

Prof. Fabio Ziccardi
Università degli Studi, Milano



“La tutela dei diritti dell'imprenditore straniero nei Paesi dell'America Latina”

Sommario : 1. Le basi civilistiche della tutela del soggetto economico straniero operante nei Paesi dell'America Latina. - 2. Le differenze. - 3. Gli istituti comuni. - 4. La tutela giurisdizionale. - 5. La tutela arbitrale. - 6. (segue) Arbitrato ed America Latina.

1. Le basi civilistiche della tutela del soggetto economico straniero operante nei Paesi dell'America Latina.

I Paesi dell'America Latina presentano un complesso di sistemi giuridici nazionali fra loro diversi, ma fortemente legati, tramite i rispettivi Codici Civili e di Commercio, alla comune fonte (diretta od indiretta) del *Código Civil* spagnolo o di quello portoghese originario, a loro volta prossimi — pur se con originalità a volte trascurate — al capostipite comune di tutti i sistemi giuridici “latini”, e cioè al *Code Civil* francese del 1804¹.

Questo vale in particolare, quindi, per gli operatori economici italiani (e francesi), i quali ritrovano nei sistemi giuridici latino-americani i concetti giuridici che essi hanno conosciuto con l'esperienza (ed i loro consulenti studiati e praticati) nei loro paesi d'origine; per noi italiani, inoltre, con il vantaggio di ritrovare molte parole di cui conosciamo il significato tecnico, e la loro collocazione logica nel sistema (anche se alcuni rischi di *false friends*, ossia di parole di uguale suono, ma di significato tecnico assai differente, si verificano, eccome, anche nel rapporto tra spagnolo ed italiano, e viceversa, naturalmente). Ciò rende assai agevole il colloquio tecnico tra giuristi “latini”, e ciò vale anche per la comprensione dei problemi giuridici sottesi ad ogni operazione economica, specie se

¹ GAMBARO A. E SACCO R., *Sistemi Giuridici Comparati*, 2^a ed., Torino, UTET, 2002, p. 403 ss.

transnazionale, da parte dei medesimi operatori d'impresa; ancora, gli operatori ed i giuristi “latini” possono utilmente accostarsi direttamente ai testi normativi e contrattuali redatti nelle lingue “altre”, ma appartenenti al gruppo, se pure sempre con il dovuto rispetto, non solo alla lingua “altra”, appunto, ma anche alla altruità del sistema giuridico, che ben può — come sopra accennato sotto il profilo più strettamente semantico — attribuire agli stessi strumenti logico-normativi (ad esempio, al Consiglio di Amministrazione di una Società di capitali) funzioni assai diverse da quelle allo stesso organo (e con lo stesso nome !) attribuite nel sistema di partenza : *servitudes et grandeurs* delle esperienze internazionali, e della comparazione giuridica.

2. Le differenze.

Occorre pertanto stare molto in guardia dal rischio di sottovalutare le differenze che istituti giuridici originariamente quasi identici, e penso in particolare proprio alle differenti figure societarie, possono avere assunto nei 170 anni circa di storia giuridica di ciascun sistema.

Fare altrimenti, supporre cioè che la reale configurazione giuridica e pratica delle forme di vita dell'impresa siano simili quanto i loro nomi potrebbero far sembrare, sarebbe tanto irrealistico, come pretendere che il diritto italiano odierno rassomigliasse a quello del 1865 : i primi *Códigos* latino-americani sono stati riformati, o sostituiti, la società è mutata, gli strumenti dell'impresa sono cambiati ovunque, ed in particolare la società di capitali, e quasi ovunque la *sociedad anónima* (intesa però più come società per azioni, che come società che garantisce l'anonimità del socio) è diventata quasi la sola forma utilizzata per dare forma, appunto, ai soggetti d'impresa.

Resta però la facilità di comprendere le peculiarità dei diversi sistemi, specie se chi si accosta ad essi dall'esterno gode, oltre che di una abitudine e propensione all'accostamento a sistemi altri, anche della conoscenza di elementi dei sistemi giuridici anglo-sassoni, ed in specie di quello americano. Questo infatti, ed ovviamente, influenza dal Nord molteplici istituti “allogliotti”, introdotti in specie nei sistemi dei Paesi del Centro America; in molti di essi (Messico, Panama, Santo Domingo, ed è solo un'esemplificazione) si ritrovano ad esempio il trust e caratteri del diritto societario — come il potere del Consiglio di Amministrazione di modificare, almeno su punti predeterminati, lo

statuto sociale — che risalgono alla tradizione inglese, e non certo a quella “latina” suddetta.

