V., BORCHARD, WYNNE, *State Insolvency and Foreign Bondholders*, New Haven, 1951, p. 118.

stanziare sul Golfo del Messico, ad intervenire per imporre il pagamento degli interessi dovuti sulle emissioni; anche la Spagna e la Francia intervennero con la propria flotta.

A beneficiare dell'intervento armato fu soprattutto la Francia la quale approfittò della situazione per favorire la presa del potere da parte di Massimiliano che si sostituì a Juárez.

Il più celebre caso è, certamente, costituito dal blocco navale imposto al Venezuela da Germania, Gran Bretagna ed Italia nel 1902.

La rivoluzione venezuelana, infatti, non aveva soltanto determinato il *default* nel debito privato del Venezuela ma aveva, altresì, causato danni materiali e personali ai cittadini degli Stati esteri coinvolti nella vicenda.

Il rifiuto del dittatore Castro di accettare le proposte transattive dei *bondholders* spinse i rispettivi Stati nazionali a lanciare un *ultimatum* ed a sottoporre a blocco *La Guaiara* e *Puerto Cabello*; queste misure costrinsero il Capo di stato venezuelano ad accordarsi con i creditori.

I fatti appena esposti suscitarono la preoccupazione dei Paesi dell'America latina che vedevano messa a repentaglio la propria indipendenza dalla politica aggressiva europea; quale reazione alla vicenda, il Ministro degli esteri argentino Drago, nella nota di protesta inviata alle Potenze intervenute in Venezuela, propose la meglio nota "*dottrina Drago*" secondo la quale il *default* nel debito non poteva giustificare l'intervento armato degli Stati nazionali dei creditori né, tantomeno, l'occupazione del territorio americano da parte di uno Stato europeo.

Questo orientamento ha influenzato il contenuto della Convenzione *Drago Porter* del 1907 attraverso la quale gli Stati Parte si sono espressamente impegnati a non ricorrere all'uso della forza per il recupero di un debito ².

Secondo il diritto internazionale classico, il rilievo dell'individuo sul piano internazionale è estremamente limitato e viene principalmente definito dalla norma consuetudinaria sul trattamento dello straniero.

Il fine di proteggere l'individuo all'estero, pertanto, poteva essere realizzato solamente attraverso una *fictio iuris* secondo la quale il pregiudizio recato alla persona fisica o alla persona giuridica determinava, in realtà, un pregiudizio per lo Stato di nazionalità.

Nella prassi più risalente, la violazione dei diritti di credito dei privati è stata fatta valere soltanto, in via mediata, attraverso l'intervento, modulato a seconda delle circostanze politiche e fattuali concrete, dello Stato nazionale in protezione diplomatica.

² V. *Convention on the Limitation of Employment of Force for Recovery of Contracts Debt*, in *American Journal of Int. Law*, 1908, p. 78 ss. Successivamente, anche la Convenzione di Montevideo del 1933 conteneva il divieto per gli Stati Parte di ricorrere all'uso della forza per ottenere l'esecuzione di pretese contrattuali (*International Claims*). V. *Interamerican Convention on the Rights and Duties of States*, 26 dicembre 1933, art. 8.

1.1.2.- Il ricorso alla protezione diplomatica.

Secondo la concezione tradizionale, la protezione diplomatica costituisce un mezzo per tutelare un interesse diretto o un diritto di uno Stato che sia stato leso da un altro Stato attraverso un comportamento tenuto nei confronti di un individuo, cittadino del primo Stato o di una persona giuridica avente la nazionalità dello Stato leso³.

L'intervento in protezione diplomatica costituisce un diritto dello Stato che quest'ultimo può esercitare discrezionalmente qualora sia stata violata una norma di diritto internazionale in pregiudizio di persone fisiche o giuridiche (*protezione diplomatica strictu sensu*) oppure al fine di prevenire il verificarsi di un illecito internazionale (c.d. *Démarches diplomatiques* o *protezione diplomatica latu sensu*).

La Protezione diplomatica consiste in una serie di azioni statali come, ad esempio, la formulazione di proteste, la proposizione di richieste di inchiesta, l'avvio di negoziati, l'instaurazione di un giudizio arbitrale.

Le condizioni di esercizio della protezione diplomatica sono individuate dal diritto internazionale consuetudinario nel previo esaurimento dei ricorsi interni e nella presenza di uno speciale *link* tra lo Stato e le persone fisiche e giuridiche che abbiano subito un pregiudizio in ragione della condotta di uno Stato terzo.

Nell'individuare la "*nationality of claims*" vengono utilizzati criteri distinti: per le persone fisiche, sulla base dell'orientamento emerso nel caso *Nottebohm*, opera il criterio della cittadinanza mentre, per le persone giuridiche, il criterio prevalentemente utilizzato è quello della sede presso cui la persona giuridica viene costituita (*incorporation*)⁴.

I caratteri essenziali dell'istituto della protezione diplomatica, individuati sinteticamente sulla base del diritto internazionale classico, hanno subito una evoluzione determinata dalla acquisita rilevanza dei diritti dell'uomo nelle relazioni internazionali ed, in particolare, dalla circostanza che l'individuo è oramai considerato destinatario di una serie di diritti e di obblighi di diritto internazionale.

³ V. BARIATTI, *Protezione diplomatica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 12, 1997, p. 144 ss.; BORCHARD, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1970; CONDORELLI, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 5 ss.; *La Protection diplomatique: mutation contemporaines et pratique nationales* (a cura di Flauss), Bruxelles, 2003; MILANO, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?*, in *Netherlands Yearbook of Int. Law*, 2004, pp. 85 – 142; PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 86 ss.; RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2007, p. 349 ss; VERMEER-KONZLI, *As if: the Legal Fiction in Diplomatic Protection*, in *European Journal of Int. Law*, 2007, p. 37.

⁴ V. I.C.J., *Reports 1955*, *Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala)*, p. 4; I.C.J., *Reports 1970*, *Case Concerning the Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain) Judgement*, p. 4.

Prima di evidenziare i caratteri peculiari della norma attualmente vigente, sembra opportuno analizzare la prassi applicativa della regola rispetto alle vicende relative alle operazioni di prestito internazionale più datate.

1.1.3.- Indagine della prassi.

Rispetto alle ipotesi di *default* statale nel debito privato -nonostante il fatto che le richieste di intervento da parte dei creditori privati fossero sempre piuttosto pressanti e fossero espresse anche mediante petizioni o per mezzo della sollecitazione di dibattiti parlamentari - gli Stati nazionali dei creditori hanno seguito un approccio flessibile basato sul *case by case* e influenzato dai rapporti politici con gli enti sovrani debitori.

Questo approccio viene bene sintetizzato da una circolare inviata da *Lord Palmerston* ai diplomatici inglesi all'estero secondo la quale il ricorso a negoziati diplomatici per risolvere una crisi debitoria doveva essere considerato una scelta discrezionale del governo centrale⁵.

Oltre ai citati casi eccezionali in cui è stato fatto ricorso alla forza armata, gli Stati hanno utilizzato, nella prassi, diverse forme di interventi in protezione diplomatica diretti sia a prevenire che a risolvere una crisi debitoria.

Quando l'inadempimento dello Stato estero si traduceva in un ripudio o costituiva l'effetto della condotta in mala fede del debitore, gli Stati nazionali dei creditori hanno fatto ricorso a misure più incisive, spesso di carattere economico.

Una delle forme più usuali è costituita dalla adozione di atti normativi idonei a limitare la possibilità di quotare sul mercato finanziario nazionale i titoli emessi dallo Stato in *default*.

Nel *Caso dei Prestiti serbi*, ad esempio, il governo francese consentì la vendita dei titoli serbi solo a condizione che il *Paying Agent* fosse un rappresentante francese membro dell'*Autonomous Monopoly Administration*.

In altri casi, le banche, aventi sede nello Stato nazionale dei creditori, avevano interrotto i flussi finanziari a beneficio dello Stato in *default* fintanto che non fossero stati rinegoziati i debiti precedentemente contratti da quest'ultimo⁶.

In altre manifestazioni della prassi, il *default* statale nel debito privato ha indotto lo Stato nazionale dei creditori ad interrompere le relazioni diplomatiche.

⁵ "It is therefore simply a question of discretion with the British Government whether this matter should or should not be taken up by diplomatic negotiation and the decision of that question of discretion turns entirely on British and Domestic considerations". V. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, London, 1855, vol. 2, p. 9.

⁶ V. BORCHARD, WYNNE, op. cit. p. 253.

Nel 1938, il Governo britannico richiamò il proprio ambasciatore in Messico dopo che il governo messicano aveva espropriato alcuni giacimenti petroliferi.

Nel 1868, il Governo inglese interruppe le relazioni diplomatiche con il Messico poiché il governo messicano aveva sequestrato le somme spettanti ai *bondholders* inglesi sulla base dell'Accordo di Londra del 1851.

Queste forme di intervento in protezione diplomatica, tuttavia, costituiscono una eccezione.

La maggior parte degli Stati, infatti, considera il *default* nel debito una questione, primariamente di diritto interno, da risolversi, nelle sedi a ciò deputate, mediante il negoziato tra i creditori e lo Stato debitore.

Questa posizione è stata ribadita dagli Stati Uniti i quali, pur essendo disponibili a favorire i negoziati con lo Stato debitore, generalmente rifiutano di intervenire per promuovere l'esecuzione degli obblighi contrattuali assunti dallo Stato debitore salvo che l'inadempimento si traduca in una forma di discriminazione nei confronti dei cittadini statunitensi⁷.

In ragione di questo indirizzo, gli Stati hanno posto in essere interventi di *démarches diplomatique* oppure hanno prestato i propri *buoni uffici* per favorire la ripresa e l'adeguata conclusione dei negoziati.

Rispetto alla questione della prevenzione delle crisi, in determinate ipotesi, le proteste ufficiali del governo hanno impedito che un Paese debitore approvasse una legge di moratoria dei pagamenti oppure una conversione forzata del debito.

La minaccia del governo francese di chiudere il mercato alle nuove emissioni tunisine indusse il governo dello Stato africano a non adottare la conversione del proprio debito estero proposta⁸.

La prestazione di buoni uffici è la forma di intervento statale più ricorrente in tema di prestiti internazionali.

Gli Stati Uniti ed il Regno Unito, ad esempio, hanno promosso la formazione di comitati di creditori per favorire una complessiva e più agevole ristrutturazione dei debiti dello Stato estero.

In questo modo sono stati costituiti il *Council of Foreign Bondholders* statunitense, con sede a New York, ed il *British Corporation of Foreign Bondholders* i quali oltre a riunire i rappresentanti dei

⁷V. Dichiarazione dell'Assistente Segretario di Stato Welles, 14 giugno 1935, in HACKWORTH, *Digest of International Law*, Washington, 1943, vol. 5, pp. 625-626. "It is the traditional policy of this Government that the matter of the resumption of payments on foreign government bonds in default is one primarily and initially for negotiation by the investors themselves, or organizations representing them, this Department being constantly attentive to the situation of such investors and lending its good offices to facilitate such discussions between the interested parties. Within the line of this policy, the department has constantly take all action that is deemed proper and advisable to protect the interests of American holders of defaulted foreign Securities".

⁸ La Gran Bretagna, la Francia e la Germania sostennero la protesta dei rispettivi cittadini contro l'abrogazione, per atto normativo, di un contratto concluso con la Grecia. V. BORCHARD, WYNNE, op. cit., p. 237.

creditori si avvalevano del supporto tecnico dei rispettivi governi tanto da poter essere definiti “*Quasi Official Bondholders Committee*”.

Nel 1829, tra i numerosi esempi, il Governo inglese, pur rifiutandosi di adottare azioni più incisive in risposta al *default* nel debito privato del Messico, autorizzò il Ministro degli esteri “*to second by his good offices on any favourable occasion any proper representations which the British Bondholders might make to the Mexican Government through their local agents*”.

1.1.4.- L’evoluzione della protezione diplomatica alla luce delle disposizioni del Progetto di articoli. Indagine della prassi più recente.

A partire dal 1996, la materia è stata fatta oggetto di codificazione da parte della Commissione del diritto internazionale, attività che ha portato, nel 2006, all’adozione di un Progetto di articoli sulla protezione diplomatica⁹.

Il progetto di articoli, senza approfondire il contenuto della norma primaria relativa al trattamento dello straniero, si occupa delle norme secondarie che definiscono le condizioni per l’intervento in protezione diplomatica.

Secondo l’art. 1 del Progetto “*diplomatic protection consist of the invocation by State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of the State to a natural or legal person that is national of the former State with a view to implementation of such responsibility*”.

Il Progetto di articoli, dunque, subordina la possibilità di esercitare la protezione diplomatica alla violazione di una norma di diritto internazionale che determini un pregiudizio ad una persona fisica o giuridica il cui Stato nazionale possa intervenire in protezione diplomatica.

Come già chiarito, accanto a questa forma di protezione diplomatica, definita dal Prof. Condorelli, “*protezione diplomatica strictu sensu*”, gli Stati intervengono nelle relazioni internazionali anche attraverso una serie di atti diretti ad evitare che una situazione possa precipitare verso l’illegalità (c.d. *démarches diplomatiques*); di quest’ultima fattispecie il Progetto della Commissione del diritto internazionale ha deciso di non occuparsi, rimanendo strettamente collegato alla questione della responsabilità internazionale degli Stati per fatti illeciti già verificatisi.

⁹Nel 1996, la Commissione del diritto internazionale ha individuato la protezione diplomatica come materia di studio. A *Mohammed Bennouna*, nominato Relatore Speciale per la materia nel 1997, è succeduto John Dugard nel 1999. Durante i primi cinque anni di attività, il Prof. Dugard ha elaborato 5 rapporti che sono stati finalizzati alla redazione di un testo di Progetto di articoli, varato nel 2004. Nel maggio 2006, in seconda lettura, dopo aver ricevuto le osservazioni degli Stati, la Commissione del diritto internazionale ha approvato il Progetto di articoli rivisto. V. A/61/10, *Commentary to the Draft Articles on Diplomatic Protection Adopted on Second Reading*, 2006, p. 25 ss.

La stretto collegamento tra la disciplina della protezione diplomatica e quella della responsabilità internazionale emerge anche dalla stessa considerazione che la protezione diplomatica consiste nel compimento di una serie di atti diretti a far valere la responsabilità internazionale dello Stato autore dell'illecito.

Il Progetto di articoli conserva la tradizionale ricostruzione dell'istituto basata sulla *vattelliana fictio iuridica* secondo la quale una lesione di una persona fisica si traduce in una lesione dello Stato di cittadinanza che consente l'invocabilità della responsabilità internazionale dello Stato autore dell'illecito nei rapporti interstatuali.

Come viene più volte precisato nel commentario, l'istituto viene adeguato al riconoscimento sul piano internazionale dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁰.

Il commentario, infatti, non esclude sia che la protezione diplomatica possa essere esercitata dallo Stato per far valere *anche* un diritto dell'individuo quando i rimedi interni ed internazionali siano risultati inadeguati¹¹ sia che, in assenza di un obbligo consuetudinario, le norme interne possano imporre allo Stato di nazionalità di intervenire in protezione diplomatica a supporto dei propri cittadini i cui diritti fondamentali siano stati violati all'estero¹².

L'esigenza di estendere la tutela dei diritti dell'individuo ha comportato una modificazione del contenuto della norma rispetto al regime previsto dal diritto internazionale classico che si è tradotta in una estensione del novero dei possibili beneficiari della protezione diplomatica.

In particolare, la Commissione ha ritenuto oramai superato l'orientamento espresso dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Nottebohm* ed ha affermato che l'esistenza di un *genuine link* tra lo Stato nazionale ed il cittadino non costituisce più uno dei presupposti di legittimità dell'intervento in protezione diplomatica¹³.

Da ciò deriva che in caso di individui aventi una cittadinanza plurima, ogni Stato nazionale, anche congiuntamente con gli altri, possa esercitare la protezione diplomatica (art. 6)¹⁴.

¹⁰ La protezione diplomatica può essere esercitata dallo Stato rispetto ad un individuo che ne abbia la nazionalità sia al momento del prodursi dell'evento dannoso sia al momento della presentazione ufficiale del reclamo (criterio della continuità della nazionalità).

¹¹ V. ID., p. 26.

¹² V. ID., p. 29. Nel caso T 49/04, *Hassan* e nel caso T253/02 *Ayadi*, il Tribunale di primo grado ha affermato l'obbligo degli Stati membri dell'Unione europea di esercitare la protezione diplomatica ed intervenire al fine di stralciare il nome di propri cittadini dalle liste del Comitato delle sanzioni del Consiglio di sicurezza, relative al congelamento di beni di supposti terroristi. Tale obbligo deriverebbe dall'art. 6 del Trattato UE, che impone agli Stati Membri il rispetto dei diritti dell'uomo.

¹³ V. V. A/61/10, *Commentary to the Draft Articles on Diplomatic Protection Adopted on Second Reading*, cit., p. 32.

¹⁴ L'art. 7 del Commentario prevede anche la possibilità per lo Stato nazionale dell'individuo avente una plurima cittadinanza di esercitare la protezione diplomatica nei confronti di un altro Stato nazionale autore di un illecito internazionale purché la nazionalità dello stato agente sia predominante (*dominant nationality*). La definizione del criterio viene lasciata ad una indagine basata sul *case by case* e fondata su una pluralità di indici: la residenza abituale, il tempo trascorso in ciascuno Stato nazionale, la lingua parlata, il luogo di svolgimento del servizio militare.

Secondo l'art. 8 del Progetto, inoltre, ogni Stato può esercitare la protezione diplomatica a beneficio di apolidi o rifugiati legalmente ed abitualmente residenti sul proprio territorio.

Anche rispetto alle persone giuridiche, il Progetto di articoli estende la possibilità di intervento in protezione diplomatica ed ammette la possibilità di intervento dello Stato nazionale degli azionisti in caso di pregiudizio subito *direttamente* dagli *shareholders*¹⁵.

Solo eccezionalmente, l'art. 11, la cui conformità al diritto internazionale generale deve essere verificata, prevede la possibilità di un intervento in protezione diplomatica, da parte dello Stato nazionale degli azionisti in sostituzione dello Stato nazionale della società, per far valere il pregiudizio subito dalla società: 1) qualora la società si sia estinta per ragioni diverse dal pregiudizio subito per opera dello Stato autore dell'illecito (lett. a); 2) qualora la società abbia la nazionalità dello Stato ritenuto autore dell'illecito internazionale e la fissazione della sede presso quest'ultimo costituisca una condizione per l'esercizio delle attività commerciali sul territorio dello Stato di incorporazione (lett. b).

Recentemente, nel caso *Diallo*, la Corte internazionale di giustizia ha espresso l'opinione che la protezione diplomatica *by substitution* costituisca una tutela di "last resort" delle persone giuridiche e dei loro azionisti. Secondo la Corte, infatti, nel diritto internazionale attualmente vigente, la protezione dei diritti delle società e degli investitori sarebbe primariamente assicurata dagli accordi sulla promozione e la protezione degli investimenti esteri e dalla Convenzione di Washington del 1965. Il ricorso alla protezione diplomatica sarebbe, allora, ammissibile soltanto qualora tali strumenti non risultassero applicabili agli investitori ed in assenza di altri rimedi¹⁶.

Ai fini della presente indagine circa l'utilizzabilità della Protezione diplomatica in caso di *default* nel debito privato è opportuno considerare anche il contenuto delle norme del Progetto che delimitano le condizioni di esercizio dell'istituto.

¹⁵ V., recentemente, I.C.J., 24 maggio 2007, *Case Concerning Admadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 778 ss. Art. 12 del Progetto di articoli: "To the extent that an Internationally wrongful act of a State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself, the State of nationality of any shareholders is entitled to exercise diplomatic protection in respect of its nationals."

¹⁶ V. I.C.J., cit., par. 88. La Corte ha escluso che, nel caso al proprio esame, fossero integrate le condizioni eccezionali previste dall'art. 11 lett. b del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica per l'esercizio della protezione diplomatica *by substitution*: la fissazione della sede delle società, di cui Diallo era al contempo socio ed amministratore, in Congo, Stato ritenuto autore del danno subito dalla società, non era considerata una condizione per l'esercizio delle attività commerciali dalla legge congolese. Appurato ciò, la Corte non si è pronunciata sulla conformità al diritto internazionale consuetudinario della norma (art. 11, lett. b) contenuta nel Progetto di articoli sulla protezione diplomatica.

In particolare, l'art. 14 definisce mezzi di ricorso interni le azioni proponibili innanzi ai tribunali ordinari o ai giudizi amministrativi dello Stato che si presuma abbia violato una norma di diritto internazionale¹⁷.

L'art. 15 specifica le circostanze in cui la Protezione diplomatica possa essere esercitata indipendentemente dal previo esaurimento dei ricorsi interni: 1) le ipotesi in cui non esista la possibilità di ottenere un rimedio effettivo (“*there are no reasonable available local remedies*”); 2) la persona fisica o giuridica venga ostacolata nell'utilizzo dei rimedi interni; 3) il procedimento interno subisca rinvii non preventivati per un fatto imputabile allo Stato ritenuto autore dell'illecito; 4) lo Stato di cui si voglia far valere la responsabilità abbia rinunciato al previo esaurimento dei ricorsi interni¹⁸.

Rispetto al *default* nel debito privato, dunque, il complesso di regole appena riassunte opera soltanto qualora la condotta dello Stato debitore si traduca in una violazione del diritto internazionale.

Nella ipotesi in cui l'inadempimento del debito sia stata accompagnata da un diniego di giustizia è, altresì, evidente che debba essere esclusa l'operatività della regola del previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni.

Le due nozioni, pur essendo distinte – il diniego di giustizia è una norma primaria di diritto internazionale, il previo esaurimento dei ricorsi interni è la condizione di operatività di una regola secondaria – tendono spesso a confondersi e sovrapporsi.

