I PROBLEMI INTERNAZIONALI DEL FALLIMENTO NEL MERCATO COMUNE

Gian Antonio MICHELI*

1. Non pretendo in questo studio di sottoporre la materia del fallimento nei rapporti internazionali ad un'analisi dommatica approfondita, ma di tracciare un panorama, il più possibile completo, dei problemi che si affacciano attualmente alla ribaltà dell'attualità in questa materia, con particolare considerazione della situazione che si sta determinando nell'ambito dei sei Paesi del Mercato comune e degli altri che aderiscono od aderiranno alla C.E.E. La vicinanza fisica dei paesi considerati e la diminuzione delle distanze, provocata dal miglioramento dei mezzi di trasporto e di comunicazione in genere, la intensificazione dei rapporti commerciali tra i vari paesi di aree economiche organizzate su di un piano comunitario, ha già reso e renderà sempre più sensibile il problema di trovare il modo di rendere unitaria ed efficiente ogni procedura concorsuale liquidatoria a carico di un debitore, quando quest'ultimo abbia in altri paesi propri beni oppure abbia compiuto atti giuridici od ancora abbia stabilimenti o sedi all'estero.

È evidente pertanto come i problemi, conseguenti alla possibilità che contro un medesimo debitore possano essere iniziate, in diversi paesi, più procedure concorsuali e quindi l'esigenza di accordi per dare la massima unitarietà alla procedura fallimentare, siano sentiti in quelle entità, come la C.E.E., ove le linee di una unità economica ha, in certo senso, preceduto l'unitarietà politica completa e comunque ha costituito e costituisce l'espressione più rilevante, almeno fino a questo momento, di una attività giuridica e politica unitaria.¹

Non è detto tuttavia che i fenomeni che si accompagnano al fallimento nei rapporti internazionali non siano accusati e studiati anche altrove, là dove l'intensificarsi di determinati rapporti economici e finanziari importa altresì una maggiore frequenza nella rilevanza, per i creditori di un paese, del dissesto di un debitore, avvenuto in altro paese. Non è pertanto privo di significato ricordare qui l'ordine del giorno che

* Professore ordinario nell'Università di Roma.

¹ V. per un interessante panorama dei problemi, accennati nel testo e che avranno più ampio sviluppo *infra*, nei nn. seg., Houin, "Problèmes posés par la faillite dans le Marché commun", in *Journal des tribunaux*, 1961, 345 s.; Da ultimo v. anche Cimino, "Proposta per disciplina del fallimento nei paesi del mercato comune", in *Dir. fall.*, 1963, I, 224 s.

è stato votato nel 1951, a Montevideo, in occasione del VII congresso interamericano degli avvocati,² in seguito alla relazione presentata da uno specialista della materia, il Nadelmann. In essa era prevista la eventualità di una coordinazione tra i fallimenti, pronunciati in diversi paesi contro il medesimo debitore. Mediante tale soluzione si avrebbero una pluralità di procedure, ciascuna dominata dalla propria *lex fori*, ma un coordinamento fra di esse, anche per la realizzazione della *par condicio creditorum*, potrebbe essere attuato in modo di realizzare di fatto, se non di diritto, una certa unitarietà di andamento delle diverse procedure, svolgentesi nei diversi paesi, in base a leggi differenti. È probabile che un siffatto sistema possa essere opportuno, là dove non sia possibile conseguire una più forte ed intima unità del fallimento, così da ipotizzare una vera e propria unicità della relativa procedura, anche se poi, rispetto a determinati aspetti di quest'ultima, o meglio degli effetti di essa, non ci si possa sempre richiamare alla *lex fori*. Ciò appare evidente soprattutto quando si consideri il problema in un'area relativamente ristretta, quale è quella dei sei paesi del Mercato Comune.

L'intensificarsi dei rapporti commerciali fra questi ultimi rende invero di grande attualità (e consta che le autorità comunitarie stanno appunto pensando al modo migliore per avviare ad una soluzione soddisfacente tale problema) l'esigenza di un coordinamento delle diverse legislazioni nazionali sul fallimento ed in genere sulle procedure concorsuali liquidatorie *contro* un debitore che non può o non vuole pagare. Tali procedure, dato il loro carattere tendenzialmente universale — sia perchè investono tutti i beni del debitore, sia perchè riguardano tutti i di lui creditori — possiamo implicare, come si è detto poc'anzi, creditori e beni ed atti giuridici rientranti in diversi ordinamenti giuridici statuali. Ne consegue che siffatte procedure concorsuali liquidatorie sono suscettibili di interferire, in varia misura, ma pur sempre in modo assai più massiccio che non le normali forme di esecuzione forzata individuale od in genere le normali figure di tutela giurisdizionale, negli ordinamenti dei differenti paesi, nel cui territorio si trovi una delle sedi o degli stabilimenti attraverso i quali il debitore ha svolto la propria attività od ove ha contratto vincoli giuridici di vario genere od ancora vi si trovino parte dei di lui beni od alcuni dei suoi creditori.

L'aspetto processuale del fallimento (e con questa espressione mi riferisco a tutte le procedure concorsuali liquidatorie contenziose, per usare la terminologia corrente, anche se da me non condivisa)³ non esaurisce tuttavia la rilevanza del fenomeno nei rapporti internazionali dato che, in genere, al fallimento è tradizionalmente (e non sarebbe possibile altrimenti, in pratica) legato anche il compito di ricostruire il

² V. riportata in *Dir. fall.*, 1951, I, 275 s.

³ V. quanto ho avuto modo di osservare in "Il processo di fallimento nel quadro della tutela giurisdizionale dei dir.", in *Studi in onore di Jemolo*, II, p. 470 s.

patrimonio del debitore insolvente (e con questa espressione non intendo aderire ad una piuttosto che ad altra concezione dell'insolvenza, limitandomi qui, a sottolineare che, nelle ipotesi ora considerate, si consideri il non pagamento e l'impossibilità a pagare del debitore sottoposto alla misura concorsuale, secondo i vari ordinamenti positivi), così da riportare nell'ambito di esso quei beni (mobili, immobili e crediti) che ne siano usciti, in un certo periodo di tempo, anche se precedente alla dichiarazione del fallimento. Ne consegue che, in questo modo, attraverso la procedura fallimentare possono anche essere annullati atti giuridici sostanziali, posti in essere in paese diverso da quello in cui il debitore svolgeva la sua principale attività. Così pure nel concorso dei creditori vengono in considerazione i vari privilegi che possono assistere, secondo le differenti leggi nazionali, i diritti di credito; e così via. Tutti questi aspetti sostanziali — non sempre sufficientemente considerati nei progetti di convenzioni internazionali in materia —⁴ sono strettamente legati allo svolgimento del processo, rendendo particolarmente complessi i vincoli che si costituiscono, in occasione della dichiarazione del fallimento in paese quando esso sia destinato a produrre effetti anche in altri paesi, perchè in questi ultimi esistono o beni del debitore, o creditori di esso od ancora debitori del fallito.

L'universalità del fallimento trova infatti limiti difficilmente superabili, nella concezione della sovranità dei singoli stati, eppertanto nella limitazione territoriale della efficacia della pronuncia dichiarativa, con tutte le conseguenze che ne derivano. Questo porta altresì a non lievi intralci all'esercizio delle funzioni degli organi fallimentari, quando questi debbano esplicarle al di fuori del territorio del paese, in cui il giudice ha dichiarato il fallimento. Ed infine vi è la possibilità che un debitore possa essere sottoposto a fallimento in due o più paesi differenti, nei quali le relative procedure abbiano poi uno svolgimento autonomo ed indipendente. Tutte situazioni le quali sono in contrasto con l'universalità del fallimento e che costituiscono conseguenze necessarie di una concezione strettamente territoriale del fallimento stesso, considerato quale manifestazione del potere giurisdizionale e quindi come aspetto della sovranità dei singoli stati. L'universalità del fallimento si prospetta perciò quale un auspicabile punto d'avvio di una evoluzione, nei rapporti tra i diritti dei diversi Stati, della quale per ora non è dato rilevare che segni assai modesti.

2. Non sono mancati tuttavia sforzi (che risalgono alla fine del secolo scorso), nel senso di giungere alla elaborazione di un diritto convenzionale in materia di fallimento. Il Progetto elaborato nel 1904 dalla quarta Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato non ha avuto alcun seguito e la quinta Conferenza dell'Aja del 1925 ha elaborato un progetto di trattamento bilaterale (in seguito alle proposte del governo olandese) che, a quanto pare, ha dato l'avvio ad una Convenzione tra il Belgio e

⁴ Si veda la stessa convenzione dell'Aja del 1925 e, ad es., il progetto privato del Massin, ricordato alla nota resp.

l'Olanda del 28 marzo 1925. Vanno pure ricordate le convenzioni tra i Paesi del Benelux del 1951 (non ancora ratificato), quelle tra la Francia e l'Italia del 1930, tra la Francia e Monaco del 1935, tra Francia e Svizzera del 1869, tra Francia e Belgio del 1899, tra l'Italia e la Jugoslavia del 1924, tra Danimarca, Svezia, Norvegia, Finlandia e Islanda del 1933.⁵

Nelle predette convenzioni, gli Stati contraenti hanno cercato, in varia misura e con differenti sistemi, di attenuare o di escludere almeno taluno degli inconvenienti, derivanti dalle prevalenti concezioni territoriali del fallimento. Mancano tuttavia dati completi circa i risultati raggiunti mediante tali convenzioni. Ma è dubitabile che esse siano riuscite pienamente al conseguimento di quegli scopi che sono raggiungibili solo attraverso una più radicale armonizzazione tra le varie legislazioni, se non addirittura ad una unificazione delle varie leggi nazionali, in materia di fallimento. Quest'ultima soluzione peraltro presenta delle difficoltà ben maggiori di ogni altra, anche perchè importerebbe modificazioni, talora sensibili, di numerose altre norme delle singole legislazioni nazionali, talchè sembra più agevole prospettare la possibilità di elaborare lo schema di una convenzione internazionale plurilaterale, attraverso la quale venga assicurata in adeguata misura l'universalità del fallimento e la *par condicio* dei creditori, evitando contrasti tra le legislazioni delle varie parti contraenti. A questo fine, non è certo sufficiente prevedere la più o meno automatica efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, anche negli altri Paesi contraenti, nè la possibilità che gli organi fallimentari di un Paese compiano atti giuridicamente efficaci nell'altro, ma occorre formulare talune regole che risolvano eventuali conflitti, in modo di assicurare la migliore difesa per i creditori, nell'ambito dei singoli ordinamenti. È appunto il contemperamento tra queste differenti e in parte contrastanti esigenze, informate rispettivamente ai principi dell'universalità e della territorialità, che dovrebbe costituire il fine di una futura convenzione plurilaterale.

