



# LA “COSTITUZIONALIZZAZIONE” DEL DIRITTO PRIVATO E LA SUA INFLUENZA NELL’INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE DELL’ORDINAMENTO GIURIDICO ARGENTINO

*Mauricio Boretto*<sup>1</sup>

Sommario: 1. La “Costituzionalizzazione” del Diritto Privato. – 1.1. Introduzione – 1.2. Alcuni diritti soggettivi inseriti nella Costituzione Argentina – 1.3. Conseguenze della incorporazione dei diritti introdotti dalla modifica 1994 alla Costituzione sulla legislazione vigente del Diritto Privato argentino – 2. Un nuovo sistema di "fonti del diritto" alla luce della Riforma costituzionale argentina del 1994 – 3. Le applicazioni pratiche del fenomeno della "costituzionalizzazione del Diritto Privato" nella Repubblica Argentina. – 3.1. La costituzionalizzazione del Diritto Privato e il suo impatto sulla responsabilità del garante – 3.2. Le garanzie e la questione della sua costituzionalità – 3.3. Il concorso stranazionale e il principio di reciprocità.

## **1. La “Costituzionalizzazione” del Diritto Privato.**

### **1.1. Introduzione.**

Fino questi ultimi decenni si pensava che Diritto Privato e Diritto Costituzionale avevano pochi punti di contatto: uno reggeva le relazioni giuridiche di coordinazione e l'altro le relazioni giuridiche di subordinazione.

I rapporti tra lo Stato e l'individuo retti dal Diritto Costituzionale erano esclusivamente, quelli che fissano i limiti del potere dello Stato nei casi in cui si intende alterare le singole garanzie.

Pertanto la più tipica tradizionale garanzia costituzionale `e stata quella dell' habeas corpus, per garantire la libertà fisica dell'individuo contro la detenzione arbitraria dallo Stato. Oggi, questa visione è cambiata: da un lato, si vede che non tutto il potere è esercitato

---

<sup>1</sup>Dottore in Giurisprudenza presso l'Universidad Nacional de Córdoba. Diritto privato Premio Castán Tobeñas (edizione 2008) assegnato dall' Accademia aragonesa di legislazione e giurisprudenza. Premio Giovane Giurista dato dall'Accademia di Diritto e Scienze Sociali di Córdoba (edizione 2007). Specialista Curatore Fallimentare ed Enti in insolvenza (Universidad Nacional de Cuyo).Specialista in Diritto di Danni (Università Nazionale di Cuyo e la Universidad Nacional del Litoral). Membro dell'Istituto di Diritto Imprenditoriale dell'Accademia di Diritto e Scienze Sociali a Buenos Aires. Indirizzo email: mboretto@asesorescuyo.com.ar



dallo Stato. Al contrario, ci sono potenti economici, culturali, sociali, che devono anche essere limitati dal ordinamento giuridico per garantire che la libertà e l'uguaglianza reale tra le persone siano efficaci e non diventino una semplice dichiarazione. Da questa nuova prospettiva, non sorprende l'ingresso ai testi costituzionali di relazioni che tradizionalmente appartenevano al Diritto Privato (ad esempio, i rapporti tra imprese e consumatori). Così, il Diritto Costituzionale si addentra nel Diritto Privato ed i suoi principi vengono propagati ai vari settori del ordinamento giuridico.

D'altra parte, ci sono alcuni diritti civili che meritano una protezione speciale, superiore a quella che concede la legge. Illustriamo, tra gli altri casi, il diritto all'intimità (art. 19 Costituzione Argentina) Questo diritto costituzionale, dal quale deriva la garanzia della inviolabilità del domicilio, della corrispondenza e documenti privati (art. 18 Costituzione Argentina) è stato esteso ad altre aree come il diritto alla propria immagine, il diritto all'identità, ecc ..Prendiamo, per esempio, quello che è successo al fenomeno Internet, che si basa principalmente su due pilastri: la libertà e la deregolamentazione. Nel primo aspetto, Internet garantisce l'entrata e lo sviluppo al suo interno, ricevendo e offrendo le più svariate informazioni. Come la deregolamentazione è una conseguenza della impossibilità materiale per gli Stati e gli individui a interferire con le comunicazioni e confini tecnologici fissati per il suo funzionamento<sup>2</sup>.

