

IL REGOLAMENTO COMUNITARIO N. 1346/2000 SULLE PROCEDURE DI INSOLVENZA TRANSFRONTALIERE

^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^

1) PREMESSA: LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA NELL'UNIONE EUROPEA;
2) IL REGOLAMENTO COMUNITARIO N. 1346/2000 ED IL SUPERAMENTO
DEL SISTEMA PREVIGENTE IN AMBITO COMUNITARIO; 3) I PRINCIPI
GENERALI DEL REGOLAMENTO; 4) LA DISCIPLINA ADOTTATA; 5) PROFILI
PROBLEMATICI; 6) CONCLUSIONI.

^^^^^^^^^^^^^^^^^^^^

1) PREMESSA: LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA NELL'UNIONE EUROPEA
E' a tutti noto che il Trattato istitutivo della Comunita' Economica Europea, pur
fondandosi sul concetto di una Comunita' Europea senza frontiere, non contemplava
alcuna norma relativa alla cooperazione tra gli Stati membri in materia giudiziaria,
perche' tale ambito esulava dalla sfera di competenze, meramente economica, che le
originarie parti contraenti intendevano attribuire alle istituzioni comunitarie mediante
delega di sovranita'.

Il settore della Giustizia e degli affari interni e' stato cosi', per lungo tempo, ignorato
ed escluso dall'ambito della normazione comunitaria, ed e' rimasto demandato agli
strumenti tradizionali del diritto internazionale, costituiti dalla regolamentazione
pattizia delle materie d'interesse comune ai singoli Stati, attraverso la stipula di
apposite convenzioni internazionali bilaterali o plurilaterali (si pensi, per la sua
importanza nel campo della cooperazione giudiziaria civile, alla Convenzione di

Bruxelles del 1968, oggi sostituita dal regolamento CE n. 44/01 in vigore dal 1/3/2002). Le esigenze, via via sempre piu' pressanti, connesse all'infittirsi delle relazioni interstatuali in ambito comunitario, alla globalizzazione dei mercati, ed al conseguente incremento dei flussi migratori di beni e persone, hanno, tuttavia, determinato una profonda erosione del potere discrezionale pieno delle autorità statuali, in favore della trattazione di rilevanti questioni comuni in una dimensione transfrontaliera, che ha condotto, all'esito di un lungo e complesso percorso, alla stipula di un nuovo trattato dell'Unione Europea.

Il Trattato istitutivo dell'Unione Europea, firmato a Maastricht il 7/2/92 ed entrato in vigore il 1 /11/93, costituisce una tappa fondamentale per lo sviluppo dell'integrazione economica europea, perché, istituendo l'Unione Europea, ha incorporato in essa le tre Comunità storiche, e perché ne ha arricchito le già vaste competenze, sia nel settore economico e dell'unione economica monetaria, sia in settori che oltrepassano il tradizionale orizzonte " mercantilistico " .

Dopo Maastricht, l'Unione Europea si presenta come un unico edificio che poggia su tre colonne o pilastri, come sono comunemente definiti, corrispondenti al settore primario costituito dalle Comunità Europee (primo pilastro), dalla politica estera di sicurezza comune (secondo pilastro), e dalla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (terzo pilastro).

Il lungo percorso d'integrazione europea non si è, tuttavia, fermato a Maastricht, e si arricchito negli anni successivi, nel corso dei quali sono stati approvati ulteriori Trattati che costituiscono momenti di fondamentale importanza per lo sviluppo della cooperazione giudiziaria negli Stati membri.

E' noto, infatti, che, a seguito dell'entrata in vigore, il primo maggio 1999, del Trattato di Amsterdam, stipulato il 20/10/97, la prospettiva della cooperazione nel settore

giustizia e degli affari interni e' profondamente mutata, sia per quanto concerne l'ambito oggettivo della cooperazione tra gli Stati membri, sia, soprattutto, in relazione agli strumenti di normazione giuridica ed alla struttura istituzionale utilizzati per venire incontro alle esigenze connesse allo sviluppo futuro dell'Unione Europea.

Il nuovo Trattato, destinato a sostituire la precedente versione del Trattato dell'Unione Europea, da un lato, ha determinato una "comunitarizzazione" di una parte delle attivita' che rientravano nel titolo VI del Trattato UE, - e, segnatamente, cooperazione giudiziaria ed amministrativa in materia civile, misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne, immigrazione e politica dei visti, - che ora sono diventate parte integrante del Trattato CE, (artt. 61 lett. C, ex art. 73I, e 65 del Trattato CE, ex art. 73M,) con rilevanti conseguenze sul piano istituzionale e normativo; e, dall'altro, ha determinato l'ampliamento delle materie, - cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, - ricomprese nell'ambito del Titolo VI e, quindi, del c.d. "Terzo Pilastro".

E' opportuno precisare che con il termine "comunitarizzazione", non si fa soltanto riferimento, in senso figurato, al passaggio di determinate materie dal Terzo al Primo Pilastro (quello comunitario), ma soprattutto si fa riferimento alla possibilita' di utilizzo delle fonti comunitarie d'immediata e vincolante applicazione negli Stati membri, e cioe' alla possibilita' di legiferare in tali materie attraverso l'utilizzazione degli strumenti normativi classici ed immediatamente vincolanti del diritto comunitario, quali i regolamenti e le direttive, che vengono normativamente prodotti attraverso l'intervento diretto della struttura istituzionale della Comunita', e non gia' mediante la raccolta del consenso volontario dei singoli Stati attraverso il deposito di singoli strumenti di ratifica, come avviene per le convenzioni internazionali.

Si e' cosi' fornita una "base giuridica" alla adozione dei predetti atti normativi

comunitari anche in queste materie, al posto degli strumenti tipici del diritto internazionale, come le convenzioni internazionali, che, invece, impongono l'unanimità del consenso degli Stati, e che continuano ad essere utilizzate nell'ambito della cooperazione penale afferente al c.d. Terzo Pilastro.

Dopo il Trattato di Amsterdam, alla cooperazione giudiziaria in materia civile in ambito europeo, viene assegnato come obiettivo principale quello di facilitare la mobilità dei cittadini e dei beni giuridici all'interno dell'Unione, atteso che, come sottolineato dal Consiglio di Tampere, il cittadino può godere della libertà di circolazione soltanto in uno spazio giudiziario europeo, nel cui ambito può adire i Tribunali e le autorità degli Stati membri con la stessa facilità con cui potrebbe farlo nel suo paese.

Si vuole, inoltre, predisporre un quadro normativo generale che sia più favorevole alla crescita ed allo sviluppo dell'economia, in un contesto caratterizzato dal riavvicinamento tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, visto come elemento di stimolo alla competitività degli stessi sistemi economici.

In tale direzione, il Consiglio d'Europa ha approvato il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, quale obiettivo primario della cooperazione giudiziaria, ed ha ribadito la necessità di una maggiore convergenza degli ordinamenti nel settore del diritto civile, al fine di agevolare la cooperazione nelle cause civili e commerciali transfrontaliere.