L'attuazione della universalità del fallimento invero rappresenta una auspicabile-realizzazione di solidarietà tra gli Stati e un sicuro progresso nella realizzazione della unità della comunità economica europea.⁶ Ma

⁵ Sulla storia dei lavori internazionali per giungere ad una convenzione tra Stati, in materia di fallimento v. l'interessante esposizione del Giannini (Amebeo), "Sulla ripresa del progetto di convenzione internazionale sul fallimento", in *Dir. fall.*, 1953, I, 81; Per un recente progetto di convenzione elaborato dal Massin: v. in *Dir. fall.*, 1961, I, 331 e la relazione pubblicata in *Annuario dir. comp. e studi legislativi*, XXXIV (1960), 36. V. pure Provinciali, *Manuale dir. fall.*, 1952, II, p. 1471 s.: Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, s.d. (ma 1961), III, p. 1766 s.

⁶ Houin, *op. e loc. cit.*, *supra*, nota 1, rileva che tre idee fondamentali dovrebbero stare alla base di una convenzione in materia di fallimento, tra i paesi del M.E.C.: l'universalità della procedura, la fiducia reciproca tra i vari paesi partecipanti e la tutela dei creditori stranieri con adeguate misure di pubblicità. Sul significato dell'universalità del fallimento v. le considerazioni generali del Giuliano, *Il fallimento nle diritto priv. int.*, 1943, p. 78 s.: Provinciali, *op. cit.*, *supra*, nota 5, II, p. 1436, 1440.

fino a che le singole legislazioni statuali manterranno la loro disciplina particolare, occorrerà farsi carico delle legittime aspettative di soggetti, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti.⁷ A questo proposito, come si è detto, il compito si presenta piuttosto delicato e per assolverlo sembra preferibile evitare di prendere come punto di partenza un principio rigidamente formulato, in applicazione dei c.d. principi dell'universalità e della territorialità, potendosi attuare un sistema misto, seppure in prevalenza ispirato al primo. Si vedrà nei nn. che seguono i limiti in cui appare conveniente ed opportuno attuare una rigorosa unità della procedura fallimentare per dare posto, se del caso, alla concorrente applicazione di altri principi, quali la *lex rei sitae*, la *lex loci contractus* o la legge del «domicilio» secondario, la cui rilevanza eventuale procurerò di chiarire ogni qualvolta, nel corso della trattazione, essi verranno o potranno essere presi in considerazione.

Ne consegue che non ritengo sia il caso di illustrare qui altri sistemi, pure essi misti, nei quali la concorrenza fra i differenti criteri è attuata praticamente attraverso la dichiarazione di un fallimento principale e la dichiarazione di fallimenti secondari, dipendenti e subordinati al primo, con la formazione di masse separate, seppur tra di esse coordinate. Su questo argomento ritornerò fra breve, più oltre (al numero 12), ma direi, in linea generale, che la previsione di una pluralità di procedure concorsuali coordinate e ciascuna retta da una propria *lex fori*, potrebbe dare luogo a difficoltà probabilmente maggiori dei vantaggi che si può aspettarsi dall'attuazione di un siffatto sistema policentrico. Caso mai, come si vedrà, si potrebbe pensare a dei processi o meglio a delle fasi particolari e strumentali, dipendenti dalla procedura principale e tali perciò da non togliere la funzione fondamentale e pilota al primo fallimento.⁸ Il quale deve pertanto conservare la sua netta preminenza, se si vuole attuare, come è nei voti, un processo veramente unico ed universale, nell'ambito di un sia pure ristretto numero di stati, uniti da altri e più forti legami giuridici, economici e politici. Del resto ad un miglior coordinamento tra processo svolgentesi davanti al giudice che lo ha dichiarato e fasi singole, svolgentisi davanti a giudici di altri paesi della C.E.E., può servire anche l'istituzione di un curatore coadiutore il quale peraltro ripeterebbe la sua nomina dal potere del giudice del fallimento e non già da altro giudice di diverso paese, anche se la nomina di quest'ultimo sia considerata necessaria per investire un determinato soggetto delle funzioni specifiche e delimitate nel provvedimento giudiziale.

⁷ In proposito, va ricordata l'importante modifica apportata, nel 1962, al *Bankruptcy Act* statunitense, nel senso di dare al giudice il potere di dichiarare oppur no il fallimento «sotto il profilo della convenienza dei creditori locali e sulla base delle circostanze che (il giudice) reputa significative, se il fallimento è stato dichiarato da un giudice competente, al di fuori dagli Stati Uniti». V. al riguardo Nadelmann, *La legge fall. americana e i fallimenti contemporanei all'interno e all'estero*, in *Dir fall.*, 1962, I, 279.

⁸ V. su non recenti proposte del genere Giannini, *op. cit.*, *supra*, nota 5, 86 s. e nota 16.

Mi sono volontariamente astenuto qui di prendere posizione sulla natura della sentenza dichiarativa di fallimento e su tutte le varie attività consequenziali e connesse, compiute da giudice, curatore e coadiutori eventuali. Come è noto, una parte della dottrina, ha ritenuto di poter fissare dei limiti, nei rapporti internazionali, in tema di fallimento, tenendo conto della natura giuridica di questo o di quell'atto del processo.⁹ Ma è stato già avvertito molto autorevolmente¹⁰ che anche sotto un profilo dommatico questo metodo di affrontare il problema non è soddisfacente e non è pertanto idoneo a condurre a risultati soddisfacenti. È per questo che sono partito, nell'esame delle diverse procedure fallimentari, da una considerazione eminentemente empirica e di fatto dei vari stadi in cui le procedure stesse si articolano in concreto, ricercando di caso in caso quale sia il criterio più adatto ad assicurare il massimo di unità del processo con il miglior rispetto possibile per determinate situazioni, per così dire, quesite che hanno particolare rilievo anche per i riflessi di diritto sostanziale. Ed è appunto questo lato del problema che presenta, come si vedrà nei numeri seg., le maggiori difficoltà non solo, e direi non tanto, per il dommatico quanto per chi dalla piena conoscenza dei problemi pratici intenda assurgere alla formulazione di talune regole generali, idonee a fornire al futuro legislatore sopralazionale dei principi validi a disciplinare gli aspetti concreti del processo di fallimento.

3. La prima difficoltà che si incontra, nel tracciare le linee generali di una convenzione, consiste nella determinazione dei soggetti che possono essere sottoposti al fallimento. Come è noto, infatti, non in tutti i paesi della Comunità il fallimento è esteso a tutti i debitori, ma è ristretto ai debitori commercianti. E in qualche paese (come in Italia), anzi, esso è riservato ai commercianti di date dimensioni, perchè ne sono esclusi i commercianti più piccoli (e il criterio discretivo è fissato con riferimento al reddito accertato per l'imposta di ricchezza mobile). Mentre per le imprese commerciali di più ampie dimensioni — come per le industrie appartenenti all'Istituto di Ricostruzione Industriale (I.R.I.), di natura pubblica, o per talune imprese commerciali (assicurazioni, banche) o per la società cooperative — è prevista una liquidazione coatta amministrativa, deferita appunto ad organi dell'amministrazione statale, sia pure sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

Ritengo pertanto che una eventuale convenzione dovrebbe riguardare — nello stato attuale delle leggi dei vari paesi — il fallimento del debitore commerciante al quale deve essere applicabile la misura del fallimento sempre che egli vi possa essere sottoposto, secondo la legge dello stato, in cui il fallimento stesso è dichiarato, anche se a questa procedura egli non sarebbe sottoponibile in uno degli altri State ove il debitore medesimo abbia uno stabilimento o esistano dei beni. A questo punto si

⁹ V. in questo senso Giuliano, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 168 s.

¹⁰ Così v., sul piano del diritto positivo italiano, Morelli, *Diritto processuale civ. internazionale*, 1954, p. 145, s.

presentano due soluzioni alternative: o ritenere estensibile l'efficacia del fallimento anche negli altri paesi contraenti, benchè in essi (o in taluni di essi) quel debitore non sia considerato commerciante oppure, se tale, non sottoposto al fallimento; oppure escludere dalla convenzione la possibilità che il fallimento dichiarato in uno degli stati contraenti abbia efficacia negli altri paesi solo se anche in questi (o in taluno di questi) lo stesso debitore sia considerato commerciante o quanto meno assoggettabile al fallimento.

È evidente che la prima delle soluzioni avanzate, se porta ad una più intensa applicazione del principio della universalità, determina altresì delle modificazioni dei singoli ordinamenti nazionali, in quanto sottopone al fallimento del soggetti che non lo sarebbero secondo la legge nazionale.¹¹

La seconda soluzione, più empirica, rende peraltro maggiormente accettabile un accordo internazionale che si proponga di dirimere le questioni più gravi in materia fallimentare, nel campo internazionale, senza incidere profondamente nei vari ordinamenti degli stati contraenti. Dovrebbe inoltre essere accolto il principio, secondo il quale il debitore può essere dichiarato fallito in uno dei paesi contraenti, sempre che ivi sia il giudice competente (a mente del criterio studiato al numero 5), anche se il debitore stesso non abbia la nazionalità del paese, ma quella di un altro paese della C.E.E. È ancora da chiedersi se un'eventuale convenzione debba altresì considerare le ipotesi in cui il debitore non abbia la nazionalità di uno dei sei paesi, ma in uno di questi ultimi esista, nei suoi confronti, uno dei criteri di giurisdizione, e di cui al numero 5. Si potrebbe forse ritenere applicabile la convenzione almeno quando il debitore (di un paese diverso dai sei paesi comunitari) abbia in uno dei paesi della C.E.E. la propria sede sociale od il proprio stabilimento principale.¹²

4. Occorre ora affrontare il problema principale, la cui soluzione è destinata a costituire, a mio parere, il pilastro su cui dovrebbe poggiare una futura convenzione, destinata a superarse —tra i paesi comunitari— talune delle più importanti difficoltà che si presentano nei rapporti internazionali. A questo fine occorre domandarsi se sia opportuno rimettersi ai criteri di competenza per la dichiarazione del fallimento, enunciati nei vari ordinamenti statuali e limitarsi perciò a dettare una regola che disciplini la prevenzione e cioè la precedenza dell'un processo di fallimento rispetto agli altri seguenti, oppure formulare una disposizione che enunci una regola di competenza che si sovrapponga eventualmente a quelle contenute nelle singole legislazioni degli stati contraenti.