Dal punto di vista costituzionale, è stata sostenuta la caratterizzazione d' Internet come un press media riconosciuta dalla Camera Nazionale nello Criminale e Correzionale (dall'Argentina), Sala 1, per risolvere il caso "Vita"<sup>3</sup>. In una sentenza del 13 marzo 2002 e sentenza del 29 agosto 2003 è stato affermato che l'esercizio della libertà di espressione su Internet è tutelato dall'articolo 14 della Costituzione e l'articolo 13 della Convenzione Americana sui Diritti Umani. Nel caso in cui è stato dichiarato che le idee

---

<sup>2</sup> BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", volume I, 2da. edizione aggiornata e ampliata, Bs. As ed La Ley, 2006, pág. 633.

<sup>3</sup> Rivista argentina La Ley 2002-B-489



esprese da parte degli imputati sull'uso di droghe sono state fatte nell'esercizio della libertà di stampa per esprimere se stesso attraverso Internet.

In questo contesto è avvenuta l'approvazione della Legge argentina n° 26.032 nel 2005, che ha stabilito all'articolo 1 che: "(...) il cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, attraverso il servizio Internet è considerato all'interno della garanzia costituzionale che protegge la libertà di espressione (...)"

E da sottolineare, inoltre, che la comunicazioni via Internet é stata anche equiparata alla corrispondenza, sotto il nome di posta elettronica, come l'ha deciso nel 1999 la Camera Nazionale nello Criminale e Correzionale, Sala VI (della Repubblica Argentina) nel precedente "Lanata"<sup>4</sup> e della corte stessa, ma nella sua Sala1, nel caso "Grinberg" nel 2003. In questo senso, la Camera Nazionale del Lavoro, Sala VIII (della Repubblica Argentina), nel caso "Pereyra" nel 2003 e che la stessa corte, attraverso il suo X stanza dello stesso anno, nel caso "VRI c. Abiti S.A."<sup>5</sup>, ha concluso che la violazione della garanzia costituzionale della inviolabilità della mail, e costituiscono un reato penale, violare il diritto alla cura di privacy o intimità.

## **1.2. Alcuni diritti soggettivi inseriti nella Costituzione Argentina.**

Per le ragioni sopra illustrate, la riforma costituzionale del 1994 l'Argentina ha incorporato nella Costituzione Nazionale Argentina varie disposizioni che toccano le questioni di diritto privato,

quali:

1) .- tutela dei consumatori sancita dall'articolo 42 della Costituzione Nazionale, che recita: "(...) I consumatori e utenti di beni e servizi hanno il diritto in termini di consumi, tutela della salute, sicurezza e gli interessi economici ad informazioni adeguate e veritieri; alla libertà di scelta e le condizioni di tratto equitativo e dignitoso. Le autorità assicurano la protezione di questi diritti, di educazione dei consumatori, la

---

<sup>4</sup> Rivista argentina La Ley 1999-C-458 y rivista argentina La Ley 1999-E-70

<sup>5</sup> Rivista argentina La Ley 2004-C-455



competizione contro ogni forma di distorsioni del mercato, il controllo dei monopoli naturali e legali, la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici, e la creazione di associazioni dei consumatori e degli utenti. La legge deve stabilire procedure efficaci per la prevenzione e risoluzione dei conflitti, quadri normativi e dei servizi pubblici di competenza nazionale, fornendo la necessaria partecipazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti e le province coinvolte nelle agenzie di controllo (...) ". La legge 24.240 di Difesa degli utenti e consumatori (e dalla riforma legge 26.361), anche se prima del 1994, oggi è la regolazione di questa clausola costituzionale.