Del resto, l'art. 65 del Trattato CE oggi in vigore, - che, unitamente all'art. 61 lett.C, non ha subito modifiche sul punto in seguito all'entrata in vigore, avvenuta il 1/2/2003, del Trattato di Nizza del 26/2/2001, - precisa che tra le misure destinate a favorire la cooperazione in materia giudiziaria civile rientrano, tra l'altro, il miglioramento e la semplificazione del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli

Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale.

In quest'ambito, fortemente innovativo, il Consiglio d'Europa ha già adottato, alla fine del maggio 2000, tre importanti regolamenti in materia di procedure d'insolvenza, (reg. n. 1346/00), di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà di entrambi i genitori sui figli comuni (reg. n. 1347/00), e di notifica degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile (reg. n. 1348/00), che costituiscono i primi significativi frutti dell'intensificarsi della cooperazione in materia civile nella Comunità, ed ha proseguito, poi, nel dicembre 2000, in tale direzione, adottando il regolamento sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento e sulla esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles, (reg. n. 44/01), mentre risulta in corso di elaborazione il Progetto di regolamento per il titolo esecutivo europeo.

2) IL REGOLAMENTO COMUNITARIO N. 1346/2000 ED IL SUPERAMENTO DEL SISTEMA PREVIGENTE IN AMBITO COMUNITARIO.

Sul piano comunitario e sul piano del diritto interno l'entrata in vigore, avvenuta il 31/5/2002, del regolamento comunitario n. 1346/00, pubblicato nella Gazz. Uff. com.eur. n.L 160 del 30/6/2000 p.1 ess. relativo alle procedure d'insolvenza transfrontaliere, - che è obbligatorio in tutti gli Stati membri, ai sensi dell'art. 249 del Trattato, con l'unica eccezione della Danimarca che ha scelto di non partecipare all'adozione del regolamento, come precisato nel punto 33 dei Considerando, - costituisce una relevantissima novità.

Prima dell'entrata in vigore del regolamento, invero, la disciplina degli aspetti di diritto internazionale privato e processuale del fallimento e delle altre procedure concorsuali, - relativi all'ambito della giurisdizione, dell'efficacia delle sentenze straniere ed

all'individuazione della legge applicabile, - ha formato oggetto di convenzioni, per lo piu' bilaterali, tra singoli Stati contraenti, (quali ad es. la Convenzione Italo Francese del 3/6/1930, e la Convenzione Italo Austriaca sul fallimento e sul concordato del 12/7/77), mentre in ambito comunitario, sia la convenzione del 5/6/90 sottoscritta ad Istanbul, sia quella del 23/11/95 stipulata a Bruxelles, per la disciplina del fallimento transfrontaliero, erano rimaste lettera morta.

Sul piano della normativa interna, la previgente situazione normativa, - che, peraltro, giova osservare, rimane immutata nel caso di fallimenti internazionali che coinvolgono Stati non comunitari e con i quali non siano state stipulate convenzioni internazionali, - non poteva certo dirsi soddisfacente, dato che il nostro ordinamento si caratterizzava, - e si caratterizza ancora con riferimento ad ambiti extracomunitari, - per l'assenza di una disciplina di diritto internazionale privato in materia fallimentare e, sinanche, per un'espressa previsione normativa in ordine ai criteri determinativi della giurisdizione.

Com'e' noto, in tale situazione di vuoto normativo, la dottrina e la giurisprudenza hanno tradizionalmente fatto leva sull'art. 9 della L.F., quale norma rilevante al fine di stabilire l'ambito della giurisdizione fallimentare italiana; e cio' anche dopo l'entrata in vigore della L.n. 218/95 sulla riforma del sistema di diritto internazionale privato, atteso che tale legge, disponendo che per le materie non comprese nella convenzione di Bruxelles, quali il fallimento, " la giurisdizione si determina in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio ", legittima sicuramente la lettura dell'art. 9 L.F. come norma sulla giurisdizione.

Si e', cioe', tradizionalmente ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice italiano, nel caso di dichiarazione di fallimento d'impresa avente sede principale o secondaria in Italia, anche se il fallimento e' stato dichiarato all'estero, pur nella consapevolezza di dover limitare gli effetti della sentenza al territorio dello Stato, in ossequio al principio

di territorialita', e con buona pace delle finalita' di unita' ed universalita' propri delle procedure concorsuali sul versante internazionale.

E, viceversa, si riteneva pacificamente applicabile l'ordinario procedimento di delibazione di cui agli artt. 796 e segg. C.p.C., per dare efficacia alle sentenze straniere dichiarative di fallimento in Italia.

Al di la' di cio', tuttavia, l'assenza di qualsiasi indicazione normativa da parte del legislatore nazionale in ordine ai rapporti tra procedure concorsuali italiane e straniere, comportava, - e comporta anche oggi, in ambito extraeuropeo, - una situazione di grave incertezza in relazione a questioni fondamentali connesse e consequenziali alla dichiarazione d'insolvenza dell'impresa transnazionale.

Si pensi all'individuazione degli strumenti da utilizzare per garantire la par condicio creditorum, ovvero al problema dell'efficacia della sentenza italiana di fallimento con riferimento ai beni ubicati all'estero, ovvero ai limiti alla giurisdizione italiana in tema di revocatoria, soltanto per evidenziare alcuni degli aspetti di maggior problematicita'.

Peraltro, l'entrata in vigore della L. n. 218/95 ha suscitato nuovi problemi interpretativi anche nel versante del diritto interno, atteso il rilievo assegnato dal legislatore del 95 alla litispendenza estera (art. 7), ed il principio di automaticita' del riconoscimento delle sentenze straniere, (artt. 64 e segg. L. citata).

Sotto il primo profilo, seppure taluno in dottrina ha addirittura sostenuto l'abrogazione implicita dell'art. 9 secondo comma L.F., per l'incompatibilita' con l'automatico riconoscimento delle sentenze straniere, tuttavia, la maggior parte degli autori ha cercato di coordinare variamente le due discipline, nella consapevolezza dei gravi problemi operativi cui si e' accennato.

Per quanto attiene alla litispendenza estera, si e' da taluno sostenuta l'incompatibilita' con un procedimento a rilievo pubblicistico, qual'e' quello che conduce alla

declaratoria di fallimento, dell'eccezione di parte avente ad oggetto l'eccezione di litispendenza estera, che e' configurata dalla L. n. 218/95 quale eccezione processuale in senso stretto.

Per quanto attiene, poi, all'efficacia della sentenza straniera si e' ammesso che essa e' idonea a fondare automaticamente la legittimazione esclusiva del curatore straniero nei rapporti sostanziali e processuali, ma si e' anche sottolineata la peculiare natura della sentenza di fallimento che, non si limita a incidere sullo status di un determinato soggetto, ma apre una fase procedimentale che non e' minimamente prevista dalla legge italiana in seguito al riconoscimento della sentenza straniera, sicche', per esempio, non potrebbe operare il divieto di azioni esecutive individuali per i beni situati in Italia; ancora, si e' sottolineato che l'efficacia automatica delle sentenze straniere non appare idonea a soddisfare le esigenze di tutela dei creditori presenti nell'ordinamento italiano, atteso che essi non sono neppure informati della pendenza all'estero della procedura.