In realtà, l'esclusione della condizione del previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni deriva dal fatto che il diniego di giustizia integra una delle ipotesi descritte dall'art. 15 del Progetto ovvero comporta una impossibilità di ottenere un rimedio efficace (contro il diniego di giustizia) innanzi al sistema di amministrazione della giustizia dello Stato autore dell'illecito¹⁹.

Nei recenti casi di *default* l'approccio degli Stati è rimasto analogo a quello seguito quando era vigente il diritto internazionale classico in ragione del riconosciuto carattere privatistico delle operazioni di prestito internazionale e dell'inadempimento dello Stato.

17 V. art. 14 “1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.

2. “Local remedies” means legal remedies which are open to the injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury. 3. Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgment related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in draft article 8.”.

18 V. art. 15: “Local remedies do not need to be exhausted where:(a) There are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress; (b) There is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible; (c) There was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury;(d) The injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies; or (e) The State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted.”. Un importante contributo, al fine di definire le nozioni di inefficacia ed inadeguatezza dei ricorsi predisposti a livello nazionale, è stata fornita dagli organi giurisdizionali previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. V. PUSTORINO, op. cit., p. 97.

19 V. VERMEER-K□NZLI, op. cit. p. 37.

Nella vicenda del *default* argentino, gli Stati nazionali dei creditori non hanno qualificato la condotta dell'Argentina una violazione di un obbligo internazionale ma hanno agito attraverso forme di diplomazia preventiva, in diverse sedi come il G7 o le riunioni del Comitato esecutivo del Fondo monetario internazionale, per promuovere la conclusione positiva dei negoziati tra lo Stato sudamericano ed i creditori privati: le raccomandazioni, rese dai ministri finanziari del G7, sono un esempio di buoni uffici finalizzati ad indurre l'Argentina a riprendere trattative in buona fede con i creditori privati²⁰.

Nel 2006, l'impatto drammatico della vicenda argentina sui numerosi risparmiatori italiani, malconsigliati dagli intermediari bancari, ha spinto il Presidente del Consiglio Prodi a promuovere le rivendicazioni dei creditori italiani che non hanno accettato l'offerta di concambio dei titoli in default del 2005 con nuovi titoli, in un incontro bilaterale con l'allora Presidente dell'Argentina, *Nestor Kirchner*, tenutosi a margine della riunione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite²¹.

Rispetto ai creditori che non hanno accettato la citata offerta di concambio, il rifiuto del Governo argentino di formulare una nuova offerta di concambio e le difficoltà dei risparmiatori – dovute all'operare delle norme sulla immunità dalla giurisdizione civile dello Stato estero e della norma sulla immunità dalla esecuzione dei beni dello Stato estero - di realizzare le pretese patrimoniali attraverso l'instaurazione di un giudizio interno negli Stati Uniti ed in Italia, ha spinto alcuni autori a sostenere che l'Argentina abbia commesso un parziale ripudio del debito nei confronti di questa categoria di obbligazionisti²².

In ragione di questa ricostruzione giuridica della vicenda alcuni autori hanno proposto l'utilizzo da parte degli Stati Uniti di misure di protezione diplomatica come l'esclusione dell'accesso ai mercati finanziari nei confronti dell'Argentina qualora avesse rifiutato di dare esecuzione alle sentenze di condanna rese negli Stati Uniti²³.

Il ricorso alla protezione diplomatica (*strictu sensu*) non è, certamente, ammissibile a beneficio di quei creditori italiani che hanno recentemente presentato una domanda di arbitrato, avvalendosi dell'I.C.S.I.D., per far valere la violazione da parte dell'Argentina di alcune disposizioni dell'Accordo sulla promozione e la protezione degli investimenti concluso tra Italia e Argentina nel 1993²⁴.

²⁰ V., Statement del G7 dei ministri delle finanze e dei Governatori delle Banche centrali, 12 aprile 2003, in www.g7.utoronto.ca.

²¹ V. *Italia – Argentina, Incontro all'ONU tra Prodi e Kirchner sui bonds*, 20 settembre 2006, in www.italiaestera.it. Anche la dichiarazione resa in quella occasione dal Presidente del Consiglio italiano ha confermato l'orientamento prevalente per cui le controversie relative all'inadempimento dei *bonds* vadano risolte secondo le regole applicabili degli ordinamenti interni (“*ci penseranno gli avvocati!*”).

²² V. SCOTT, *Sovereign Debt Default: Cry for the United States, not Argentina*, settembre 2006, in www.atfa.org.

²³ V. ID, op. cit., p. 39.

²⁴ V. Cap. 1., par. 5.

L'art. 27 della Convenzione di Washington esclude la possibilità per gli Stati Parte di agire in protezione diplomatica rispetto ad una controversia nella quale siano coinvolti un investitore nazionale di uno Stato Parte ed un altro Stato Parte il quale abbia manifestato il proprio consenso all'arbitrato; ovviamente, l'art. 27 non esclude la possibilità di ricorrere a quei mezzi diplomatici diretti a favorire la soluzione della controversia come i buoni uffici (art. 27, par. 2)²⁵.

Il ricorso alla protezione diplomatica diventa nuovamente possibile qualora lo Stato Parte venga condannato e rifiuti di dare esecuzione alle disposizioni della decisione arbitrale.

Come già chiarito, peraltro, la Corte internazionale di giustizia nel caso *Diallo* ha ribadito che, in tema di protezione degli investimenti esteri, quale può essere qualificata l'operazione di acquisto di *bonds* a medio e lungo termine, il ricorso alla protezione diplomatica debba essere considerato un rimedio di ultima istanza.

2. Dal diritto internazionale della coesistenza al diritto internazionale della cooperazione. La soluzione delle crisi debitorie e finanziarie dopo la fine della seconda guerra mondiale.

Dopo la fine del secondo conflitto mondiale, il fenomeno della globalizzazione ha reso strettamente interdipendenti le politiche macroeconomiche degli Stati. Questioni aventi una rilevanza meramente interna o regionale fino alla metà del secolo XX, hanno assunto una complessità tale da poter essere affrontate compiutamente solo a livello transnazionale o internazionale; basti pensare alla dimensione globale del commercio oppure alla articolazione transnazionale della criminalità organizzata.

La proliferazione delle organizzazioni internazionali ma anche fenomeni di cooperazione complessi come l'Unione europea costituiscono una risposta evidente alla nuova esigenza di realizzare collettivamente obiettivi che non potevano essere più adeguatamente perseguiti dal singolo Stato.

Il descritto quadro storico ha comportato due distinti effetti.

Da un lato, la conclusione di un numero elevatissimo di accordi internazionali, in svariate materie, ha mutato il diritto internazionale da diritto della coesistenza tra Stati, avente una direzione orizzontale, a diritto verticale in grado di erodere progressivamente la *domestic jurisdiction* degli Stati nazionali e modificare la nozione di sovranità economica²⁶.

²⁵ V. art. 27 della Convenzione di Washington del 1965: "No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. 2. Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute."

²⁶ V. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964; MALAGUTI, *Crisi dei mercati finanziari e diritto internazionale*, Milano, 2003, p. 65;

L'attività degli operatori economici, infatti, siano essi ricercatori intenzionati a brevettare OGM oppure piccole e medie imprese del settore tessile, è condizionata dagli accordi presi dagli Stati nel quadro dei negoziati dell'OMC.

In ambito macroeconomico, le politiche di risanamento di molti Stati sono state orientate dalle linee guida del Fondo monetario internazionale e, soprattutto negli anni ottanta e novanta, dalla esigenza di conservare l'accesso all'assistenza finanziaria di quest'ultimo.

Dall'altro, il sistema delle relazioni diplomatiche nato dal congresso di Vienna si è rivelato inadeguato a gestire problematiche nuove che non richiedevano soltanto l'intervento dei diplomatici *tout court* ma anche il supporto di una "diplomazia tecnica" composta dagli esponenti delle strutture amministrative nazionali, dai Governatori delle Banche centrali, dai Ministri Finanziari nonché dagli economisti, dai pratici del diritto e dagli esponenti della c.d. società civile²⁷.

La crisi del multilateralismo così come tradizionalmente inteso, inoltre, deriva dal mutato assetto di forze economiche emerso nell'ordine mondiale negli anni successivi agli attacchi alle torri gemelle del 2001.

Non è più sufficiente la comunione di intenti degli Stati dell'Europa occidentale con gli Stati Uniti per decidere l'orientamento in una determinata materia ma il dibattito deve necessariamente essere allargato a nuovi protagonisti della scena economica internazionale quali la Cina, il Brasile ed l'India; il tavolo ideale dei negoziati deve, pertanto, essere allargato a nuovi protagonisti e risultano superati i tradizionali strumenti di *Governance*²⁸.

Tali riflessioni valgono anche per le crisi debitorie moderne.

L'inadempimento statale nel debito privato che si traduca in un *default* sui mercati finanziari, infatti, non rileva soltanto per gli ordinamenti nazionali in quanto violazione della disciplina delle obbligazioni e dei contratti di diritto civile; anche dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, è riduttivo affrontare il tema dell'inadempimento statale del debito privato solo dal punto di vista della responsabilità internazionale dello Stato per il fatto illecito.

Nell'attuale realtà internazionale sta emergendo uno "shared interest" alla conservazione di una stabilità finanziaria globale, condiviso dalla pluralità degli Stati.

Questo interesse deriva dalla consapevolezza che la crescita economica sostenibile di uno Stato e la prevenzione dei fenomeni inflattivi è possibile soltanto in presenza di una stabilità dei mercati che assicuri il regolare gioco della concorrenza, la circolazione di beni, servizi e capitali ed eviti la sottoposizione delle economie nazionali a *shock* finanziari.

²⁷ V. ROSANO, *La cooperazione al vertice nell'attività dei c.d. gruppi G5 e G7*, in *Contributi allo studio del diritto internazionale dell'economia*, (a cura di Tosato), Rimini, 1993.

²⁸ V. GUERRIERI, intervento al seminario organizzato presso la LUISS Guido Carli "Le prospettive del sistema commerciale multilaterale", Roma, ottobre 2007.

Gli studiosi dell'economia collegano, ormai strettamente, il profilo della stabilità dei mercati finanziari al tema distinto della stabilità dei sistemi monetari nazionali tanto che non è più una approssimazione sostenere che il sistema monetario internazionale sia fortemente influenzato dai mercati dal momento che sia il tasso di cambio sia la creazione e la distribuzione della liquidità internazionale sono condizionati dalle forze di mercato: c'è addirittura chi parla di un “*Sistema monetario internazionale market-led*”²⁹.

Anche la crisi asiatica del 1997 ha evidenziato che la straordinaria mobilità internazionale dei capitali privati influenza la stabilità valutaria.

La rapida espansione economica verificatasi in Asia orientale, nel periodo compreso tra il 1990 ed il 1996, era stata favorita anche dall'utilizzo di un tasso di cambio vincolato all'andamento del dollaro (*pegged exchange rate*).

Questo sistema aveva spinto molti investitori privati a concedere prestiti a breve termine sia agli Stati asiatici che agli operatori privati interni di tali Stati ed a depositare i proventi degli investimenti presso le banche dei Paesi destinatari poiché queste ultime offrivano tassi di interesse molto più elevati rispetto a quelli praticati dalle banche statunitensi e giapponesi (c.d. *carry – trade*).

Nel 1997, il *bath* thailandese subì un attacco speculativo concretizzatosi mediante la conclusione di contratti di vendita a termine di valute: alcuni investitori ritenevano che la moneta thailandese si fosse troppo apprezzata rispetto al valore reale e, perciò, avevano concluso una vendita a termine del *bath* scommettendo che quest'ultimo si sarebbe svalutato con la conseguenza che essi avrebbero dovuto pagare, alla scadenza del contratto, un tasso di interesse più basso di quello vigente alla data di stipulazione della vendita. Allo stesso tempo, invece, vendevano valute, come quella giapponese, che ritenevano si sarebbero apprezzate.

La banca thailandese bruciò, in pochi giorni, 15 miliardi di dollari per acquistare valute estere e sostenere il valore della propria divisa ma, nonostante ciò, il *bath* perse il 30% del proprio valore.

Nel giro di pochi mesi, quando gli investitori privati verificarono che il sistema thailandese non era più affidabile e la parità con il dollaro non era sostenibile, ritirarono dalle banche asiatiche investimenti per un ammontare corrispondente a circa il 10% del PNL della Thailandia.

²⁹ V. PADOA SCHIOPPA, SACCOMANNI, *Managing a Market-led Global Financial System*, in *Managing the World Economy: Fifty Years after Bretton Woods* (a cura di Kenen), Washington, 1994. E' stata persino avanzata la tesi per cui alla tradizionale moneta pubblica, emessa e governata dagli Stati, si sarebbe oggi aggiunta una moneta privata creata sui mercati internazionali ed avente fonte contrattuale. Si tratterebbe delle cosiddette xenovalute ovvero delle somme di denaro depositate presso una banca fuori dal territorio dello Stato di emissione e dei c.d. prodotti derivati. V. COMBA, *Lezioni di diritto internazionale monetario*, Torino, 2007, p. 20.

Le banche si trovarono, in breve, nella impossibilità di disporre della liquidità necessaria a soddisfare i creditori³⁰.

Dal momento che, così come accaduto in Asia, altri Paesi in via di sviluppo di media grandezza finanziano la spesa pubblica mediante il ricorso al mercato degli strumenti finanziari, il caso descritto dimostra che la gestione del debito statale privato influenza notevolmente la stabilità finanziaria e monetaria internazionale.

Nell'attuale ordine economico internazionale, la prevenzione e la soluzione delle crisi debitorie non riguarda soltanto i rapporti tra Stato debitore e privati creditori o tra Stato debitore e Stato nazionale dei creditori ma interessa l'intera Comunità internazionale.

Da tali premesse deriva che la *Governance* dei mercati finanziari e del debito privato di Stato presenta caratteristiche peculiari e di particolare complessità.

All'interno degli ordinamenti interni e sulla base di precise competenze, le autorità di regolazione e di vigilanza e le Banche Centrali svolgono la funzione di vigilare la stabilità finanziaria dei singoli enti a garanzia degli investitori (*supervision*) ed esplicano il controllo della "infrastruttura" al fine di verificarne la impermeabilità al rischio sistemico (*oversight*)³¹.

Oltre alla attività delle autorità, nei limiti della autonomia privata, associazioni di privati elaborano forme di autoregolazione che si risolvono nella elaborazione di schemi contrattuali per la riduzione o distribuzione del rischio contrattuale, nella redazione di codice di *best practice* o di *standard* di condotta che intervengono in modo complementare alle misure elaborate dalle autorità.

A livello internazionale, come verrà ampiamente approfondito, il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale hanno assunto, nel corso degli anni, una pluralità di competenze nella prevenzione e nella gestione delle crisi finanziarie non espressamente previste dai rispettivi Statuti.

Nell'esercizio della rispettive competenze, le istituzioni finanziarie internazionali sono coadiuvate a livello internazionale da *transgovernmental regulatory networks*, composti da rappresentanti delle autorità di regolazione e di vigilanza nazionali riuniti in appositi comitati tecnici al fine di elaborare raccomandazioni, principi, linee guida e *standard*.

In materia di stabilità dei mercati finanziari internazionali hanno assunto una posizione di rilievo i seguenti comitati tecnici: il *Basle Committee on Banking Supervision* (B.C.B.S.), il *Committee on Payment and Settlement Systems* (C.P.S.S.), il *Committee on the Global Financial System* (C.G.F.S.) i quali si riuniscono sotto l'egida della Banca dei Regolamenti internazionali,

³⁰ V. RIESENHUBER, *The International Monetary Fund under Constraint*, 2001, The Hague, p. 87.

³¹ In Italia, in attuazione della Direttiva, 21 aprile 2004, n. 39, relativa al mercato degli strumenti finanziari, in G.U. 30 aprile 2004, n. 145 (c.d. *Mifid*), la Consob e la Banca d'Italia hanno adottato un regolamento sulla vigilanza sugli intermediari finanziari, con il quale hanno assunto l'impegno di vigilare ed intervenire congiuntamente sulle irregolarità verso il cliente di banche e società di gestione del risparmio. V. Regolamento congiunto Consob – Banca d'Italia, 29 ottobre 2007, in www.consob.it.

l'*International Association of Insurance Supervisors* (I.A.I.S.), l'*International Organization of Securities Commissions* (I.O.S.C.O.).

Durante il Vertice finanziario G7 di Bonn del 1999, infine, è stato costituito il *Financial Stability Forum* (FSF) che riunisce rappresentanti di vertice dei ministeri finanziari, delle banche centrali e degli istituti di vigilanza dei mercati finanziari nazionali nonché due rappresentanti del Fondo monetario internazionale, due della Banca mondiale uno della Banca dei regolamenti internazionali ed uno dell'OCSE.

La creazione del Forum è stata ispirata da una raccomandazione contenuta nel Rapporto *Tietemeyer* cui il G7 finanziario affidò l'incarico, nel corso del Vertice di Washington del 1998, di elaborare schemi di intervento coordinato in tema di stabilità dei mercati finanziari.

Il contributo di principale interesse da parte del FSF risiede nella pubblicazione del *Compendio di Standard e Codici internazionali* per il rafforzamento dei sistemi finanziari del 18 giugno 2001 ove vengono raccolti *Key standards* diretti ad assicurare la stabilità dei mercati.

L'articolato assetto della *Governance* dei mercati finanziari viene completato dalle riunioni dei Vertici G7/G8 che svolgono la funzione di assicurare un dialogo tra Paesi sistemicamente importanti e di coordinarne l'orientamento sia nei rapporti con gli altri Stati sia all'interno delle organizzazioni internazionali delle quali gli Stati sono membri.

Il sistema appena descritto, al fine di promuovere soluzioni innovative in grado di fronteggiare le crisi debitorie degli Stati o di fronteggiarne gli effetti, prevede forme di produzione normativa alternative al diritto dei trattati.

Viene privilegiato un sistema di concertazione basato sulla adozione di strumenti non vincolanti che possano essere recepiti dagli operatori privati e dagli Stati su base volontaria, mediante l'inclusione di clausole negli strumenti contrattuali.

Il c.d. *Soft Law* identifica una serie di disposizioni non giuridicamente vincolanti, quali le raccomandazioni di conferenze internazionali, di riunioni di organi o di organizzazioni internazionali ed i codici di condotta³².

Tale categoria si riferisce ad una pluralità di atti eterogenei che, per la funzione svolta, possono essere suddivisi in norme di accertamento di una situazione di fatto, di concertazione, di legittimazione ad agire (tramite il riconoscimento della conformità del comportamento ai valori giuridici dell'ordinamento) e di autonomia normativa.

³² Sulla *Soft Law*, v. BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 901; *Change and Stability in International Law – Making*, (a cura di Cassese e Weiler), Berlin, 1988, p. 66 ss.; CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 850; MALUGUTI, cit., p. 130; PANEBIANCO, *Il G8 nel nuovo ordinamento di organizzazione internazionale contemporanea*, in PANEBIANCO, DI STASI, *L'euro G8*, Torino, 2001, p. 73.

Tali atti assumono, anche rispetto alle crisi debitorie, una notevole importanza poiché contribuiscono a colmare i deficit dell'ordinamento internazionale e risultano idonei ad adeguare gli ordinamenti alle mutate esigenze della comunità internazionale nei suoi vari ambiti.

Il *Soft Law* contribuisce a limitare la *domestic jurisdiction* degli Stati: il richiamo agli obblighi politici contenuti negli atti di *Soft Law* non costituisce “*intervento negli affari interni di un altro Stato*” indipendentemente dal fatto che il rinvio venga operato da uno Stato o da un'organizzazione internazionale³³.

L'adeguamento dei soggetti dell'ordinamento internazionale al *Soft Law*, pertanto, contribuisce alla creazione di diritto dal momento che la prassi ripetuta da un numero elevato di Stati può determinare la nascita di una consuetudine internazionale. Inoltre, il contenuto di alcune dichiarazioni, esprime l'*opinio iuris* degli Stati che l'abbiano approvata.

Quest'ultima considerazione assume particolare rilievo qualora gli atti raccomandatori costituiscano l'espressione degli organi di vertice di Stati, aventi un particolare peso politico nelle relazioni internazionali ed all'interno delle organizzazioni internazionali (cd. *Top Law*).

Prima di passare ad una indagine circa l'efficacia degli strumenti prevalentemente utilizzati per risolvere una specifica controversia tra Stato debitore e privato creditore, sembra opportuno, sulla base delle descritte peculiarità dell'odierno ordine economico internazionale, descrivere in maniera più approfondita il ruolo assunto dal Fondo monetario internazionale e dalle riunioni dei Vertici G7/G8 nella prevenzione e nella gestione delle crisi finanziarie.

2.1.- Il Ruolo del Fondo monetario internazionale nella prevenzione e nella gestione delle crisi finanziarie e nella ristrutturazione del debito privato.

2.1.1.- Brevi considerazioni circa l'evoluzione delle funzioni del Fondo monetario internazionale.

Il Fondo monetario internazionale nasce, in esito alla Conferenza di Bretton Woods, come organizzazione internazionale – tecnica, deputata a garantire il corretto funzionamento del sistema di cambi fisso originariamente previsto dall'Accordo istitutivo e basata sulla convertibilità del dollaro in oro al prezzo di 35 dollari l'oncia³⁴.

³³ V. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*², 2007, p. 178.

³⁴ In dottrina, v. *La dette extérieure* (a cura di Carreau e Shaw), The Hague, 1995; COMBA, *Lezioni di diritto internazionale monetario*, Torino, 2007, p. 61 ss.; DENTERS, *Law and Policy of IMF Conditionality*, The Hague, 1996; GOLD, *Interpretation: IMF and International Law*, London, 1996; GOLD, *The Stand-by Arrangements of the International Monetary Fund : a Commentary on Their Formal, Legal, and Financial Aspects*, Washington, 1970; GOLD, *Legal Character of the Fund's Stand-by Arrangements and Why It Matters*, Washington, 1980; GOLD, *Legal and*

Gli altri Stati membri si impegnavano a fissare il prezzo della propria valuta in dollari e a intervenire sui mercati dei cambi al fine di impedire ai tassi di cambio di variare di oltre l'1% al di sopra o al di sotto della parità stabilita.