2).- L'azione di riparazione del danno ambientale, sancita dall'articolo 41 della Costituzione argentina, secondo il quale "(...) tutte le persone hanno il diritto di un ambiente sano ed equilibrato per lo sviluppo umano e che le attività produttive devono soddisfare le esigenze attuali senza compromettere quelli delle generazioni future, e hanno il dovere di preservarlo. Il danno ambientale sarà la prima priorità, dell'obbligo di riparazione, a seconda sia richiesto dalla legge. Le autorità dovranno fornire una protezione di questo diritto, l'uso razionale delle risorse naturali, la conservazione del patrimonio culturale e naturale e della biodiversità, e le informazioni e l'educazione ambientali. La Nazione deve promulgare le regole contenute nel preventivo di protezione minima, e le province quanto necessario per rafforzare loro, senza alterarne le giurisdizioni locali. È proibito l'ingresso nel territorio nazionale di rifiuti pericolosi presenti o potenziali, o radioattivi (...) ".

Fatti salvi gli esempi trascritti, numerose altre leggi di Diritto Privato appaiono nei trattati internazionali a cui la Costituzione dell'Argentina (con la riforma del 1994) riconosce lo status costituzionale (art. 31 e 75, inc. 22 °).

Essi sono:

- 1) .- Dichiarazione Americana dei Diritti e Doveri dell'Uomo,
- 2) .- Dichiarazione Universale dei Diritti Umani,
- 3) .- Convenzione americana sui diritti umani,



- 4) .- Patto internazionale sui diritti economici, sociali e dei diritti culturali,
- 5) .- Patto internazionale sui diritti civili e politici e il suo protocollo opzionale,
- 6) .- Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio,
- 7) .- Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le sue forme di discriminazione razziale,
- 8) .- Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne,
- 9) .- Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti e
- 10) .- Convenzione sui diritti del bambino

### **1.3. Conseguenze della incorporazione dei diritti introdotti dalla modifica 1994 alla Costituzione sulla legislazione vigente del Diritto Privato argentino .**

Questo nuovo approccio ha portato luce su una serie di questioni, giacché le norme costituzionali hanno una grande efficacia in quattro sensi:

1) .- Efficacia diretta: Questo carattere significa che, anche se non esiste alcuna disposizione legale che regoli il diritto riconosciuto dalla Costituzione, il diritto è operativo e la persona che reclami la sua protezione ai tribunali può chiedere la sua applicazione. Ad esempio, sebbene il nostro paese non ha disciplinato il diritto di replica o di risposta (che è diretto contro le organizzazioni notizie per rettificare notizie erranee o incomplete), essendo espressamente riconosciuto dal Patto di San José di Costa Rica, ogni soggetto può esigere al mezzo di comunicazione che ha diffuso notizie false o fuorvianti che gli toccano personalmente, la correzione o il completamento con lo stesso mezzo.

2) .- Efficacia abrogativa: Questa caratteristica implica che le disposizioni costituzionali derogano le leggi che le contraddicano. Per esempio, deve considerarsi derogata qualsiasi legge che discrimini le donne. Questo è ciò che è successo con l'articolo 1276 del Codice Civile argentino che prevedeva che, se non è possibile



determinare la provenienza dei fondi, la gestione del bene coniugale è del marito. La dottrina ha ritenuto che tale disposizione è stata derogata per violare il principio di parità tra uomini e donne, ed è stata così dichiarata dalla legge giudiziaria. Infine, questa posizione è stata adottata dal legislatore che -tramite la legge 25781- ha sostituito il comma controverso dell'articolo 1276 Codice Civile dell'Argentina, e ha disposto che questi beni sono di gestione congiunta di entrambi i coniugi.

3) .- Efficacia invalidatoria: Questo carattere è strettamente legato a quello precedente, poiché una norma di gerarchia legale che si oppone ad una disposizione costituzionale è invalida, quindi, può essere dichiarata incostituzionale dai giudici

4) .- Efficacia di interpretazione: si dice che la visione costituzionale richiede una "rilettura" dei testi legali, in modo che l'interpretazione della legge sia sempre aggiustata alla Costituzione. Così, quando una legge è suscettibile di essere interpretata in vari modi, uno che contraddice la Costituzione ed un altro che si adatta ad essa; chi interpreta e applica la legge deve fare in modo che la regola si aggiusti alla clausola costituzionale. In altre parole, la disposizione costituzionale dirige l'interpretazione della legge.