Questa situazione di grave incertezza interpretativa, quantomeno in ambito comunitario, e' finalmente venuta meno con l'entrata in vigore, dopo una vacatio legis durata due anni, del Reg. CE n. 1346/00, che detta, per la prima volta, una complessa regolamentazione dell'insolvenza delle imprese transfrontaliere nell'Unione Europea, colmando una situazione di vuoto normativo che era particolarmente grave, data la delicatezza della materia concorsuale.

3) I PRINCIPI GENERALI DEL REGOLAMENTO

Il tema della crisi dell'impresa e', infatti, centrale in ogni ordinamento giuridico, perche' rappresenta da sempre una grave minaccia alla certezza dei rapporti giuridici ed alla stabilita' del sistema economico, sicche' tutti gli Stati prevedono forme di tutela sostanziali e procedurali per garantire una adeguata tutela del ceto creditorio.

Con il progredire del commercio internazionale, con la globalizzazione dei mercati e con l'emergere di imprese con connotati marcatamente sovranazionali, e' venuto sempre piu' in evidenza il problema della regolamentazione della crisi delle imprese operanti in luoghi soggetti a differenti sovranita' statuali, e si e' fatta sempre piu' pressante la necessita' di procedure capaci di armonizzare e di coordinare le singole discipline dei singoli Stati, con tutte le difficolta' che cio' comporta, date le enormi diversita' esistenti nei diversi ordinamenti giuridici nazionali, e la tradizionale gelosa difesa degli Stati della propria sfera giurisdizionale, a fronte delle pretese esecutive di un altro ordinamento.

Difficolta', del resto, rese palesi, - sinanche in un ambito particolarmente favorevole alla cooperazione interstatale, qual'e' quello comunitario, - dall'insuccesso che hanno avuto i precedenti tentativi di adozione di convenzioni per la regolamentazione dell'insolvenza sovranazionale.

Nella materia fallimentare, invero, come e' stato osservato in dottrina, i principi di universalita' e di territorialita' si fronteggiano da sempre, nel senso che, mentre nel diritto interno, lo scopo di attuare la par condicio creditorum ha portato a configurare il fallimento come una procedura a carattere universale ed unitario, nel momento in cui una procedura concorsuale presenta elementi di collegamento con altri ordinamenti, l'universalita' della procedura e' destinata a cedere il passo al principio di territorialita', legato all'esercizio in sede processuale dell'esecuzione forzata sui beni dell'impresa insolvente che si trovano all'estero.

A fronte, tuttavia, della pressante esigenza di dare una soluzione a tutti quei problemi concreti che profondamente incidono sul tessuto sociale ed economico del sistema del commercio internazionale, e del mercato interno comunitario in particolare, in presenza della crisi dell'impresa sovranazionale, le dispute sulla universalita' o sulla territorialita'

delle procedure concorsuali sono state accantonate e, quanto meno nell'ambito dell'Unione Europea, utilizzando la base giuridica consentita in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, si e' riusciti superare la tradizionale scarsa disponibilita' degli Stati a trovare soluzioni a livello intergovernativo.

Si e', cosi', prescelta, - su iniziativa della Repubblica Federale di Germania e della Finlandia, - l'adozione di una soluzione imposta per il tramite della fonte di produzione normativa comunitaria piu' incisiva sulle posizioni statuali, per l'efficacia delle sue statuizioni, e cioe' quella regolamentare, obbligatoria in tutti gli Stati membri, e si e' introdotta una nuova disciplina dell'insolvenza transnazionale, attraverso l'adozione di un regolamento immediatamente applicabile negli Stati membri, senza necessita' di norme d'attuazione, che si caratterizza come un valido punto di equilibrio tra le esigenze della universalita' e quelle della territorialita'.

Si tratta di un atto normativo di particolare importanza, non soltanto per il rilievo socio-economico della materia regolamentata, ma anche per il suo contenuto tecnico giuridico, tant'e' che, con riferimento alle numerose norme di diritto internazionale privato in esso contenute, e' stato definito un vero e proprio "unicum" nel panorama degli strumenti comunitari.

Il regolamento comunitario n.1346/00 si divide in cinque capitoli per un totale di 47 articoli, e completano le sue disposizioni, un preambolo contenente nei suoi vari "considerando", quale parte integrante e sostanziale, la motivazione dell'atto, - come tale fondamentale per la sua interpretazione, - nonche' tre allegati

I principi fondamentali del regolamento, raccolti nelle premesse, - obbligatorie, atteso che, ai sensi dell'art. 253, (ex art. 190), Trattato CE, tutti i regolamenti comunitari vanno motivati, - raccolgono e sintetizzano l'insieme delle diverse esigenze tenute in considerazione e mediate dal legislatore comunitario.

Da un lato, si individua la necessita' che " per il buon funzionamento del mercato interno e' necessario che le procedure d'insolvenza transfrontaliere siano efficienti ed efficaci," (Punto due dei Considerando), e si riconosce che " le attivita' delle imprese presentano in maniera sempre piu' crescente implicazioni transfrontaliere e dipendono pertanto sempre piu' da norme di diritto comunitario. Poiche' anche l'insolvenza di tali imprese incide sul corretto funzionamento del mercato interno comunitario vi e' necessita' di un atto comunitario che imponga di coordinare i provvedimenti da prendere in ordine al patrimonio del debitore insolvente " (Punto tre dei Considerando).

L'intento fondamentale, esplicitato chiaramente nel punto quattro dei considerando, e' quello di evitare che le parti siano incentivate dalla difformita' degli ordinamenti giuridici a spostare beni o procedimenti giudiziari da uno Stato membro all'altro per migliorare la loro condizione giuridica, (c.d. forum shopping).

Dall'altro, il criterio informatore della complessa disciplina adottata e' quello della c.d. universalita' limitata o temperata, reso esplicito nell'undicesimo considerando, ove si da' atto realisticamente dell'impossibilita' di istituire un'unica procedura d'insolvenza valida per tutta la Comunita', in considerazione delle notevoli differenze esistenti tra i diritti nazionali sostanziali, e si dichiara, per un verso, di prevedere norme speciali sulla legge applicabile per alcuni diritti e rapporti giuridici particolarmente importanti, e, per altro verso, di prevedere accanto alla procedura principale d'insolvenza di carattere tendenzialmente universale, anche una procedura secondaria e locale che comprenda esclusivamente il patrimonio situato nello Stato d'apertura di quest'ultima (Punto undici Considerando).

Il regolamento si applica, ad eccezione della Danimarca, a partire dal 31/5/2002, a tutte le procedure d'insolvenza aperte negli Stati membri, in cui il centro degli interessi

principali del debitore sia situato nel territorio di uno Stato membro e purché l'insolvenza abbia carattere transnazionale (art. 43 Reg.).

Vengono escluse soltanto le procedure d'insolvenza che riguardano le banche, le imprese assicuratrici e gli intermediari finanziari, date le peculiarità proprie di tali attività che implicano la necessità di speciali previsioni, come rilevato nel punto 9 dei considerando.

Il regolamento è destinato a sostituire nelle relazioni tra gli Stati membri le convenzioni precedentemente stipulate, che mantengono vigore soltanto con riferimento alle procedure iniziate prima della sua entrata in vigore, ed è espressamente prevista la sua inapplicabilità in uno Stato membro soltanto se esso sia incompatibile con eventuali obblighi in materia fallimentare derivanti da una convenzione stipulata con Stati terzi prima della sua entrata in vigore (Art. 44 reg.) .

