zione delle decisioni in materia civile e commerciale, la decisione del genere di quella del giudice civile francese basata sull'art. 99 della legge francese 13 luglio 1967, n. 563 e che condanna i dirigenti di fatto di una persona giuridica a versare una determinata somma alla massa del fallimento.

Kutscher Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart Donner Pescatore

Sørensen O'Keeffe Bosco Touffait

Così deciso e pronunziato a Lussemburgo, il 22 febbraio 1979.

Il Cancelliere

A. Van Houtte

Il Presidente

H. Kutscher

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GERHARD REISCHL DEL 7 FEBBRAIO 1979 [1]

Signor Presidente,
signori Giudici,

Nel marzo 1974 la società francese a responsabilità limitata Fromme France Manutention, con sede in Parigi, veniva dichiarata fallita dopo che la società madre tedesca era fallita a sua volta. Curatore veniva nominato il richiedente e ricorrente nella causa principale. Giacché l'attivo della società francese non era sufficiente a coprire i debiti, nel giugno 1974, ad iniziativa del curatore, veniva coinvolto nel fallimento l'opponente e resistente nella causa principale, amministratore della società madre tedesca e — a quanto pare, dal 1971 — anche amministratore della società francese, nella sua qualità di dirigente di fatto di questa. Ciò avveniva a norma della legge francese 13 luglio 1967, n. 563 «sur le règle-

1 — Traduzione dal tedesco.

ment judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banque-routes», il cui art. 99 recita:

«Qualora in un procedimento di concordato o di fallimento di una persona giuridica risulti che l'attivo è insufficiente, il giudice, ad istanza del curatore del concordato o del fallimento o anche d'ufficio, può porre i debiti della società, in tutto o in parte, in solido o separatamente, a carico di tutti i dirigenti della società stessa, siano essi legali o di fatto, palesi od occulti, retribuiti o non retribuiti, oppure di alcuni fra essi.

Il diritto si prescrive in tre anni a partire dall'esecutività dello stato passivo. In caso di risoluzione o d'annullamento del concordato la prescrizione, che è sospesa per tutta la durata del concordato, ricomincia a decorrere. Il curatore dispone tuttavia per l'esperimento dell'azione di un nuovo termine che non può in alcun caso essere inferiore ad un anno.

Per liberarsi dalla loro responsabilità i dirigenti devono provare di aver spiegato nell'amministrazione tutta l'attività e la diligenza necessarie.»

Il Tribunale commerciale di Parigi accoglieva la domanda. Nel marzo 1976 la sentenza veniva parzialmente riformata dalla Corte d'appello di Parigi. Secondo l'ultima pronunzia, l'opponente deve pagare, su un saldo passivo di FF 859 575,39, la somma di FF 743 563,15 oltre alle spese della causa d'appello, detratti gli onorari di un avvocato. A parte ciò, la Corte d'appello confermava la sentenza del Tribunale commerciale nella parte in cui, a norma dell'art. 108 della sopra menzionata legge 67-563, dichiarava l'opponente decaduto dal diritto di dirigere, amministrare o sorvegliare un'impresa commerciale.

Onde poter fare eseguire questa sentenza, contro la quale è stato proposto ricorso in cassazione, nella Repubblica federale di Germania — quanto meno nella parte in cui l'opponente è stato condannato a pagare — il curatore chiedeva, a norma dell'art. 31 della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in prosieguo: «la Convenzione sull'esecuzione», ch'essa fosse munita della formula esecutiva. Nell'aprile 1977 il giudice competente, presidente della prima Sezione civile del Landgericht Limburg/Lahn, accoglieva l'istanza, disponendo però che l'esecuzione forzata non potesse andare oltre i provvedimenti cautelari fino a che il creditore non avesse provato che l'esecuzione stessa poteva aver luogo senza li-

mitazioni, e che il debitore poteva sottrarsi ai provvedimenti cautelari prestando cauzione per FF 743 563,15.