3. Gli istituti comuni.

Rispetto all'esperienza europea, non si riscontra peraltro nelle Americhe, in tutte e tre le Americhe, una modificazione dei sistemi in direzione di una uniformazione normativa, nemmeno nell'ambito del NAFTA, all'interno del quale convivono ben tre tradizioni giuridiche diverse, nella nostra prospettiva “latina” quella messicana, poi quella francese, un poco, ma solo un poco “annacquata”, del *Code Civil* quebecchese, ed i tanti, ed a volte non poco confliggenti sistemi anglosassoni degli Stati Americani e delle Province Canadesi, causa di molte possibili sorprese, solo poche buone, per l'eventuale investitore italiano od europeo in quelle terre, dove infatti si immigra di persona, molto più di rado con i propri capitali.

Uniche eccezioni, le norme sulla vendita internazionale di merci, unificate dalla Convenzione delle Nazioni Unite detta di Vienna del 1981, ratificata da tutti i Paesi Americani, Latini e non, sulla quale ci si è soffermati in simile occasione, in un Convegno a Monza nel giugno 2005² - presidio potente, comunque, per la circolazione delle merci sul piano globale, quanto meno sotto il rilevante profilo della uguaglianza delle regole - ed una parte della disciplina dell'appalto di opere pubbliche e di pubbliche forniture, unificata tra i tre Paesi formanti la suddetta NAFTA direttamente nel testo del Trattato istitutivo³.

4. La tutela giurisdizionale.

Anche se è contrario alla scaramanzia commerciale, può essere opportuno ricordare e sottolineare il profilo della tutela, per il caso che si vada in contenzioso con i propri *partners* d'affari latino-americani (e del resto il giurista ama essere il fisiologo dell'economia, ma non può mai dimenticare la sua funzione di “risanatore” degli affari sofferenti).

² Il Convegno era organizzato da E.M.I.-European Mexican Investment, l'associazione che ha promosso la costituzione dell'Osservatorio Economico-Giuridico Latino Americano.

³ Su questi profili sia consentito rinviare a ZICCARDI F. E., *L'appalto internazionale – Questioni normative e di pratica*, Torino, UTET, 2002, p. 31 ss.

La giustizia ordinaria nei Paesi di maggiori dimensioni (ma è da dubitare che negli altri la situazione sia diversa) non ha fama di celerità, anzi, ed in questo essa è in ottima compagnia con quella italiana, ma anche con quella di altri Paesi dalla apparenza più “aggressiva”, come gli stessi Stati Uniti, dove per giunta l'accesso alla giustizia è orrendamente costoso.

In alcuni Paesi latino-americani, poi, ed occorre ammetterlo, ai classici “*delays of justice*”, si bene lamentati da Amleto, si aggiunge la conservazione di regole procedurali di speciale complicazione, che si aggrumano addirittura già nella fase iniziale dell'eventuale processo, rendendolo — francamente — assai poco “attraente”⁴.

5. La tutela arbitrale.

Ma a questo profilo un poco inquietante si contrappone, naturalmente, una elevata e diffusa “cultura arbitrale”, ossia una propensione del mondo degli operatori economici, e degli operatori giuridici che ne supportano l'attività, ad inserire clausole arbitrali nei contratti commerciali con soggetti di altri Paesi (ed è di questo che stiamo parlando), e tali arbitrati possono essere, e conviene che siano, gestiti da una rete di istituzioni arbitrali, ben sviluppate e radicate in molti Paesi Latino Americani.

Queste istituzioni si collegano tutte operativamente con la massima organizzazione arbitrale a livello “globale” (si direbbe oggi), ossia la Corte d'Arbitrato presso la Camera di Commercio Internazionale, che, lo ricordo, se ha sede a Parigi, è realmente “globale” per approccio mentale, per provenienza dei giovani e brillanti membri del suo staff, e soprattutto per l'oggetto della sua attività.

E si tratta di un'attività intensa : la Corte ha gestito ormai quasi 15.000 arbitrati, con un ritmo costante, in questi primi anni del terzo millennio, di oltre 500 casi all'anno; sta crescendo il numero dei casi con più parti, il che è elemento

⁴ Chi scrive pensa in particolare al sistema argentino, dal molto bizantino sistema di *enjuiciamiento*, ossia di evocazione in giudizio del convenuto, e che è per contro assai efficiente e qualitativo nella sua giustizia amministrativa, dimostrando così di soffrire, nel processo civile, a nostra sommessima opinione, di un'incapacità di riformare regole antiche, ma possibilmente gradite ad un ceto forense timoroso di cambiamenti.

che indica una molto cresciuta propensione all'arbitrato internazionale, anche se la dimostrazione di questo postulato sarebbe qui troppo lunga⁵, ed è elevato il numero dei Paesi da cui provengono le parti di questi arbitrati, 117 nel 2005, ultimo anno per il quale sono già compiutamente note le statistiche.