È quindi destinato a sostituire le vigenti convenzioni stipulate dall'Italia con Stati membri.

Esso disciplina i tre aspetti fondamentali della cooperazione giurisdizionale: 1) quello relativo alla competenza comunitaria per l'apertura della procedura; 2) quello relativo al riconoscimento delle decisioni negli Stati dell'Unione Europea; 3) quello relativo all'individuazione del diritto applicabile alla procedura.

La regola sulla competenza internazionale, - *rectius*, comunitaria, - si basa sulla distinzione tra il luogo in cui è situato il centro degli interessi principale del debitore, ove può essere aperta una procedura principale, ed il luogo in cui egli possiede una dipendenza, ove può essere aperta una procedura secondaria.

Il principio cardine che regola il riconoscimento della procedura d'insolvenza è fissato nell'art. 16 del Reg., che prevede l'immediata efficacia della decisione adottata in uno Stato membro, non appena essa produce effetto nello Stato d'apertura, anche quando il

debitore per la sua qualita' non puo' essere assoggettato ad una procedura d'insolvenza negli altri Stati membri.

La disciplina applicabile alla procedura e', infine, basata sulla dicotomia tra la regola generale posta nell'art. 4 del regolamento che individua in linea generale la lex fori concursus, sia con riferimento alla procedura principale che a quella secondaria, e le regole speciali contenute negli artt. successivi, che prevedono alcune deroghe fondate in parte su una serie di criteri di collegamento tipici del diritto internazionale privato, che com'e' stato osservato in dottrina, nel regolamento in esame, e' chiamato a funzionare quale eccezione alla regola generale, in una sorta di rovesciamento della funzione propria delle disposizioni di carattere internazionalprivatistico.

E', quindi, opportuno esaminare sinteticamente tutti e tre gli aspetti regolamentati dal legislatore comunitario, tenendo conto delle ricadute di tale complessa normativa uniforme sul versante del diritto interno.

4) LA DISCIPLINA ADOTTATA

A) Le regole di competenza comunitaria

Passando all'esame delle scelte concretamente adottate, va osservato che il legislatore comunitario, ha, innanzitutto, definito il campo d'applicazione del regolamento, dettando alcune definizioni, (art. 2 Reg.), e facendo riferimento ad un allegato nel quale sono elencate le procedure concorsuali considerate procedure d'insolvenza, che sembra aver valore ricognitivo, ed e' suscettibile di essere eventualmente modificato dal Consiglio con delibera a maggioranza qualificata da adottarsi su iniziativa degli Stati membri o su proposta della Commissione (art. 45 Reg.).

Nel suo campo d'applicazione, ai sensi dell'art. 1 del reg., rientrano le procedure che presentano le seguenti caratteristiche : 1) la concorsualita'; 2) l'insolvenza del debitore; 3) lo spossessamento totale o parziale del debitore; 4) la designazione di un curatore.

Da tale ampia definizione emerge che il regolamento non distingue a seconda che il debitore sia un imprenditore commerciale o meno, ne' a seconda che la procedura sia gestita da un'autorita' amministrativa o giurisdizionale; esso, inoltre, contempla uno spossessamento anche solo parziale, e configura il curatore con riferimento a soggetti che hanno la funzione di liquidare beni, o di amministrarli, o anche di sorvegliare la gestione degli affari.

In Italia, rientrano nel campo d'applicazione del regolamento oltre al fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, - com'e' stato chiarito in dottrina soltanto quando quest'ultima presupponga l'insolvenza, - il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza oggi disciplinata dal Decr. Legisl. n. 270/99, procedure tutte espressamente indicate negli elenchi allegati, che contemplano anche un riferimento espresso alle figure del Curatore e del Commissario.

E', naturalmente, da precisarsi che il regolamento si applichera' alle suddette procedure soltanto laddove esse abbiano carattere transnazionale e il debitore abbia sede principale dei suoi affari in uno Stato membro, come chiarito nel punto 14 dei considerando, dovendo, altrimenti, determinarsi la giurisdizione del giudice degli Stati membri in base al diritto interno, e non gia' secondo la disciplina comunitaria uniforme.

Il riferimento alle singole procedure previste dalle leggi nazionali comporta che restano regolate da ciascuna di queste ultime i presupposti soggettivi e oggettivi per la dichiarazione d'insolvenza che, in concreto, differiscono fortemente nei singoli Stati membri, sicche' il regolamento e' destinato ad applicarsi a procedure molto diverse tra loro purché si rinvenivano le caratteristiche essenziali in esso previste.

Le regole sulla competenza comunitaria, costituiscono espressione del principio

dell'universalità limitata, che informa tutto il regolamento, e si fondano sul criterio base di giurisdizione fondato sulla distinzione tra il luogo in cui è situato il “ centro degli interessi principali del debitore “ , - con l'opportuna previsione per le persone giuridiche della presunzione di coincidenza tra sede principale e sede legale, - e quello in cui egli possiede una “ dipendenza “

Nello Stato membro in cui è situato il centro degli interessi del debitore può essere aperta una procedura che aspira ad avere carattere universale ed è pertanto definita “ principale “.

Nello Stato membro in cui è situata una “ dipendenza “ può essere aperta una procedura territoriale, con effetti limitati ai beni che si trovano nel territorio dello Stato. Se è già aperta una procedura principale, la procedura territoriale è qualificata come secondaria ed, in tal caso, è destinata necessariamente ad assumere carattere liquidatorio (ai sensi del combinato disposto del punto 17 del considerando e dell'art. 3 reg.).

In due casi soltanto, la procedura territoriale può aprirsi prima di quella principale: 1) nel caso in cui in forza della legge nazionale dello stato ove si trova il centro degli interessi principali del debitore non possa aprirsi una procedura d'insolvenza principale, 2) ovvero nel caso in cui l'apertura di tale procedura sia richiesta da un creditore che abbia la propria sede nello Stato membro in cui è situata la dipendenza del debitore oppure che vanti un credito dipendente dall'esercizio di tale dipendenza.

Il regolamento, pertanto, attribuisce giurisdizione concorrente, - con norme chiaramente inderogabili, - al fine dell'apertura di una procedura sovranazionale d'insolvenza, sia ai giudici del luogo in cui il debitore ha il suo centro principale d'interessi, sia ai giudici del luogo ove egli ha una dipendenza, ma le conseguenze variano poiché, nel primo caso, in ossequio al principio d'universalità, la procedura

avra' carattere tendenzialmente universale, nel secondo caso, in ossequio al principio di territorialita', la procedura avra' soltanto effetti territoriali ai beni situati nello Stato membro.

Si tratta di una soluzione ragionevole e pragmatica che appare idonea a garantire un bilanciamento dei numerosi interessi coinvolti nella procedura, ed un'adeguata tutela dei creditori, atteso che la procedura secondaria non soltanto consente di tutelare gli interessi locali, ma costituisce, altresì un efficace strumento ausiliario del procedimento principale, soprattutto quando la sua apertura sia utile a consentire un'efficace amministrazione dei beni siti in un determinato Stato (punto 19 dei considerando).