Su opposizione del debitore, questo provvedimento veniva annullato dall'Oberlandesgericht di Francoforte sul Meno con ordinanza 7 settembre 1977 e l'istanza di apposizione della formula esecutiva veniva disattesa con la motivazione che la condanna, a norma della sopra menzionata legge francese, del dirigente di fatto di una società fallita traeva fondamento dal fallimento della società e rimaneva collegata al procedimento concorsuale. Di conseguenza, la causa rientrava nel fallimento ed esulava dal campo di applicazione della Convenzione sull'esecuzione che all'art. 1 di questa viene delimitato come segue:

«La presente convenzione si applica in materia civile e commerciale e indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale.

Sono esclusi dal campo d'applicazione della presente convenzione:

1° ...

2° i fallimenti, i concordati ed altre procedure affini;»

Il richiedente nella causa principale ritiene erronea questa qualificazione. A suo parere, l'essenziale è che l'art. 99 della legge francese contempla un caso speciale di responsabilità di *diritto civile* che dev'essere fatta valere dal curatore del fallimento in una causa civile. Egli è quindi ricorso in cassazione dinanzi al Bundesgerichtshof.

Questo, ritenendo che l'interpretazione del citato art. 1 della Convenzione sull'esecuzione non fosse del tutto chiara, a norma dell'art. 3 del protocollo relativo all'interpretazione della Convenzione stessa ha sospeso il procedimento ed ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la sentenza di condanna a pagare alla massa fallimentare, pronunziata dal giudice civile francese — in forza dell'art. 99 della legge francese 13 luglio 1967, n. 67-563 — nei confronti del dirigente di fatto di una persona giuridica, vada considerata come emessa in un fallimento o altra procedura affine (art. 1, 2° comma, n. 2, della Convenzione), ovvero come una decisione in materia civile e commerciale (art. 1, 1° comma, della Convenzione).»

In proposito, questo è il mio punto di vista:

1. L'opponente ha espresso dubbi circa il modo in cui la questione è formulata. A suo parere verrebbe chiesta alla Corte — cosa inammissibile — la qualificazione del procedimento di cui all'art. 99 della legge francese n. 67-563, cioè la sussunzione tra le nozioni della Convenzione sull'esecuzione. Ciò costituirebbe una vera e propria applicazione del diritto nel caso concreto — vietata alla Corte in sede di interpretazione — per di più relativa al diritto nazionale.

Bisogna ammettere questo punto di vista e ritenere che il compito della Corte consiste unicamente — e in questo senso si deve intendere la questione — nell'interpretazione astratta del diritto comunitario e nell'eventuale elaborazione a tale scopo dei criteri rilevanti per l'art. 1, 2° comma, n. 2, della Convenzione sull'ese-

cuzione. D'altro canto è pure evidente che ciò può avvenire solo tenendo conto dei problemi della causa principale e che le particolarità della normativa nazionale, purché pacifiche, possono essere prese in piena considerazione.

2. Un primo punto si può dare per acquisito senza alcuna difficoltà. Quando la Convenzione sull'esecuzione, all'art. 1, 2° comma, n. 2, dichiara che essa non si applica ai fallimenti, ai concordati ed altri procedimenti affini, non si tratta certo del rinvio alle definizioni del diritto nazionale, di quello dello Stato della sentenza o dello Stato dell'esecuzione. Abbiamo invece a che fare con una nozione di diritto comunitario da interpretarsi autonomamente, tenendo conto dello scopo e della struttura della Convenzione sull'esecuzione nonché dei principi giuridici generali che possono esistere in questo campo negli Stati membri. Secondo me — come pure secondo tutti i partecipanti al procedimento — ciò si desume chiaramente dalle considerazioni contenute nella sentenza 29/76 *(LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG/Eurocontrol,* 14 ottobre 1976, Racc. 1976, pag. 1541) a proposito della nozione, del pari contenuta nell'art. 1 della Convenzione, di «materia civile e commerciale». Se questo vale per la nozione stessa che caratterizza il campo d'applicazione della Convenzione, la situazione non può essere diversa per le nozioni relative alle eccezioni alle Convenzione. Nell'interesse dell'uniforme applicazione di questa, anche quelle devono manifestamente essere definite in modo unitario. Una diversa interpretazione sarebbe in contrasto con l'evidente volontà comune degli autori della Convenzione sull'esecuzione, secondo la quale la sfera di validità di questa doveva confinare senza soluzione di continuità con quella della Convenzione sul fallimento, a quel tempo in preparazione (cfr. Schlosser, *Konkurs und konkursähnliche Verfahren im geltenden Europarecht,* in Festschrift für Friedrich Weber, 1975, pag. 396).