Esiste inoltre una terza alternativa, consistente nel considerare la dichiarazione di fallimento, pronunciata dal giudice di uno dei paesi contraenti, quale valido motivo per un'autonoma dichiarazione di fallimento da parte di giudici di altro paese contraense. Le due procedure fallimentari dovrebbero poi venire considerate fuse od unite fra di loro, eventual-

¹¹ È la soluzione preferita dal Houin, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 346.

¹² V. pure Houin, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 346.

mente nominando un unico curatore, che potrebbe anche essere quello del primo fallimento.

A mio avviso, il primo criterio sembra il più facile da realizzare, ma esso lascia sussistere troppi e gravi problemi che invece debbono essere affrontati e risolti con l'adozione del secondo criterio il quale è il più idoneo per disciplinare una organica normativa della materia. L'ultimo dei criteri enunciati rappresenta un cauto approccio alla soluzione del problema che si debbono affrontare, ma è lungi dal dare una soddisfacente e completa soluzione degli stessi, quale troppo timido tentativo di superamento della più rigida impostazione della territorialità con l'accoglimento, invero limitato, del principio dell'università.

Un esame approfondito di questi criteri induce dunque a dare la preferenza al secondodi essi,¹³ come quello che è più adatto a superare concretamente una concezione eminentemente territoriale del fallimento, in quanto stabilisce delle autonome regole di competenza, senza, peraltro portare più gravi modificazioni nelle singole legislazioni nazionali sia per quanto concerne i soggetti sottoposti al fallimento (v. numero preced.) sia per taluni aspetti dell'efficacia del fallimento, nei riguardi di dati atti giuridici, compiuti nel territorio di un singolo stato (v. numeri 9, 10).

5. Non è qui il caso di riaprire la discussione sui criteri obiettivi che debbono essere assunti per determinare le regole della competenza giurisdizione in tema di fallimento. Come è noto, in materia si sogliono prospettare concezioni, per l'esegesi dell'ordinamento positivo, che prendono in considerazione il fatto dell'esistenza di beni dei debitori nel territorio dello stato e concezioni che invece ricercano l'elemento discriminatore della competenza nella presenza del debitore nel paese, il cui giudice è investito del fallimento,¹⁴ salvo poi meglio specificare in che si concreta tale presenza, specie quando si tratti di un debitore che esercita un'attività commerciale. Nella prospettazione di un regime convenzionale in materia, mi sembra però che la piena coscienza delle difficoltà cui la soluzione del problema dà luogo nell'interno di ogni singolo ordinamento nazionale, debba portare alla ricerca del criterio pratico più conveniente per addiventare ad una determinazione il più possibile semplice del giudice «competente», non senza dimenticare che, in ogni caso, non si può escludere «a priori» la eventualità di un conflitto positivo o negativo di giurisdizione tra giudici, appartenenti a diversi paesi.

A me sembra che il criterio di competenza, da porre a base di una convenzione tra i paesi della C.E.E. (di paesi cioè che appartengono ad una certa tradizione giuridica, potremmo dire, romano-comune, pur con le inevitabili e spesso profonde differenze tra i rispettivi ordinamenti positivi) potrebbe essere quello che fa riferimento: a) al domicilio del debitore; se si tratta di una persona giuridica o in particolare di una società,

¹³ Si veda anche Houin, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 346.

¹⁴ In proposito v. Azzolina, *op. cit.*, *supra*, nota 5, III, p. 1768 s. e AA, ivi ricordati.

alla sede sociale o al luogo in cui essa svolge la sua prevalente attività; b) al luogo in cui il debitore (sia esso persona singola o giuridica da quest'ultimo equiparata) ha la sua sede principale, ivi svolgendo la sua attività attraverso stabilimenti commerciali o industriali; c) ad entrambe le predette circostanze, nel qual caso si potrebbe dare la precedenza al criterio *sub b)* e applicare quello del domicilio o della sede sociale solo quando il primo non abbia rilevanza, secondo la legge del luogo in cui il fallimento è dichiarato. Il concetto di domicilio e di sede sociale, nonché di stabilimento dovrebbero essere determinati secondo quest'ultima legge.

In questo modo, non verrebbero dettate delle nuove norme sulla competenza, ma si utilizzerebbero le norme interne alle quali, in base alla convenzione, si darebbe rilevanza nei confronti degli altri stati contraenti, considerando efficace il fallimento, dichiarato in uno degli stati stessi, anche nel territorio degli altri stati contraenti. Ne conseguirebbe pertanto la caducazione di norme come quelle contenute nell'art. 9 l. fall, it, e nel § 238 K. O. germanica. Nell'interno del singolo ordinamento, varrebbero le varie norme di competenza —per materia e funzionali—, secondo le regole ordinarie.

Non si deve infine dimenticare che gli organi della C.E.E. stanno studiando anche la possibilità di dare una disciplina unitaria alla impresa commerciale comunitaria e, in relazione alla stessa, di prevedere altresì un fallimento unitario dell'impresa stessa. In questa maniera la disciplina processuale convenzionale seguirebbe una profonda innovazione, rispetto al diritto sostanziale dei singoli paesi della Comunità, in quanto introdurrebbe un istituto nuovo, con regolamentazione almeno in parte autonoma, rispetto a quella già esistente nelle diverse legislazioni nazionali. Non è possibile peraltro, in questa sede, seguire siffatta linea nel suggerire la redazione di una convenzione in materia fallimentare, oppure se si ritenesse di indirizzare gli studi in tale direzione, occorrerebbe prima affrontare *funditus* e risolvere i problemi attinenti all'identificazione ed alla disciplina di una impresa commerciale comunitaria. Solo allora potrà essere studiata in concreto la miglior disciplina per il fallimento di questa impresa. È evidente che molti dei problemi che qui di seguito saranno affrontati, potranno essere risolti con maggiore semplicità. Non si può infine escludere l'opportunità che siano svolte entrambe le iniziative e precisamente una convenzione quale quella auspicata e la creazione di una disciplina nuova dell'impresa comunitaria anche in materia fallimentare.

6. Deve essere ora prospettato un ulteriore problema generale di ordine pregiudiziale per fissare le linee di una eventuale convenzione. È opportuno riconoscere senz'altro alla sentenza dichiarativa di fallimento, emessa dal giudice «competente» (ai sensi del n. preced.), efficacia piena negli altri stati contraenti oppure conviene subordinarne la rilevanza alla concessione di un *exequatur*, da emettersi dai giudici di ciascuno degli stati nei quali la sentenza stessa deve produrre i propri effetti?

Al fine di assicurare il massimo di intensità alla univèrslità del fallimento e quindi alla sentenza che lo dichiara deve propendersi per la soluzione dell'estensione «automatica» degli effetti della sentenza dichiarativa, ma non è da nascondersi che una siffatta proposta potrà incontrare non lievi opposizioni di parte di taluni stati,¹⁵ talchè occorre prospettarsi l'eventualità di entrambe le soluzioni. La prima è ovviamente più semplice e potrà poi essere delimitata, in relazione alla determinazione degli effetti e dell'ambito di essi rispetto ai singoli ordinamenti nazionali.

È superfluo aggiungere che il debitore fallito, i creditori od anche il curatore di altro fallimento del medesimo debitore, dovrebbero poter avere il diritto di opporsi alla sentenza dichiarativa, paralizzandone, se del caso uno o più effetti giuridici. In tal modo si conseguirebbe il fine di assicurare il rispetto dei diritti della difesa, senza sacrificare l'efficienza della sentenza dichiarativa. Salvo poi dover affrontare l'ulteriore problema, relativo alla determinazione del giudice competente a conoscere dell'opposizione: se il giudice che ha dichiarato il fallimento oppure quello del paese in cui la sentenza dovrebbe esplicare taluni effetti (al di fuori quindi del paese, il cui giudice ha pronunciato la dichiarazione) od ancora una corte supranazionale.

La più tradizionale soluzione dell'*exequatur* invece prospetta molti problemi, poichè deve vedersi si convenga richiedere le stesse condizioni, relative alle altre sentenze oppure si debbano porre condizioni più restrittive o più late. A mio parere, non dovrebbe rendersi più difficile la concessione dell'*exequatur*, pur tenendosi conto dei particolari effetti della sentenza dichiarativa di fallimento. Così l'*exequatur* dovrebbe essere concesso quando sia accertato: a) la competenza del tribunale che ha dichiarato il fallimento; b) l'esecutorietà della sentenza nel paese in cui essa è stata pronunciata; c) la inesistenza di essa di disposizioni contrarie all'ordine pubblico; d) che il debitore è stato citato, anche se è rimasto contumace, qualora la citazione sia richiesta dalla legge del paese in cui il fallimento è stato dichiarato. Il giudice dovrà accertare d'ufficio l'esistenza dei predetti requisiti, il cui ambito non dovrebbe comunque essere troppo allargato per attuare, se possibile, nella maggior misura l'estensibilità dell'efficacia del fallimento.

È da chiedersi ancora se l'*exequatur* vada richiesto affinché la sentenza dichiarativa produca, in un altro stato, tutti gli effetti che essa è capace di produrre, oppure taluni di essi e precisamente quali.¹⁶

È infatti ipotizzabile altresì un sistema misto, nel quale si riconosca senz'altro al curatore ed agli altri organi fallimentari il potere di agire per individuare, conservare ed amministrare i beni del fallito ed eventualmente ricuperare i beni stessi, senza bisogno di *exequatur*, mentre quest'ultimo provvedimento potrebbe essere considerato necessario solo per

¹⁵ È quanto ritiene anche l'Houin, *op. cit., supra*, nota 1, p. 347.