6. (segue) Arbitrato ed America Latina.

E, come detto, a questa crescita "globale" del fenomeno partecipa attivamente l'America Latina, dove del resto la suddetta Corte d'Arbitrato presso la Camera di Commercio Internazionale ha una propria "filiale", aperta a Santiago de Chile, il che è di per sé indicazione di attenzione, ma anche di successo, perché la Corte d'Arbitrato della CCI è ente che opera con attentissimi criteri economici, e va là dove c'è da fare, e non solo per "mostrare la bandiera". Premessa di questa diffusione della pratica arbitrale nell'intera area Latino-Americana è un dato formale, ma di grande rilevanza: tutti i Paesi dell'area hanno ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite detta di New York, del 1958, sul riconoscimento dei lodi arbitrali esteri in materia commerciale⁶, sì che i lodi arbitrali

⁵ In sintesi, l'arbitrato con più parti può andare incontro a difficoltà iniziali nel selezionare gli arbitri, specie se si vuole mantenere la classica forma del collegio a tre, e le tre o più parti sono tutte "in guerra l'una contro le altre", come diceva Hobbes (e come spesso si verifica in caso di controversia tra committente, appaltatore e subappaltatori, materia nella quale la scelta per la giustizia arbitrale è sempre più frequente, ormai quasi la regola socialmente seguita). Se queste difficoltà vengono ritenute meno rilevanti di un tempo, è perché l'arbitrato, ed in particolare quello c.d. "amministrato" dalle Camere Arbitrali, appare soluzione più efficiente, quanto meno nel settore del commercio internazionale.

⁶ Vi sono alcune differenze tra i vari Paesi sulla estensione del riconoscimento, poiché alcuni stati limitano il riconoscimento ai lodi pronunciati in altri Stati contraenti, e che siano in materia considerata commerciale dal loro diritto nazionale; ma si tratta di limitazioni, conseguenti al legittimo esercizio di riserve al trattato, che nella pratica non diminuiscono la essenziale rilevanza della ratifica della Convenzione di New

riceveranno riconoscimento ed esecuzione in tutti i Paesi qui in esame.

Ma ciò è confermato soprattutto dalla pure accennata rete di Camere Arbitrali Nazionali presente nel mondo Latino-Americano, tra le quali — e temendo di trascurarne alcune! — ricordiamo:

- il CEMARC, o *Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Argentina de Comercio*, fondato nel 1992 e dotato di un moderno ed agile Regolamento Arbitrale⁷, nel quale devono segnalarsi norme innovative e meritevoli di grande attenzione nella delicata (e spesso "time consuming") materia della prova⁸, forse un po' trascurata dal Regolamento della capostipite "parigina", la quale peraltro dà alla materia la maggiore attenzione nella attività di organizzazione di seminari per professionisti del processo arbitrale, confermando la "criticità" — come pur oggi si dice — del segmento di disciplina. Ed è indubbiamente importante che il *Centro* di Buenos Aires abbia dedicato alla prova norme precise e conformi alla "miglior" — ossia più diffusa — prassi dell'arbitrato commerciale internazionale, che non conosce per veri confini, né nazionali né continentali.

- il CARAT, o *Comité Argentino para el Arbitraje Nacional y Transnacional*, che nasce da una iniziativa di professionisti ed accademici, e che, con la sua sola presenza, indica l'esistenza di un "mercato" di tali servizi professionali, ed evita i rischi di fossilizzazione causati tipicamente da posizioni di monopolio;

- il CBAr, o *Comité Brasileiro de Arbitragem*, con sede a San Paolo⁹, fondato nel 2001, in risposta ad una rilevante riforma del diritto brasiliano

York. Fonte ICC *Publication 810*, rist. aprile 2006, pag. 5.

⁷ Su di esso, v. il Website <http://www.cac.com.ar>

⁸ Si tratta degli artt. 22 a 30 (ossia 9 norme su un totale di 35, ed anche questo è sintomatico), che fissano principi di preclusione alla deduzione probatoria all'inizio del procedimento (e questo è forse un po' eccessivo), quella della concentrazione della prova in unica udienza, il che è invece sacrosanto, quella della prova testimoniale delegata, e le regole in materia di perizie, settore nel quale la prassi internazionale arranca non poco tra diversi "modelli" in competizione nel globo.