3. Prima di passare all'interpretazione della nozione «fallimenti, concordati ed altre procedure affini», mi sia lecito riassumere quanto è stato detto in corso di causa a chiarimento della responsabilità dei dirigenti di persone giuridiche, responsabilità che trova il proprio fondamento nell'art. 99 della legge francese n. 67-563, e che manifestamente non ha riscontro negli ordinamenti giuridici di altri Stati membri.

Per quanto mi consta, in Francia — come del resto negli ordinamenti di tutti gli Stati membri — la responsabilità dei dirigenti di persone giuridiche era contemplata solo dal diritto delle società. I membri del consiglio di amministrazione di una società per azioni — per le società a responsabilità limitata il regime era analogo — erano responsabili secondo i principi generali, cioè per dolo e colpa nella condotta degli affari come il mandatario retribuito del *Code civil.*

Nel 1940 vi fu per le società per azioni l'innovazione, che nel 1953 fu estesa anche alle società a responsabilità limitata, consistente nel fatto che il passivo accer-

tato in occasione del fallimento di una persona giuridica, in caso di insufficienza dell'attivo poteva essere posto a carico dei dirigenti della persona giuridica stessa. Anche qui — come ci è stato detto — si sarebbe trattato in realtà di responsabilità per dolo e colpa. La novità sarebbe consistita essenzialmente nell'inversione dell'onere della prova, cioè il dirigente avrebbe potuto liberarsi dalla responsabilità solo provando di aver spiegato la diligenza e l'attività dovute dal mandatario retribuito. La responsabilità non dipendeva poi dall'accertamento di un danno e la giurisprudenza l'aveva estesa ai dirigenti di fatto di una persona giuridica; il giudice poteva decidere discrezionalmente se e quali fra i dirigenti di una persona giuridica dovessere rispondere dei debiti.

La legge n. 67-563 è andata ancora oltre. Come è detto nel parere giuridico — prodotto dall'opponente — essa ha ulteriormente accentuato gli aspetti di diritto fallimentare della responsabilità dei dirigenti di persone giuridiche. Non vi è più alcun richiamo — e ciò vale tanto per i dirigenti legali quanto per quelli di fatto — ai principi generali del diritto delle obbligazioni; non ci si riferisce più all'attività ed alla diligenza del mandatario retribuito. In relazione a ciò, non è più sufficiente — e per questo si dovrebbe parlare di presunzione di responsabilità più che di presunzione di colpa — la prova che nella condotta degli affari non vi sono state deficienze; il dirigente di una persona giuridica deve invece provare di aver fatto tutto il possibile per tutelarne gli interessi. A parte ciò, non va dimenticato — e questo si desume già dalla lettera del sopra citato art. 99 della legge francese — che il dirigente di una persona giuridica può essere citato in giudizio non solo dal curatore del fallimento o del concordato, ma anche, d'ufficio, dal giudice del fallimento. È inoltre rilevante che l'azione si prescrive in tre anni dall'esecutività dello stato passivo, che in caso di inadempimento il tribunale «apre il procedimento di concordato o di fallimento nei confronti del patrimonio di quei dirigenti a carico dei quali sono stati posti in tutto o in parte i debiti della società» (art. 100) e che «nei confronti del fallito o — nel caso di una persona giuridica di diritto commerciale — di coloro che la dirigono legalmente o di fatto, palesemente o di nascosto, a pagamento o gratuitamente» il giudice «può dichiarare il fallimento personale o imporre il divieto di dirigere, amministrare o controllare un'impresa commerciale o comunque una persona giuridica» (art. 108).