¹⁶ È un problema che giustamente l'Houin, *op. e loc. cit., supra*, nota 1, ha posto nella dovuta evidenza.

proceder ad attività esecutive, quali la vendita dei beni e la distribuzione del ricavato. Questa distinzione (pur accolta in qualche convenzione bilaterale) presenta peraltro l'inconveniente di adottare un criterio di distinzione tra i vari effetti che promanano dalla sentenza dichiarativa e tra le varie attività che ne conseguono, molto difficile da applicare rispetto al processo di fallimento. Sarebbe forse preferibile, qualora si intenda distinguere tra le diverse categorie di attività, conseguente alla dichiarazione di fallimento, rispetto all'esigenza di ottenere l'*exequatur* della sentenza, indicare gli atti che gli organi fallimentari possono senz'altro compiere nell'altro stato, senza necessità di *exequatur*; ad es., individuazione dei beni del debitore e l'intervento degli stessi, conservazione ed amministrazione di essi.¹⁷ Per tutti questi atti il curatore potrà avere la assistenza giudiziaria necessaria dagli organi giurisdizionali del paese in cui essi atti debbono essere compiuti.

Per il compimento di atti di consumazione, reperimento e liquidazione dei beni del debitore sembra opportuno prevedere anche la nomina, nel paese ove esistano i beni del debitore o debbano essere svolte azioni dei di lui beni o di contestazione di atti, compiuti dal debitore, relativi ai beni stessi, di un curatore-coadiutore¹⁸ le cui funzioni e le cui responsabilità dovrebbero trovare una disciplina essenziale nella convenzione.

7. Perchè la circostanza dell'avvenuto fallimento sia portata a conoscenza di tutti gli interessati, nei vari paesi in cui il fallimento è destinato a produrre i suoi effetti, è altresì conveniente prevedere una efficiente pubblicità del fallimento stesso. A questo fine, non è sufficiente che la sentenza dichiarativa sia stata resa pubblica secondo le modalità prescritte dalla legge dello stato in cui il fallimento è stato dichiarato (tanto più che esse molto spesso non sono neppure sufficienti a dare pubblicità nell'interno dello Stato stesso), ma anche nei vari paesi in cui il debitore ha delle dipendenze a dove il curatore intende invocare gli effetti del fallimento medesimo.

A questo fine o si potrà prescrivere che la pubblicità, in questi altri paesi, deve essere retta interamente della legge del singolo stato in cui essa dovrà essere effettuata, anche per quanto concerne le conseguenze, derivanti dalla mancata osservanza delle norme relative, oppure potrà essere articolata un'autonoma forma di pubblicità, più efficiente eventualmente di quella ordinaria: così, ad es., si potrebbe pensare alla pubblicazione obbligatoria di un avviso nella «Gazzetta Ufficiale» o nel «Journal officiel» che sia, o comunque nel «giornale ufficiale» là dove esiste, subordinando l'estrinsecazione degli effetti del fallimento in quel paese all'osservanza della prescritta pubblicità. Si teme, altrimenti, che il

¹⁷ L'Houin, *op. cit.*, *supra*, nota I, p. 347, subordinerebbe anche la vendita forzata dei beni all'*exequatur*, nonchè le varie misure, relative alla persona del debitore (arresto) e le eventuali azioni penali.

¹⁸ Cimino, *op. cit.*, *supra*, nota I, p. 228.

fallimento, pronunciato all'estero, possa produrre in altri paesi effetti senza che gli interessati — e, in particolare i creditori — ne vengano a conoscenza tempestiva.

Oltre alla forma obbligatoria di pubblicità potrebbero essere considerate anche forme facoltative, come pubblicazioni di avvisi in giornali quotidiani e in particolare in giornali tecnico commerciali, esistenti in quasi tutti i paesi.

Accanto ed oltre la pubblicità interna in ciascuno degli Stati, sarebbe infine opportuno prevedere e regolare una pubblicità internazionale, imperniata sulla pubblicazione di un apposito avviso in un giornale ufficiale comunitario.¹⁹ Dalla data di pubblicazione del fallimento in quest'ultimo dovrebbero decorrere, per i creditori, i termini impugnare eventuali provvedimenti del fallimento stesso. La pubblicazione poi dovrebbe costituire il momento, a partire dal quale i creditori o i terzi che hanno avuto rapporti con il debitore fallito non dovrebbero essere più considerati in buona fede, agli effetti di eventuali impugnative di atti giuridici, posti in essere con il fallito medesimo (numeri 10, 12).

8. Si deve prospettare l'eventualità che il fallimento sia dichiarato dal giudice di uno degli Stati contraenti, non competente in base al criterio prescelto dalla convenzione. Quest'ultima non viene, in questo caso, in considerazione, sicchè il giudice competente di altro Stato contraente dovrebbe poter dichiarare il fallimento, in un momento successivo, con tutti gli effetti espansivi, previsti dalla convenzione stessa.

Questa rigorosa applicazione del diritto convenzionale può tuttavia presentare degli inconvenienti pratici non indifferenti. Un'attenuazione del sistema proposto potrebbe forse trovarsi nello stabilire una norma, secondo la quale il fallimento può essere dichiarato dal giudice competente, uno a che non sia divenuta definitiva altra sentenza dichiarativa, pronunciata da giudice di altro Stato contraente, non competente in base al criterio convenzionale.

Bisogna chiedersi se in tali casi convenga dare la precedenza alla sentenza emessa dal giudice competente, anche se successiva, oppure ammettere la prevalenza della prima pronuncia²⁰ che non sarebbe peraltro idonea a esplicar gli effetti extraterritoriali, disciplinati dalla convenzione perchè emessa da giudice incompetente in base a quest'ultima. Si potrebbe altresì considerare la possibilità di un sistema misto, nel quale si utilizzasse l'attività già esplicata dal giudice incompetente facendo poi trasmigrare il processo davanti al giudice competente. È un criterio — come è noto — che è stato utilizzato con successo, nell'interno dell'ordinamento positivo italiano.

Superfluo appare sottolineare che la pronuncia della sentenza dichiarativa, da parte del giudice convenzionalmente competente, toglie a cias-

¹⁹ In questo senso v. Houin, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 347.

²⁰ Così Houin, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 346, il quale ricorda i precedenti della convenzione dell'Aia del 1925 e franco-monegasca del 1950.

cuno degli altri giudice nazionali ogni titolo di giurisdizione in materia. La convenzione non dovrebbe trovare invece applicazione quando il fallimento sia dichiarato dal giudice di uno stato che non sia stato parte contraente.

Malgrado queste regole, non si può escludere che sorgano dei conflitti di giurisdizione, positivi o negativi, nel qual caso si è auspicato la creazione di organi regolatori sopranazionali²¹ o quanto meno l'estensione della giurisdizione della Corte delle comunità anche in siffatta materia,²² soluzione più economica, ma che forse attribuisce a quel supremo organo giurisdizionale una funzione che non so se sia la più idonea ad essere esercitata da quel massimo concesso.

9. Il capitolo degli effetti della sentenza dichiarativa costituisce uno degli aspetti più delicati del problema del fallimento nei rapporti internazionali, dato che la stretta applicazione del criterio dell'universalità può portare a talune categorie dei creditori nazionali pregiudizi non lievi e che debbono essere evitati, nei limiti del possibile, coordinando l'universalità del fallimento con la territorialità di taluni effetti di esso, in relazione all'esistenza, in certi paesi (diversi da quelli in cui è stato dichiarato il fallimento) di dati beni del fallito o di dati creditori, muniti di diritti di prelazione.

Pare difficile, tenuto conto dell'esigenza ora considerata, dare una sintetica direttiva in materia, tale da poter essere posta alla base di qualsivoglia norma. Non è perciò possibile che un'avventuale disposizione di convenzione si limiti a disporre che *tutti* gli effetti, derivanti dalla sentenza dichiarativa, sono regolati dalla legge dello stato in cui la pronuncia è stata emessa, come pur potrebbe essere logico, applicando sino alle estreme conseguenze il principio dell'universalità, come è avvenuto in qualche caso di regolamento internazionale della materia (es, convenzione tra gli Stati scandinavi).²³

Sembra opportuno (ad es.) escludere dal fallimento quei beni del debitore che si trovino nel territorio di uno stato contraente e che non siano, nel territorio stesso, sottoponibili a qualsivoglia procedura od a quella fallimentare, anche se essi sarebbero acquisibili al fallimento nel paese in cui questo è stato dichiarato. Così pure occorrerà considerare la possibilità di riconoscere a taluni creditori (come lo Stato per le imposte, gli istituti di credito fondiario...) il potere di continuare l'esecuzione forzata individuale iniziata su taluni beni del debitore, esistenti in uno Stato, malgrado sia stato dichiarato il fallimento del debitore stesso da parte di

²¹ Così il Cimino, *op. cit., supra*, nota 1, p. 226, che suggerisce la creazione di un tribunale fallimentare comunitario, composto da giudici designati da ciascuno degli Stati partecipanti. Non si comprende però se tale organo dovrebbe essere un vero e proprio organo sopranazionale, dato che il C. ritiene che esso sarebbe composto «anche» da giudici italiani, mentre egli considera tale tribunale come «comunitario». Sull'argomento v. anche Massin, *op. cit., supra*, nota 5, p. 36.

²² Così Houin, *op. cit., supra*, nota 1, p. 346.

²³ V. lo stesso problema in Houin, *op. cit., supra*, nota 1, p. 348.

giudice di altro Stato, in cui invece non sia riconosciuto a quel creditore un trattamento privilegiato del genere (numero 11). La sterna regola dovrebbe valere anche rispetto ai poteri conferiti da taluni diritti nazionali ai creditori assistiti da pegno o da ipoteca, quando ad essi sia riconosciuta la facoltà di relazionare le loro garanzie reali al di fuori del fallimento.

Altro punto che merita attenta considerazione, è quello relativo all'estensione della procedura fallimentare ai beni futuri del debitore, dato che in taluni Stati (es. Germania) il fallimento coinvolge solo i beni attuali del debitore medesimo. Occorre perciò stabilire se nella formazione della massa attiva sia applicabile sempre ed in ogni caso la legge del luogo in cui il fallimento è stato dichiarato, oppure se sia conveniente riservare l'applicabilità della legge del luogo in cui i beni si trovano, per quanto attiene la sottoponibilità al fallimento dei beni futuri.