Non rileva, invece, ai fini della giurisdizione, il luogo ove si trovano beni del debitore insolvente, che di per se' non costituisce titolo per l'apertura di una procedura d'insolvenza, neppure secondaria.

Il regolamento rimanda alla giurisprudenza la delimitazione del concetto di " centro degli interessi principali del debitore ", dato che soltanto il punto 13 dei considerando raccomanda che con tale nozione si dovrebbe intendere " il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e pertanto riconoscibile dai terzi la gestione dei suoi interessi ", mentre all'interno del regolamento non e' esplicita alcuna definizione.

Ne deriva che il giudice italiano potra' applicare i criteri ormai consolidati nella giurisprudenza del S.C. in materia: si pensi, per esempio, alla consolidata giurisprudenza formatasi in ordine all'effettivita' della sede delle persone giuridiche, ed alla presunzione iuris tantum della coincidenza tra sede legale ed effettiva.

Contiene, invece, una definizione di " dipendenza ", - intesa come qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore svolge in maniera non transitoria un'attivita' economica con mezzi umani e con beni (art.2 lett. h Reg.), - che appare molto ampia, potendo ricomprende all'evidenza una molteplicita' di attivita' anche non particolarmente

significative.

Cio', probabilmente, rappresenta un compromesso con la posizione di quegli Stati che volevano ricollegare l'apertura della procedura secondaria alla mera esistenza di beni sul territorio, posizione che e' stata disattesa dal legislatore comunitario, poiche' avrebbe rappresentato un vulnus eccessivo al principio dell'universalita' della procedura principale.

Data l'ampiezza della definizione, in sede di primi commenti, si e' suggerito di procedere ad un'interpretazione restrittiva del concetto di dipendenza, sicche', ad esempio, dovrebbe escludersi che possa ricomprendersi in tale nozione il caso della societa' controllata o collegata in ipotesi di gruppi societari.

E cio', sia per la autonomia soggettiva delle diverse persone giuridiche, sia poiche' il regolamento non si occupa in alcun modo dei gruppi, - date le ampie divergenze esistenti in ambito comunitario su questo tema, che sinora hanno impedito di approvare la direttiva societaria in materia di gruppi societari, - sia, infine, poiche' altrimenti la dichiarazione d'apertura di una procedura principale sulla capogruppo potrebbe condurre all'apertura di una procedura secondaria a carico della societa' figlia senza neppure l'accertamento dell'insolvenza di quest'ultima.

E' utile rilevare che le regole di competenza prescelte dal legislatore comunitario, sommariamente richiamate, ed in particolare la disciplina dell'insolvenza secondaria, imporranno al giudice italiano di distinguere tra procedure aventi finalita' liquidatoria e procedure aventi come finalita' il risanamento delle imprese, atteso che soltanto il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa potranno essere aperte in Italia, con riferimento ai beni situati nel territorio nazionale, allorquando sia gia' stata aperta una procedura principale all'estero avendo, in tal caso, la procedura secondaria una funzione meramente liquidatoria.

Come si e' piu' volte evidenziato, il regolamento permette, ed anzi prevede come ipotesi normale, il possibile concorso tra procedure diverse a carico del medesimo debitore insolvente.

Il principio d'universalita', in tali ipotesi, viene surrogato con un coordinamento assicurato, da un lato, attraverso la previsione dell'applicabilita' alla procedura secondaria della legge dello Stato membro in cui viene aperta, (art. 28 Reg.), e, dall'altro, attraverso la previsione dell'obbligo di stretta cooperazione tra i curatori, teso tra l'altro a garantire la par condicio, soprattutto nella fase di liquidazione e di distribuzione dell'attivo (art. 31 Reg.), pur restando in posizione di preminenza il curatore della procedura principale, che ha, tra l'altro, la facolta' di chiedere una sospensione temporanea della procedura secondaria al giudice di quest'ultima, ha comunque legittimazione preminente sul possibile esito della procedura secondaria attraverso procedimenti che prevedano piani di risanamento, concordati o altro ed al quale deve essere rimessa l'eventuale eccedenza della liquidazione dei beni da parte del curatore della procedura secondaria.

Com'e' stato incisivamente osservato in sede di primi commenti, infatti, il regolamento aspira a convogliare idealmente il ricavato delle varie procedure in una sorta di " attivo consolidato europeo ", da distribuire ai creditori indipendentemente dal loro luogo di residenza nel territorio dell'Unione, e nel rispetto della par condicio.

A tale fine, le regole fondamentali dettate dal regolamento prevedono che ciascun creditore deve essere informato dell'apertura della procedura ed ha diritto di insinuare il proprio credito per l'intero nella procedura principale e nella procedura secondaria.

Inoltre, mutuando una regola nota ai paesi di common law, si prevede che il creditore che in una procedura abbia recuperato una quota del proprio credito, puo' partecipare alle ulteriori ripartizioni effettuate in un'altra procedura soltanto quando i creditori dello

stesso grado abbiano ottenuto nell'altra procedura una quota equivalente.

E', inoltre, espressamente previsto che, dopo l'apertura della procedura il creditore che ottenga con qualunque mezzo, in particolare mediante azioni esecutive individuali, soddisfazione totale o parziale del proprio credito, con beni del debitore situati in un altro Stato membro, deve restituire al curatore cio' che ha ottenuto, se egli non vanta su tali beni un diritto reale o una riserva di proprieta'.

Alla stregua della regola da ultimo richiamata, puo' osservarsi che la mancata previsione, in seno al regolamento, del divieto di azioni esecutive individuali conseguente all'immediato riconoscimento della decisione d'insolvenza, e la conseguente possibile violazione della par condicio creditorum, viene riequilibrata dall'obbligo di restituzione di quanto eventualmente percepito al curatore della procedura d'insolvenza principale.

B) Il riconoscimento delle decisioni

Il sistema del regolamento, basato sulla reciproca fiducia tra Stati membri e teso alla creazione di uno spazio giuridico europeo in cui le procedure d'insolvenza siano " efficaci ed efficienti ", ha richiesto la previsione di meccanismi semplificati di circolazione delle decisioni.

Si e' cosi' espressamente previsto che le decisioni d'apertura di una procedura d'insolvenza sono riconosciute automaticamente in tutti gli Stati membri, non appena divenute efficaci in base al diritto dello Stato membro, senza necessita' di alcun procedimento di delibazione, e producono immediatamente gli effetti previsti dalla legge dello Stato d'apertura, senza altra formalita' (art. 17 Reg.).

Il riconoscimento avviene, quindi, sulla base del principio di reciproco affidamento tra gli Stati membri, sicche' non e' prevista alcuna verifica sulla competenza del giudice che ha emesso la decisione in un altro Stato membro.

Uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere la decisione soltanto se essa sia suscettibile di produrre effetti contrari all'ordine pubblico, ed è precisato che ciò non può mai configurarsi in relazione al fatto che il debitore, per la sua qualità, non possa essere assoggettato a procedura d'insolvenza negli altri Stati membri (art. 16 par. 1).

L'apertura di una procedura è soggetta a pubblicità, secondo le regole dello Stato in cui la si esegue, ed alla pubblicità è collegata la presunzione, sino a prova contraria, della conoscenza o meno della procedura, che è decisiva per escludere o meno la liberazione del debitore che abbia effettuato una prestazione in favore del soggetto insolvente (art. 24 punto 2 Reg.).