Il primo significativo cambiamento nel mandato del Fondo, divenuto Istituto specializzato delle Nazioni Unite nel 1947, si è verificato nel corso degli anni settanta.

La decisione statunitense di sospendere la convertibilità del dollaro in oro, comunicata dal Presidente Nixon (agosto 1971), comportò la libertà dei Paesi membri di scegliere regimi di cambio diversi dal *gold exchange standard* (libera fluttuazione, fluttuazione congiunta o accordi di cooperazione per mezzo dei quali i membri mantenevano il valore delle loro monete in relazione al valore delle monete di altri Stati); il II emendamento all'Accordo istitutivo del Fondo, introdotto nel 1976, adeguò l'assetto normativo del Fondo alla descritta situazione di fatto.

La crisi petrolifera degli anni '70 cui seguì il crollo delle esportazioni di numerosi Paesi in via di Sviluppo, poi, contribuì a mutare i principali referenti dell'Organizzazione: mentre l'assistenza del Fondo non era più stata richiesta dai Paesi dell'Europa occidentale, i Paesi in via di Sviluppo si rivolsero ad esso per richiederne l'assistenza finanziaria, fornita attraverso l'introduzione di strumenti quali le *Oil Facilities* e le *Extended Fund Facilities*.

Nel quadro degli obiettivi descritti, piuttosto ampiamente, dall'art. 1 dell'Accordo istitutivo per lasciare una certa ampiezza di azione al Fondo, quest'ultimo ha perseguito la finalità di assicurare la stabilità della bilancia dei pagamenti correnti degli Stati Membri esercitando tre funzioni previste dallo statuto: l'assistenza finanziaria (art. V), l'assistenza tecnica e l'attività di sorveglianza (art. IV)³⁵.

Institutional Aspects of the International Monetary System, Washington, 1979; MESSEN, *IMF Conditionality and State Sovereignty*, in *Foreign Debts in the Present and a New International Economic Order* (a cura di Dicke), 1985, Fribourg, p. 117 ss.; PISTOIA, *Il ruolo del Fondo monetario internazionale nella crisi economico-finanziaria dell'Argentina*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione. Atti del convegno della Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Teramo, 2004, p. 185 ss.; RIESENHUBER, *The International Monetary Fund under Constraint: Legitimacy of Its Crisis Management*, The Hague, London, Boston, 2001; SACCOMANNI, *Fondo monetario internazionale (F.M.I.)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989; SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2007, p. 53 ss.; TARULLO, *The Role of IMF in Sovereign Debt Restructuring*, in *Chicago Journal of Int. Law*, 2005, p. 287 ss.; VARI, *Il F.M.I. e l'assistenza finanziaria ai Paesi membri*, in *Contributo allo studio del diritto internazionale dell'economia*, (a cura di Tosato), Rimini, 1993; VARI, *Il Fondo monetario internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale* (a cura di Giardina e Tosato), Milano, 1993.

³⁵ Art. 1. "Gli scopi del Fondo monetario internazionale sono: promuovere la cooperazione monetaria internazionale mediante un istituto permanente che offra lo strumento tecnico per la consultazione e la collaborazione in materia di problemi monetari internazionali; 2) facilitare l'espansione e l'armonico sviluppo del commercio internazionale e contribuire così a promuovere e mantenere alti livelli dell'occupazione e del reddito reale, e a sviluppare le risorse produttive di tutti i paesi membri, come obiettivi principali di politica economica; 3) promuovere la stabilità dei cambi, intrattenere ordinati rapporti di cambio tra i Paesi membri ed evitare svalutazioni competitive; 4) dare il proprio appoggio all'istituzione di un sistema multilaterale di pagamenti per le transazioni correnti fra i Paesi membri, e all'eliminazione di restrizioni valutarie che ostacolano lo sviluppo del commercio mondiale; 5) assicurare ai paesi membri, prendendo le opportune cautele, la disponibilità temporanea delle risorse generali del Fondo, fornendo loro in tal modo la possibilità di correggere squilibri nelle loro bilance dei pagamenti senza dover ricorrere a misure che

Con una interpretazione finalistica del proprio mandato, tuttavia, il Fondo monetario internazionale si è occupato negli ultimi anni di problematiche degli Stati membri che, pur non rientrando direttamente nelle proprie competenze statutarie, erano suscettibili di incidere sulla stabilità monetaria degli Stati membri.

In questo modo, il Fondo si è occupato di crescita economica e di sostegno agli Stati aventi un basso reddito *pro capite*, di promozione dello sviluppo sostenibile e della c.d. *Good Governance*³⁶.

Il Fondo, inoltre, si è dovuto confrontare con gli effetti destabilizzanti prodotti dalla circolazione dei capitali sul mercato globale (si ricordano la crisi messicana del 1994, la citata crisi asiatica del 1997, la crisi russa del 1998) e con l'accresciuta influenza acquisita da alcuni operatori privati, investitori istituzionali ed *hedge funds*, in grado di mettere in crisi un intero sistema paese attraverso operazioni di investimento e disinvestimento³⁷.

Tale estensione di competenze, che paradossalmente testimonia una endemica crisi di identità del Fondo acuitasi negli ultimi anni, ha determinato una sovrapposizione di ruoli con la Banca mondiale.

Le due Organizzazioni sono state istituite per perseguire distinte finalità: la Banca mondiale si occupa di assistenza allo sviluppo ed utilizza, a questo fine, programmi a lungo termine; i programmi del Fondo sono a breve e medio termine e sono diretti a assicurare la stabilità della bilancia dei pagamenti e si concentrano sull'analisi delle sole variabili macroeconomiche del paese interessato³⁸.

Nonostante tali distinzioni, le azioni delle due Organizzazioni si sono sovrapposte in diverse materie quali le riforme del settore pubblico, le politiche fiscali, la trasparenza, le politiche commerciali ed il debito.

rischierebbero di compromettere la prosperità nazionale o internazionale; in armonia con quanto sopra, abbreviare la durata e ridurre l'intensità degli squilibri delle bilance dei pagamenti dei paesi membri."

³⁶ Per sostenere gli Stati aventi un basso reddito *pro capite*, il F.M.I. ha introdotto la *Poverty Reduction and Growth Facility (P.R.G.F.)* al fine di assicurare ai Paesi eleggibili al *Programma H.I.P.C. (Heavily Indebted Poor Countries)*, varato durante il Vertice G7 di Colonia del 1999, prelievi per promuovere la sostenibilità del debito, la ripresa da situazioni di conflitto o da disastri naturali. Nel 2006, il Comitato esecutivo del Fondo, ha deciso l'istituzione di altri due programmi: il *Multilateral Debt Relief Initiative (MDRI)* e l'*Exogenous Shock Facility (ESF)*. In esito all'incontro del G8, tenutosi a *Gleneagles* nel 2005, il Fondo monetario internazionale ha deciso la cancellazione del 100% del debito dei Paesi che abbiano raggiunto il *completion point* rispetto alla *HIPC Initiative*. Ai fini del raggiungimento del *completion point*, il Paese deve aver mantenuto una sostanziale stabilità macroeconomica, attuando riforme chiave in campo strutturale e sociale e realizzato con successo, per almeno un anno, la strategia di riduzione della povertà. L'*Exogenous Shock Facility* fornisce assistenza ai Paesi poveri che, pur non potendo beneficiare di una P.R.G.F., abbiano subito un shock derivante da un fattore esogeno rispetto all'andamento della economia. V. *IMF Annual Report, Financial Operations and Policies*, 2006, p. 93. Con una *Guideline* del 1997, il Comitato esecutivo ha auspicato la verifica, in sede di sorveglianza ai sensi dell'art. IV, delle politiche seguite dai Paesi membri in materia di lotta alla corruzione e di gestione delle risorse pubbliche.

³⁷ Da ultimo, v. ROWE, *De Rato Voices Hedge Fund Concerns*, in *IMF Survey Online*, 27 maggio 2007.

³⁸ V. GOLD, *Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System*, cit., p. 473.

Un concordato del 1989 disciplina la cooperazione tra Banca e Fondo sulla base del principio del “*lead agency concept*”: quando le due Istituzioni finanziarie lavorano congiuntamente, la *leadership* spetta alla Organizzazione che vanta maggiore esperienza in materia.

Anche recentemente la Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale hanno agito congiuntamente nel quadro della *Poverty Reduction Strategy* e nella attuazione della *HIPC Initiative*. Nel marzo del 2006, il Direttore generale del Fondo ed il Presidente della Banca mondiale hanno lanciato un processo di revisione della cooperazione, istituendo a tale fine un *External Review Committee* composto da sei membri³⁹.

Il Fondo, da più di trent’anni, si occupa di debito estero e prevenzione e gestione delle crisi finanziarie.

2.2.- La competenza del Fondo monetario internazionale relativamente al debito privato degli Stati.

Tra i fini statuari del F.M.I. l’accordo non contiene l’espressa previsione dell’obiettivo di prevenire e gestire le crisi debitorie degli Stati membri.

Esiste, tuttavia, un ricca prassi della Organizzazione in cui quest’ultima ha svolto una attività operativa, piuttosto che normativa (limitata alla adozione di *Guidelines*), in tema di debito estero degli Stati membri.

Tali interventi sono legittimabili solo sulla base di una interpretazione delle norme statuarie basata sul criterio dello scopo e dell’oggetto del trattato ovvero sulla considerazione che un debito estero insostenibile è suscettibile di pregiudicare gravemente le riserve in valuta estera dello Stato debitore e, di conseguenza, di generare uno squilibrio nella bilancia dei pagamenti correnti.

La competenza del Fondo in materia, al contrario, non si giustifica sulla base della semplice considerazione che esiste una prassi trentennale degli organi del Fondo che avrebbe cambiato le funzioni dell’Organizzazione.

La modifica delle previsioni statuarie, infatti, è possibile soltanto sulla base del procedimento di emendamento previsto dall’art. XXVIII che richiede la maggioranza dei tre quinti dei membri, aventi l’85% dei diritto di voto complessivi. Da ciò deriva, altresì, che gli atti non rientranti negli obiettivi previsti dall’art. 1 dell’Accordo istitutivo debbono considerarsi *ultra vires*.

Il Fondo monetario si è occupato del debito privato nel quadro delle proprie funzioni statuarie o svolgendo compiti che gli sono stati delegati dagli Stati debitori e dalle banche creditrici.

³⁹ V. F.M.I., *IMF Annual Report*, 2006, cit., p. 92.

2.2.1.- Il c.d. *Seal of Approval* del F.M.I.

La stabilità finanziaria di un Paese dipende dal continuo flusso di capitali, provenienti dal settore privato e istituzionale, necessari a sostenerne la crescita economica. Il venir meno della fiducia degli investitori (*creditor confidence*) è influenzata da fattori psicologici e dalla valutazione del momento circa l'efficienza delle politiche economiche e la sostenibilità del debito degli Stati ospiti. A partire dalla crisi debitoria del Messico del 1982, le Banche commerciali hanno sviluppato la pratica di subordinare la concessione di una nuova linea di credito ad un Paese in via di sviluppo alla decisione del Fondo monetario di concedere l'accesso alle proprie risorse attraverso uno *Stand-by Arrangement*⁴⁰.

Le banche, in questo modo, consideravano la decisione del Fondo una certificazione della affidabilità della economia dello Stato beneficiario (*Seal of Approval*) e rinnovavano la propria fiducia.

Il nesso tra l'adozione di *Stand-by Arrangement* da parte del Comitato esecutivo del Fondo e la concessione di prestiti da parte degli operatori privati è stato realizzato in diverse forme.

In un primo tempo, l'adozione di uno *Stand-by Arrangement* da parte del Comitato esecutivo veniva subordinato all'ottenimento di finanziamenti, provenienti dalle banche commerciali, sufficienti ad assicurare la riuscita del programma (c.d. *critical mass*) e la subordinazione dell'efficacia dello *Stand-by Arrangement* all'ottenimento del finanziamento (*approval in principle*) serviva a convincere le banche commerciali a concedere linee di credito.

A partire dal 1989, il sistema della *critical mass* è stato superato per ragioni di efficacia dell'intervento del Fondo. Il tempo necessario al raggiungimento di un accordo sulle modalità del finanziamento, tra creditori e Stato debitore, avrebbe ritardato l'intervento, spesso improcrastinabile, dell'Organizzazione.

Il Comitato esecutivo ha cambiato la prassi ed ha deciso di approvare, anche in assenza di un preciso impegno dei finanziatori privati dello Stato beneficiario, un programma di assistenza (*outright approval*) a condizione che il negoziato con gli investitori esteri fosse cominciato e ci fossero ragioni per credere che esso avrebbe portato ad un esito compatibile con la riuscita del programma di assistenza⁴¹.

⁴⁰ V. CISSÉ, *Le Fonds monétaire International et l'endettement extérieur des Etats*, in *La dette extérieure* (a cura di Carreau e Shaw), cit., p. 278.

⁴¹V. Comitato esecutivo, riunione del 23 maggio 1989, in *Selected decisions*¹⁷, p. 193. V. CISSÉ, cit., p. 285. "Directors agreed that there is a need for cautious adaptation of the Fund policy in light of the changed financial environment and the possibility that in some cases significant time may be needed for banks and the member to agree on appropriate financing package. In such circumstances, the Fund would on a case- by- case basis approve an arrangement out right before the conclusion of such negotiations".

Nel quadro degli accordi di rinegoziazione del debito con lo Stato debitore, inoltre, le banche hanno subordinato la sottoscrizione di tali accordi che modificano i termini e le condizioni originariamente previsti nei contratti di prestito, alla continua assistenza del Fondo monetario.

Il Gold organizza queste clausole, contenute negli accordi di rinegoziazione, in quattro tipologie: nella prima, i debitori, al momento della conclusione del contratto di prestito, si impegnano a conservare la *membership* del F.M.I. e della BM ed il diritto di utilizzare le risorse del Fondo⁴²; nella seconda, gli Stati dichiarano formalmente di avere il diritto di procedere ad un prelievo presso il Fondo monetario; nella terza, la cessazione dello *status* di membro viene equiparata ad un inadempimento del contratto di prestito; nella quarta, lo Stato debitore si impegna ad informare i creditori circa il contenuto dei rapporti redatti dallo *staff* dal Fondo monetario internazionale nel quadro della attività di sorveglianza.

Il F.M.I. svolge una funzione analoga a quella appena descritta anche quando il Direttore generale partecipa a livello informale ai negoziati tra Stato membro e creditori privati per promuovere un incremento dei finanziamenti⁴³.

Da ultimo, anche le procedure di rinegoziazione dei debiti previste dai Club di Londra (composto dalle banche commerciali) e di Parigi (composto dai creditori istituzionali) vengono svolte in stretta cooperazione con il Fondo: nel quadro del Club di Parigi, i negoziati per la rinegoziazione del debito hanno inizio soltanto quando il Comitato esecutivo del Fondo abbia approvato uno *Stand-by Arrangement*.

Tale prassi incide anche sulla rinegoziazione dei debiti assunti dallo Stato nei confronti delle banche commerciali.

Se è vero che, nel quadro del Club di Londra, la rinegoziazione del debito non è subordinata alla approvazione di un programma di assistenza del Fondo, nel quadro del Club di Parigi, lo Stato debitore dichiara di assumere impegni comparabili a quelli che verranno presi nei confronti dei debitori commerciali (*Comparable Treatment Clause*); in pratica, allora, le banche commerciali attendono l'approvazione di uno *Stand-by Arrangement* prima di iniziare i negoziati con lo Stato debitore.

Il *Seal of Approval* costituisce il principale strumento attraverso cui il Fondo esercita la funzione di catalizzatore degli investimenti privati a beneficio dello Stato membro.

⁴² “A la date d’entrée en vigueur du présent accord, (nom du Pays) sera membre en règle du FMI et de la BIRD et son droit d’utiliser les ressources du FMI ou de la BIRD n’aura été en aucun cas suspendu ni limité”. V. GOLD, *Le bon fonctionnement des finances internationales, la promotion des accord de confirmation du FMI et la réduction de prêt privés*”, New York, 1989, p. 19.

⁴³ V. GOLD, *Order in International Finance, the Promotion of IMF Stand-by Arrangements and the Drafting of Private Loans Agreements*, Washington, 1982, p.11.

Nel 2006, nel tentativo di rendere più efficace questo settore di attività del Fondo è stato istituito un apposito dipartimento, sorto dalla fusione del *Monetary and Financial Systems Department* e dell'*International Capital Markets Department*, al fine di promuovere un continuo flusso di capitali a beneficio di quei Paesi in via di sviluppo che dimostrino di possedere una economia solida⁴⁴.

2.2.2.- L'assistenza finanziaria del Fondo.

L'assistenza finanziaria consiste nella concessione delle risorse del Fondo - costituite dall'insieme delle sottoscrizioni degli Stati che vi aderiscono (il capitale versato), dai prestiti ottenuti dal Fondo nonché da altre fonti di finanziamento come, ad esempio, il ricavato degli investimenti effettuati in base alle norme statutarie - al fine di attribuire ad uno Stato membro la valuta necessaria per fronteggiare eventuali squilibri nella bilancia dei pagamenti.

Ogni Stato può, in generale, accedere alle risorse del Fondo acquistando valute di altri membri detenute dall'Ente in cambio della propria; non si tratta di veri e propri prestiti poiché lo Stato membro acquista la valuta di un altro Stato (generalmente di uno Stato a valuta forte) e si impegna a riacquistare la propria valuta entro una certa data (il riacquisto deve avvenire in un periodo compreso tra i tre ed i cinque anni).

Il sistema dei prelievi, originariamente previsto dall'Accordo istitutivo, è stato poi modificato, a partire dall'Emendamento del 1969, per attribuire al meccanismo un grado maggiore di automaticità⁴⁵.

Il sistema delle disponibilità comprende prelievi destinati a fronteggiare, in generale, squilibri relativi alla bilancia dei pagamenti (disponibilità ordinarie) e prelievi istituiti per far fronte a specifiche problematiche (disponibilità speciali); allo schema della torre, descrittivo del sistema delle disponibilità ordinarie si è affiancato quello c.d. delle fila di sportelli.

Relativamente alle disponibilità ordinarie, i prelievi vengono concessi dal Fondo mediante *Stand-by arrangements*, *Extended Fund Facilities*, *Structural Adjustment Facilities* e *Enhanced Structural Adjustment Facilities*.

Gli *Stand-by Arrangements* vengono definiti dallo Statuto del Fondo monetario internazionale decisioni in virtù delle quali viene assicurata ad ogni Paese membro la possibilità di effettuare

⁴⁴V., F.M.I., *IMF Annual Report*, 2006, Washington, p. 20.

⁴⁵ Ogni Stato membro può acquistare valuta straniera fino ad un ammontare pari a quello delle proprie *tranche* di riserva senza nessun assenso da parte del Fondo. E' prevista, altresì, la possibilità per lo Stato di effettuare acquisti ulteriori rispetto a quelli relativi alle tranche di riserva purché, per effetto dei medesimi prelievi, le disponibilità del Fondo nella valuta nazionale del Paese interessato non vengano incrementate in misura superiore al 200% della sua quota. In questo caso, la disponibilità ulteriore di riserve cui lo Stato membro può accedere al di là delle tranche di riserva viene distinta a sua volta in quattro c.d. *credit tranches*. L'accesso a questi prelievi viene sottoposta a condizioni di accesso tanto più rigorose quanto più elevato è l'ammontare delle risorse finanziarie impegnate.

acquisti sul Conto risorse generali del Fondo, in conformità con i termini previsti nella decisione medesima, per un periodo determinato e fino ad un determinato ammontare (art. XXX, lett. b).

L'utilizzo delle risorse ha carattere temporaneo (v., anche, art. V, sez. 3) anche se l'esigenza di fronteggiare squilibri della bilancia dei pagamenti causati da vizi strutturali dell'economia di uno Stato membro hanno indotto il Fondo a introdurre strumenti che prevedano una assistenza più lunga.

Mentre gli *Stand-by Arrangements* hanno una durata di 12 - 18 mesi, le *Extended Fund Facilities* sostengono programmi di risanamento di durata anche quadriennale.

L'adozione degli *Stand-by Arrangements* è il risultato di una articolata procedura di negoziazione.

Lo Stato membro, intenzionato a beneficiare dell'assistenza del Fondo, predispone una lettera di intenti con la quale si impegna a rispettare un pacchetto di misure di politica economica.

L'elaborazione della lettera di intenti viene generalmente curata dal Paese membro con l'ausilio di alcuni membri dello *staff* del Fondo monetario, inviati sul posto anche al fine di meglio comprendere gli indirizzi di politica economica dello Stato richiedente.

Il progetto di lettera di intenti ed un progetto di *Stand-by Arrangement* vengono presentati al Direttore generale del F.M.I. che decide se proporre qualche modifica allo Stato membro; in caso contrario, la lettera di intenti, sottoscritta dal Ministro del tesoro e dal Governatore della Banca centrale dello Stato richiedente, viene nuovamente inviata al Direttore generale.

Lo *Stand-by Arrangement* contiene una serie di parametri macroeconomici (*performance criteria*), desunti dalla lettera di intenti, dai quali viene fatta dipendere l'attuazione della decisione.

L'esposizione del programma di misure e riforme che il Paese membro si propone di rispettare viene spesso descritta anche attraverso un *Memorandum of Economic and Financial Policy (MEFP)* o mediante un *Memorandum of Understanding tecnico (TMU)*.

Lo *Stand-by Arrangement*, al quale vengono allegati la lettera di intenti e gli altri documenti citati, se presenti, viene approvato con una decisione del Comitato esecutivo.