Salve le questioni dianzi accennate (e la cui soluzione può portare a norme convenzionali che si allontanano dal principio che si ritiene di dover proporre all'attenzione dello studioso, come regolatore in generale della materia in esame), sembra che tutti gli effetti derivanti dalla sentenza di fallimento, per quanto concerne lo spossessamento del debitore e la formazione della massa passiva, debbano essere retti dalla legge del luogo in cui il fallimento è stato dichiarato. Così pure si dovrebbe disporre che gli effetti personali del fallimento, per quanto concernono i diritti e gli obblighi del fallimento durante la procedura, mentre le conseguenze penali dovrebbero essere lasciate ai vari diritti nazionali.

Di conseguenza, la legge del giudice che ha dichiarato il fallimento determinerà il momento dal quale esso produce i suoi effetti, salvo esaminare l'opportunità di derogare a tale regola, rispetto a talune categorie di atti, oppure di ricollegare tali effetti, rispetto ai creditori che hanno diritti di predazione sui beni del fallito, situati nel territorio di uno stato, diverso da quello in cui il fallimento è stato dichiarato, o rispetto a chi ha acquistato in buona fede diritti sui beni medesimi. Nei quali casi si potrebbe studiare l'eventualità di collegare gli effetti del fallimento al momento in cui questo è rese noto nello stato in cui i beni si trovano, mediante le forme di pubblicità interna e soprattutto internazionale della sentenza dichiarativa di fallimento, considerate al numero 7.

Qualora poi la trascrizione in pubblici registri sia costitutiva dell'efficacia di determinati atti oppure essa sia richiesta, al fine di rendere opponibili al fallimento dati atti, aventi per oggetto beni del debitore fallito, pure allora sarà necessario rifarsi alla legge del luogo in cui i beni si trovano: e ciò varrà non solo rispetto ai beni immobili, ma anche per le navi, gli aeromobili ed ogni altro bene mobile, soggetto a particolari forme di pubblicità, derivanti dall'iscrizione in pubblici registri.

10. Le considerazioni che precedono portano all'esame di uno dei problemi più importanti, dal punto di vista pratico, della disciplina internazionale del fallimento, specie quando si intenda coordinare il principio

della universalità con il rispetto delle legittime aspettative dei creditori e di coloro che hanno, acquistato diritti su beni del fallito, esistenti nel territorio di uno Stato, diverso da quello in cui il fallimento è stato dichiarato. Infatti l'applicazione rigorosa dei principi formulati nei numeri precedenti dovrebbe portare alla conseguenza che tutte le azioni che tendono a ricostruire il patrimonio del debitore mediante le azioni revocatorie dovrebbero essere rette dalla legge del Paese in cui il fallimento è stato dichiarato. E così appunto disorgano alcune convenzioni.

Al fine di attenuare il rigore di questa norma, potrebbe conferirsi a ciascuno degli stati contraenti il potere di far dichiarare, dai rispettivi giudici rispetto ai beni che si trovino nel territorio degli stati stessi, la non rilevanza dell'annullamento, dichiarato dal giudice competente per il fallimento, o della non opponibilità alla massa di atti giuridici aventi per oggetto i beni medesimi, quando la legge locale non avrebbe ammesso tale annullamento o tale non opponibilità. Potrebbe pure pensarsi al sistema di conferire una facoltà del predetto contenuto al giudice del luogo in cui i beni si trovano, riconoscendo ad esso un tal quale potere discrezionale in proposito (come è stato proposto nello schema di convenzione sul fallimento, approvato all'Aja).

La preoccupazione dell'armonizzazione degli interessi generali, dei creditori nella loro totalità e pubblico alla buona liquidazione dei debitori decotti, con gli interessi particolari dei singoli creditori, può portare tuttavia a prendere in considerazione anche altri criteri, in base ai quali disciplinare le nullità degli atti fatti «in frode» ai creditori o comunque impugnabili, se compiuti in un dato periodo prima della dichiarazione del fallimento.

A questo proposito, è bene avere presente, ad es., che la nozione di «periodo sospetto», adottata in Francia, mentre non corrisponde al sistema degli atti revocabili della legge fallimentare italiana, non è conosciuta del tutto nel diritto olandese od in quello tedesco. Si domanda allora quale debba essere la legge applicabile giacchè la legge del fallimento potrebbe portare a non lievi inconvenienti pratici, quando si pensi che in Francia, ad es., può essere fissata liberamente dal giudice la durata del periodo sospetto, talchè un creditore che ha stipulato un atto in Italia con il debitore, dichiarato poi fallito nel primo paese, potrebbe vedersi contestata la validità di un atto, la cui nullità egli non poteva affatto prevedere, al momento della conclusione dell'atto poi impugnato dal curatore od addirittura dichiarato nullo dalla *lex fori*, ove ad es., il debitore aveva il proprio stabilimento principale od il proprio domicilio, a seconda dei criteri già considerati sopra, al numero 5.

Per evitare questi gravi inconvenienti si potrebbe pensare anche di suggerire la scelta della legge del luogo ove il contratto è stato concluso, l'atto è stato compiuto²⁴ (sempre che sia quella di un paese della C.E.E.),

²⁴ V. questa soluzione accolta nelle convenzioni franco-italiana ed in quella dell'Aia. Quando l'atto impugnato riguarda la costituzione di una garanzia l'Houin, *Problèmes, cit.*, 348 preferisce la *lex rei sitae*, su cui *infra* nel testo, n. 11.

oppure la legge del paese, in cui si trovava lo stabilimento principale il giorno in cui l'operazione è stata effettuata. Se invece l'operazione è stata compiuta con una succursale (ad es., in Italia) dovrebbe essere la legge del paese in cui la succursale si trova (la legge italiana, ad es.).

Dovrebbe poi essere applicabile la legge del luogo in cui i beni si trovano, quando quest'ultima esclude l'annullamento o la revocabilità, nel fallimento, di dati atti, aventi per oggetti i beni stessi (ad es., compiuti in relazione ad operazioni di credito fondiario o di crediti speciali, come avviene in taluni paesi).

11. La legge dello Stato in cui fallimento è stato dichiarato deve dettare altresì la disciplina della insinuazione dei singoli crediti e l'accertamento degli stessi o ogni creditore, nazionale e straniero (di uno dei paesi contraenti) deve ricevere nel fallimento un trattamento paritario, sia pure con le limitazioni e le riserve di cui a numeri 8 e 9, specie in relazione al trattamento preferenziale riservato, in alcuni stati, a qualche creditore ed alla non sottoponibilità al fallimento stesso di alcuni beni. La regola, dunque, dovrebbe essere nel senso di favorire al massimo grado non solo la formazione di una massa passiva unitaria, ma anche di una massa attiva, assicurando nel modo migliore la concreta attuazione della *par condicio*, nel rispetto naturalmente delle situazioni sostanziali che rimangono pertanto regolate dalla legge che disciplina il diritto di credito, sia essa la legge comune dei contraenti o quella del luogo in cui l'atto tu fatto o altra determinabile secondo le norme del diritto internazionale privato.

Qualora i diritti medesimi siano assistiti da privilegi su beni mobili o su immobili determinati, il rango del credito e l'efficienza del privilegio possono essere determinati (in astratto) dalla legge del luogo in cui il fallimento è stato dichiarato o quella del luogo in cui si trovano i beni stessi al momento della dichiarazione del fallimento (od a quello della sua pubblicazione nel giornale della C.E.E.). Sarebbe opportuno anzi stabilire che gli spostamenti successivi dei mobili (o le loro immobilizzazione) non sono opponibili al fallimento. Quando invece si tratti di privilegi generali essi dovrebbero essere retti dalla legge del luogo in cui il fallimento è stato dichiarato, accettato per i privilegi del fisco che dovrebbero essere retti dalla legge del luogo in cui i beni si trovano, sempre che essi siano situati nel territorio dello stato i cui organi hanno effettuato l'imposizione od al quale appartiene l'ente impositore (se esso è diverso dallo stato).

Per i privilegi speciali sembra invece più conforme alle esigenze della doverosa tutela del credito, l'applicazione della *lex rei sitae*. Nel qual caso occorrerà prendere quale momento discriminatore per decidere della validità dell'atto costitutivo del diritto di prelazione, nei confronti dei creditori stranieri, quello della pubblicazione della sentenza dichiarativa nel giornale comunitario (numero 7), sempre che siano state rispettate le eventuali formalità previste nei singoli ordinamenti interessati per l'efficacia e l'opponibilità del privilegio nei confronti dei terzi.²⁵

²⁵ Houin, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 348 tende invece a riportare tutta la ma-

La ripartizione dell'attivo tra i creditori deve dunque essere retta, di regola (se si vuole assicurare l'unità alla procedura fallimentare che non sia solamente formale) dalle norme processuali che regolano il fallimento, secondo la *lex fori*. Ma la validità dei diritti di credito e dei privilegi nei confronti del fallito debbono essere disciplinati in modo più articolato, tenendo conte delle situazioni sostanziali dei diversi creditori. Nelle righe che precedono si è appunto cercato di individuare un criterio del genere il quale, non lo si nasconde, non è sempre di agevole realizzazione e può dar luogo in pratica ad un spezzettamento della procedura concorsuale che si assumerebbe invece come unitaria. È un inconveniente, peraltro difficilmente superabile, e che parzialmente potrebbe essere ovviato nella nomina di un coadiutore del curatore nominato dal tribunale fallimentare che ha dichiarato il fallimento nel paese ove debba procedersi alla speciale realizzazione di un diritto di prelazione sopra un determinato bene. Oppure il tribunale stesso potrebbe emettere un provvedimento in base al quale il giudice del luogo ove il bene si trova potrebbe legittimamente nominare un coadiutore con funzioni delegate, e ben determinate, rispetto a quelle fondamentali e generali spettanti al curatore.

Occorrerà poi stabilire che il concorso tra i vari crediti privilegiati, secondo le differenti leggi nazionali, deve avvenirsi ammettendo nello stesso grado crediti pur retti da leggi nazionali differenti, anche se essi avrebbero un diverso grado, secondo la legge che regge la procedura fallimentare e che disciplina perciò la fase di graduazione e di distribuzione dell'attivo.