La decisione produce in ogni Stato membro gli effetti previsti dalla legge dello Stato d'apertura, ed il curatore potrà, quindi, esercitare i suoi poteri, sulla base della legge dello Stato d'apertura, anche nel territorio di un altro Stato membro, finché non venga aperta in quest'ultimo una procedura secondaria e nominato l'altro curatore al quale si applicherà la legge dello Stato membro che ha aperto la procedura secondaria, fermo restando ovviamente l'obbligo di collaborazione (art. 17 Reg.).

In particolare, ai sensi dell'art. 18 del Reg., il curatore della procedura principale, sinché non venga aperta la procedura secondaria, potrà trasferire fuori dal territorio dello Stato membro in cui si trovano i beni del debitore, fatte salve le disposizioni di cui agli artt. 5 e 7 del regolamento che si analizzeranno in seguito.

Una volta emessa la decisione di apertura di una procedura principale in uno Stato membro, resta esclusa la possibilità di aprire un'altra procedura principale in altri Stati membri, potendosi soltanto aprire una procedura secondaria, senza necessità di accertare lo stato d'insolvenza.

Ne deriva che, nel sistema del regolamento comunitario, il conflitto positivo tra le diverse giurisdizioni nazionali resta escluso in radice, in applicazione del principio di

priorita'.

Non e' stato, invece, regolamentato il caso di possibile conflitto negativo tra le diverse giurisdizioni, nel quale, cioe', ciascun giudice nazionale si dichiara incompetente ad aprire la procedura principale ritenendo competente il giudice di altro Stato: in tal caso, esperiti i rimedi interni propri di ciascun ordinamento, il conflitto resta irrisolto e vi sara' soltanto la possibilita' di aprire una procedura territoriale.

Di particolare importanza e', inoltre, l'art. 25 del regolamento che estende il principio del riconoscimento automatico anche alle decisioni relative allo svolgimento ed alla chiusura di una procedura d'insolvenza pronunziate da un giudice la cui decisione d'apertura sia stata riconosciuta, nonche' alle decisioni strettamente connesse, anche se pronunziate da altro giudice, le quali sono anch'esse immediatamente riconosciute in ogni Stato membro.

Tale disciplina, sul versante italiano, significa, innanzitutto, che il criterio di competenza interna dettato dall'art. 24 L.F., - secondo cui, com'e' noto, il Tribunale che ha dichiarato il fallimento e' competente a conoscere tutte le azioni che derivano ecc. , - da' luogo oggi a decisioni che sono immediatamente riconosciute negli Stati membri, dovendosi ricomprendere nel concetto di causa " strettamente connessa " quelle aventi ad oggetto i procedimenti di insinuazione al passivo fallimentare, ed anche quelle aventi ad oggetto le azioni revocatorie.

Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni dovrebbe, inoltre, condurre ad un coordinamento delle giurisdizioni nazionali nei giudizi d'accertamento del passivo.

Va, invero, osservato che, nel caso in cui si verifichi la contemporanea pendenza di una procedura principale e di una procedura secondaria in due diversi Stati membri, e' stato espressamente previsto che ogni creditore possa insinuare al passivo il proprio credito, sia nella procedura principale sia in quella territoriale, ma non e' stata dettata

alcuna disciplina sulla litispendenza comunitaria.

Puo', quindi, sussistere piu' di un giudizio per l'accertamento dello stesso credito davanti a due giudici nazionali diversi, con evidente duplicazione di attivita'.

Tuttavia, com'e' stato osservato in dottrina, l'assenza di norme sulla litispendenza potrebbe essere bilanciata dal raccordo successivo tra le decisioni, nel senso che le decisioni sull'accertamento del passivo, una volta emesse da uno dei giudici di uno Stato membro, in forza del principio di riconoscimento automatico posto dal regolamento, dovrebbero condurre alla caducazione dei giudizi, aventi ad oggetto l'accertamento dei medesimi crediti gia' insinuati nella procedura principale, che siano ancora pendenti innanzi alla giudice di procedure d'insolvenza aperte in altri Stati membri.

Per l'esecuzione delle decisioni in esame, a differenza di quelle di apertura, e' previsto, invece, un procedimento di exequatur attraverso il rinvio alle norme della Convenzione di Bruxelles, che, com'e' noto, oggi, e' stata sostituita dal reg. n. 44/01 (art. 25 reg.).

Il rinvio contenuto nell'art. 25 del regolamento n. 1346/00 alla Convenzione di Bruxelles e', a partire dal 1/3/2002, da intendersi effettuato agli articoli da 38 a 58 del reg. n. 44/01, a norma dei quali il giudice adito, - che in Italia e' la Corte d'Appello, la cui competenza si affianca, quindi, a quella del Tribunale Fallimentare, in tema d'insolvenza transfrontaliera, - puo' rigettare l'istanza soltanto se la decisione da eseguirsi e' contraria all'ordine pubblico.

E', invece, espressamente previsto nel regolamento, (Art. 25 par. 3 del Reg.) che gli Stati membri sono esonerati dall'obbligo di riconoscere una decisione che abbia come effetto quello di limitare la liberta' personale o il segreto epistolare.

C) Il diritto applicabile

Il regolamento stabilisce una serie di norme uniformi di conflitto di legge che sono

destinate a sostituire le eventuali norme interne di diritto internazionale privato preesistenti in taluno degli Stati membri.

Com'è stato evidenziato in dottrina, sotto tale profilo, il regolamento in esame costituisce una novità assoluta nel panorama normativo internazionale, dato che strumenti, anche recenti, di regolamentazione internazionale della insolvenza transfrontaliera non si sono quasi mai dati carico di regolamentare i problemi di legge applicabile, e che neppure i legislatori nazionali, nel riformare i propri sistemi di diritto internazionale privato, hanno dettato simili norme, com'è accaduto anche in Italia con la riforma del sistema di diritto internazionale privato.

Rispetto alle precedenti esperienze normative, quindi, il regolamento in esame costituisce un rilevante salto di qualità, tanto per l'analicità e la completezza della disciplina adottata, quanto per l'originalità di alcune delle soluzioni adottate, tanto da essere stato definito in dottrina “ un vero e proprio piccolo codice di diritto internazionale privato fallimentare “.

E' stato, inoltre, evidenziato in dottrina che, in alcune delle disposizioni contenute negli artt. da 4 a 15 del regolamento, il legislatore comunitario non si è limitato a stabilire criteri uniformi per individuare la legge applicabile a determinate fattispecie, attraverso l'enunciazione di criteri di collegamento, ma ha introdotto norme che possono definirsi di carattere materiale uniforme, spingendosi a regolamentare direttamente alcuni rapporti giuridici, in ambito comunitario, con norme sostanziali che si inseriscono negli ordinamenti nazionali, sostituendosi ad eventuali norme preesistenti. Cio' è stato fatto fondamentalmente allo scopo di sottrarre determinati rapporti giuridici, particolarmente delicati, agli effetti dell'apertura della procedura d'insolvenza, come avviene nelle ipotesi contemplate nell'art. 5 Reg. in tema di diritti reali, e nell'art. 7 Reg. in tema di riserva di proprietà'.