Da un punto di vista giuridico, lo schema appena descritto viene diversamente qualificato dalla dottrina. Secondo alcuni, il congiunto operare di *Stand-by Arrangement* e lettere di intenti verrebbe a configurare un accordo internazionale; altri, basandosi su una diversa interpretazione dei citati documenti e sul contenuto di alcuni atti di diritto secondario del F.M.I. e, in particolare, sulle *Guidelines* sulla condizionalità, escludono che le lettere di intenti abbiano un valore vincolante e qualificano gli *Stand-by* decisioni del Fondo⁴⁶.

⁴⁶ L'incontro delle volontà espresse nelle lettere di intenti e nello *Stand-by Agreement* viene qualificato accordo internazionale da CARREAU, JULLIARD, op. cit., p. 612; PISTOIA, op. cit, p. 194 la quale sostiene che tali accordi non prevedrebbero né l'obbligo per lo Stato membro di rispettare i *performance criteria* né l'obbligo del Fondo di erogare le proprie risorse ma, piuttosto, conterrebbero l'obbligo specifico per le Parti di "considerare strumentali agli acquisti

Nel quadro della funzione appena descritta, il Fondo ha previsto disponibilità speciali specificamente destinate a fronteggiare crisi dei mercati finanziari.

In particolare, il *Supplemental Reserve Facility* (SRF) è stato istituito dopo le crisi finanziarie degli anni '90 per coprire le necessità di finanziamento, a breve scadenza ma su larga scala, derivanti da una improvvisa perdita di fiducia del mercato e da conseguenti fughe dei capitali.

Tale tipo di aiuto, istituito nel dicembre del 1997, consiste in un vero e proprio prestito e viene utilizzato quando la fuoriuscita di capitali da un Paese è tanto rilevante da poter determinare un effetto contagio rispetto alle economie di altri Paesi; il fondamento giuridico di questa forma di assistenza è stato individuato nella necessità di assicurare la conservazione della fiducia dei creditori.

L'aiuto viene concesso in forma di integrazione delle risorse già concesse attraverso uno *Stand-by* o un *Extended Arrangement* ed il termine per la restituzione viene generalmente individuato in due anni e mezzo⁴⁷.

La notevole entità delle somme erogate dal Fondo ha, tuttavia, creato, quale indesiderato effetto collaterale, un notevole problema di indebitamento dei Paesi beneficiari dell'assistenza nei confronti dell'Organizzazione internazionale.

IL S.R.F. è stato concesso alla Corea nel 1997, alla Federazione russa nel 1998 ed alla Repubblica argentina nel 2002.

Le *Contingent Credit Lines*, istituite su iniziativa dei ministri finanziari del G7, durante la crisi asiatica del 1999, hanno, invece, il duplice scopo di prevenire le crisi finanziarie e di sostenere le politiche economiche di quel Paese membro che, pur non avendo contribuito a causare una crisi, abbia subito un effetto contagio; poiché l'accesso alle risorse del Fondo non è soggetto a limiti quantitativi, il prelievo viene concesso soltanto a Stati membri i quali dimostrino di avere un adeguato sistema finanziario ed abbiano un rapporto costruttivo con i creditori privati.

tutte e sole le condizioni descritte nelle lettere di intenti". La natura di decisione dello *Stand-by Arrangement* viene affermata dall'art. 30 dello Statuto e dalle *Guidelines on conditionality* del 1979 e del 2002. Tuttavia, anche sul piano sostanziale è stato evidenziato che, sulla base del tenore letterale degli *Stand-by Arrangements* e delle lettere di intenti e in considerazione del contesto complessivo dell'operazione, non sarebbe configurabile la conclusione di un accordo internazionale, seppur in forma particolare. Lo *Stand-by Arrangement*, infatti, risponde alla esigenza del Fondo di prestare una assistenza tempestiva, basata sulla confidenzialità. La configurazione di un obbligo di rispettare i *performance criteria* o la necessità di trasporre negli ordinamenti nazionali il contenuto degli accordi in conformità alle norme costituzionali, certamente pregiudicherebbe tale funzione. V. RIESENHUBER, op. cit., p. 267. In senso analogo, DENTERS, op. cit., p. 99; VARI, op. cit., p. 63. La procedura di negoziazione dello *Stand-by Arrangement* rappresenta una forma concertata di definizione dei contenuti della decisione del Comitato esecutivo; la procedura tende ad evitare, cioè, che la decisione del Fondo venga vista come una imposizione unilaterale nei confronti dello Stato beneficiario della assistenza il quale, pertanto, viene chiamato a contribuire alla individuazione dell'oggetto della decisione medesima. Questo procedimento, inoltre, è finalizzato a consentire al Fondo di promuovere il rispetto di *standard* e codici di condotta che favoriscano il solido sviluppo economico del Paese beneficiario. V., in questo senso, Rapporto del G7 finanziario di Fukuoka, 8 luglio 2000, in MALAGUTI, op cit., p. 306.

⁴⁷ V. RIESENHUBER, cit. p. 52.

Come rilevato per le S.R.F., anche le C.C.L. non sempre sono idonee a sostenere la valuta del Paese e per di più aumentano notevolmente l'esposizione debitoria verso il F.M.I.

L'aiuto viene concesso in forma di integrazione di un precedente *Supplemental Reserve Facility*. Nel 1999, una C.C.L. di 9 miliardi di dollari è stata erogata a beneficio del Brasile la cui valuta, il *Real*, aveva subito un attacco speculativo; nonostante ciò, nel 2000, il Brasile è stato, comunque, costretto a svalutare.

L'attività di assistenza finanziaria del Fondo rileva, ai fini della presente indagine, anche come strumento, indiretto, di prevenzione e gestione delle crisi finanziarie, in ragione dell'operare del meccanismo della condizionalità.

Secondo il Gold, "*le mot conditionnalité se rapporte au politiques économiques que le Fond souhaite voir suivre par le paye membres pour qu'ils puissent utiliser les ressources du Fond conformément aux objective et aux dispositions du Statut*"⁴⁸.

Nel corso degli anni, il Fondo, attraverso l'assistenza finanziaria, ha fortemente influenzato le politiche degli Stati che ne hanno beneficiato, spesso imponendo profonde riforme strutturali, con l'obiettivo di indurre gli Stati a seguire politiche che consentissero di prevenire il verificarsi di crisi o che ne permettessero il superamento.

Nel predisporre i programmi, infatti, il Fondo valuta la sostenibilità del debito dello Stato richiedente e lo stato dei negoziati, avviati con i creditori privati, per riorganizzare i termini dei pagamenti. Al momento di valutare la lettera di intenti predisposta dallo Stato, inoltre, il Comitato esecutivo verifica che gli impegni assunti siano compatibili con la corresponsione dei pagamenti dovuti ai privati, in attuazione degli accordi di rinegoziazione conclusi.

Il meccanismo della condizionalità trova il proprio fondamento giuridico nelle disposizioni dello Statuto che regolano l'utilizzo delle risorse del Fondo.

L'art. V., sez. 3, lett. b), subordina l'acquisto di valute di altri Paesi membri al rispetto di alcune condizioni, tra cui l'utilizzo delle risorse in conformità alle disposizioni dello Statuto e delle politiche che ne derivano (art. V, sez. 3, lett. b, 1)).

La disciplina della condizionalità, tuttavia, è stata definita soprattutto mediante l'adozione di atti di diritto secondario della Organizzazione ed, in particolare, attraverso le *Guidelines on conditionality* del 1979⁴⁹ e le *Guidelines on conditionality* del 2002⁵⁰, a loro volta sottoposte a revisione nel corso del 2005⁵¹.

⁴⁸ V. GOLD, *La conditionnalité*, in *IMF Pamphlet Series*, Washington, 1979, n. 31

⁴⁹ V. Decisione 2 marzo 1979, n. 6056 – (79/38), in DENTERS, op. cit., pp. 283 – 285.

⁵⁰ V. Decisione, 25 settembre 2002, n. 1, in www.imf.org.

⁵¹ V., F.M.I., *Review of the 2002 Conditionality Guidelines*, 3 marzo 2005, in www.imf.org.

Il F.M.I. esegue, per tutta la durata dell'assistenza finanziaria, a cadenza semestrale o quadrimestrale, anche se lo Stato non effettui prelievi, una verifica circa l'aderenza delle politiche economiche e degli aggiustamenti strutturali attuati dallo Stato beneficiario rispetto al programma oggetto della condizionalità. Il Comitato esecutivo può, altresì, disporre l'incremento delle risorse finanziarie disponibili oppure l'esenzione dello Stato dal rispetto di uno o più parametri (*waiver*).

L'esigenza di provvedere ad una revisione del sistema delle condizionalità è stata dettata dalle numerose critiche rivolte alle politiche del Fondo monetario soprattutto rispetto alla gestione delle crisi finanziarie verificatesi in Asia, in Turchia ed in Argentina nell'ultimo decennio.

In tali vicende, gli *Stand-by Arrangements*, approvati dal Comitato esecutivo, hanno indicato agli Stati membri obiettivi sempre più specifici, anche non puramente macroeconomici, che sono stati sentiti come una indebita forma di ingerenza nei propri affari interni, tenendo conto che le decisioni erano state adottate in periodi in cui i Paesi membri non potevano rinunciare al sostegno finanziario del Fondo.

Durante la crisi asiatica, per esempio, tra le condizioni contenute nello *stand-by arrangement* che concedeva assistenza finanziaria all'Indonesia c'era l'esecuzione da parte dello Stato beneficiario di una decisione di un *panel* del WTO relativa all'industria automobilistica, sollecitata dagli Stati Uniti⁵².

Anche la fiducia nell'efficienza e nell'imparzialità dell'Organizzazione è attualmente pregiudicata dalla struttura, soltanto formalmente tecnica, della *Governance*.

Dei 24 membri del Comitato esecutivo, cinque sono eletti direttamente dai Paesi – Stati Uniti, Giappone, Germania, Francia e Gran Bretagna – che detengono le cinque quote più elevate di partecipazione al Fondo.

A questi si aggiungono i direttori esecutivi nominati direttamente dagli Stati membri, diversi dai primi cinque, la cui valuta è stata maggiormente utilizzata nelle transazioni del Fondo nei due anni precedenti ad ogni elezione dei Direttori (attualmente Federazione Russa, Cina e Arabia Saudita). I rimanenti Direttori sono eletti da tutti gli altri Stati membri, raggruppati in circoscrizioni (*constituencies*). Ciascun direttore dispone di un numero di voti determinato in proporzione al numero delle quote dei Paesi che rappresenta⁵³.

Nelle decisioni del Comitato esecutivo, pertanto, assumono un indubbio rilievo gli interessi politici, strategici ed economici dei principali azionisti del Fondo, circostanza che ha indotto il Comitato esecutivo ad adottare, nella verifica del rispetto dei *performance criteria*, due pesi e due misure⁵⁴.

⁵² V. TARULLO, op. cit., p. 298.

⁵³ Attualmente, anche se è in atto un processo di revisione delle quote attribuite agli Stati che dovrebbe completarsi nell'aprile del 2008, gli Stati Uniti detengono il 18% del totale delle quote.

⁵⁴ V., TARULLO, op. cit., p. 295.

La continua assistenza del Fondo monetario internazionale è stata assicurata alla Turchia ed alla Federazione russa, nel 2001 e nel 1998, anche quando era evidente che gli Stati non avevano rispettato i performance *criteria* previsti dai precedenti programmi; tali decisioni del Comitato esecutivo sono state influenzate dai contingenti interessi geopolitici dei paesi industrializzati nei due Paesi⁵⁵.

Diversa sorte è toccata alla Repubblica argentina: nel dicembre del 2001, il rifiuto del Comitato esecutivo di concedere un prelievo, proprio quando la crisi economica aveva raggiunto un livello insostenibile, aveva in parte contribuito al collasso economico del Paese⁵⁶.

I recenti insuccessi del Fondo hanno indotto molti Stati a sottrarsi al meccanismo della condizionalità ed a restituire, anche anticipatamente, le risorse attribuite loro dal Fondo monetario, ottenendo così il duplice risultato di non avere più un debito nei confronti dell'Organizzazione da servire regolarmente e di poter liberamente effettuare le scelte di politica economica⁵⁷.

Nonostante la situazione appena descritta, il Fondo monetario – come ribadito nella propria *Medium Term Strategy* - non intende abdicare il ruolo di garante istituzionale della stabilità dei mercati finanziari e continua a considerare l'assistenza finanziaria, rivista alla luce delle descritte esperienze, un importante strumento di prevenzione e gestione delle crisi⁵⁸.

In proposito le *Guidelines on Conditionality* del 2002 hanno ridefinito i principi già enunciati nella versione del 1979.

La *Guideline on Ownership* afferma espressamente che spetta agli Stati membri la responsabilità di scegliere le politiche economiche e finanziarie. La condizionalità rimane uno strumento importante per indurre gli Stati a rispettare *standard* e codici di condotta che favoriscano politiche economiche efficaci per la prevenzione delle crisi finanziarie.

La *Guideline on Circumstances of Members* chiarisce che i programmi del Fondo devono essere elaborati mediante un approccio *case by case* che tenga conto delle peculiarità di ciascun Stato, delle cause contingenti dello squilibrio della bilancia dei pagamenti e della necessità di un approccio flessibile rispetto all'evoluzione della crisi.

La *Guideline on Scope of Conditions* dispone che il Fondo monetario deve indicare *performance criteria* in termini chiari e specifici. I parametri macroeconomici e strutturali indicati debbono riguardare soltanto le materie rientranti nelle competenze del Fondo monetario quali la stabilità macroeconomica, le politiche fiscali e le politiche relative ai cambi.

⁵⁵ V., ID, p. 294.

⁵⁶ V. PISTOIA, op. cit., p. 186.

⁵⁷ V. SCISO, op. cit., p. 71. Nel 2005 Argentina e Brasile hanno appianato in anticipo l'esposizione verso il Fondo.

⁵⁸ V. F.M.I., *IMF Annual Report*, Washington, 2005, p. 35; F.M.I., *IMF Annual Report*, Washington, 2006, p. 20. La revisione del meccanismo della condizionalità è stata articolata in due fasi. Nella prima, il Fondo ha analizzato l'efficacia dei programmi sostenuti dal Fondo nel periodo 1995 – 2000 mentre, nella seconda, sono stati valutati i risultati ottenuti attraverso l'attuazione delle *Guidelines* del 2002.

2.2.3.- La funzione di sorveglianza del F.M.I.

Negli ultimi anni, il Fondo ha definito l'attività di sorveglianza dei mercati finanziari e della sostenibilità del debito un *core issue* dell'Istituzione ed ha motivato tale conclusione con una lettura estensiva delle competenze attribuite dall'art. IV dello Statuto.

L'art. IV, infatti, elenca una serie di obblighi degli Stati membri in tema di tassi di cambio ed attribuisce al Fondo, in questo ambito, il potere di esercitare una vigilanza bilaterale sull'attività degli Stati membri che sono tenuti a fornire le informazioni necessarie alla vigilanza.

Negli ultimi anni, il Fondo, in collaborazione con la Banca mondiale, ha adottato alcuni programmi specificamente destinati a monitorare l'efficienza dei mercati finanziari degli Stati membri a livello multilaterale.

Nel 1999, ad esempio, le due istituzioni finanziarie hanno istituito un *Financial Sector Assessment Program* (F.S.A.P.) al fine di rafforzare il controllo dei sistemi finanziari nazionali, prevenire nuove crisi finanziarie transnazionali e fornire utili strumenti operativi agli Stati membri.

Tale programma comporta una dettagliata verifica del rispetto da parte del Paese membro di alcuni *standard* operata in collaborazione con le autorità di vigilanza nazionali ed i comitati tecnici che tali *standard* hanno elaborato.

I risultati di tali valutazioni vengono separatamente riassunti in *Reports on the Observance of Standards and Codes* (R.O.S.Cs) i quali vengono poi utilizzati come parametri di valutazione nel corso della attività di sorveglianza del Fondo monetario.

La partecipazione degli Stati membri alla predisposizione dei R.O.S.Cs, pur essendo su base volontaria, è stata ampia: 130 Stati hanno partecipato alla elaborazione di 725 moduli R.O.S.Cs, 340 dei quali riguardavano espressamente il settore finanziario (*corporate governance, accounting, auditing, insolvenza e diritti dei creditori*)⁵⁹.

Attraverso l'attività di sorveglianza, il Fondo monetario promuove il rispetto degli standard elaborati dai principali *transgovernmental regulatory networks* tra i quali si ricordano il *Compendio di standard e codici internazionali per il rafforzamento dei sistemi finanziari*, adottato dal *Financial Stability Forum* il 18 giugno 2001.

⁵⁹ V. F.M.I., *IMF Annual Report*, 2006, p. 51.

2.2.4.- L'assistenza tecnica del Fondo monetario nella gestione delle crisi debitorie.

Nel quadro dei procedimenti di rinegoziazione del debito, il Fondo monetario internazionale ha messo a disposizione la competenza tecnica del proprio *staff* a beneficio degli Stati debitori ed ha offerto loro alcuni servizi: la c.d. *enhanced surveillance* e la amministrazione dei conti.

La procedura di *enhanced surveillance*, istituita con la decisione n. 8222 del 12 marzo 1986, prevede la possibilità per uno Stato membro di sottoporsi spontaneamente alla sorveglianza del Fondo quando quest'ultimo non abbia approvato un programma di assistenza finanziaria⁶⁰.

La sottoposizione dello Stato debitore alla predetta procedura veniva richiesta dalle banche commerciali, quale condizione per la conclusione di accordi di rinegoziazione del debito commerciale.

Il Fondo sottopone a tale controllo solo uno Stato che integri alcuni requisiti: 1) abbia ottenuto buoni risultati in materia di risanamento del debito, 2) presenti un programma economico adeguato, 3) necessiti di un accordo di rinegoziazione del debito con le banche commerciali per promuovere il flusso continuo dei capitali.

Sempre nel quadro della propria funzione di assistenza tecnica, il Fondo monetario ha aperto ed amministrato conti al fine di permettere una efficace esecuzione degli accordi di rinegoziazione conclusi da uno Stato membro con altre banche commerciali.

In particolare, il Fondo gestisce i conti secondo il mandato ricevuto, investe le somme depositate in attesa che vengano versate ai creditori, effettua il pagamento a richiesta dello Stato beneficiario.

Nel 1990 e nel 1992, ad esempio, il Fondo ha amministrato le somme che il Costa Rica e Panama avrebbero dovuto utilizzare per ridurre l'ammontare del debito estero⁶¹.

2.2.5.- Il ruolo svolto dal F.M.I. nella gestione della crisi argentina.

Le difficoltà del Fondo monetario nel gestire adeguatamente le complesse crisi debitorie moderne emerge chiaramente dalla analisi del ruolo dell'Organizzazione durante la crisi argentina.

Nel corso degli anni novanta, l'Organizzazione aveva concesso allo Stato sudamericano, a vario titolo, l'accesso alle proprie risorse finanziarie subordinandolo, secondo il meccanismo della

⁶⁰ V. Decisione 12 marzo 1986, n. 8222 (86/45), in *Recueil des décisions du Fonds Monétaire international*¹³, Washington, 1987, p. 20.

⁶¹ V. CISSÉ, op. cit., p. 303.

condizionalità, alla realizzazione di incisive riforme strutturali e fiscali da parte del governo argentino⁶².

Il Fondo monetario, come già chiarito, aveva condiviso la scelta del governo argentino di introdurre (a partire dal 1991) un regime di cambio a tasso fisso basato sulla convertibilità del peso argentino con il dollaro (al rapporto di cambio di 1 a 1), ritenendo tale sistema utile per combattere l'inflazione.

Inoltre, la fissazione da parte dell'istituzione finanziaria del c.d. “*obiettivo del deficit zero*” aveva indotto il Senato argentino ad adottare un programma (il c.d. *zero deficit plan*) che prevedeva il taglio del 13 % dei salari, l'aumento delle tasse e la riduzione della spesa pubblica.

Già nel 1999, la gravità degli effetti di tali politiche sulla popolazione civile era stata valutata criticamente dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali che controlla il rispetto del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali. Nel presentare le proprie osservazioni sulla situazione argentina, il Comitato aveva invitato lo Stato sudamericano ad assumere impegni nei confronti delle istituzioni finanziarie che non comportassero la violazione dei diritti fondamentali della popolazione⁶³.

Nonostante ciò, nel dicembre 2001 dopo tre anni di grave recessione, l'espansione del debito estero ha costretto il governo argentino ad adottare provvedimenti di emergenza fortemente impopolari: la sospensione della facoltà di ritirare le somme depositate nelle banche argentine dai correntisti, l'interruzione del pagamento delle pensioni, la sospensione del pagamento del capitale e dei tassi di interesse maturati sui titoli obbligazionari (*bonds*) acquistati dai cittadini argentini e dagli investitori stranieri sul mercato secondario (*default*).

Non solo. Dopo aver rinnovato per anni la propria assistenza finanziaria quando era evidente che lo Stato beneficiario non stava realizzando i *performance criteria* indicati negli *Stand-by Arrangements*, il Fondo aveva rifiutato la richiesta di assistenza presentata dall'Argentina proprio quando quest'ultima si trovava al culmine della crisi e necessitava di liquidità per effettuare i pagamenti (dicembre 2001).

⁶² Il Comitato esecutivo ha concesso all'Argentina l'accesso alle disponibilità ordinarie del Fondo monetario con i seguenti atti: lo *Stand-by Arrangement* del 29 luglio 1991 (durata un anno e mezzo), l'*Extended Arrangement* del 31 marzo 1992, lo *Stand-by Arrangement* del 12 aprile 1996, l' *Extended Arrangement* del 4 febbraio 1997 (durata triennale), lo *Stand-by Arrangement* del 10 marzo 2000 (durata triennale), lo *Stand-by Arrangement* del 24 gennaio 2003 con scadenza 31 agosto 2003 e lo *Stand- by Arrangement* del 20 settembre 2003 (durata triennale). L'argentina ha, altresì, ottenuto una *Supplemental Reserve Facility* in data 12 gennaio 2001. Gli atti sono reperibili in <http://www.imf.org/external/country/ARG/>.