L'altra soluzione, più semplice, ma tale da dar luogo in pratica a non lievi inconvenienti, dovrebbe consistere nella applicazione rigorosa del principio dell'universalità, con la conseguenza che la legge del luogo in cui il fallimento è stato dichiarato dovrebbe disciplinare anche tutte la materia della graduazione dei crediti, sovrapponendosi così alle singole discipline nazionali, un criterio più rigido ed obiettivo, tratto dalla *lex fori*. Tale criterio potrebbe peraltro portare a risultati non equi, frustrando troppo apertamente legittime aspettative di creditori o di terzi che hanno stipulato con il debitore, di poi fallito.

C'è ancora da chiedersi, in proposito (ma il discorso può essere allargato rispetto ad altri eventuali episodi che possono svolgersi al di fuori del paese della C.E.E. ove il fallimento è stato dichiarato, ma in dipendenza al fallimento medesimo) se non sia il caso di pensare, per avventura, ad un fallimento principale, dichiarato secondo quanto sopra si è accennato, cui potrebbero accedere delle masse secondarie, per la realizzazione, ad es., di un privilegio generale esistente su di un bene sito in altro paese,

tertia dei privilegi sotto l'impero della *lex rei sitae*. Per la legge del luogo in cui si ha la distribuzione del ricavato dell'esecuzione forzata, anche per quanto attiene la determinazione dei crediti privilegiati, come l'ordine dei privilegi, è l'art. 20 (non ratificato) del tratto Benelux. Legge perciò che può coincidere con la *lex rei sitae*, ma che non è sempre quest'ultima.

od in conseguenza dell'impugnazione di un atto non opponibile alla massa dei creditori od ancora in dipendenza ad un'azione di revindica di un bene del fallito, da parte del curatore (v. numero 12). Il rammentato sopra come si possa utilmente pensare alla istituzione di curatori sussidiari o sostituti del curatore principale. Da un punto di vista organizzativo, e senza venir meno ai criterio ispirati all'unità della procedura fallimentare, si potrebbe altresì pensare a masse secondarie, coordinate alla massa esistente nel paese ove è stato dichiarato il fallimento principale. Non subordinerei peraltro tali «masse» alla dichiarazione di un distinto provvedimento dichiarativo, ma la formazione di esse e comunque l'instaurazione di episodi processuali distinti, ma coordinati con la pendenza del fallimento principale, potrebbe forse servire a dare una maggiore elasticità alla procedura concorsuale, senza venir meno ai criteri che dovrebbero ispirare, a mio parere, una riforma del genere di quella qui auspicata, delineando brevemente i problemi più sensibili in tema di fallimento.

12. Nel corso dei fallimento, può essere necessario che il curatore (quello principale o quello ausiliare) intenda rivendicare alla massa dei diritti reali che si assume spettino al debitore, sia su beni mobili che su immobili. D'altro canto possono esservi dei oggetti che si affermano titolari di diritti sui beni del fallito e che rivendicano i beni dal fallimento. Anche rispetto a queste contestazioni occorre pensare all'adozione di una regola che faccia riferimento alla *lex rei sitae*, riconoscendo la competenza, relativamente alle controversie su quei diritti, al giudice del paese in cui trovasi il bene, qualora non si ritenga opportuno estendere (forse in modo eccessivo) il principio di attrazione della competenza del giudice fallimentare fino a comprendere anche quei giudizi. Al numero 9, si è visto come debbono essere affrontati i non lievi problemi, concernenti l'opponibilità al fallimento di atti di disposizione di beni, rispetto ai quali siano previste iscrizioni o trascrizioni in pubblici registri. Una pubblicità internazionale del fallimento (numero 7) faciliterà la fissazione del momento a partire dal quale il terzo contraente non possa più essere considerato in buona fede.

Qualche ulteriore considerazione meritano quei beni che sono costituiti da crediti. In questi casi, può essere necessario localizzare i crediti, al fine di determinare la legge applicabile ad essi, rispetto alla procedura di fallimento. A questo fine, si può dichiarare che ogni credito, spettante al fallito, sia reputato situato nello stato in cui il fallimento è stato dichiarato oppure si può avere riguardo al domicilio del debitore od ancora al luogo del pagamento. Questo ultimo criterio dovrebbe comunque essere applicato rispetto alle cambiali, agli assegni bancari e agli altri titoli di credito equiparati.

Un'altra questione va affrontata, a proposito dei crediti, considerati quali beni del debitore quindi come oggetto dello spossessamento fallimentare. In alcuni ordinamenti nazionali è ammessa la compensazione

legale, anche dopo la dichiarazione di fallimento (articolo 54 K. O.; articolo 53 legge olandese; articolo 56 l. fall.), ciò che invece non è ammesso in altre legislazione (Francia, Belgio). Applicando il principio secondo il quale effetti della sentenza dichiarativa sono regolati dalla legge del luogo in cui il fallimento è pronunciato, dovrebbe farsi disciplinare da questa ultima anche la ammissibilità della compensazione. Soluzione che peraltro può lasciare perplessi, quando si consideri che la compensazione costituisce, in sostanza, un modo di garantire il creditore, sicchè potrebbe prendersi in considerazione piuttosto il luogo in cui l'obbligo avrebbe dovuto essere adempiuto o la legge che disciplina il credito del fallito, anche se diversa da quella del luogo in cui il fallimento è stato dichiarato.

A meno di considerare questo punto come uno di quello in cui dovrebbe procedere fin d'ora alla preparazione di una legge uniforme, anche quindi che sia possibile pensare ad una unificazione legislativa diretta a la materia del fallimento. Non si dovrebbe però dimenticare che l'ammissibilità della compensazione, nel corso della procedura fallimentare, può turbare la *per condicio*, mentre può essere giustificata nel fallimento che involge soli i beni presenti al momento della dichiarazione di fallimento, in un sistema in cui la compensazione stessa è considerata quale garanzia non già come causa di estinzione dell'abbigliamento, come occorre invece nel nostro sistema, ove rige tuttavia la regola dell'articolo 56 e la procedura concorsuale comprende tutti i beni del fallito e non solo quelli attuali. Ci si può chiedere, in altri termini, se sia possibile ed opportuno pensare ad una parziale unificazione (o armonizzazione) delle legislazioni, senza incidere, fin o meno profondamente in tutta la struttura o la funzione del processo di fallimento.

13. Un altro argomento delicato, nel capitolo degli effetti del fallimento, è costituito da quello che riguarda la sorte dei contratti in corso di esecuzione al momento della dichiarazione di fallimento. Anche a questo proposito si presentano i problemi affacciati nei nn. prec. rispetto ad altre situazioni giuridiche. Pure riguardo ai contratti in corso di esecuzione può presentarsi il dilemma se debbano ad essi applicarsi tutte ed esclusivamente le norme della *lex fori*, della legge cioè del paese ove il fallimento è stato dichiarato, oppure la legge del contratto quella che governava il contratto, prima del fallimento medesimo, sempre che quest'ultima sia quella di uno dei sei paesi comunitari.

È indubbio che la rigida applicazione della *lex fori* può indurre a non lievi conseguenze, nell'interno dei singoli ordinamenti nazionali ove i contraenti possono vedere deluse le loro legittime aspettative, in quanto applicato al regime del contratto in corso di esecuzione una disciplina fallimentare non sempre prevedibile, al momento della stipulazione del negozio. D'altra parte l'applicazione della *lex loci contractus* può portare ad un grave attentato all'unità del processo fallimentare ed all'universalità del fallimento, intesi questi principi non già nella loro assolutezza teorica, ma nella sfaldatura dell'unitaria disciplina processuale, a seconda del

luogo ove il contratto può dirsi concluso, con notevoli conseguenze pratiche negative. È un campo, questo, in cui le diverse ed anzi opposte esigenze che si possono dedurre, al fine di sostenere questa o quella tesi, sembra si equivalgano e trovano giustificazioni da differenti e concorrenti punti di vista, talchè la scelta tra i due eventuali sistemi presenta in concreto le maggiori difficoltà. Per superare le quali, bisognerebbe ipotizzare la possibilità di una disciplina integralmente nuova dei contratti in corso di esecuzione, così che essa si sovrapponga a quella vigente in ogni singolo paese. Al riguardo, è poi da ricordare che, mentre in Germania ed in Italia, ad es., vi sono apposite norme espresse nelle rispettive leggi fallimentari, esse mancano in altri ordinamenti, come in Francia e in Belgio.

La profonda disparità di trattamento dei contratti in corso di esecuzione nei vari diritti nazionali e la notevole differenza di conseguenze che discendono dall'adozione dell'uno o dell'altro dei criteri sopra indicati non deve peraltro portare alla conclusione che la materia non può essere soddisfacentemente regolata nei rapporti internazionali. Anche scartando per un momento l'eventualità di una disciplina totalmente *ex novo* della materia, è sempre possibile giungere ad una soluzione legale soddisfacente almeno dal punto di vista formale, anche se possa lasciare incertezze *quoad justitiam*.

La prevalenza della *lex fori*, se dà infatti una maggior certezza alla disciplina della materia, conduce con sè, come si è accennato poco fa, a risultati poco pratici ed in definitiva tali da riuscire contrastanti con gli interessi sostanziali dei soggetti che vi sono implicati. Nè, in senso contrario, basterebbe richiamarsi al concetto di ordine pubblico che pur è stato invocato²⁶ per sostenere l'inapplicabilità della *lex loci contractus*. Non solo può discutersi fondatamente sull'applicabilità, nella specie, di quel concetto (su cui v. anche i cenni *infra* numero 16), ma occorre ricordare in particolare che quella affermazione è stata fatta, tenendo conto dell'esigenza di difendere l'universalità del fallimento contro concezioni atomistiche, sia pure rispetto a momenti particolari di esso. Diverso deve invece essere il piano su cui dovrà porsi il futuro legislatore internazionale, il cui fine è, o dovrebbe essere, sì quello di attuare nel modo migliore l'unità e la universalità del fallimento, senza però derogare a quelle esigenze sostanziali che possiamo chiedere una diversa soluzione, in special modo il richiamo ad altri eventuali principi, come appunto può essere quello della *lex loci contractus*.