La nuova normativa si fonda sulla distinzione tra una norma di carattere generale ed alcune norme che ad essa derogano in rapporto di specialità'.

La norma generale è quella contenuta nell'art. 4 Reg., secondo cui la legge regolatrice della procedura d'insolvenza e dei suoi effetti è quella dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura.

La disposizione in esame va, naturalmente, letta in combinato disposto con quella dell'art. 28 Reg., già richiamata, che, nel caso di concorso tra una procedura principale e secondaria, prevede per quest'ultima l'applicabilità della legge dello Stato membro nel cui territorio essa è aperta, limitatamente ai beni che ivi si trovano.

In termini generali, va evidenziato che la c.d. *lex fori concursus* determina, tra l'altro, i presupposti soggettivi ed oggettivi per la dichiarazione d'insolvenza, i beni assoggettati allo spossessamento, i poteri del debitore e del curatore, gli effetti sui contratti in corso e sulle azioni esecutive individuali, i procedimenti per l'accertamento del passivo, le regole sulla distribuzione del ricavato, le condizioni e gli effetti della chiusura ecc. (cfr. art. 4 Reg.).

L'applicazione della *lex concursus*, nel sistema del regolamento comunitario, incontra, tuttavia, una serie di limiti, volti a tenere conto delle interferenze che, con essa, possono avere le singole leggi nazionali regolatrici dei rapporti interessati dalla procedura, sulla base delle quali tali rapporti sono sorti e sono stati regolamentati.

L'esistenza di tali norme speciali costituisce l'applicazione più evidente del principio della "universalità attenuata" che sorregge l'intero impianto normativo del regolamento n. 1346/00.

In una serie di casi espressamente previsti negli artt. da 5 a 15 Reg., infatti, il regolamento sottrae alcuni diritti su beni situati in Stati membri diversi da quello d'apertura, ovvero alcuni rapporti giuridici espressamente indicati, alla "presa" della

lex concursus, per rimettere ad una legge diversa la disciplina degli effetti derivanti su di essi dall'apertura della procedura, ovvero per dettare esso stesso una disciplina di diritto materiale uniforme.

Cio' avviene per diritti e rapporti giuridici di particolare importanza, che, in sintesi sono costituiti dai seguenti: i diritti reali dei terzi, la riserva di proprietà, la compensazione, i contratti relativi a beni immobili, i diritti e le obbligazioni dei partecipanti ad un sistema di pagamento o a un mercato finanziario, i contratti di lavoro, i diritti oggetto di iscrizione in un pubblico registro, i brevetti ed i marchi comunitari, gli atti pregiudizievoli, i diritti dei terzi acquirenti dopo l'apertura di una procedura di beni immobili o di mobili registrati, gli effetti della procedura di insolvenza sui procedimenti pendenti (artt. da 5 a 15 Reg.).

Si tratta di una serie di disposizioni normative molto complesse, che differiscono profondamente nel loro contenuto, atteso che, mentre alcune di esse costituiscono vere e proprie norme di diritto internazionale privato uniforme, che utilizzano la tecnica classica dell'individuazione di un unico criterio di collegamento posto direttamente dal regolamento, o che, pur utilizzando il rinvio ad un diverso criterio di collegamento, lo individuano con riferimento ad una norma di conflitto c.d. di secondo grado, altre norme, invece, maggiormente innovative, si spingono esse stesse a disciplinare gli effetti dell'apertura di una procedura d'insolvenza transfrontaliera sui singoli rapporti ivi contemplati.

Appartengono alla prima categoria: le norme contenute nell' art. 8, relativo ai contratti aventi ad oggetto beni immobili, nell'art. 11, relativo agli effetti sui diritti soggetti a iscrizione in pubblici registri di immobili navi ed aereomobili, nell'art. 14, relativo alla tutela del terzo acquirente di immobili, navi ed aereomobili soggetti ad iscrizione in pubblico registro, dopo la apertura della procedura, nell'art. 15 relativo agli effetti della

procedura.

Tutte queste norme, infatti, fanno riferimento a criteri di collegamento precisamente individuati dal regolamento, rispettivamente, con riferimento alla legge dello Stato membro ove si trova l'immobile (*lex rei sitae*), alla legge dello Stato membro sotto la cui autorità si tiene il registro, o alla legge dello Stato membro presso cui pende il procedimento giudiziario.

Appartengono, altresì, alla medesima categoria di norme di diritto internazionale privato, anche le norme di cui all'art. 6 sulla compensazione, all'art. 9 sui sistemi di pagamento e mercati finanziari, ed all'art. 10 relativo ai contratti di lavoro.

Anche in tali casi, infatti, per individuare la legge applicabile al singolo rapporto si fa riferimento ad una diversa norma di conflitto che, - seppure non è individuata direttamente nel regolamento, - tuttavia, va ricercata attraverso un richiamo ad una norma preesistente, con riferimento, rispettivamente, alla legge applicabile al credito del debitore insolvente, o alla legge dello Stato membro applicabile a tale sistema di pagamento o a tale mercato, o infine alla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro.

Appartengono, invece, alla seconda categoria le norme di cui agli artt. 5, 7, 12 e 13 che appaiono particolarmente interessanti per la tecnica normativa utilizzata dal legislatore comunitario.

In particolare, ai sensi dell'art. 5, l'apertura della procedura non pregiudica i diritti reali del creditore o del terzo su beni mobili o immobili, materiali o immateriali, di proprietà del debitore che si trovano, al momento dell'apertura della procedura nel territorio di uno Stato membro.

Cio' significa che, pur spettando alla legge dello Stato d'apertura stabilire quali beni fanno parte della massa attiva, e potendo il curatore acquisire tali beni anche se situati

all'estero, tuttavia, il titolare del diritto reale conserva tutti i suoi diritti sul bene in questione, potendo soddisfarsi su di esso senza subire gli effetti della procedura, e correlativamente, il curatore ha diritto di rispettare tali diritti.

Di grande rilievo è anche la previsione di cui all'art. 7 del regolamento in esame, che è dettata al fine di salvaguardare i diritti della parte in bonis, nell'ambito di un contratto di compravendita con riserva di proprietà, atteso che in tal caso il legislatore comunitario non si limita a richiamare attraverso l'enunciazione di un criterio di collegamento alcuna legge nazionale, ma, in presenza di alcune condizioni, costituite dalla presenza del bene in altro Stato membro e dall'avvenuta consegna nel caso d'insolvenza del venditore, detta esso stesso la disciplina materiale applicabile alla fattispecie, facendo salvi i diritti derivanti dal contratto di vendita con riserva di proprietà, indipendentemente dalle diverse previsioni della legge dello stato d'apertura della procedura o anche da quelle della *lex contractus* o dalla *lex fori*.

Del tutto peculiare è anche la disciplina degli atti pregiudizievoli contemplata nell'art. 13, in base al quale la *lex concursus* non si applica, allorché colui che ha beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori prova che tale atto è soggetto alla legge di uno Stato membro diverso da quello di apertura e che tale legge non consente di impugnare l'atto con alcun mezzo.