## **2 - Un nuovo sistema di "fonti del diritto" alla luce della Riforma costituzionale argentina del 1994.**

Si noti inoltre che la riforma costituzionale del 1994 ha istituito un nuovo sistema di fonti del diritto. L'idea della supremazia della Costituzione, all'articolo 31 della Costituzione Argentina, e, soprattutto, i trattati internazionali di rango costituzionale (art. 75 inc. 22 Costituzione Argentina), costituiscono il fondamento di un "sistema di fonti" nel sistema legale argentino, che è venuto inevitabilmente a variare l'ordinamento giuridico in generale.

Infatti, di fronte al fenomeno della costituzionalizzazione del diritto privato, *la legislazione deve essere basata su questo sistema per interpretare ed applicare la legge.* Di conseguenza, i



casi di diritto privato devono essere risolti di conformità alle leggi che disciplinano la materia in questione e che potrebbero essere applicabili; *interpretate secondo la Costituzione Nazionale e i trattati firmati dall' Argentina*. In altre parole, la regolamentazione del diritto privato, soprattutto per quanto riguarda le attività aziendali, deve attendere la "teoria economica" della nostra Legge fondamentale.

Pertanto, l'interpretazione e l'applicazione del Diritto Privato argentino non deve trascurare la seguente direttiva: adeguare *il Diritto comune alla Costituzione ed i Trattati sui diritti umani incorporati con gerarchia costituzionale dalla riforma del 1994*.

### **3. - Le applicazioni pratiche del fenomeno della "costituzionalizzazione del Diritto Privato" nella Repubblica Argentina.**

Diamo un'occhiata alle varie applicazioni pratiche del fenomeno della "Costituzionalizzazione del Diritto Privato" in Argentina e la sua influenza sulla interpretazione e applicazione della legislazione *infra-costituzionale*.

#### **3.1. - La costituzionalizzazione del Diritto Privato e il suo impatto sulla responsabilità del garante.**

In Argentina, si è generata una forte preoccupazione per la tutela del garante, assicurando che questo prenda atto del rischio che accetta, e che questo mantenga una adeguata relazione con il tipo di negozio garantito, l'ordinaria del debitore ed il suo stato patrimoniale.

Nonostante l'assenza nel sistema giuridico argentino di regole speciali in questa direzione, è stato postulato arricchire le norme relative al contratto di garanzia, tramite una interpretazione vivificante alla luce dei principi generali, in particolare quelli di buona



fedeltà, ragionevolezza e protezione dei consumatori, che funzionano come uno strumento flessibile all'ora di giudicare il grado di responsabilità del garante<sup>6</sup>.

Sotto l'influenza del Diritto costituzionale, nel campo del Diritto dei consumatori, resta inteso che se il rapporto è garantito il consumo, la protezione non si ferma al debitore principale e si estende al garante con i seguenti argomenti<sup>7</sup>: 1) *Principio di accessorialità* (art. 42 *Costituzione Argentina*): sottoporre l'accessorio al principale. Prevede progettare l'attività principale alla subordinata, la natura del consumo del primo, cioè che ha senso nel sistema della legge di tutela dei consumatori, che pone la protezione nel contesto del rapporto di consumo, 2) *Interpretazione dell'art. 1 legge 24.240 (modificata dalla Legge 26.361)* che cattura non solo ai consumatori che hanno dato la garanzia per il proprio beneficio (ad esempio, mutui detenuti da parte del debitore), ma si espande anche a coloro che l'hanno fatto a beneficio dei propri gruppi familiari o sociali (ad esempio, contratto di garanzia) e 3) *Principio di Uguaglianza* (articolo 16 della *Costituzione Argentina*) che impedisce di distinguere gli effetti della tutela tra negozi di consumo e negozi di garanzia.

Qual è lo scopo? Che il "garante – accettante" abbia *effettiva conoscenza*: 1) del *contenuto* della garanzia e 2) dell' *estensione* della garanzia. Insomma, lo scopo è che conosca il "rischio" assunto, in modo di adottare misure adeguate per proteggere i propri interessi.

Quale sono le conseguenze del mancato o inesatto adempimento del dovere di informare del creditore verso il garante?

Ci sono due alternative:

1) *Invalidazione del contratto di garanzia* (articolo 37 argomento Legge argentina n. 24.240 di tutela dei consumatori), o

2) *"Riduzione del obbligo del garante"* al rischio opportunamente informato.