Non è però da nascondere che anche l'adozione rigida di quest'ultima regola potrebbe, nella materia in esame, portare a risultati assai controvertibili, per il carattere composito delle norme che concernono i contratti in corso di esecuzione, al momento della dichiarazione di fallimento. Se in tutti i paesi esistessero delle norme specifiche in argomento forse si

²⁶ V. nella giurisprudenza francese, ad es., il Trib. Com. di Dunkerque 7 agosto 1911, confermato dalla Corte di Douai 30 gennaio 1912, in *Clunet*, 1914, 191.

potrebbe limitare ad esse la loro prevalenza rispetto alla legge del fallimento. Ma così non è ed in ogni caso anche rispetto alle norme specifiche, come quelle contenute nella legge germanica od in quella italiana, vengono in considerazione anche norme differenti e comunque norme che attengono alla attuazione processuale del trattamento dei contratti in corso di esecuzione. Donde le difficoltà di distinguere in concreto quanto possa essere eventualmente sottoposto alla *lex loci contractus* quanto alla procedura in senso stretto. Con l'avvertenza che quale legge del contratto va intesa la legge che disciplina la sorte dei contratti in corso nell'ipotesi di intervenuto fallimento.

Bisogna riconoscere peraltro che anche il distinguere quanto riguarda l'aspetto sostanziale da quel che concerne la procedura non è affatto agevole ed in qualche modo si presenta come una suddistinzione artificiale, poichè non si può ovviamente dimenticare che anche la disciplina sostanziale del contratto è vista, in questi casi, attraverso le esigenze della procedura fallimentare. Di una procedura cioè in cui la finalità liquidatoria e satisfattiva si combina spesso con un carattere più propriamente sanzionatorio; in ogni caso il fine più o meno espressamente proclamato dalle varie legislazioni è quello di assicurare la c.d. *par condicio creditorum* che potrebbe sembrare non sufficientemente tutelata con il richiamo alla legge del contratto. È vero che, per tale via vi può essere una disparità di trattamento tra creditori e debitori, in quanto differente è la legge applicabile ai rispettivi contratti che vengano in considerazione, ma è pur vero che le singole leggi nazionali sono, a loro volta, dirette ad assicurare il principio della *par condicio*, nell'interno del loro ordinamento. Talchè le conseguenze paventare non sembrano per gran parte sussistere, anche perchè il principio della *par condicio* sembra diretto ad assicurare un trattamento paritario tra creditori di vari paesi, in ciascuno dei quali vigono delle norme particolari sulla validità dei contratti in corso, anche se può differire il meccanismo di funzionamento, processuale e sostanziale, attraverso i quali si cerca di combinare il rispetto di certe posizioni quesite —ed è anche questa un'esigenza per la tutela del credito— con il rispetto delle perinenti ragioni dei creditori del fallito.

Un altro punto va ancora chiarito e cioè che se si intende applicare, quantomeno in certi limiti (su cui *infra*), la legge del contratto, occorre poi decidere se la cognizione delle questioni relative alla continuazione o meno del rapporto contrattuale in corso può essere riconosciuta al giudice del fallimento oppure ad un giudice del paese la cui legge è applicabile, in forza dell'anzidetto principio. Questa seconda soluzione potrebbe essere forse preferibile per far sì che la legge straniera del contratto venga applicata, nel complesso del sistema, del giudice competente *ratione loci*, anzichè dal giudice del fallimento, per quanto non vi sia certo nulla di abnorme in ciò che un giudice applichi delle norme di altro ordinamento, in forza di regole di diritto internazionale privato.

Quest'ultima osservazione rende vieppiù attuale la questione circa i

limiti in cui eventualmente possa essere sottoposto alla legge del contratto il regime di un contratto in corso, in caso di fallimento. Come ho detto poco fa, lo strumento processuale e le regole che lo concernono si combina spesso molto strettamente con il mezzo sostanziale, così da rendere praticamente inopportuno il richiamo alla legge del contratto. La legge del fallimento potrà determinare se è il curatore con o senza la autorizzazione del giudice delegato che può chiedere la prosecuzione o la risoluzione del contratto, mentre potrebbe essere riservato alla legge del contratto per quanto attiene alla risoluzione del contratto. Un'eccezione, a quest'ultimo proposito, potrebbe forse essere fatta nel caso in cui possa essere dimostrato che le parti del negozio hanno scelto una determinata legge sostanziale, nell'ambito della loro autonomia negoziale, al fine di eludere una legge imperativa che potrebbe essere applicabile altrimenti al contratto. Non riterrei invece sottoponibili alla legge del contratto le questioni relative alla scadenza dei termini, alla cessazione del corso degli interessi che vedrei più opportunamente sottoposte alla *lex fori*. Direi al contrario sottoponibili alla legge del contratto le questioni attinenti, ad es., al diritto del venditore «in bonis» di eseguire il contratto od alla risolubilità del contratto «intuitu personae». E così pure per i problemi relativi all'eccezione di mancata esecuzione ed al diritto di domandare i danni per inesecuzione del contratto.

Da questo breve quadro, si può agevolmente scorgere i complessi quesiti che una disciplina internazionale della materia offre. Ed è un punto, questo, in cui in un non lontano domani potranno trovarsi in difficoltà i legislatori internazionali quando vorranno concretare un pratico sistema di armonizzazione delle diverse legislazioni.

Non è infine da dimenticare che, oltre alle leggi sopra considerate, ne potranno venire in considerazione delle altre, rispetto alla compensazione, ad es. (su cui v. numero 12).

14. Occorre infine esaminare, sia pure consisamente, due ulteriori aspetti del processo di fallimento e precisamente: a) la liquidazione dell'attivo e b) la chiusura del fallimento.

Per quanto concerne la liquidazione dell'attivo, il curatore e gli organi fallimentari possono essere tenuti a compiere diversi atti, concernenti l'amministrazione dei beni del fallito: essi debbono essere retti dalla legge del luogo in cui il fallimento è stato dichiarato. Quanto all'alienazione forzata dei beni stessi che debba effettuarsi in territorio di uno stato, diverso da quello in cui il fallimento è stato dichiarato, sembra più opportuno ricorrere alla legge dello stato in cui i beni stessi si trovano,²⁷ ma il ricavo dovrebbe essere distribuito secondo le modalità, fissate dalla legge che regola il fallimento e cioè quella in cui esso è stato dichiarato, con la limitazione peraltro di cui al numero 11, specie per quanto concernente il riconoscimento e l'ordine dei privilegi.

²⁷ Per la *lex rei sitae* in questi casi è anche l'Houin, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 348.

I motivi in cui il fallimento può terminare sono disciplinati dalla legge dello stato in cui esso è stato dichiarato e così è per le ipotesi di riapertura di un fallimento già chiuso. Di conseguenza, sarà tale legge quella che determina la ammissibilità o meno del concordato, come mezzo di chiusura del fallimento. Il problema può presentare qualche aspetto particolarmente delicato rispetto al fallimento, in senso stretto, del diritto francese che non conosce il concordato, tanto più che il rapporto tra il fallimento ed il *réglement judiciaire* sembra essere alquanto diverso da quello che corre tra le procedure previste e per evitare il fallimento in altri ordinamenti ed il fallimento stesso (v. *infra* numero 15).

In particolare, occorre porsi il problema relativo agli effetti derivanti dal concordato fallimentare omologato, poichè a quest'ultimo potrebbe riconoscersi senz'altro piena efficacia anche negli altri stati contraenti, senza necessità di un *exequatur* oppure potrebbe essere richiesto in ogni caso un (nuovo) *exequatur*, anche se la sentenza di fallimento l'abbia, a suo tempo, già ottenuto. Scegliendo questa soluzione potrebbe essere disposto altresì che del concordato omologato sia data notizia nei paesi in cui esso deve esplicare i suoi effetti mediante le forme di pubblicità, già considerate rispetto alla sentenza dichiarativa.

15. Nei vari paesi della Comunità sono previste procedure diverse per evitare o per sostituire il fallimento e non sembra possibile prevedere un'ultrattività di queste procedure giudiziarie od amministrative, al di fuori dei confini dello stato nel cui territorio esse sono state iniziate. Il che peraltro non esclude la necessità di esaminare come possano essere coordinati provvedimenti concorsuali di differente natura riguardanti il medesimo debitore. Sembra, a mio avviso, che i criteri che possono essere in astratto ipotizzati, siano essenzialmente i seguenti: 1) dare in ogni caso la precedenza al fallimento, pronunciato da giudice competente, anche se il debitore sia stato assoggettato od ammesso ad altre procedure concorsuali in paesi differenti. In tali casi, queste ultime procedure dovrebbero cessare e il fallimento dovrebbe considerarsi esteso anche nel paese in cui esse erano in corso. 2) Escludere che gli effetti del fallimento nell'un paese contraente siano estensibili ad altro paese, in cui il medesimo debitore è stato sottoposto a diversa procedura concorsuale. 3) Ammettere la prevalenza del fallimento dichiarato nell'uno dei paesi, escludendo che il medesimo debitore possa essere sottoposto successivamente a procedure concorsuali differenti in altro dei paesi contraenti ove la sentenza dichiarativa sia (resa) esecutiva, secondo le forme che si sono viste.

Sembra in ogni caso che nei paesi in cui siano previste procedure liquidatorie concorsuali, attribuite alla competenza degli organi amministrativi (sia pure sotto il controllo dell'autorità giudiziaria), tali liquidazioni amministrative non possano essere escluse e fermate dalla dichiarazione di fallimento pronunciata in altro paese.²⁸

Potrebbe pure essere esaminata la possibilità di equiparare tra loro le

²⁸ Houin, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 346.

diverse procedure concorsuali, diverse dal fallimento. Ad esempio, appaiono abbastanza evidenti le somiglianze funzionali tra il *concordat judiciaire* del diritto belga e il concordato preventivo tedesco, lussemburghese e italiano, tra la *suréance de paiement* del diritto olandese, la *gestion contrôlée* del Lussemburgo e l'amministrazione controllata del diritto italiano. Ma sarebbero tutte ipotesi in cui, solo apposite stipulazioni dirette tra gli Stati interessati potrebbero dare luogo ad una disciplina idonea ad evitare i conflitti in materia, quando gli istituti in esame non abbiano validità rispetto a tutti i paesi della Comunità.