La ratio di questo compromesso comunitario, - secondo cui per gli atti pregiudizievoli la legge applicabile è quella del concorso ma si applica la *lex contractus* se altra legge non consente l'impugnativa dell'atto con nessun mezzo, - è quella di tutelare la certezza delle transazioni commerciali negli Stati membri diversi da quello d'apertura.

In conformità a tale ratio, dovrebbe, quindi, ritenersi che per la deroga sia sufficiente che l'atto sia intangibile nello Stato della *lex contractus* proprio quale atto pregiudizievole, restando irrilevante la possibile invalidazione che non possa farsi

valere dal curatore o che possa farsi valere con impugnazioni diverse da quelle previste per gli atti pregiudizievoli.

Peculiare e', infine, anche la norma di cui all'art. 12 in tema di marchi e brevetti comunitari, atteso che con essa il legislatore comunitario ha previsto che i diritti di privativa industriale possono essere inclusi soltanto in una procedura d'insolvenza principale e giammai in una procedura secondaria.

5) PROFILI PROBLEMATICI

La particolare complessita' della disciplina posta dal regolamento n. 1346/00 appare essere possibile fonte di rilevanti dubbi interpretativi, sia con riferimento al contenuto dello stesso regolamento, che come ogni atto normativo deve essere interpretato, sia con riferimento all'impatto che la nuova normativa avra' nel sistema concorsuale del diritto italiano.

Sotto il primo aspetto, si pensi, esemplificando, al dubbio che puo' sorgere nel caso in cui uno dei criteri di collegamento previsti nel regolamento faccia riferimento alla legge danese, atteso che la Danimarca non e' vincolata al regolamento: puo' la legge danese considerarsi legge di uno Stato membro, - come sembra preferibile, - o deve considerarsi alla stessa stregua della legge di uno Stato terzo?

Ovvero, si pensi al dubbio che fanno sorgere quei criteri di collegamento che non contengono il rinvio espresso ad uno Stato membro, quali ad es. l'art. 6 e 14 Reg.: possono essi funzionare anche nel caso in cui ad essere richiamata sia la legge di uno Stato terzo, con conseguente ampliamento dell'operativita' dei criteri di collegamento in ambito extracomunitario?

Sotto il secondo aspetto, la disciplina comunitaria implichera' la soluzione di alcune questioni che possono apparire problematiche nell'ambito del diritto italiano, tenuto conto della molteplicita' e delle diverse caratteristiche che hanno le numerose procedure

concorsuali previste nel nostro ordinamento.

Si e' gia' accennato, per esempio, alla necessita' di distinguere tra procedure liquidatorie e non, nel caso di apertura di una procedura d'insolvenza secondaria in Italia, dato che la norma comunitaria consente che quest'ultima venga aperta soltanto con finalita' liquidatoria, con conseguente limitazione delle procedure secondarie in Italia solo al fallimento ed all'amministrazione straordinaria.

Inoltre, in relazione ad una procedura d'amministrazione straordinaria, l'apertura di una procedura d'insolvenza principale all'estero provochera' inevitabilmente la conversione dell'indirizzo di ristrutturazione economica e finanziaria eventualmente prescelto nel diverso indirizzo liquidativo di cessione dei complessi aziendali.

Ancora, si potrebbe pensare all'ipotesi d'apertura di una procedura principale all'estero a carico di un debitore che non rivesta la qualita' di imprenditore commerciale ed alla possibilita' di aprire una procedura secondaria in Italia a carico di quest'ultimo, anche se secondo le norme interne non sarebbe assoggettabile al fallimento.

A tal fine, e' bene avvertire che l'interprete non puo' trascurare il fatto che si tratta di una fonte comunitaria, sicche' si dovranno utilizzare i criteri interpretativi del diritto comunitario sviluppati dalla Corte di Giustizia, e si potra' dare spazio a canoni e nozioni stabiliti dal diritto interno soltanto laddove cio' sia consentito dallo stesso regolamento.

A tale delicata opera interpretativa potra' concorrere anche la Corte di Giustizia nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 (ex art. 177), del Trattato CE che, in questa materia, va letto in combinato disposto con l'art. 68 (ex art. 73P) del Trattato.

In proposito, va, tuttavia, osservato che l'intervento della Corte assume una portata piu' ridotta rispetto ai casi d'intervento contemplati dall'art. 234 citato, perche', da un lato,

l'art. 68 ha limitato la possibilità attribuita in via generale ai giudici degli Stati membri di adire la Corte di Giustizia, prevedendo che il potere di adire la Corte per una interpretazione degli atti comunitari promulgati ai sensi del Titolo IV e segnatamente previsti nell'art. 65 (ex art. 73M) spetta ai soli giudici di ultima istanza.

E dall'altro, poiché il regolamento utilizza una nozione di " giudice " rilevante ai suoi fini, che non comprende soltanto un organo giudiziario, ma anche qualsiasi altra autorità competente in uno Stato membro ad aprire una procedura d'insolvenza, mentre ai sensi dell'art. 68 e 234 del Trattato il potere di richiedere l'intervento ermeneutico della Corte spetta soltanto ad una giurisdizione di uno Stato membro.

Non va dimenticato, tuttavia, che la nozione di " giurisdizione di uno Stato membro ", secondo la stessa Corte di Giustizia, necessita di un'interpretazione comunitaria tesa ad assicurare uniformità di applicazione del diritto comunitario negli Stati membri ed, a tal fine, la stessa Corte ha elaborato alcuni caratteri generali idonei ad individuare il concetto in termini di particolare ampiezza.

6) CONCLUSIONI

Si è ripetutamente sottolineato che non è richiesto alcun intervento legislativo e che il regolamento n. 1346/00 è, come tale, immediatamente applicabile negli Stati dell'Unione Europea.

Sembra, tuttavia, auspicabile un intervento dei legislatori nazionali per assicurare la piena conformità dell'ordinamento interno alle regole poste dal regime comunitario.

Del resto, l'applicazione del regolamento dovrebbe fare da volano per una maggiore armonizzazione dei diversi diritti nazionali e per il graduale ravvicinamento degli ordinamenti in materia concorsuale.

Allo stato, la nuova disciplina rappresenta sicuramente un notevole progresso rispetto

alle soluzioni disomogenee del passato nell'ambito comunitario.

Il nuovo sistema appare equilibrato ed improntato ad sano realismo, ed e' tale da consentire una prevedibilita' delle soluzioni da dare alla crisi dell'impresa transfrontaliera in ambito comunitario, in vista della necessita' di garantire una tutela dei soggetti coinvolti nella crisi dell'impresa e di delimitare l'area dei possibili abusi e delle possibili frodi da parte del debitore insolvente.

Dr.ssa Concetta Pappalardo Reale

Panzani Luciano, Il regolamento sulle procedure d'insolvenza, Relazione tenuta presso la Corte d'Appello di Torino nell'ambito della formazione decentrata del CSM.

Proto Vincenzo, Regolamento UE sulle procedure d'insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano, in *Fallimento*, 2000, 709

Starace Vincenzo, La disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2/2002, 295 e segg.

Vitalone Vincenzo, Il regolamento n. 1346 del 2000 del Consiglio delle Comunità Europee relativo alle procedure d'insolvenza, *Giust. Civ.* 2002, II, 317.