---

<sup>6</sup> FRESNEDA Saieg, M. - HERNANDEZ, C., "Límites a las responsabilidades del fiador en las fianzas abiertas", *Zeus*, t. 92, D-59.

<sup>7</sup> HERNANDEZ, C. " Información, accesorialidad y revisión en el contrato de fianza", *Rivista de Derecho comercial, del Consumidor y de la Empresa*, año 1, número 1, septiembre de 2010, ed. La Ley, pág. 213 y sigtes.





Sembra che quest'ultima sia la soluzione adeguata, in merito al principio di conservazione del negozio e la necessità di protezione del credito.

In Argentina, nel precedente "Banco Nación c. Sereno, Hugo"<sup>8</sup>, la Camera Federale di Cordoba (sala A), si è posto il seguente scenario:

a. - La domanda per la Banca Nazionale della somma di \$ 23.055 per acquisti effettuati utilizzando il sistema di carta di credito,

b. – *Domanda contro il titolare della carta e il garante,*

c. - *il garante riconosce di aver dato la garanzia, ma ha affermato di averlo fatto fino al limite di acquisto della carta di credito, che era di \$ 2500 e*

d. - Nella causa era "discussa" l'interpretazione dei termini contrattuali (predisposti per il creditore) ai fini della "delimitazione" del rischio assunto dal garante

La maggioranza del Tribunale di appello, a torto a nostro avviso, ha confermato la sentenza del giudice inferiore ed ha accolto la domanda della banca facendo prevalere la clausola 15 delle condizioni generali di contratto per cui il garante è stato responsabile come pagatore garante per "tutti" gli obblighi contratti dai proprietari o utenti fino la totale estinzione del debito.

Al contrario, la minoranza della Camera, correttamente a nostro avviso, particolarmente ha apprezzato il fatto che la Banca aveva un contratto con limite congiunto di acquisto, quindi la clausola in base al quale il garante è stato costituito come debitore principale per "tutti" gli obblighi contratti per lui o gli utenti fino la totale estinzione del debito, *non deve essere interpretata letteralmente e fuori del contesto generale del contratto firmato, in più per essere un contratto di adesione.* Pertanto, ha concluso:

1) .- che il garante dovrebbe essere condannato in termini di limite di acquisto,

2) .- che i dubbi generali dall'ambiguità dei termini generali del contratto dovrebbe essere eliminato contro il predisponente, per imperio della regola ermeneutica contro proferentem e

---

<sup>8</sup> Rivista La Ley Córdoba 1997-971.



3) .- non si deve compromettere l'efficacia della garanzia, ma dovrebbe facilitarsi il suo adattamento a quello a cui si può ragionevolmente intendere si è obbligato il garante.

Secondo quest'ultima soluzione, che si stima la più giusta, l'idea non è quella di eliminare l'autonomia della volontà in detrimento della sicurezza giuridica del credito. Infatti, il giudice può fare la riduzione proposta se i rapporti giuridici lasciano intravedere una subordinazione strutturale di una delle parti del contratto (il garante) verso un'altra (il creditore); nel qual caso il sistema giuridico dovrebbe reagire e anticipare correzioni in modo che non ci sia un onere particolarmente pesante sulla parte debole del rapporto contrattuale.

Sono i giudici chi in ogni caso devono meritare se questo carico è eccessivamente pesante e visibilmente sbilanciato.

### **3.2. - Le garanzie e la questione della sua costituzionalità.**

Ci sono alcuni tipi di sicurezze che, per loro particolari caratteristiche, sono ampiamente utilizzati nelle contrattazioni e sono una grande attrazione nei confronti del creditore. Ci riferiamo alle garanzie a prima richiesta o prima intimazione. Michele Sesta insegna che la garanzia a prima richiesta è un atto giuridico con cui un soggetto, dotato di una solida posizione finanziaria (normalmente una società bancaria o assicurativa) si impegna a pagare un determinato importo per beneficiario, per garantire le prestazioni di un terzo a semplice richiesta del beneficiario e, di regola, con rinuncia a interporre qualsiasi eccezione relativa alla esistenza, la validità o l'applicabilità delle obbligazioni garantite, tra il beneficiario ed il debitore principale, al quale il garante resta strano<sup>9</sup>.