⁹ Su di esso, vedi <http://www.cbar.org.br/>

della materia del 1996¹⁰, che ha "liberato" lo strumento arbitrale da "lacci e laccioli", che i meno giovani ricorderanno avere gravemente afflitto il diritto italiano dell'arbitrato sino ad almeno il 1994 (si che la prassi italiana reagì creando quel *monstrum* del c.d. arbitrato irrituale).

Il CBar si dichiara orgogliosamente una "matricola", ma è facile ritenere che lo sviluppo sarà rapido e di qualità, e particolarmente "accessibile" all'operatore economico e giuridico italiano, ove si ricordi che la scienza processualistica brasiliana riconosce tuttora come uno dei propri *almi patres* il processualista triestino Enrico Tullio Liebman, professore alla Statale di Milano dal 1945 agli anni '80, ma in precedenza esiliato in Brasile, dove ha appunto lasciato una fedele scuola, che mantiene costanti contatti con quella milanese del medesimo Maestro;

- il CANACO, o *Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México*, il cui Regolamento, del 2000¹¹, appare più prossimo al modello "parigino", anche nella presenza di un costante potere di controllo del Centro, e qui del suo organo, chiamato "Commissione", sulle varie fasi del processo arbitrale, ed in particolare sullo stesso testo del lodo;

- il CCA, o *Comité Colombiano de Arbitraje*;

- il CACC, o *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*¹².

Tutte queste organizzazioni operano, come notato, in "concorrenza", nel senso di offrire agli operatori servizi di organizzazione, e, come visto, in alcuni casi, di controllo sulla conduzione di procedure arbitrali; ma cooperano intensamente tra loro e con la Camera Arbitrale presso la CCI. Ne è ottimo segnale l'incontro che tutte queste organizzazioni terranno a Buenos Aires tra il 14 ed il 16 marzo 2007 con la stessa Camera Arbitrale presso la CCI, proprio per valutare la rilevanza della tutela arbitrale nei contratti di investimento nel Continente Latino-Americano insieme all'ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) ed

all'UNCTAD (*UN Conference on Trade and Development*), il tutto sotto gli auspici delle istituzioni statunitensi denominate *Institute for Transnational Arbitration* e *Center for American and International Law*.

Per prevenire almeno parte degli effetti di quella patologia del commercio internazionale che è il contenzioso, anche in America Latina, come oggi si verifica in Cina, una "pillola di chinino" esiste, e si chiama clausola arbitrale.



Lo Studio legale Santa Maria Tristano Ziccardi, creato dalla riunione di tre studi operanti a Milano dal 1946, è entrato da metà del 2006 nella rete DS, che ha attualmente uffici, oltre che a Milano, a Parigi e Lione (DS Avocats), Barcellona, Bruxelles, Singapore, Pechino, Shanghai, Canton, Hanoi, Ho-Chi-Minh-Ville, Seul e Buenos Aires, per un totale di 200 avvocati, e ciò in piena continuità con la tradizione di specializzazione di diritto internazionale dei suoi fondatori.

Lo Studio DS Santa Maria Tristano Ziccardi presta assistenza professionale nei differenti settori del diritto commerciale, sia nella consulenza che nel contenzioso nazionale ed internazionale, ordinario ed arbitrale. Più specificamente, lo Studio segue correntemente pratiche di acquisizione, creazione di società in Italia ed all'estero, trattative per la stipulazione di contratti di cooperazione tra imprese, con particolare riguardo agli appalti pubblici e privati, e, nell'ambito del contenzioso, ogni tipo di controversia commerciale, ed in materia di gestione patrimoniale e di successioni. Grazie all'appartenenza alla rete DS, lo Studio può prestare assistenza in tutti i Paesi sopra indicati, e così uno dei suoi professionisti è attualmente operante a Shanghai. Inoltre, la lunga e specifica esperienza dello Studio Santa Maria Tristano Ziccardi ha consentito la creazione di una ulteriore rete di studi corrispondenti particolarmente qualificati in ogni altra parte del mondo, con speciale riguardo all'India.

DS Avvocati Santa Maria Tristano Ziccardi - via Camperio 9, 20123 Milano - Tel. 02.72094019 - Fax 02.72093828 - Email: info@studiosantamaria.com - www.dsavocats.com

¹⁰ Sulla riforma, e sulla situazione attuale del diritto brasiliano dell'arbitrato, v. JOAQUIM T. DE PAIVA MUNIZ and ANA TEREZA PALHARES BASILIO, *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Juris Publishing Inc., Huntington (NY) 2006.

¹¹ Vedilo in <http://www.arbitrajeacanaco.com.mx/splash.htm>

¹² Su di esso, v. <http://www.arbitrajeccc.org/>