⁶³ V. E/C.12/1/Add.38, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights : Argentina*, 8 dicembre 1999, par. 28. “*The Committee also recommends that the State party, when negotiating with international financial institutions, take into account its Covenant obligations to respect, protect and fulfil all of the rights enshrined in the Covenant*”.

L'evidenza della inadeguatezza dell'intervento del Fondo nella crisi argentina ha, paradossalmente, prodotto "un effetto terapeutico", inducendo l'organizzazione a rivedere il proprio operato ed, in generale, il proprio ruolo nelle relazioni economiche internazionali.

Nel 2000, al fine di svolgere un controllo sistematico ed obiettivo sulla efficacia delle attività del Fondo, rafforzandone la credibilità, l'*International Monetary and Financial Committee*, organo sussidiario del Consiglio dei Governatori, ha istituito l'*Independent Evaluation Office* (I.E.O.).

L'I.E.O. svolge una attività di controllo, avvalendosi dell'ausilio di un gruppo di personale qualificato ed indipendente scelto tra professionisti non appartenenti alla struttura del F.M.I., e si occupa della redazione di rapporti annuali e di pubblicazioni di approfondimento.

Nel luglio del 2004, l'I.E.O. ha pubblicato un rapporto che ha valutato criticamente l'efficacia della assistenza finanziaria fornita alla Repubblica argentina, nel periodo compreso tra il 1991 ed il 2001⁶⁴.

Secondo il citato rapporto, la responsabilità del *default* argentino andrebbe ripartita tra lo Stato sudamericano e il Fondo stesso: il governo argentino non avrebbe attuato le necessarie riforme strutturali, specie in materia fiscale, indispensabili per risanare l'economia, mentre il Fondo avrebbe troppo a lungo supportato, con la propria assistenza finanziaria, il regime di parità tra *pesos* e dollaro anche quando era oramai evidente che il debito argentino non era più sostenibile; secondo l'I.E.O. il Fondo monetario avrebbe dovuto elaborare una strategia di uscita dal sistema di parità meno costosa, in termini di sacrificio, per la popolazione⁶⁵.

⁶⁴V. Independent Evaluation Office, *Report on the Evaluation of the Role of the IMF in Argentina, 1991–2001*, luglio 2004, in <http://www.imf.org/external/country/ARG/>.

⁶⁵ "The crisis resulted from the failure of Argentine policymakers to take necessary corrective measures sufficiently early, particularly in the consistency of fiscal policy with their choice of exchange rate regime. The IMF on its part erred in the precrisis period by supporting the country's weak policies too long, even after it had become evident in the late 1990s that the political ability to deliver the necessary fiscal discipline and structural reforms was lacking. By the time the crisis hit Argentina in late 2000, there were grave concerns about the country's exchange rate and debt sustainability, but there was no easy solution. Given the extensive dollarization of the economy, the costs of exiting the convertibility regime were already very large. The IMF supported Argentina's efforts to preserve the exchange rate regime with a substantial commitment of resources, which was subsequently augmented on two occasions. This support was justifiable initially, but the IMF continued to provide support through 2001 despite repeated policy inadequacies. In retrospect, the resources used in an attempt to preserve the existing policy regime during 2001 could have been better used to mitigate at least some of the inevitable costs of exit, if the IMF had called an earlier halt to support for a strategy that, as implemented, was not sustainable and had pushed instead for an alternative approach." Independent Evaluation Office, cit., p. 64

2.4.- Rinegoziazione del debito privato, prevenzione e soluzione delle crisi : uno *Statutory Approach* o un *Market Based Approach*?

Oltre ad interessarsi, in generale, della stabilità dei mercati finanziari, il Fondo si è occupato specificamente del tema del debito estero degli Stati membri ed ha elaborato strategie per la prevenzione ed il superamento delle crisi e per la ristrutturazione del debito privato.

All'inizio di questo decennio, gli economisti si dividevano tra coloro che sostenevano la necessità di affidare ad una organizzazione internazionale, come il Fondo monetario, la gestione delle crisi debitorie e coloro che, invece, ritenevano che gli operatori del mercato avrebbero meglio fronteggiato, attraverso la predisposizione di adeguati strumenti contrattuali, l'emergenza occasionata dal *default* nel debito⁶⁶.

La corrente favorevole ad un approccio istituzionale, aveva salutato con favore la proposta, presentata nel 2002 dall'allora Direttore generale del Fondo monetario, Anne Krueger, di istituire un procedimento, gestito dal Fondo monetario internazionale ed ispirato alla procedura fallimentare statunitense, che gestisse le situazioni più gravi di crisi debitoria: il *Sovereign Debt Restructuring Mechanism* (SDRM).

La proposta si fondava sulla considerazione che la rinegoziazione del debito sovrano è resa sempre più complessa dalla eterogeneità dei creditori privati dello Stato, effetto del ricorso degli enti sovrani al mercato secondario degli strumenti finanziari e dal fatto che i creditori speculativi avevano l'interesse a dissociarsi dai negoziati (*opt – out*) con lo Stato debitore per cercare di ottenere in giudizio le somme dovute dallo Stato sulla base delle originarie condizioni di emissione dei titoli obbligazionari.

Il raggiungimento di una soluzione negoziata è, pertanto, molto più difficile rispetto agli anni '80, periodo in cui i referenti degli Stati erano un cartello di banche che aveva interesse a conservare buoni rapporti con il gruppo di Stati debitori.

Il progetto si ispira al capitolo nove dello *United States Bankruptcy Code* che prevede una procedura fallimentare per le persone giuridiche che esercitino pubblici poteri; secondo lo *statute* statunitense, in ragione del carattere pubblico, tali enti non possono essere messi in liquidazione. Tale valutazione è facilmente estensibile agli Stati.

66 V.; BOLTON, *Toward a Statutory Approach to Sovereign Debt Restructuring: Lessons from Corporate Bankruptcy Practice around the World* in *Int. Monetary Fund Working Paper* No. 03/13, 2003; KRUEGER, *International Monetary Fund, A New Approach to Sovereign Debt Restructuring*, Washington, 2002; BOLTON, SKEEL, *Inside the Black Box: How Should a Sovereign Bankruptcy Framework Be Structured?*, in *Emory Law Journal*, 2004, p. 763 ss.; SCHWARCZ, *Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganization Approach*, in *Cornell Law Review*, 2000, p. 956 ss.; SCHWARCZ, *Idiot's Guide to Sovereign Debt Restructuring*, in *Emory Law Journal*, 2004, p. 1189 ss.; SKEEL, *Can Majority Voting Provisions Do It All?*, in *Emory Law Journal*, 2003, p. 422 ss.

Il meccanismo, descritto da *Anne Krueger*, costituisce uno strumento di ultima istanza, utilizzabile solo qualora il debito dello Stato risulti oggettivamente insostenibile, e si basa su quattro principi cardine: 1) il voto a maggioranza; 2) la sospensione dell'esecuzione (*stay clause*); 3) la continuità dei flussi di capitale; 4) la tutela degli interessi dei creditori.

In particolare, la decisione, adottata dalla maggioranza dei creditori, di rinegoziare i termini delle obbligazioni deve vincolare anche la minoranza che, pertanto, non può avvalersi della facoltà di *opting out*.

Durante la procedura, viene sospeso il diritto dei creditori di agire in giudizio per far valere le pretese patrimoniali (ciò si verifica anche nelle procedure concorsuali nazionali) ma, al contempo, lo Stato è tenuto a conservare intatti i propri *assets* e non può pagare altri creditori non privilegiati. Il progetto prevede anche l'introduzione di meccanismi, diretti a favorire l'ingresso di capitali, che favoriscano il superamento della crisi.

Nel procedimento, il ruolo previsto per il F.M.I. è centrale: la sospensione dei procedimenti giudiziari e l'approvazione dell'accordo di ristrutturazione, votato dalla maggioranza dei creditori, dipendono, infatti, da una decisione del Fondo.

Il progetto *Krueger* non ha riscosso un grande successo poiché la sua attuazione comporterebbe una ulteriore estensione delle competenze del Fondo monetario che renderebbe necessario l'emendamento dello Statuto.

Il *market based approach* si basa, invece, sulla predisposizione di specifiche clausole contrattuali.

Le *collective action clauses*, in particolare, prevedono che il voto della maggioranza dei creditori possa imporre la ristrutturazione del debito privato, vincolando anche una minoranza dissenziente; altre clausole possono imporre la sospensione dei procedimenti giudiziari in pendenza del procedimento di rinegoziazione.

Anche tali meccanismi, tuttavia, comportano alcuni inconvenienti derivanti dal carattere contrattuale delle clausole: in primo luogo, le *collective action clauses* vincolano soltanto i *bondholders* di una specifica emissione e non la totalità dei creditori privati, circostanza che rende complessa la totale riorganizzazione del debito privato; in secondo luogo, il processo di armonizzazione delle clausole viene ostacolato dal fatto che l'interpretazione viene affidata al giudice nazionale di volta in volta competente a dirimere le controversie.

Sarebbe, in questo ambito, utile predisporre uno studio al fine di valutare la compatibilità di dette clausole con i principi di diritto civile degli ordinamenti nazionali e ricostruire e risolvere gli eventuali problemi di *implementation* che ne deriverebbero.

Sulla base di queste considerazioni critiche, un terzo orientamento propone la predisposizione di una Convenzione internazionale che istituisca procedure di rinegoziazione del debito privato o di

soluzione delle controversie, vincolanti per lo Stato debitore e per la totalità dei creditori aventi la nazionalità di uno Stato Parte⁶⁷.

Lo *staff* del Fondo monetario internazionale ha seguito con molta attenzione l'articolarsi del dibattito dottrinario ed ha elaborato un proprio indirizzo in materia di ristrutturazione del debito privato che viene espresso negli ultimi *Annual Papers* dell'organizzazione internazionale.

Lo *Statutory Approach* dell'Organizzazione, al momento, si traduce nella promozione di una forma rivista di assistenza finanziaria, fondata sul meccanismo della condizionalità disciplinato nelle *Guidelines* del 2002: l'assistenza finanziaria viene riproposta come strumento di sostegno alla stabilità economica ed alla crescita sostenibile degli Stati membri che, indirettamente, contribuisca a scongiurare il ripetersi di crisi finanziarie o a risolvere le crisi in atto, evitando l'effetto contagio.

D'altra parte, il F.M.I. ha riconosciuto l'efficacia di interventi *market based*.

Anche durante le consultazioni (ai sensi dell' art. IV dello Statuto) con gli Stati membri, il Fondo ha suggerito l'inclusione di *collective action clauses* nelle nuove emissioni di titoli obbligazionari.

L'utilizzo di tale clausole viene ormai previsto dai regolamenti di emissione dei *Sovereign Bonds* soggetti alla legge dello Stato di New York, alla legge inglese e giapponese.

La percentuale dei regolamenti contenenti una *collective action clause* è cresciuta dal 31% del 2002, al 91% delle emissioni obbligazionarie immesse sui mercati nel periodo compreso tra marzo 2004 e aprile 2005⁶⁸.

In una recente iniziativa, infine, il Fondo monetario ha invitato gli Stati in via di sviluppo a finanziare la spesa pubblica ricorrendo all'emissione di *bonds*, in valuta locale, sul mercato domestico.

Tali emissioni, infatti, hanno il vantaggio di non essere condizionate dall'andamento del valore della valuta straniera e preservano lo Stato debitore sia dagli effetti di shock esogeni che da attacchi speculativi⁶⁹.

2.5.- Ulteriori rilievi critici sul ruolo del Fondo nella soluzione delle crisi debitorie.

Il contenuto e l'efficacia della attività del Fondo monetario internazionale in tema di soluzione delle crisi debitorie dipende dagli esiti dell'attuale processo di ridefinizione del ruolo complessivo dell'Organizzazione che passa primariamente per un riassetto della *Governance*.

⁶⁷ V. SCHWARCZ, *Idiot's Guide to Sovereign Debt Restructuring*, in *Emory Law Journal*, 2004, p. 1189 ss.

⁶⁸ V. F.M.I., *IMF Annual Paper*, Washington, 2005, p. 42 e p. 43; F.M.I., *Progress Report on crisis Resolution*, 21 settembre 2005, in www.imf.org. Nel 2005, numerosi Direttori del Comitato esecutivo hanno sottolineato l'importanza di un *Marked Based Approach* alla soluzione delle crisi debitorie.

⁶⁹ V., da ultimo, *G8 Action Plan for Developing Local Bond Market in Emerging Market Economies and Developing Countries*, 19 maggio 2007, in www.g7.utoronto.ca.

Paesi emergenti come Cina, Brasile ed India posseggono quote di partecipazione all'Organizzazione che non rispecchiano il loro effettivo peso nelle relazioni economiche internazionali.

A questo fine, nel 2006, il Comitato esecutivo ha avviato un processo di revisione dell'attuale sistema di attribuzione delle quote che dovrebbe portare, nella primavera del 2008, ad una riforma dell'attuale regime.

Il programma di Singapore prevede l'aumento delle quote di Cina, Corea, Messico e Turchia e fissa l'obiettivo di determinare un meccanismo di adeguamento delle quote e dei diritti di voto al mutevole peso economico di ciascuno Stato nelle relazioni internazionali⁷⁰.

I possibili esiti dell'attuale dibattito sono molteplici ed al momento imprevedibili: il Fondo potrebbe restringere la propria attività alla sorveglianza, agendo quale organizzazione puramente tecnica, oppure potrebbe, su basi diverse, riconquistare una certa credibilità anche rispetto alla attività di assistenza finanziaria a beneficio di Paesi affetti da specifici squilibri delle bilance dei pagamenti.

Nonostante l'attuale periodo di crescita delle economie dei paesi in via di sviluppo, infatti, nessuno può escludere – come la storia insegna - che nuovi fenomeni di crisi sistemica possano riaffacciarsi in un futuro più o meno prossimo.

3.- Le riunioni del Vertice G7/G8 e la soluzione delle crisi finanziarie.

Tra i fenomeni di cooperazione internazionale più interessanti e complessi, le riunioni del Vertice G7/G8 hanno indubbiamente influenzato l'insieme delle decisioni di natura economica e finanziaria assunte a livello internazionale.

Gli indirizzi in materia di prevenzione e di gestione delle crisi finanziarie elaborati nei Comunicati finali e negli *Statement* dei ministri finanziari, ulteriormente definiti in seno alle Organizzazioni internazionali cui tali Stati partecipano ed in altri consessi internazionali come il G10, attribuiscono al G7 un indiscusso ruolo di guida nelle materie in esame.

3.1.- Natura e membership del Vertice G7/G8.

I Vertici o le Conferenze al Vertice sono incontri informali tra i rappresentanti di due o più Stati che si distinguono dalle altre forme di cooperazione internazionale per le seguenti caratteristiche:

- 1) *il massimo livello di rappresentanza dei partecipanti* (Capi di Stato o di Governo, Ministri delegati);
- 2) *la condivisione tra i partecipanti di principi, finalità, interessi;*

⁷⁰ V. F.M.I., *Press Release n. 06/205*, 18 settembre 2006, in www.imf.org

3) *l'utilizzo del metodo della concertazione*⁷¹.

Tale metodo consiste nell'esercizio di una attività collettiva diretta ad armonizzare le singole posizioni statali, nell'ambito di un quadro di principi condivisi; le riunioni sono generalmente caratterizzate dalla informalità e dalla flessibilità poiché non sono vincolate a forme procedurali fisse.

I Vertici possono essere convocati nel quadro di una organizzazione internazionale oppure possono interessare esclusivamente un *club* di Stati; in quest'ultimo caso, gli Stati *partners* determinano le materie oggetto dei colloqui (si distinguono così i vertici militari, i vertici ideologici, i vertici economici).

Tra gli esempi storicamente più significativi di Conferenza al Vertice, il Consiglio europeo è nato all'esterno della struttura istituzionale comunitaria, dalle riunioni informali dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri, tenutesi a partire dal 1960, per discutere tematiche relative allo sviluppo delle Comunità.

Tale prassi ricevette una prima formalizzazione durante il Vertice di Parigi del dicembre del 1974 nel corso del quale i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri si riunirono ufficialmente come "Consiglio europeo"; la composizione e le funzioni del Consiglio europeo sono state espressamente disciplinate dall'art. 2 dell'Atto Unico europeo (AUE) del 1986, prima, e dall'art. 4 del Trattato di Maastricht del 1992 (TUE); in esito al descritto processo evolutivo, dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il Consiglio europeo può pacificamente qualificarsi come un organo dell'Unione europea⁷².

Nell'ambito del più ampio *genus* delle Conferenze al vertice, vengono definite "*Conferenze istituzionalizzate*" quelle riunioni che, pur non essendo istituite in base ad un accordo internazionale né disciplinate da uno strumento statutario, si contraddistinguono, appunto, per la regolarità degli incontri ed il rispetto di specifiche procedure, precisate per prassi.

I Vertici, come le Conferenze istituzionalizzate, non sono dotati di una personalità giuridica internazionale distinta da quella degli Stati partecipanti: ne consegue che gli atti emanati durante tali

⁷¹ Cfr. CONTICELLI, *I Vertici del G8*, Milano, 2006; MALAGUTI, *Crisi dei mercati finanziari e diritto internazionale*, op. cit., p. 132; MUNARI, *Il G8 nel sistema delle relazioni tra Stati e nel diritto internazionale: uno strumento ancora attuale?*, in *La comunità internazionale*, 2001, p. 413 ss.; PANEBIANCO – Di STASI, *L'euro G8*, Torino, 2006; ROSANO, *La cooperazione al Vertice*, in *Contributi allo studio del diritto internazionale dell'economia* (a cura di Tosato), Rimini, 1993, p. 76 ss.

⁷² V. CONFORTI, *Diritto internazionale*⁷, Napoli, 2006, p. 149; GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma, Bari, 2007, p. 15; TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova 2005, p. 28. Il Trattato sull'Unione europea di Maastricht (TUE) non inserisce il Consiglio europeo tra le istituzioni della Comunità elencate nell'art. 3, ma gli attribuisce un ruolo centrale di impulso e di definizione degli orientamenti politici generali necessari allo sviluppo dell'Unione europea (art. 4 TUE). Dalla considerazione che il Consiglio europeo esercita le proprie competenze sia nel quadro del primo pilastro ("le Comunità") sia nell'ambito della cooperazione intergovernativa prevista dal secondo e terzo pilastro (Politica estera e di sicurezza comune; Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale) deriva che esso possa qualificarsi "*l'organo di indirizzo e di coordinamento dell'Unione europea complessivamente intesa*". V. PANEBIANCO, Di STASI, *L'Euro G8*, Torino, 2006, p. 44.

riunioni sono una manifestazione collettiva della volontà dei singoli Stati *partners* e sono imputabili a ciascuno di essi⁷³.

Il Vertice G7 trae la propria origine da esigenze storiche contingenti: negli anni '70, nessuno Stato sembrava in grado di offrire risposte adeguate al crollo del sistema della parità aurea stabilito a Bretton Woods e alla collegata crisi petrolifera. D'altra parte, gli interventi della B.M. e del F.M.I. non avevano portato risultati migliori.

L'ideazione del G7 viene fatta risalire all'aprile 1973, quando i ministri finanziari di Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia e Germania⁷⁴ si riunirono per affrontare la spinosa questione della riforma del sistema monetario internazionale; gli incontri, tenutisi presso la Biblioteca della Casa Bianca (da qui il nome di *Library Group*), vennero condotti in un clima di informalità, non essendo previsto né un ordine del giorno né documenti preparatori ufficiali a cui fare riferimento ("una chiacchierata di fronte al caminetto"). In una serie di successivi incontri non ufficializzati, gli Stati partecipanti cercarono, in via preliminare, un coordinamento delle rispettive posizioni.

Il primo *summit* ufficiale venne tenuto a Rambouillet nel 1975 e vide la partecipazione, accanto agli originari partecipanti, Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Germania, Giappone, dell'Italia, considerata un Paese dalla comprovata capacità di mediazione tra sistemi diversi; da allora il G7/G8 ha una cadenza annuale.

La formula a sette venne raggiunta, con l'invito del Canada, nel successivo Vertice di San Juan di Portorico del 1976.

A partire dal Vertice di Londra del 1977, le Comunità europee vengono rappresentate in seno al G7 dal Presidente della Commissione; inizialmente limitata alle sole materie di competenza esclusiva, la partecipazione della Comunità è stata estesa anche alle riunioni del Gruppo vertenti su materie che rientrano tra le c.d. competenze concorrenti.

L'integrazione della Comunità europea nel Gruppo del G7 costituì una soluzione molto opportuna: non solo venne data visibilità sul piano internazionale alla Comunità ma, soprattutto, venne data una legittimazione in chiave comunitaria alle iniziative promosse in occasione dei Vertici evitando, allo stesso tempo, fratture tra gli Stati C.E⁷⁵. Tenendo conto dell'esigenza di coordinamento tra gli Stati membri della Comunità, venne inaugurata la prassi di far precedere il *Summit* da una riunione del Consiglio europeo, in modo che fosse possibile elaborare una posizione comune sui punti all'ordine del giorno del G7; il Presidente della Commissione, inoltre, assunse il compito di riferire con

⁷³ PANEBIANCO, DI STASI, *Il g8 nel nuovo ordinamento di organizzazione internazionale contemporanea: l'euro G8*, 2001, p. 69.

⁷⁴ Per i Paesi coinvolti, parteciparono a questi primi incontri, rispettivamente, Shultz, Barber, Giscard d'Estaing e Schmidt.