Qualora si preferisse invece dettare qualche esplicita disposizione al riguardo, anche in una convenzione plurilaterale, sembrerebbe opportuno riaffermare l'universalità delle procedure, quantomeno tra i paesi che, le conosco. Ed a questo scopo la convenzione potrebbe utilmente dettare delle norme, nel senso di indicare gli istituti che sono da considerarsi analoghi tra loro. A questo proposito merita particolare attenzione l'istituto del *règlement judiciaire* del diritto francese che si trova, rispetto alla *faillite* in senso stretto in un rapporto particolare (numero 13). A mio avviso, tuttavia il *règlement judiciaire*²⁹ costituisce un tipo, sia pure a sè, di fallimento e non potrebbe perciò essere equiparando con altri istituti concorsuali, volti ad evitare il fallimento od a sostituirlo, come la vecchia liquidazione giudiziaria del diritto francese o le varie forme di concordati preventivi di altri ordinamenti.

16. Dovrebbe infine essere ben chiaro che un'eventuale convenzione in materia di fallimento e di altre procedure assimilate non dovrebbe prendere in considerazione altre procedure concorsuali speciali, sia pure di competenza del giudice, le quali assicurino, nell'interesse dei creditori, la migliore liquidazione paritaria del patrimonio di un debitore, quando questo non sia insolvente od inadempiente, ma perchè la legge lo prevede obiettivamente. Sono i casi, ad es., della procedura dei beni ereditari in caso di accettazione con beneficio di inventario, di liquidazione dei beni dell'assente, del processo di liberazione dalle ipoteche, di limitazione del debito dell'armatore, tanto per prendere in considerazione il nostro ordinamento positivo. In tutti questi casi ed in altri consimili la procedura liquidativa universale è indipendente dal comportamento del debitore, almeno entro certi limiti e comunque la inadempienza o la insolvenza di quest'ultimo non è richiesta come presupposto indefettibile perchè si possa far luogo alla procedura concorsuale.

17. Con le note che precedono non si è inteso certo fare una analisi completa ed esauriente di tutta la complessa ed ampia problematica cui può dar luogo una disciplina internazionale in tema di fallimento. Si è inteso, in questa sede, e come omaggio all'insigne giurista iberico cui questo saggio è dedicato e che tanta passione ha posto nello studio del

²⁹ Houin, "La riforma del fallimento e della liquidazione giudiziale in Francia", in *Dir. fall.*, 1956, I, 87 ss.; Andrioli, "La riforma della disciplina delle procedure concorsuali in Francia", in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 174 s.

processo civile, anche nei rapporti internazionali,³⁰ dare le grandi linee —con sufficiente approssimazione— di una serie non indifferente di problemi i quali debbono essere affrontati analiticamente, a mio parere, al fine di concretare una adeguata disciplina internazionale del fallimento. Sempre che si voglia che siffatta disciplina sia valida per dirimere le principali difficoltà almeno, che questo istituto ha fatto sorgere e farà sorgere nella pratica giudiziaria dei sei paesi della Comunità. Ma mi illudo che le considerazioni pragmatiche, che ho esposto nei numeri che precedono possano concorrere ad avviare una utile e costruttiva discussione, al di là di ogni inopportuna teorizzazione, anche in altri paesi, al di fuori di quelli che costituiscono la (od aderiscono alla) C.E.E., sempre che si voglia pensare ad una disciplina internazionale del fallimento fra gruppi di paesi, aventi determinati legami economici, finanziari e politici. Direi che, questo del fallimento, potrà diventare un aspetto dei meno secondari, allorquando le relazioni di solidarietà economica si saranno evolute in modo più ampio di quanto non sia dato constatare fino a questo momento, specie per quanto attiene ai rapporti tra paesi finanziatori e paesi finanziati, in fase di evoluzione economica e di industrializzazione. Se la pubblica fiducia deve essere congruamente difesa, attraverso il fallimento, nell'interno dei singoli stati, appare rispondente alle attuali esigenze e lo sarà sempre più nel futuro, il pensare fin d'ora ad una disciplina internazionale di quello strumento processuale che assicuri la massima unità del procedimento così da assicurare la *par condicio creditorum* non più nell'ambito di un singolo ordinamento, statutale, ma in un numero più vasto di paesi, nel cui territorio si sono verificati od esistono momenti di collegamento con il debitore decotto. L'evitare la pluralità o la concorrenza addirittura di diverse procedure fallimentare costituisce, a mio parere, uno dei risultati più auspicabili per assicurare il rispetto del *fair play* nei rapporti che maggiormente sono sensibili alla tutela del credito.

È ovvio peraltro che un risultato siffatto non si può ottenere che una meccanica riduzione «ad unum» di tutte le eventuali ipotizzabili procedure esecutive, concorsuali o non, giacché il dare un'assoluta indiscriminata prevalenza al criterio meramente processuale ed applicare di conseguenza con rigore la «lex fori» può essere foriero di non levi inconvenienti ed in definitiva di un indebolimento, anziché di un rafforzamento dei singoli creditori nazionali. Le difficoltà sussistono proprio quando si debba contemperare il criterio della c.d. universalità ed esclusività del fallimento con le esigenze che sono imposte dal concorso di altre regole quale, quella della *lex rei sitae* od eventualmente della *lex loci contractus*, al fine di dare adeguata tutela alle aspettative di determinati creditori. L'armonizzazione di questi contrastanti principi costituisce l'effettiva difficoltà nella formulazione di regole idonee a risolvere i conflitti di legge

³⁰ Ricordo l'importante ed ampia relazione al Congresso di Bruxelles del 1958 di diritto comparato sull'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere.

in tema di fallimento o tale difficoltà può costituire lo scoglio maggiore da superare per giungere ad auspiccate regolamentazioni convenzionali, sul piano internazionale.³¹

È auspicabile che, almeno nel territorio del mercato comune, una siffatta aspirazione di molti ceti commerciali possa trovare una rapida e concreta realizzazione, nello spirito e secondo la lettera del Trattato di Roma, che impone agli stati membri l'armonizzazione delle legislazioni. In attesa di una unificazione di queste ultime, almeno in que settori, destinati ad incidere necessariamente nei rapporti gli stati ad a condizionare così l'armonico sviluppo delle relazioni economiche finanziarie ed in definitiva quelle politiche tra gli stati medesimi. È pertanto con un auspicio che si chiude il presente studio, dedicato ad un Giurista che ha sentito come pochi la difesa dei valori della libertà i quali, nel mondo moderno, possono sperare di sopravvivere, e non solo in Europa, solo nella reciproca comprensione dei popoli e dei loro governi che ha per base un'ordinata ed armonica convivenza di paesi diversi per lingua, per tradizione, per civiltà.

18. Queste considerazioni di ordine generale preludono all'osservazione finale che in proposito va formulata, dopo le prospettive delineate nei numeri precedenti. Occorrerà evitare di limitare l'efficacia della sentenza dichiarativa, emessa dal giudice di un paese della Comunità, con un eccessivo ricorso al concetto di ordine pubblico che in materia concorsuale può essere invocato con alquanto facilità, visti gli interessi generali che vi sono coinvolti. Nell'ambito comunitario almeno è auspicabile che si formi una nozione di ordine pubblico che non porti a miopi e nazionalistiche applicazioni delle norme di una eventuale futura convenzione, tendente a dare un'effettiva unitarietà ed universalità al fallimento. È troppo facile infatti invocare l'ordine pubblico per paralizzare questa o quella disposizione, diretta al fine di dare una certa extraattività al fallimento dichiarato nell'un paese od a far disciplinare questo o quell'effetto del fallimento, in modo non conforme ai principi del diritto internazionale privato di un singolo paese od all norme di quest'ultimo in vigore per la disciplina di certe fasi fallimentari.

La nazione di ordine pubblico dovrebbe, in materia, essere opportunamente circoscritta alle ipotesi in cui vi siano dei contrasti insuperabili con principi fondamentali dell'uno ordinamento, in relazione a determinate circostanze localmente rilevanti e valide. Penso così alla possibilità che, in dati limiti, possa essere contemplata la prevalenza alla liquidazione di dati beni, nell'interno di un paese, per mezzo di strumenti amministrativi, anziché giurisdizionali; a certe procedure privilegiate che debbono potersi svolgere anche in pendenza del fallimento dichiarato in altro paese, ma pur valido rispetto a quello in cui si svolge la procedura speciale. Sono tutti punti, del resto, dei quali mi sono dato carico anche nel corso di queste brevi note e non è pertanto il caso di ripetermi (v.,

³¹ È quanto pone in rilievo l'Houin, *Problèmes cit.*, 348.

ad es., numero 8). Così infine bisognerebbe lasciare intatta la tutela penale, conseguente alla dichiarazione del fallimento, in attesa che anche in questo campo possa effettuarsi in sostanziale avvicinamento tra le diverse legislazioni. Ma non ci si può nascondere che sussiste sempre un certo filone nella giurisprudenza e nella dottrina dei vari paesi,³² per il quale tutto quanto concerne il fallimento tocca da vicino l'ordine pubblico, talchè se frapportrebbero dei limiti difficilmente valicabili anche all'attuazione di molte eventuali norme convenzionali.

È questa un'ulteriore ragione per auspicare l'elaborazione di un concetto di ordine pubblico, nell'ambito dei sei paesi della C.E.E., il quale non contrasti con le esigenze di quello che a buona ragione potrà essere chiamato l'ordine pubblico comunitario e che dovrà porsi come principio di ordine superiore pure rispetto ai diritti positive dei singoli stati membri. Ma è da augurarci ancora che questa fase di transizione nell'elaborazione di un diritto comune convenzionale dia luogo poi, in larghi settori, ad un concreto e sostanziale avvicinamento delle differenti legislazioni se non ad una radicale unificazione, in quei campi in cui essa è possibile. Purchè vi sia un minimo di buona volontà.

³² V. Giuliano, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 178 che critica severamente l'indirizzo denunciato; Cfr. pure Morelli, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 330 s.; Per un panorama generale v. Drouillat-le Boulanger. "L'ordre public", in *Juriscasseur* (droit international), fasc. 534 a, nn. 18 s.: V poi, nella letteratura italiana, Sperduti, "Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno", in *Riv. dir. internazionale*, 1954, 82 s.e. "già in Ordine pubblico e divorzio", in *Scritti in onore di Carnelutti*, 1950, II, p. 313 s.