Uno degli aspetti principali di queste garanzie è che si tratta di negozi giuridici che permettono al creditore di assicurarsi l'esecuzione stragiudiziale della garanzia, cioè senza considerare l'opportunità di difesa ed prova davanti a un tribunale, *all'interno della propria esecuzione di private equity*.

---

<sup>9</sup> "Le garanzie atipiche", Cedam, Padova, 1988



Ciò solleva la questione se, forse, tali garanzie comportano una rinuncia anticipata del Diritto costituzionale di difesa del debitore al processo, che le macchie di incostituzionali e violatori di norme fondamentali della Costituzione dell'Argentina (articoli 17 e 18). Intendiamo che non.

Pertanto, davanti questo tipo di garanzie a prima richiesta dato che la "proprietà" è inviolabile e nessun abitante della Nazione può esserne privato se non in virtù di una sentenza basata sulla legge (articolo 17 Costituzione Nazionale), si deve dare il garante "self-executing" il diritto di interrompere l'esecuzione in caso di frode manifesta o abusi dal beneficiario creditore, derivati da prove strumentali o altre di facile e rapido esame (per esempio perché il debitore ha pagato il debito, ciò che è documentato, la cui garanzia viene eseguita; o è stato dichiarato nullo il debito principale garantito, per sentenza passata in giudicato, ecc.); autorizza, quindi, di chiedere a un tribunale ordinando la non esecuzione della garanzia o, in alternativa, che il beneficiario di codesta, costituisca una cauzione adeguata per evitare danni irreparabili ai garanti.

Infatti, all' ora d' interpretare i negozi giuridici delle "garanzie a prima richiesta" e, sebbene il principio di auto-affermazione all'interno della garanzia costituzionale della proprietà privata (art. 17 Costituzione Argentina) non si può prevenire al creditore di far valere la sua sicurezza: quando vi è *frode o abuso manifesto* nell'esecuzione, che mettono in dubbio la legittimità di tale diritto, in virtù degli articoli 18 (garanzie del giusto processo), 19 (riserva), 17 (inviolabilità della proprietà) e 43 della Costituzione dell'Argentina (principio di tutela inibitoria) chiunque garante privatamente eseguito, che abbia il timore attuale ed imminente di soffrire un pregiudizio effettivo o minaccioso ai diritti suoi, con illegalità o arbitrarietà manifesta, può chiedere una tutela giudiziaria d' urgenza, al fine di ottenere il cese della minaccia di danno ai propri interessi: e può anche chiedere provvedimenti cautelari per non pagare.

Così, le garanzie costituzionali di tutela giurisdizionale effettiva e giusto processo impongono una interpretazione equa e vantaggiosa per l'analisi dei requisiti di



ammissione alla giustizia, al punto che, per il principio "pro actione" si deve stendere le possibilità di interpretazione nei sensi più favorevoli all'accesso ai tribunali<sup>10</sup>.

### **3.3. - Il concorso stranazionale e il principio di reciprocità.**

Secondo il paragrafo 3 dell'articolo 4 della legge n. 24.522 fallimento Argentina: "la verifica del creditore il cui credito è pagabile all'estero, e non appartenenti ad un concorso pubblico all'estero è subordinata alla dimostrazione che, al contrario, il creditore il cui credito è pagabile in Argentina può essere verificato e pagato nelle stesse condizioni, a un concorso pubblico nel paese in cui il credito è dovuto a lui.". Questa regola comporta l'applicazione del diritto di ritorsioni da parte di uno Stato, che risponde dallo stesso modo le ingiustizie commesse da un altro.

Secondo la dottrina argentina, in generale, l'interpretazione della regola è la seguente: il creditore estero, che non appartiene alla concorrenza aperta all'estero, può ottenere parità di trattamento con i creditori locali, a condizione che "dimostri" che nella legge attuale nel paese in cui il credito è pagabile, un creditore "argentino" (pagabili in Argentina) ha reciprocità di verifica e percezione del suo credito.

Conclusione: la verifica dei creditori è soggetto all'"esistenza di reciprocità", cioè, la prova della mancanza di discriminazione nel diritto straniero. Ci chiediamo. È questo principio costituzionale?