⁷⁵ In questo senso ROSANO, *La cooperazione al Vertice nell'attività dei cd. Gruppi G5 e G7*, cit., p. 119; MUNARI, *Il G8 nel sistema delle relazioni tra Stati e nel diritto internazionale: uno strumento ancora attuale?*, in *La Comunità internazionale*, cit., p. 416.

regolarità al Consiglio dei ministri sull'andamento dei lavori preparatori e sui risultati degli incontri⁷⁶.

Il confronto avviato nel 1991 con la Federazione russa, in forma di dialogo *Post Summit*, ha portato progressivamente alla nascita del G8. Durante il Vertice di Napoli del 1994, la Federazione russa è stata invitata a partecipare ai *Summit* di carattere politico (i c.d. *Political eight*) come *non full member*. Ammessa successivamente alla trattazione delle questioni economico-finanziarie, nei Vertici di Denver (1997) e di Birmingham (1998), la Federazione russa ha acquisito la piena *membership* del G8 in occasione del Vertice di Kananaskis del 2002 e, a partire dal 2006, è stata inserita nella rotazione delle presidenze di turno. Tuttavia, il G7 continua a funzionare parallelamente ai Vertici annuali G8: la Federazione russa, anche in ragione della instabilità economica e democratica, non viene ancora ammessa a partecipare ai Vertici ministeriali in materia finanziaria, vertenti su questioni prettamente tecniche.

Nei documenti ufficiali, i *partners* riaffermano la condivisione non soltanto degli indirizzi economici generali ma di alcuni valori politici, come, il rispetto dei diritti dell'uomo, la democrazia e lo stato di diritto. In virtù del progressivo allargamento delle tematiche di interesse del Gruppo, l'originaria struttura ha subito un processo di revisione che si è concretizzato nella creazione di una rete di sottogruppi collegati al *Summit* per la discussione delle questioni inserite nell'agenda.

A partire dal Vertice di Londra del 1984, per ciò che interessa, la responsabilità di discutere le materie finanziarie e monetarie è stata delegata dal Vertice dei Capi di Stato al Vertice dei ministri dell'economia e dei Governatori delle Banche centrali.

In ragione di tale delega, lo *statement* predisposto dal Vertice dei ministri finanziari viene ora semplicemente ratificato da parte del Vertice dei Capi di Stato e di Governo.

E', altresì, significativo che i ministri dell'economia si riuniscano almeno tre volte l'anno in sede ordinaria, a Washington, in coincidenza con la sessione autunnale e primaverile del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale, oltre che in occasione del vertice annuale del G8.

3.2.- Indagine della prassi.

Come anticipato, specie negli ultimi venti anni, i vertici G7/G8, si sono ampiamente occupati del problema della prevenzione e della gestione delle crisi finanziarie.

Al fine della presente indagine, rileva ricostruire il contenuto delle “*Dichiarazioni finali o Communiqués*” resi al termine delle riunioni dei Capi di Stato e di Governo.

⁷⁶ Cfr. ROSANO, *La cooperazione al Vertice nell'attività dei cd. Gruppi G5 e G7*, cit., p. 120.

Nella formula attuale, infatti, al termine della riunione annuale i Vertici approvano un Comunicato politico ed un Comunicato economico attraverso cui gli Stati partecipanti non assumono obblighi bensì impegni di *best endeavours o best efforts*.

All'interno del Comunicato, singole proposizioni, che costituiscono il nucleo del documento, individuano le decisioni concertate relative alle singole materie oppure verificano lo stato di attuazione di impegni precedentemente assunti (*follow up*).

Assumono, altresì, una notevole rilevanza gli *statement* dei ministri economici e dei Governatori delle Banche centrali.

Durante il vertice di Williamsburg del maggio 1983, la Dichiarazione economica della riunione dei Capi di Stato e di Governo si è occupata della crisi debitoria del Messico rilevando, per la prima volta, che in ragione della crescente interdipendenza delle economie, tale crisi aveva interferito sull'equilibrio finanziario internazionale.

Durante il Vertice di Tokio del 1986, la riunione dei Capi di Stato e di Governo ha condiviso, facendola propria, la proposta del Segretario di Stato statunitense, il c.d. Piano Baker, avente ad oggetto la riduzione progressiva del debito estero di alcuni Paesi in via di sviluppo⁷⁷; la *Proposta Baker* venne successivamente discussa e recepita dal Comitato esecutivo del Fondo monetario, influenzando le politiche dell'organizzazione della seconda metà degli anni '80.

Il Vertice di Halifax del 1995 e di Lione del 1996 hanno affermato alcuni principi che tuttora ispirano l'attività del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale: 1) la stabilità finanziaria è un interesse condiviso degli Stati del G7 poiché costituisce un presupposto per assicurare una crescita economica sostenibile; 2) la crisi dei mercati finanziari può essere evitata soltanto attraverso una stretta cooperazione tra Stati e organizzazioni internazionali; 3) viene ribadita la stretta connessione tra stabilità monetaria e stabilità finanziaria⁷⁸.

Il vertice di Lione del 1996 è rimasto celebre anche per il varo della ormai nota *High Indebted Poor Countries initiative* che è stata successivamente sviluppata, durante il Vertice di Colonia del 1999, mediante l'approvazione del Programma *Enhanced HIPC Initiative* diretto a ridurre l'esposizione

⁷⁷ Il c.d. Programma per una crescita duratura (Piano Baker) prevedeva un approccio alle crisi debitorie basata su una valutazione *case by case* e tre strumenti principali di intervento: 1) l'adozione da Parte dei Paesi in via di sviluppo di politiche macroeconomiche finalizzate a favorire la crescita; 2) il ruolo centrale del Fondo monetario internazionale attraverso la propria politica di assistenza finanziaria; 3) un incremento del volume dei prestiti da parte delle banche. Il piano ebbe un esito fallimentare poiché produsse un incremento dell'indebitamento verso i privati degli Stati. V. GUIER, *La position du Gouvernement américain en matière d'endettement des Etats: du Plan Baker à l'initiative Brady*, in *La dette extérieure*, op. cit., p. 111.

⁷⁸ V. Conclusioni dei Capi di Stato e di Governo, 16 giugno 1995, in www.g7.utoronto.ca "Close consultation and effective cooperation on macroeconomic policies among the G7 are important elements in promoting sustained non inflationary growth avoiding the emergence of large external imbalances, and promoting greater exchange market stability. [...] We have a shared interest in ensuring the International community remains able to manage the risks inherent in the growth of private capital flows, the increased integration of domestic capital market and the acceleration pace of financial innovation".

debitoria dei Paesi più poveri ed attuato in successive iniziative del F.M.I., della Banca mondiale e del Club di Parigi.

Alla iniziativa possono aderire quei Paesi che, oltre ad essere eleggibili ai prestiti altamente concessionali dell'*International Development Association* (i c.d. Paesi *IDA only*), abbiano un debito insostenibile sulla base di analisi finanziarie effettuate dagli esperti delle istituzioni finanziarie internazionali (Paesi *IDA only HIPC*).

Il G7 dei ministri finanziari di Colonia segna l'inizio del contributo del Vertice alla definizione di una nuova architettura finanziaria internazionale ed alla elaborazione di strategie per la prevenzione e la gestione delle crisi debitorie; in particolare, il Comunicato auspica l'utilizzo di *collective action clauses* nelle nuove emissioni di *Sovereign Bonds*⁷⁹.

Rispetto alla competenza del F.M.I. in tema di *crisis management* viene promosso sia un rafforzamento dei vigenti programmi di assistenza finanziaria (*statutory approach*) sia un maggior coinvolgimento degli operatori privati nella soluzione delle crisi (*contractual approach*)⁸⁰.

Per realizzare questi fini, il Vertice suggerisce la creazione di organismi deputati a migliorare la cooperazione tra Stati, Organizzazioni internazionali e privati nella soluzione delle crisi: è stata lanciata, durante questo vertice, la costituzione del *Financial Stability Forum*.

Sempre in materia di prevenzione e di gestione delle crisi, nel Rapporto del G7 finanziario del 20 giugno 1999 vengono definiti alcuni principi di cui si promuove una osservanza su scala globale⁸¹.

In materia di *debt management* il Vertice auspica: 1) il maggior utilizzo da parte degli Stati di emissioni, a lungo termine e in valuta domestica, al fine di evitare gli effetti di *shock* esogeni; 2) lo sviluppo di mercati finanziari locali; 3) l'inclusione di clausole contrattuali che ripartiscano tra Stati debitori e creditori i rischi derivanti dal movimento di capitali e da attacchi speculativi.

La prevenzione delle crisi viene considerato un elemento chiave della stabilità finanziaria internazionale che deve essere realizzato attraverso: 1) il coinvolgimento del settore privato; 2) la conservazione della vincolatività e della esigibilità delle obbligazioni pecuniarie assunte dagli Stati (*sanctity of contracts*); 3) i creditori che effettuano investimenti rischiosi devono accettarne i rischi; 4) la soluzione delle crisi debitorie deve basarsi su negoziati in buona fede tra Stati debitori e creditori⁸².

I Comunicati del G7 finanziario di Colonia (1999), Fukuoka (2000) e Genova (2001) riconoscono la validità di alcuni standard e codici di condotta elaborati da organizzazioni internazionali e

⁷⁹ V., Rapporto del G7 finanziario, 20 giugno 1999, in MALAGUTI, op. cit., p. 287.

⁸⁰ ID, cit., p. 286.

⁸¹ ID., cit., p. 298.

⁸² V., Rapporto del G7 finanziario, 20 giugno 1999, in MALAGUTI, op. cit., p. 287.

network transnazionali composti da autorità di controllo al fine di assicurare la stabilità dei mercati finanziari.

Tra gli standard di cui si sollecita l'attuazione a livello nazionale vengono indicati: i *Reports on Observance of Standard and Codes (ROSCs)*, il Compendio di Standard elaborato dal *Financial Stability Forum*, i *Core Principle dell'International Association of Insurance Supervisors (IAIS)* e dell'*International Organization of Securities Commissions (IOSCO)*.

Durante i vertici più recenti la questione del debito, pubblico e privato, dei Paesi in via di sviluppo è stata regolarmente considerata.

Durante il Vertice di Genova del 2001, la Presidenza italiana del G8 ha definito nel documento "*Beyond debt relief*" una piattaforma programmatica diretta a ridurre l'esposizione dei paesi poveri attraverso la rimozione delle barriere al commercio, la promozione degli investimenti privati e l'assistenza nei settori della salute e della educazione.

In occasione del Vertice di Kananaskis del 2002, il G8 ha ribadito il proprio impegno a sostenere l'iniziativa *H.I.P.C.* per l'alleggerimento del debito dei Paesi più poveri subordinandolo al rispetto da parte dei Paesi eleggibili dei requisiti di *good governance*; gli Stati membri hanno, altresì, manifestato la volontà di incrementare le politiche di aiuto pubblico allo sviluppo conformemente agli auspici della Conferenza sul finanziamento dello sviluppo di Monterrey⁸³.

Durante il Vertice G8 di *Sea Island* del giugno 2004, al fine di estendere l'applicazione dell'Iniziativa *H.I.P.C.* al maggior numero possibile di Paesi poveri, i Capi di Stato e di Governo hanno raccomandato una proroga di due anni della durata del Programma, il cui termine era originariamente previsto per la fine del 2004; tale sollecitazione è stata raccolta dalle *I.F.I.* le quali hanno prorogato l'Iniziativa fino al dicembre 2006 .

Durante il Vertice di *Gleneagles* del Luglio 2005, infine, recependo la dichiarazione del Vertice dei ministri delle finanze dell'11 giugno precedente, è stato assunto l'impegno di cancellare il 100% del debito dovuto dai Paesi poveri eleggibili alla "*HIPC Initiative*" (attualmente 18) alla Banca mondiale, alla Banca africana per lo sviluppo e al Fondo Monetario internazionale.

In alcuni statement dei ministri finanziari, inoltre, gli Stati non si sono limitati a formulare principi relativi all'assetto del sistema finanziario globale ma hanno espresso raccomandazioni specifiche nei confronti di Stati non partecipanti alle riunioni.

Rispetto alla crisi argentina, agendo in qualità di riunione di organi degli Stati nazionali della maggioranza dei creditori privati, i vertici dei ministri finanziari hanno seguito con preoccupazione

⁸³ Giovanni Castellaneta, *Il Vertice del G-8 di Kananaskis*, in *Affari esteri*, 2002, p. 793 ss.

i negoziati tra F.M.I. e Argentina⁸⁴ ed hanno invitato lo Stato, una volta regolarizzata la propria posizione verso l'Organizzazione, ad adempiere le obbligazioni assunte verso i privati⁸⁵.

3.2.- Le funzioni di coordinamento di certificazione e di indirizzo delle riunioni del Vertice G7/G8.

Dalla prassi appena riassunta emerge che il carattere non vincolante degli atti espressi nella pluralità di collegi che costituiscono il Vertice annuale G7/G8 (un collegio di collegi, appunto), non ne escluda la notevole efficacia giuridica.

Il ricorso a strumenti di *soft law* rappresenta una risposta dei Paesi più ricchi ad una domanda di *Governance* rispetto alla quale gli strumenti normativi rigidamente fissati nel tempo, come i trattati internazionali, risultano inadeguati.

La prima funzione normativa dei Vertici è, dunque, quella di coordinare le politiche degli Stati partecipanti al fine di meglio realizzare gli interessi comuni.

Tale attività di coordinamento, negli ultimi anni, è stata estesa anche a soggetti estranei alla attività del G8, in ragione della raggiunta consapevolezza che fenomeni come la stabilità finanziaria possono essere governati solo a livello globale.

I Comunicati finali svolgono altresì la funzione di indirizzare l'orientamento delle Organizzazioni internazionali di cui gli Stati partecipanti ai Vertici sono membri. Le indicazioni fornite dai Vertici, come risulta dalla prassi descritta, hanno influenzato le politiche di prevenzione e di gestione delle crisi finanziarie del Fondo monetario internazionale: ad esempio, il c.d. *marked based approach*, ora sostenuto dall'organizzazione, viene promosso nel quadro dei Vertici sin dal 1999; il fallimento del *Sovereign Debt Restructuring Mechanism* è stato sancito in un Comunicato dei ministri finanziari del G7 che qualificava tale procedura non ancora realizzabile⁸⁶.

L'importanza del potere di indirizzo del G7 è lo specchio del potere egemonico degli Stati partecipanti che ha raggiunto il proprio apice nel corso degli anni novanta e che solo dopo l'11 settembre risulta in via di ridimensionamento.

Nel perseguimento della stabilità dei mercati internazionali, peraltro, gli Stati partecipanti non hanno mancato di promuovere interessi strettamente nazionali: in particolare, l'affermazione, più

⁸⁴ V., *Statement* del G7 dei ministri finanziari e dei Governatori delle Banche centrali, 19 agosto 2001, in www.g7.utoronto.ca.

⁸⁵ V., *Statement* del G7 dei ministri finanziari e dei Governatori delle Banche centrali, 22 febbraio 2003, in www.g7.utoronto.ca.

⁸⁶ V., *Statement* del G7 dei ministri delle finanze e dei Governatori delle Banche centrali, 12 aprile 2003, in www.g7.utoronto.ca.

volte ribadita, della *sanctity of contracts* conclusi dagli Stati debitori si giustifica con il fatto che è interesse degli Stati partecipanti al G7 tutelare i diritti patrimoniali dei propri investitori all'estero. Rispetto alla risoluzione di specifiche crisi debitorie, dunque, il sostegno riconosciuto dagli Stati del G7 ai propri nazionali nei confronti degli Stati debitori, durante le riunioni dei Vertici, è configurabile come una forma particolare di buoni uffici, esercitati, in un contesto collettivo, internazionalmente molto visibile.

Ciò si è verificato durante la crisi argentina, senza indurre, per la verità, lo Stato sudamericano a desistere dalle proprie posizioni nei confronti dei privati.

Da ultimo, poiché i Comunicati finali e gli *Statement* esprimono l'*opinio iuris* di Stati influenti, essi esercitano l'ulteriore funzione di certificare la validità e promuovere la diffusione di *standard* e codici di condotta che agevolino la prevenzione oppure una soluzione concertata delle crisi debitorie.

4.- La rinegoziazione del debito privato. Le principali clausole predisposte al fine di assicurare la parità di trattamento dei creditori.

La rinegoziazione dei termini e delle condizioni delle obbligazioni originariamente emesse dallo Stato, in caso di *default*, costituisce una fase fondamentale delle operazioni di prestito internazionale e lo strumento più diffuso per risolvere le controversie tra Stato debitore e privati creditori⁸⁷.

Per tale ragione, i pratici della materia hanno raggiunto un grado elevatissimo di competenza nella tecnica di elaborazione delle clausole contrattuali che, in presenza di una complessa operazione transnazionale di prestito, involgente tipologie di debito differenti e sistemi normativi eterogenei, possa assicurare la parità di trattamento tra i creditori.

La parità di trattamento dei creditori, in particolare, viene perseguita attraverso l'inclusione nell'originario contratto di prestito (in particolare nel regolamento di emissione ad esso allegato) o nell'accordo di rinegoziazione delle seguenti clausole: la clausola *pari passu*; il *negative pledge*; la *sharing clause* e la clausola di rimborso anticipato obbligatorio.

⁸⁷ V. BUCHEIT, PAM, *The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments*, in *Emory Law Journal*, 2004, p. 869 ss.; FISCH, GENTILE, *Vultures or Vanguard?: the Role of Litigation in Sovereign Debt Restructuring*, in *Emory Law Journal*, 2004, p. 1043 ss.; KARAMONOLIS, *The Legal Implication of Sovereign Syndicated Lending*, New York, London, Rome, 1992; LOUNGNARATH, *Les cadres juridiques de la capitalisation des dettes commerciales des Etats*, in *La dette extérieure*, op. cit., p. 345 ss.

4.1.- La clausola *pari passu*.

La clausola *pari passu* impone allo Stato debitore l'obbligo di assicurare, nel pagamento del debito, un egual trattamento a tutti i debitori non privilegiati.

L'inclusione di tale clausola, originariamente utilizzata nelle emissioni delle persone giuridiche, anche nei regolamenti di emissione dei *Sovereign Bonds*, risponde ad una pluralità di problemi pratici inerenti a questa forma di finanziamento dello Stato.

In primo luogo, si vuole evitare che lo Stato destini alcuni beni (c.d. *earmarking of assets*) alla soddisfazione di altri creditori non privilegiati; tale effetto può essere prodotto, ad esempio, attraverso la conclusione di contratti che producano un effetto analogo alla costituzione di una garanzia a beneficio di altri creditori, eludendo di fatto l'operatività della *negative pledge clause* (v. *infra*, 4.2.).

In secondo luogo, la clausola evita l'effetto di eventuali atti sovrani dello Stato debitore il quale, una volta completata l'emissione di titoli obbligazionari, muti con atto normativo l'ordine dei creditori e dei privilegi.

Da ultimo, la clausola svolge la funzione di neutralizzare il mutamento dell'ordine dei crediti determinato dall'applicazione del sistema normativo complessivo dello Stato debitore, questione che si è posta recentemente rispetto alle emissioni obbligazionarie delle Filippine (*involuntary subordination*).

Secondo l'art. 2244 (14) del codice civile filippino, infatti, i crediti incorporati in un titolo di Stato sono privilegiati rispetto ai crediti anteriori, sorti in ragione di una emissione obbligazionaria; la norma pregiudicava i diritti dei *bondholders* non privilegiati, sorti anteriormente alla emissione di titoli di Stato.

Il problema è stato risolto attraverso l'inclusione, nei successivi regolamenti di emissione, di una clausola che, tenendo conto del problema della *involuntary subordination*, specificava quanto segue: “*Subject to the discussion below of art. 2244 (14) of the Civil Code of the Philippines, the Bonds will rank pari passu in priority of payment with all other unsecured and unsubordinated External Indebtedness of the Philippines*”.

A partire dalla fine degli anni '90, i creditori speculativi e soprattutto i *Vulture funds* hanno utilizzato una lettura estensiva della clausola *pari passu* per interferire sul processo di rinegoziazione del debito privato dello Stato.

Secondo tale interpretazione la clausola *pari passu* prevedrebbe un obbligo per lo Stato di effettuare pagamenti *pro rata* a ciascuno dei creditori non privilegiati. In altri termini, qualora i capitali a disposizione del debitore fossero insufficienti a soddisfare la totalità dei creditori, le somme, di

volta in volta, a disposizione del debitore dovrebbero essere ripartite in ragione dell'entità del credito di ciascun creditore.

Da tale teoria derivavano importanti conseguenze sul processo di ristrutturazione del debito che è possibile chiarire con un esempio teorico.

Lo Stato A, dopo aver dichiarato il *default* nel debito privato, avvia un processo di rinegoziazione delle obbligazioni. Lo *swap* delle vecchie obbligazioni con nuovi titoli viene accettato dalla maggioranza dei creditori privati ad eccezione di un *Vulture Fund* il quale agisce, innanzi ad un tribunale civile statunitense, ed ottiene la condanna dello Stato al pagamento delle somme dovute sulla base dell'originale regime dei titoli dichiarati in *default*. L'investitore ottiene così un vantaggio rispetto agli altri creditori che, invece, avevano accettato la rinegoziazione dei termini delle emissioni.

Valendosi della descritta interpretazione della clausola *pari passu*, contenuta nel regolamento di emissione dei titoli, il *Vulture Fund* agisce in giudizio e chiede l'adozione di un provvedimento giurisdizionale (una *injunction*) al fine di impedire il pagamento dei capitali e degli interessi sui nuovi titoli emessi dopo lo *swap*: secondo l'interpretazione proposta dall'attore, qualsiasi pagamento a beneficio degli altri *bondholders* costituirebbe una violazione del principio della parità di trattamento dei creditori.

I destinatari della *injunction* potrebbero essere terzi creditori, oppure gli intermediari finanziari e la banca *Paying Agent*, incaricati dallo Stato di effettuare i pagamenti relativi alla nuova emissione.

L'*Injunction*, qualora emessa, sarebbe idonea a paralizzare il processo di rinegoziazione del debito privato.

A partire dal caso *Elliott Associates v. Republic of Peru*, numerosi investitori hanno utilizzato la strategia giudiziaria descritta, fondata su una interpretazione estensiva della *pari passu clause* - per ottenere vantaggi speculativi e costringere lo Stato debitore a pagare, in via transattiva, le somme loro dovute⁸⁸.

Questa interpretazione della clausola *pari passu* è stata, tuttavia, dichiarata errata sia dalla *New York Clearing House Association* che dalla *Federal Reserve* e non è stata applicata negli sviluppi processuali del *default* della Repubblica argentina dal momento che produce conseguenze

⁸⁸ Per il caso *Elliott Associates v. Republic of Peru*, v. cap. 2, par. 4.1. Nel caso *Red Mountain Finance v. Democratic Republic of Congo* il creditore, invocando la clausola *pari passu* contenuta in un *credit agreement* del 1980, ha ottenuto un provvedimento con il quale veniva inibito al Congo di effettuare qualsiasi pagamento diretto ad estinguere il debito estero che potesse pregiudicare i diritti della *Red Mountain Finance*. V. Corte distrettuale della California, 29 maggio 2001, *Red Mountain Finance v. Democratic Republic of Congo*, in www.westlawinternational.com. Nel caso *Kensington International Ltd. v. Democratic Republic of Congo*, la società attrice chiese alla *High Court of London* l'adozione di un provvedimento che inibisse il Congo dall'effettuare pagamenti ad altri creditori senza aver pagato la quota spettante alla *Kensington*. La corte inglese ha qualificato l'azione irrituale e l'ha rigettata. V. High Court of London, 2002, n. 1088, *Kensington International Ltd. v. Democratic Republic of Congo*, in *Commercial Citation*, 2003, p. 6.

pregiudizievoli per il corretto funzionamento dei mercati tanto da essere equiparabile ad un atto di terrorismo finanziario⁸⁹.

Nel marzo del 2004, in una vicenda analoga al caso *Elliott Associates*, la Corte di appello di Bruxelles ha rigettato una istanza della società *LNC* diretta a ottenere il blocco di tutti i pagamenti effettuati dal Nicaragua a beneficio dei *bondholders* che avevano rinegoziato alcuni titoli in default, fintanto che lo Stato non avesse destinato una parte di quelle somme agli altri creditori insoddisfatti che, invece, non avevano accettato lo *swap*. Secondo la Corte di appello, l'adozione di un provvedimento di inibizione nei confronti di *Euroclear (Paying Agent del Nicaragua)* avrebbe comportato una indebita interferenza sulla attività del *Paying Agent* e sul funzionamento del mercato⁹⁰.

4.2.- La negative pledge clause.

La *negative pledge clause* impone allo Stato debitore l'obbligo di non utilizzare propri beni, idonei a soddisfare le pretese dei creditori, per costituire garanzie a beneficio di altri creditori.

Le clausole generalmente impongono l'obbligo non soltanto allo Stato ma anche alle sue unità amministrative e alle società controllate in modo che il divieto non venga eluso attraverso l'intervento di una entità dipendente dal debitore principale⁹¹.

4.3.- La sharing clause.

La *sharing clause* viene generalmente inclusa nel contratto di prestito o nell'accordo di rinegoziazione e dispone che i pagamenti in conto capitale ed a titolo di interesse vengano effettuati in proporzione all'entità dei crediti dei prestatori.

⁸⁹ V. Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, 15 gennaio 2004, *New York Clearing House Amicus curiae*, in www.westlawinternational.com; Corte distrettuale del distretto meridionale di New York, *Macrotecnic International Corp. V. Republic of Argentina, Amicus Curiae Federal Reserve Bank of New York*, 12 gennaio 2004, in www.westlawinternational.com.

⁹⁰ Una puntuale analisi della prassi citata è contenuta in ALFARO, *Creditor Activism in Sovereign Debt: "Vulture" Tactics or Market Backbone*, in *Harvard Business School Case Study*, 2006.

⁹¹ Ecco un tipico esempio di *negative pledge clause*: "*The borrower shall not create, enter into or permit to exist and shall procure that its principal subsidiaries do not create, enter into or permit to exist, any security interest on or with respect to any assets, revenues or right to receive income, present or future, of the borrower to secure any indebtedness which is guaranteed by any agency unless the benefit of such security interest or guarantee is, at the same time or prior thereto, extended equally and rateably to secure the payment of principal and interest and other sums payable hereunder*". Anche la definizione di garanzia utilizzata è generalmente molto ampia e riguarda "*any lien, pledge, mortgage hypothecation or any other encumbrance*". V. HARRIS, *Negative Pledge*, in *Sovereign Borrowers* (a cura di Calderén e Siddiqi), Uppsala, 1984, p. 156.

La clausola è prevista in diverse varianti. Nel caso di prestiti effettuati da un sindacato di banche, una banca si impegna ad effettuare i pagamenti ed a distribuire le somme ricevute dal debitore mentre in altri casi la divisione avviene senza alcuna intermediazione.

4.4.- Il Club di Londra.

La ristrutturazione del debito contratto con le banche commerciali costituisce l'oggetto di alcuni incontri che, a partire dagli anni settanta, si tengono ciclicamente a Londra (c.d. Club di Londra).

Si tratta di riunioni informali che si basano su un approccio *case by case*: rispetto alla situazione debitoria del singolo Stato, quest'ultimo e le banche partecipanti discutono i possibili rimedi alla crisi debitoria dello Stato e le modalità di riscadenamento dei termini di pagamento.

Gli incontri si concludono con l'adozione di una intesa avente carattere non vincolante; sulla base degli impegni programmatici così assunti, successivamente ed a livello bilaterale, le banche e lo Stato negoziano accordi di rinegoziazione del debito commerciale.

L'attività del Club di Parigi è, invece, rivolta a promuovere la rinegoziazione di quello che in questo lavoro è stato definito il debito pubblico, ovvero il debito contratto dallo Stato con altri enti sovrani.

L'attività del Club di Parigi, tuttavia, influenza notevolmente la ristrutturazione del debito privato.

Anche le riunioni del Club di Parigi, infatti, si concludono con una Intesa (*Agreed Minute*) tra gli Stati del Club ed il Paese indebitato ove vengono esposti gli impegni del debitore al fine di rendere il proprio debito sostenibile.

In dette intese, gli Stati debitori si impegnano a rispettare il c.d. *principio della comparabilità*: il trattamento riservato ai creditori istituzionali costituisce il parametro del trattamento da accordare ai creditori privati.

Nel quadro del c.d. "*Evian Approach*", conformemente agli indirizzi espressi dal Vertice G8 di Evian del 2003 ed in considerazione della complessità della questione del debito, il Club di Parigi promuove un più intenso coordinamento con il settore privato per realizzare una soluzione complessiva della situazione debitoria del Paese di volta in volta interessato⁹².

A questo fine, per realizzare un più efficiente intervento, sono state introdotte consultazioni tra gli Stati creditori e gli appartenenti al gruppo dei creditori privati che si svolgono anteriormente agli incontri del Club di Parigi: il debito privato, infatti, costituisce una percentuale molto elevata dell'intero debito estero di numerosi Paesi in via di sviluppo.

⁹² Il programma di Evian si rivolge ai c.d. *Paesi non HIPC* ed ai c.d. *Meddle Income Countries* e prevede una valutazione complessiva della situazione debitoria dei Paesi coinvolti, finalizzata a promuovere una stabilità di medio e lungo periodo. Gli incontri intendono valutare le cause strutturali delle crisi debitorie dei Paesi interessati, senza limitarsi a considerare le sole crisi di liquidità. V. <http://www.clubdeparis.org/sections/termes-de-traitement/approche-d-evian>.

La sostenibilità del debito del Paese viene inoltre valutata sulla base delle indicazioni e degli standard elaborati dal Fondo monetario internazionale e del parere dei creditori privati.

5.- Rilievi critici circa l'utilizzabilità degli arbitrati I.C.S.I.D.

L'inadempimento statale del debito privato costituisce una fattispecie di diritto interno, inerente alla patologia dell'esecuzione di un rapporto obbligazionario che, come evidenziato, è suscettibile di assumere rilievo anche per l'ordinamento internazionale quando la condotta dello Stato debitore determini la violazione di un obbligo di diritto internazionale.

Di fronte alla diversa qualificazione di un fatto giuridico da parte di due diversi ordinamenti, quello interno e quello internazionale, l'arbitrato internazionale di diritto privato, anche detto arbitrato commerciale internazionale, rappresenta uno strumento particolarmente qualificato per operare una sintesi della valutazione puramente interna e quella internazionale.

In particolare, gli arbitrati del Centro per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati, disciplinati dalla Convenzione di Washington del 18 marzo 1965, potrebbero costituire un strumento equilibrato per risolvere le controversie in esame.

Tale equilibrio viene assicurato dal regime speciale previsto dalla Convenzione ove, da un lato, lo Stato nazionale degli investitori rinuncia, temporaneamente, all'esercizio della protezione diplomatica, dall'altro, viene esclusa l'operatività della regola del previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni; la decisione resa dal collegio arbitrale ha valore di giudicato all'interno degli ordinamenti nazionali e non necessita di *exequatur*.

L'art. 42 della Convenzione, inoltre, prevede che, in assenza di accordo tra le parti della controversia, il tribunale arbitrale applichi la legge dello Stato contraente coinvolto nella controversia così come i principi di diritto internazionale disciplinanti la materia.

L'utilizzo, seppur in via sussidiaria, del diritto internazionale, quale legge applicabile, consente di sottoporre a controllo di legittimità internazionale gli atti dello Stato che abbiano determinato l'inadempimento nel rapporto di prestito internazionale⁹³: la legge interna verrà disapplicata qualora risulti in contrasto con il diritto internazionale.

Poiché sarebbe contraddittorio che arbitrati, operanti nell'ambito di un sistema convenzionale, venissero decisi sulla base di un contrasto con il diritto internazionale, l'indicato controllo di legittimità sembra possibile anche qualora le parti della controversia abbiano indicato d'accordo la legge applicabile.

⁹³ V. GIARDINA, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 677 ss.; LUZZATTO, *Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato*, in *Studi in onore di Ago*, 1987, p.167 ss.

Nel giudizio arbitrale, inoltre, come risulta anche dai recenti giudizi di tribunali arbitrali I.C.S.I.D. sulla vicenda argentina, viene ammesso il sindacato di atti sovrani nazionali mentre, in ossequio all'esigenza di rispettare la sovranità di altri Stati o di mantenere buone relazioni internazionali, tale giudizio viene spesso sottoposto a limiti nei giudizi interni⁹⁴.

Come evidenziato pregevolmente dal Luzzatto, in virtù della peculiare posizione nella quale l'arbitro internazionale viene collocato dalla volontà delle parti del rapporto contrattuale tra Stato e privato, egli è in grado di comporre, superando la separazione dualistica esistente dal punto di vista statale, la contraddizione tra valutazioni appartenenti ad ordinamenti diversi.

L'idoneità degli arbitrati I.C.S.I.D. a risolvere controversie relative ad operazioni di prestito internazionale, come evidenziato anche nel primo capitolo, è ancora da verificare.

In primo luogo, rientrano nella nozione di investimento prevista dall'art. 25 dell'Accordo di Washington non tutte le operazioni di prestito, ma soltanto quelle, a medio e lungo termine, che, indipendentemente dal fatto che le emissioni siano strumenti negoziabili sui mercati secondari e possano essere trasferiti a diversi *bondholders*, contribuiscano in modo sostanziale allo sviluppo economico del Paese debitore. Una estensione della competenza *ratione materiae* dei collegi arbitrali costituiti dall'ICSID sarebbe assicurata qualora la nozione di investimento venisse desunta dal contenuto degli accordi sulla promozione e la protezione degli investimenti di cui gli investitori privati volessero far valere la violazione.

In secondo luogo, può risultare difficile, in ragione della negoziabilità degli strumenti obbligazionari sui mercati secondari, fornire la prova che identifichi lo Stato nazionale degli investitori al fine di verificare che quest'ultimo abbia ratificato la Convenzione di Washington; lo stesso problema rileva quando ad agire siano delle persone giuridiche come le banche internazionali.

Da ultimo, una estensione della competenza dell'I.C.S.I.D. alle controversie relative all'inadempimento del debito privato ne determinerebbe un notevole appesantimento del lavoro, con il rischio di un conseguente incremento dei costi e della durata dei procedimenti.

Inoltre, i Paesi in via di sviluppo che guardano al Centro con una certa diffidenza potrebbero essere indotti, come recentemente avvenuto per la Bolivia, a denunciare l'Accordo di Washington, in conformità alla previsione dell'art. 71 ed a sottrarre le proprie scelte di politica economica al possibile sindacato degli arbitri⁹⁵.

⁹⁴ V. LUZZATTO, op. cit., p. 185.

⁹⁵ La denuncia è stata presentata al Presidente della Banca mondiale in data 1 maggio 2007. Secondo l'art. 71 della Convenzione, infatti, ogni Stato parte può denunciare il trattato attraverso un atto scritto da notificare alla Banca mondiale, depositario della Convenzione. La denuncia produce effetto dopo sei mesi dalla ricezione della notifica. Secondo l'art. 72 della Convenzione, inoltre, la denuncia non esclude l'efficacia del consenso, prestato dallo Stato denunciante anteriormente alla notificazione alla Banca mondiale, alla costituzione di un collegio arbitrale.

Conclusioni

Lo studio del *default* statale nel debito privato ha offerto l'opportunità di confrontare la validità di alcune soluzioni prospettate da una prassi giurisprudenziale molto risalente - si pensi al *Caso dei prestiti serbi* o al *Caso dei prestiti norvegesi* - espressione del diritto internazionale della coesistenza rispetto a vicende analoghe contemporanee, quale quella del *default* nel debito estero della Repubblica argentina, verificatesi in un contesto storico completamente diverso dove, tra l'altro, i diritti fondamentali dell'individuo, indipendentemente dalla nazionalità, vengono riconosciuti da una norma di diritto internazionale cogente.

Nel ricostruire gli obblighi di diritto internazionale dello Stato nelle relazioni con i privati *bondholders*, è emerso che la norma consuetudinaria sul trattamento dello straniero e dei suoi beni (ed, in particolare, il divieto di espropriazione indiretta), il principio di non discriminazione ed il divieto di diniego di giustizia, evolutesi in ragione del riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo, rappresentano ancora limiti alla libertà statale di operare scelte economiche confliggenti con il rispetto degli impegni assunti a livello contrattuale.

Questi obblighi consuetudinari vengono specificati e chiariti nel quadro del diritto internazionale degli investimenti nel cui ambito debbono, ormai, essere fatte rientrare le operazioni di prestito internazionale a medio e lungo termine.

Dalla affermazione che tali tipologie di prestito possono considerarsi degli investimenti, infatti, segue l'applicabilità del regime previsto dagli accordi in materia di protezione e promozione degli investimenti (B.I.T.s) e l'utilizzabilità dei meccanismi di soluzione delle controversie tra Stato ed investitore in tali strumenti previsti.

Ciò premesso, il *default* nel debito privato rileva prevalentemente per gli ordinamenti interni. Questa conclusione è supportata sia dal limitato utilizzo dei mezzi diplomatici da parte degli Stati nazionali dei creditori che, salvo le ipotesi più gravi di ripudio del debito e di discriminazione, si limitano a prestare buoni uffici sia dall'indagine della prassi giurisprudenziale interna dalla quale si desume una tendenza - contraddetta dalla giurisprudenza italiana - ad escludere l'operatività della norma sulla immunità dalla giurisdizione civile nelle controversie relative al *default* nel debito privato.

Costituisce una questione, in prima battuta, interna anche il riconoscimento dei diritti fondamentali della popolazione civile dello Stato debitore in situazione di necessità economica.

Spetta, infatti, alla Corte Costituzionale o all'organo giurisdizionale di ultima istanza del Paese debitore il controllo di conformità dei provvedimenti e delle scelte economiche del Governo con le norme fondamentali dell'ordinamento interno che tutelano i diritti fondamentali dell'individuo.

In detto giudizio, la norma internazionale di diritto cogente che tutela i diritti fondamentali dell'individuo, immessa attraverso il procedimento di adattamento, costituisce un riferimento normativo ed interpretativo indispensabile.

L'esistenza di due componenti del debito estero dello Stato, il debito pubblico ed il debito privato, è stata la premessa per svolgere una ricostruzione analitica ed ordinata della disciplina dei rapporti tra Stati debitori e privati creditori.

L'utilità della distinzione viene, invece, meno quando si tratti di individuare strumenti di prevenzione e soluzione delle crisi debitorie. La complessità della questione e l'eterogeneità dei soggetti e degli interessi coinvolti comporta, infatti, la necessità di svolgere una valutazione complessiva della situazione debitoria del Paese e di attuare politiche coordinate, anche attraverso il coinvolgimento dei creditori privati ed istituzionali.

A questo fine, lo sviluppo di standard e codici di condotta, il raffinamento delle clausole contrattuali, la partecipazione su base volontaria dello Stato inadempiente al processo di rinegoziazione, la predisposizione di una adeguata disciplina di ripartizione dei rischi non commerciali tra Stato debitore e investitori, la trasparente diffusione di informazioni circa la sostenibilità del debito dei *Sovereign Borrowers* possono contribuire efficacemente a prevenire il ripetersi di vicende come quella del *default* della Repubblica argentina nel debito estero, verificatosi nel 2002.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE

- ACKERMAN B.A., *Private Property and the Constitution*, Yale, 1977.
- AGO R., *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Napoli, 1979 – 1986.
- AMERASINGHE C.F., *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967.
- AMERASINGHE C.F., *Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1990.
- ANZILLOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1964.
- ANZILLOTTI D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902.
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1962.
- BANKAS E.K., *The State Immunity Controversy in International Law*, Berlin, Heidelberg, 2005.
- BAZYLER M.J. e ALFORD R.P. (a cura di), *Holocaust Restitution. Perspectives on the Litigation and Its legacy*. New York, London, 2006.
- BORCHARD E.M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1970.
- BORCHARD E.M., WYNNE W.H., *State insolvency and Foreign Bondholders*, New Haven, 1951, vol. 1-2.
- BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*⁵, Oxford, 1998.
- BROWNLIE I., *Principle of Public International Law*⁶, Oxford, 2003.
- CARREAU D. e SHAW M.N. (a cura di), *La dette extérieure*², Dordrecht, 1995.
- CARREAU D., *Droit international économique*², Paris, 2005.
- CAVARE L., *La protection des droits contractuels reconnus par l'Etat a des étrangers a l'exception des emprunts*, Valladolid, 1956.
- CASSESE A., WEILER J.H.H. (a cura di), *Change and Stability in International Law – Making*, Berlin, 1988.
- COLOSIMO A., *Il debito estero dei P.V.S.*, Padova, 1991.
- COMBA D., *Lezioni di diritto internazionale monetario*², Torino, 2007.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*⁶, Napoli, 2002.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*⁷, Napoli, 2006.
- CONTICELLI M., *I Vertici del G8*, Milano, 2006.
- COSNARD M., *La soumission des états aux tribunaux internes*, Paris, 1996.
- COSTI R., *Il mercato mobiliare*⁶, Padova, 2006.
- CRAWFORD J., *The Int. Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002.

- DELLAPENNA J. W., *Suing Foreign Governments and their Corporations*, Ardsley, 2003.
- DENTERS E., *Law and Policy of IMF Conditionality*, The Hague, 1996.
- DUNN F.S., *The Protection of Nationals : a Study in the Application of International Law*, New York, 1970.
- EAGLETON C., *The Responsibility of State in International Law*, New York, 1970.
- FATOUROS A.A., *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, 1962.
- FLAUSS J.F. (a cura di), *La Protection diplomatique: mutation contemporaines et pratique nationales*, Bruxelles, 2003.
- FOX H., *The Law of State Immunity*², Oxford, 2004.
- FREEMAN A.Y., *International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1970
- FREUND G.S., *Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anleihen*, Berlin, 1907.
- FRIEDMANN W., *The Changing Structure of International Law*, London, 1964.
- FRIGO M., *I diritti patrimoniali dello straniero*, Milano, 2000.
- GABRIELLI M., DE BRUNO S., *Capire la finanza*, Milano, 2005.
- GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Roma, Bari, 2007.
- GAMBARO A., *Property – Propriété – Eigentum*, Padova, 1992.
- GARCIA AMADOR F.V., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Leiden, 1974.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*¹¹, Bologna, 2004.
- GIULIANO M., *Diritto internazionale*, Milano, 1983, vol. 1.
- GOLD J., *The Stand-by Arrangements of the International Monetary Fund: a Commentary on Their Formal, Legal, and Financial Aspects*, Washington, 1970.
- GOLD J., *Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System*, Washington, 1979.
- GOLD J., *Legal Character of the Fund's Stand-by Arrangements and Why It Matters*, Washington, 1980.
- GOLD J., *Order in International Finance, the Promotion of IMF Stand-by Arrangements and the Drafting of Private Loans Agreements*, Washington, 1982.
- GOLD J., *Le bon fonctionnement des finances internationales, la promotion des accord de confirmation du FMI et la réduction de prêt privés*, 1989, New York, 1982.
- GOLD J., *The Fund Agreement in the Courts*, Washington, 1986, vol. 3.
- GOLD J., *Interpretation: IMF and International Law*, London, 1996.
- HARVARD LAW SCHOOL, *Research in International Law. Responsibility of States*, Cambridge, 1929, vol. 2.