Ci sono quelli che intendono di sì, sostenendo che *"in tanto stabilito in ordine al luogo di pago ed non alla nazionalità del creditore, non esiste nessun elemento discriminatorio, ma si la validità del principio della territorialità e della sovranità del diritto nazionale, per cui le critiche non sono sostenibile. Di*

---

<sup>10</sup> Informe 105/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 29/09/1999, "caso 10.194: Palacios, Narciso – Argentina". con nota de Carlos A. Botassi, "Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos", rivista La Ley 2000-F-594.



*conseguenza, la prova della legge straniera è un onere del creditore che chiedere di essere verificato, anche se, come in ogni "fatto", abbia libertà per provare"*<sup>11</sup>.

Tuttavia, al contrario, la importante dottrina costituzionale argentina ha detto che: *"il concorso unico non consente discriminazioni diseguale fra uni ed altri creditori (a pagamento qui o all'estero) perché i titolari di crediti a pagare all'estero, dove è assente il fallimento, hanno punto connessione sufficiente colla giurisdizione argentina, per invocare qui la protezione integrale della Costituzione. Questo punto di connessione è dato dalla pendenza dell' unico concorso avanti alla corte argentina e dall' esistenza di beni del debitore nel nostro territorio"*<sup>12</sup>.

Qual è la protezione costituzionale che non può essere negata? Il diritto di giurisdizione, che consente al estraneo creditore, a chi manca un fallimento straniero a cui rivolgersi, verificare il credito e andare alla massa di creditori in Argentina senza ritardo ed in condizioni di parità con i creditori nazionali.

Per questo motivo, la lettura dei dottrinari attuale all'articolo 4 della Legge n. 24.522 è la seguente<sup>13</sup>: *"quando il debitore ha beni solo in Argentina ed il creditore straniero ha esclusivamente tali beni per salvaguardare il suo credito, l'universalità del patrimonio del debitore e l'esistenza di tutti i beni all'interno della Repubblica mettono il creditore l'assoluta necessità di comparire nel paese"*.

La questione è, quindi, qual è la ragione per negarli l' incorporazione in passivo? Dobbiamo rispondere che non c'è. Quindi:

- 1) .- la regola di reciprocità si dimostra "inappropriata" e
- 2) .- per tanto, non si deve essere eccessivamente rigoroso nell' onere della prova. Si conclude pertanto che, sebbene l'onere della prova spetta al creditore, la deposizione può

---

<sup>11</sup> JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos "Ley de Concursos y Quiebras", tº 1, 2da. ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2009.

<sup>12</sup> BIDART CAMPOS, Germán, "El art. 4 de la ley de concursos y la constitución", rivista El Derecho 104-1019

<sup>13</sup> ROUILLON, Adolfo, "Cuestiones de Derecho internacional privado en la ley concursal argentina 24.522" en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 1999, año XLIV, nº 37, pág. 25.



essere attraverso l'attività del curatore, o anche dello stesso giudice; il curatore deve cooperare nelle indagini e il giudice può farlo automaticamente. In sintesi, l'omissione del creditore non necessariamente determina il rigetto della richiesta di verifica

Inoltre, secondo il CIDIP (Convenzione interamericana di diritto internazionale privato), II, recante "Norme generali"(ratificata da Argentina, dalla legge 22. 291) "i giudici e le autorità degli Stati parti hanno l'obbligo di applicare la legge straniera come avrebbero i giudici dello Stato la cui legge si applica " per cui il diritto straniero è un "fatto noto" e il giudice può considerarlo ufficiosamente, fatto salvo il diritto delle parti d' invocarlo e fornire le prove che ritenga no opportune"<sup>14</sup>.

In sintesi, quanto sopra esposto, si capisce che in una futura riforma del Diritto fallimentare argentino si dovrebbe eliminare il requisito della reciprocità attualmente imposto dalla legge fallimentare *in caso di verifica del creditore in Argentina il cui credito è pagabile all'estero, e che non appartenga -a sua volta- ad un concorso generale all'estero.*

---

<sup>14</sup> Suprema Corte de Mendoza (Argentina), sala I, 28/04/2005, "Sabate Sas S.A. en COVISAN S.A. P / Conc. Prev " (rivista La Ley 2005-D-247).