- IOVANE M., *La tutela dei diritti fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000.
- JENNINGS R.Y., *State Contracts in International Law*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1961, p. 156 ss.
- KARAMONOLIS P., *The Legal Implications of Sovereign Syndicated Lending*, New York, London, Rome, 1992
- KHAN R., *The Iran – United States Claims Tribunal, Controversies, Cases and Contribution*, Dordrecht, 1990.
- KRUEGER A., *International Monetary Fund. A New Approach to Sovereign Debt Restructuring*, Washington, 2002.
- LAWSON F.H., RUDDEN B., *The Law of Property*, Oxford, 1982.
- LILICH R.B., *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*, New York, 1962.
- LILICH R.B. (a cura di), *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, 1972 – 1975; Vol. III.
- LILICH R.B. (a cura di), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, 1982.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2000.
- LUZZATTO R., *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972.
- MALAGUTI M.C., *Crisi dei mercati finanziari e diritto internazionale*, Milano, 2003.
- MANN F.A., *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, 1986.
- MANN F.A., *The Legal Aspect of Money*⁶, Oxford, 2005.
- MAURO M.R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.
- MEILI, *Das Staatsbankrott und die moderne Rechtswissenschaft*, Berlin, 1895.
- MONACO R., *Diritto internazionale pubblico*, Torino, 1971.
- MORELLI G., *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954.
- MOURI A., *The International Law of Expropriation s Reflected in the Work of the Iran – U.S. Claims Tribunal*, Köln, 1997.
- NASCIMBENE B., *Il trattamento dello stato straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984.
- O’CONNELL D.P., *International Law*, London, 1970.
- OPPENHEIM L., *International Law*⁸, London, 1958.

- PADELLETTI M.L., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003.
- PANEBIANCO M., *Giurisdizione interna ed immunità degli Stati stranieri*, Napoli, 1967.
- PANEBIANCO M., DI STASI A., *Il G8 nel nuovo ordinamento di organizzazione internazionale contemporanea: l'euro G8*, 2001.
- PANEBIANCO M., DI STASI G., *L'Euro G8*, Torino, 2006.
- PAULSSON J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005.
- PAZARCI H., *Responsabilité Internationale des Etats en Matière Contractuelle*, Ankara, 1973.
- PERASSI T., *Scritti giuridici*, Milano, 1958.
- PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, 1970.
- PICONE P., SACERDOTI G., *Diritto internazionale dell'economia*², Milano, 1992.
- PILLITTU P.A., *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Perugia, 1981.
- PISILLO MAZZESCHI R., *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.
- QUADRI R., *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941.
- RADICATI DI BROZOLO L., *Giurisdizione esecutiva e cautelare e Stati stranieri*, Milano, 1992.
- RIESENHUBER E., *The International Monetary Fund under Constraint: Legitimacy of Its Crisis Management*, The Hague, London, Boston, 2001.
- RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, 2004, Torino.
- RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*², 2007, Torino.
- ROUSSEAU C., *Droit international public*, Paris, 1980, vol. 4.
- SACERDOTI G., *I Contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972.
- SALERNO F., *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padova, 2003.
- SCALESE G., *La definitiva affermazione del principio di necessità nel diritto internazionale*, Napoli, 2004.
- SCHEURER P., *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2001.
- SCISO E., *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2007.
- SCOTT H.S., WELLONS A., *International Finance*⁷, New York, 2000.
- TESAURO G., *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2007.
- TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005.
- VAN HECKE G.A., *Problèmes juridique des Emprunts internationaux*², Leiden, 1964.

DE VATTEL E., *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués a la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.

DE VATTEL E., *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Buffalo, 1916, vol. II.

VITTA C., *Diritto amministrativo*, Torino, 1937.

VITTA E., *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milano, 1953.

WHITEMAN M.M., *Digest of International Law*, Washington, 1970.

WOLF C., *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, 1749.

WOOD P., *Project Finance, Subordinated Debt and State Loans*, London, 1995.

Articoli e Voci enciclopediche

AGO R., *Le délit*, in *Recueil des cours*, vol. 2, 1939, p. 17.

ALDRICH G.H., *What Constitutes a Compensable Taking of Property? The decisions of the Iran-United States Claims Tribunal*, in *American Journal of Int. Law*, 1994, p. 585 ss.

ALFARO L., *Creditor Activism in Sovereign Debt: "Vulture" Tactics or Market Backbone*, in *Harvard Business School Case Study*, 2006.

BHANDARI J., *International Debt Litigation in United States Courts*, in *German Yearbook of Int. Law*, 1992, vol. 25, p. 404 ss.

BARATTA R., *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giustizia civile*, 2004, p. 1200 ss.

BARIATTI S., *Protezione diplomatica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 12, 1997, p. 144 ss.

BASTIANON S., NASCIMBENE B., *Si complica la strada per i risparmiatori che tentano di recuperare il capitale*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 24, p. 61 ss.

BENVENUTI P., *Lo Stato di necessità alla prova dei fatti*, in *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, (Alaimo M.L., Gianelli A. e Spinedi M. a cura di), Milano, 2006, p. 106 ss.

BOLTON P., SKEEL D.A., *Inside the Black Box: How Should a Sovereign Bankruptcy Framework Be Structured?*, in *Emory Law Journal*, 2004, p. 763 ss.

BOLTON P., *Toward a Statutory Approach to Sovereign Debt Restructuring: Lessons from Corporate Bankruptcy Practice around the World* in *Int. Monetary Fund Working Paper No. 03/13*, 2003.

BORCHARD E.M., *International Loans and International Law in Proceeding*, 1932, p. 148 ss.

BOTHE M., BRINK J., KIRCHNER C., STOCKMEYER A., *Rechtsfragen der internationalen Verschuldungskrise. Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien Bd. 11*, Frankfurt, 1988, p. 29 ss.

BOYLE P., *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 901.

BUCHHEIT L.C., PAM S., *The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments*, in *Emory Law Journal*, 2004, p. 869 ss.

BREAU S., *Waiver of Immunity*, in *La pratique des Etats concernant les immunités des Etats*, Hafner G., Kohen M. e Breau S. (a cura di), Leiden, Boston, 2006.

BUCKLEY R., *Why Are Developing Nations so Slow to Play the Default Card in Renegotiating their Sovereign Indebtdness?* in *Chicago Journal of Int. Law*, 2005, p. 345 ss.

CHARPENTIER J., *De la non-discrimination dans les investissements*, in *Annuaire français de droit international*, 1963.

CHINKIN C.M., *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 850 ss.

CHOHARIS P. C., *U.S. Courts and the International Law of Expropriation: toward a New Model for Breach of Contract*, in *Southern California Law Review*, 2006, p. 60 ss.

CHRISTIE G.C., *What Constitutes a Taking of Property under International Law?*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1962, p. 307 ss.

CIAMPI A., *Bonds argentini e immunità degli Stati stranieri*, in *Int'l Lis: supplemento di documentazione e discussione sul diritto giudiziario transnazionale*, 2005, p. 148 ss.

CONDORELLI L., *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 5 ss.

COSNARD M., *Circulation des jugements et immunité d'exécution de l'État*, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne colloque du vendredi 24 mars 2000 organisé par le Centre d'Etudes européennes avec le concours du Conseil général, du Conseil régional et de la Commission pour l'Etude des Communautés européennes (C.E.D.E.C.E.)*, Bruxelles, 2001.

CRAWFORD J., *International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1983, p. 75 ss.

CRISTAKIS T., *"Nécessité n'a pas de loi". La nécessité en droit International*, in *La nécessité en droit International*, Paris, 2007, p. 11 ss.

DE SENA P., DE VITTOR F., *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *European Journal of Int. Law*, 2005, p. 89 ss.

DELAUME G., *ICSID and the Transnational Financial Community*, in *ICSID Review*, 1986, p.237 ss.

DELAUME G., *Public Debt and Sovereign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, in *American Journal of Int. Law*, 1977, p. 399 ss.

DELI M.B., *Investimenti esteri. Tutela degli (diritto internazionale)* in *Dizionario di diritto pubblico (Cassese S. e Napolitano G. a cura di)*, 2006, p. 3260 ss.

DELSON R., *Nationalization of the Suez Canal Company: Issue of Public and Private Int. Law*, in *Columbia Law Review*, 1957, p. 9.

DISTEIN Y., *Deprivation of Property of Foreigners under International Law*, in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. 2, 2002, p. 849 ss.

DOLZER R., *Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht*, in: *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung*, 1989, p. 531 ss.

- DORIGO S., *Il debito pubblico argentino dinanzi ai giudici italiani*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 958 ss.
- DORIGO S., *Sulla protezione diplomatica degli azionisti: il caso Diallo di fronte alla Corte internazionale di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 705 ss.
- FAUCHILLE P., *Traité de droit International public*, 1922, vol. I, p. 529 ss.
- FERRARI BRAVO L., *Le controversie in materia d'impiego presso enti internazionali e la giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1956, p. 295 ss.
- FISCH J.E., GENTILE C.M., *Vultures or Vanguard?: the Role of Litigation in Sovereign Debt Restructuring*, in *Emory Law Journal*, 2004, p. 1043 ss.
- FISHER WILLIAMS J., *Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contrat*, in *Recueil des cours*, 1923, vol. 1, p. 314 ss.
- FITZMAURICE G., *The Meaning of Term Denial of Justice*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1932, p. 107 ss.
- FOLZ H.E., *State Debts*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1985, The Hague, p. 484 ss.
- FOSTER D., *Necessity knows no law – LG&E v. Argentina*, in *Int. Arbitration Law Review*, 2006, p. 149 ss.
- FOX G.H., *Re-examining the Act of State Doctrine: an Integrated Conflicts Analysis*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1992, p. 521 ss.
- FOX H., *In Defense of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important*, in *Int. And Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 399 ss.
- FRULLI M., *When are States Liable towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Markovic Case*, in *Journal of Int. Criminal Justice*, 2003, p. 406 ss.
- GAJA G., *Quale immunità degli Stati esteri per le controversie di lavoro*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 691 ss.
- GARTENSTEIN-ROSS D., *A Critique of the Terrorism Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act*, in *New York University Journal of Int. Law and Politics*, 2002, p. 887 ss.
- GATHI G.T., *The Sanctity of Sovereign Loan Contracts and its Origins in Enforcement Litigation*, in *George Washington Int. Law Review*, 2006, p. 251 ss.
- GIANELLI A., *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 643 ss.
- GIARDINA A., *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 677 ss.
- GIARDINA A., *Diritto interno e diritto internazionale nei contratti tra Stati e privati stranieri*, in *Studi in onore di Sperduti*, 1984, p. 41 ss.
- GIARDINA A., *Diritto internazionale e diritto interno in tema di espropriazione. Il momento della valutazione del bene espropriato e l'interesse da applicare*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 120 ss.
- GIORGIANNI M., *Diritti reali (Diritto civile)*, in *Nuovissimo Digesto*, p. 748 ss.
- GIORGANTONIO C., *Nota a Tribunale di Roma, Ragionieri e altri c. Repubblica argentina*, in *Foro it.*, 2005, p. 1582 ss.

- GOLD J., *La conditionnalité*, in *IMF Pamphlet Series*, Washington, 1979, n. 31.
- GRIFFIN P., FARREN A., *How ICSID Can Protect Sovereign Bondholders*, in *Int. Financial Law Review*, september 2005.
- HAHN H.J., *Foreign Debts* in *Encyclopedia of Public International Law*, The Hague, 1985, p. 240 ss.
- HIGGINS R., *Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity*, in *Netherlands Int. Law Review*, 1982, p. 265 ss.
- HIGGINS R., *The Taking of Property by the State: Recent Development in International Law*, in *Recueil des cours*, vol. 3, 1982, p. 263 ss.
- IOVANE M., *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Court to Claims of Reparations for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, in *Italian Yearbook of Int. Law*, 2004, p. 165 ss.
- IOVANE M., *voce Stato straniero (immunità dall'esecuzione dello)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, 2001, p. 165 ss.
- JESSUP P. C., *Responsibility of States for Injuries to Individuals*, in *Columbia Law Review*, 1946, p. 903 ss.
- JEZE M., *La garantie des emprunts publics d'Etat*, in *Recueil des cours*, 1925, vol. 2, p. 174 ss.
- LAMBERTI ZANARDI P., *voce Necessità (dir.intern.)* in *Enc. dir.*, vol. 27, p. 898 ss.
- LAUTERPACHT H., *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1951, p. 220 ss.
- LEACOCK J., *The Joy of Access to the Zone of Inhibition: Republic of Argentina v. Weltover, Inc. and the Commercial Activity Exception under the Sovereign Immunities Act of 1976*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 1996, p 6 ss.
- LEBEN C., *L'était de nécessité dans le droit International de l'investissement*, in *Gazette du palais, Cahier de l'arbitrage*, 2005, p. 47 ss.
- LEIGH M., *1996 Amendments to the Foreign Sovereign Immunities Act with Respect to Terrorist Activities* in *American Journal of Int. law*, 1997, 187 ss.
- LILLICH R.B., *The Duties of States regarding the Civil Rights of Aliens*, in *Recueil des cours*, vol. 3, 1978, p. 349 ss.
- LIPSTEIN K., *The place of the Calvo Clause in International Law*, in *British Yearbook of Int. Law*, vol. 22, 1945, p. 130 ss.
- LUZZATTO R., *Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato*, in *Studi in onore di Ago*, Milano, 1987, p. 167ss.
- MAC LEAN R.G., *Legal Aspects of the External Debt*, in *Recueil des cours*, 1989, vol. 2, p. 31 ss.
- MANN F.A., *State Contracts and International Responsibility*, in *American Journal of Int. Law*, 1960, p. 572 ss.

- MARTINO G., *Recenti sviluppi della codificazione del regime dell'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero*, in *La Comunità internazionale*, 1996, p. 229 ss.
- MC FETRIDGE K., *Multilateralism v. Unilateralism in the Sovereign Debt Restructuring Context: Will Either Approach Prevent Default*, in *Law and Business Review of the Americas*, 2005, p. 239.
- MESSEN K.M., *IMF Conditionality and State Sovereignty*, in *Foreign Debts in the Present and a New International Economic Order* (a cura di Dicke H.), Fribourg, 1985, p. 117 ss.
- MEYER B.S., *Recognition of Exchange Controls after the International Monetary Fund Agreement*, in *Yale Law Journal*, 1953, p. 885 ss.
- MIELE M., *Immunità giurisdizionale degli Stati*, in *Novissimo digesto*, Torino, 1962, vol. VIII, p. 114 ss.
- MILANO, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?*, in *Netherlands Yearbook of Int. Law*, 2004, pp. 85 – 142.
- MONNINI V.M., *Rilievi processuali in tema di misure esecutive e cautelari su beni di Stati stranieri, prima e dopo il fondamentale intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 329 del 1992*, in *Foro it.*, 1993, p. 2784 ss.
- MONTELLA G., *La giurisdizione sugli Stati stranieri nella giurisprudenza italiana (1946-1970)*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, p. 318 ss.
- MUNARI F., *Il G8 nel sistema delle relazioni tra Stati e nel diritto internazionale: uno strumento ancora attuale?*, in *La comunità internazionale*, 2001, p. 413 ss.
- MURPHY S.D., *Terrorist-State litigation 2002-2003*, in *American Journal of Int. Law*, 2003, p. 966 ss.
- NASCIMBENE B., *Straniero (condizione giuridica dello)*, in *Enc giur.*, vol. 30, p. 4.
- NOLDE B., *La monnaie en droit international public*, in *Recueil des cours*, 1929, vol. 2, p. 273 ss.
- OSTRANDER J., *The Last Bastion of Sovereign Immunity a Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments*, in *Berkeley Journal of Int. Law*, 2004, p. 541 ss.
- PADELLETTI M.L., *Nazionalizzazioni nel diritto internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 10, p. 111 ss.
- PADOA SCHIOPPA T., SACCOMANNI F., *Managing a Market-led Global Financial System*, in *Managing the World Economy*, (a cura di Kenen), Washington, 1994.
- PALMISANO G., *Colpa dell'organo e colpa dello Stato*, in *Comunicazioni e studi*, 1992, p. 645 ss.
- PANICO C., *Responsabilità internazionale degli Stati per violazione di obbligazioni assunte verso soggetti privati in contratti di investimento denazionalizzati*, in *Studi in onore di Ago*, Milano, 1987, p. 249 ss.
- PELLOMPÄÄ M., FITZMAURICE M., *Taking of Property in the Practice of the Iran – United States Claims Tribunal*, in *Netherlands Yearbook of Int. Law*, 1988, p. 53 ss.
- PFEIFFER T., *Zahlungskrisen ausländischer Staaten im deutschen und internationalen Rechtsverkehr*, in *ZVglRWiss*, 2003, p. 141 ss.

- PISTOIA E., *Il ruolo del Fondo monetario internazionale nella crisi economico-finanziaria dell'Argentina*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione. Atti del convegno della Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Teramo, 2004, p. 185 ss.
- PORZECANSKI A., *From Rogue Creditors to Rogue Debtors: Implications of Argentina's Default*, in *Chicago Journal of Int. Law*, 2005, p. 311 ss.
- POWER P., *Sovereign Debt: the Rise of the Secondary Market and Its Implications for Future Restructurings*, in *Fordham Law Review*, 1996, p. 271 ss.
- PUSTORINO P., *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 86 ss.
- REINISCH A., *Debt Restructuring and State Responsibility Issues*, in *The External Debt* (a cura di Carreau D. e Shaw M.N.), Dordrecht, 1995, p. 537 ss.
- REINISCH A., *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, in *European Journal of Int. Law*, 2006, p. 803 ss.
- RIEDEL A., *Moratorium*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, The Hague, p. 409 ss.
- ROBERT E., *Rééchelonnement de la dette ou règlement judiciaire?* in *External Debt*, Carreau D. e Shaw M.N. (a cura di), Dordrecht, 1995, p. 607 ss.
- RONZITTI N., *Un cambio di orientamento della Cassazione che favorisce il risarcimento delle vittime*, in *Guida al diritto*, 10 aprile 2004, n. 20, p. 40 ss.
- ROSANO C., *La cooperazione al vertice nell'attività dei c.d. gruppi G5 e G7*, in *Contributi allo studio del diritto internazionale dell'economia*, (a cura di Tosato G.L.), Rimini, 1993.
- SACCOMANNI F., *Fondo monetario internazionale (F.M.I.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, vol. XIV.
- SACERDOTI G., *Contratto tra uno Stato e una persona straniera*, in *Enc. giur.*, vol. 9, p. 1 ss.
- SALMON J.A., *Faut il codifier l'état de nécessité en droit International?*, in MAKARCZYK, *Etudes de droit International en l'honneur de Judge M. Lachs*, The Hague, 1984, p. 267 ss.
- SAVARESE E., *Il concorso di giurisdizioni nelle controversie tra Stati e private stranieri in material di investimenti: a proposito di due contrastanti sentenze dell'ICSID*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2004, p. 955 ss.
- SCHWARCZ S.L., *Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganization Approach*, in *Cornell Law Review*, 2000, p. 956 ss.
- SCHWARCZ S.L., *Idiot's Guide to Sovereign Debt Restructuring*, in *Emory Law Journal*, 2004, p. 1189 ss.
- SCHWEBEL S., *The Breach by a State of a Contract*, in *Studi in onore di Ago*, Milano, 1987, p. 408 ss.
- SCISO E., *Il principio della inviolabilità dei locali diplomatici nel diritto internazionale contemporaneo* in *La comunità internazionale*, 2001, p. 595 ss.
- SCISO E., *Il problema del debito estero: riflessioni sull'art. 7 della legge italiana n. 209 del 2000*, in *La Comunità internazionale*, 2002, p. 467 ss.
- SCISO E., *Missione diplomatica (sede)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002.
- SCOTT H.S., *Sovereign Debt Default: Cry for the United States, not Argentina*. in *Washington Legal Foundation. Critical Legal Issues. Working Paper Series*, 2006.

- SHANY Y., *Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, in *American Journal of Int. Law*, 2005, p. 835 ss.
- SHAPIRO R., PHAM N., *Discredited. The Impact of Argentina's Sovereign Debt Default and Debt Restructuring on U.S. Taxpayers and Investors*, in www.afta.org.
- SINCLAIR I., *The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments*, in *Recueil des cours*, 1980, vol. 2, p. 113 ss.
- SKEEL D.A., *Can Majority Voting Provisions Do It All?*, in *Emory Law Journal*, 2003, p. 422 ss.
- STROZZI G., "Atti di Stato" esteri e giurisdizioni di "common law", in *Comunicazioni e studi*, 1966, vol. 12, p. 571 ss.
- SUCHARITKUL S., *Development and Prospects of the Doctrine of State Immunity. Some Aspects of Codification and Progressive Development*, in *Netherlands Int. Law Review*, 1982, p. 252 ss.
- TARULLO D.K., *The Role of IMF in Sovereign Debt Restructuring*, in *Chicago Journal of Int. Law*, 2005, p. 287 ss.
- TYSHOW J.S., *Informal Foreign Affairs Formalism: the Act of State Doctrine*, in *Virginia Journal of Int. Law*, 2002, vol. 43, p. 275 ss.
- VARI F., *Il F.M.I. e l'assistenza finanziaria ai Paesi membri*, in *Contributo allo studio del diritto internazionale dell'economia*, (a cura di Tosato G.L.), Rimini, 1993.
- VARI F., *Il Fondo monetario internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale* (a cura di Giardina A. e Tosato G.L.), Milano, 1993.
- VERDROSS A., *Protection of Private Property under Quasi-International Agreements*, in *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1959, p. 361 ss.
- VERMEER-KUNZLI A., *As if: the Legal Fiction in Diplomatic Protection*, in *European Journal of Int. Law*, 2007, p. 37.
- VEROSTA S., *Denial of Justice*, in *Encyclopaedia of Public International Law*, 1992, The Hague, vol. 10, p. 97 ss.
- WÄLDE T., *The Serbian Loans Case: a Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (a cura di Weiler), London, 2005, p. 383 ss.
- WILLIAMS J.S., *Extraterritorial Enforcement of Exchange Control Regulations under the International Monetary Fund Agreement*, in *Vanderbilt Journal of Int. Law*, 1975, p. 319 ss.