4. Vorrei inoltre premettere alcune osservazioni relative al metodo interpretativo.

a) Come sapete la Commissione, richiamandosi alla relazione Jenard relativa alla Convenzione sull'esecuzione, ha sostenuto la necessità di interpretare estensivamente le disposizioni relative al suo campo d'applicazione, giacché si tratta di un accordo generale, ed interpretare viceversa restrittivamente le eccezioni contemplate, allo scopo di garantirne l'efficacia pratica.

In proposito, anche se non è necessario criticare questa tesi in linea di principio, va detto che appare perlomeno dubbio che essa possa valere in un settore, come quello del fallimento, per il quale è del pari prevista una convenzione, ed anzi

una convenzione a proposito della quale si deve ritenere che, pur se non è stato possibile metterla in vigore contemporaneamente a quella sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione — come originariamente progettato — la sua elaborazione sarà ben presto terminata. In questo campo — se non mi sbaglio, l'affermazione tratta dalla relazione Jenard è stata fatta in un altro contesto — si deve effettivamente prevedere che fra poco esisterà una normativa uniforme sul piano comunitario ed efficace non meno della Convenzione sull'esecuzione. D'altro canto non si può negare che l'interpretazione estensiva di questa implica dei rischi di sconfinamento nella competenza a concludere la Convenzione sul fallimento.

In ogni caso, circa la proposta d'interpretare estensivamente la Convenzione sull'esecuzione va detto che una siffatta delimitazione del suo campo d'applicazione appare fuori luogo qualora sia incompatibile con la natura della cosa, cioè in base agli oggetti dei settori da delimitare.

b) Gli argomenti della Commissione hanno poi dato l'impressione che essi abbiano il loro punto focale nel progetto preliminare di Convenzione sul fallimento, che ci è stato prodotto.

Anche questo mi sembra discutibile e sono al contrario d'opinione che la chiave interpretativa va ricercata nella Convenzione già in vigore. Anche se è infatti lecito supporre che molte disposizioni del progetto preliminare si ritroveranno verosimilmente nella versione definitiva, in proposito non vi è alcuna certezza. Ciò appare proprio dall'art. 12 del progetto preliminare, citato in corso di causa. In origine esso era del seguente tenore:

«I giudici dello Stato contraente in cui è stato dichiarato il fallimento di una società o di una persona giuridica sono competenti in via esclusiva a conoscere delle azioni di responsabilità esperite, nei confronti delle persone di cui all'art. 2, dell'allegato I, a causa del loro modo di amministrare. L'azione può essere esperita solo dal curatore del fallimento della società o persona giuridica.»

Dopo discussioni nel novembre 1978, provocate anche dal fatto che talune delegazioni non erano d'accordo, si deve ora partire dal seguente testo, che per il momento esiste solo in francese:

«Les juridictions de l'Etat contractant où a été prononcée la faillite d'une société ou personne morale sont exclusivement compétentes pour connaître des actions relatives

a) à la responsabilité encourue en raison de sa gestion par tout dirigeant de cette société ou de cette personne morale pour réparer le dommage subi par elle,»

Il richiamo al progetto preliminare della Convenzione sul fallimento può quindi essere effettuato solo con grande cautela e può al massimo fornire la conferma

delle interpretazioni cui si è giunti sostanzialmente in altro modo.

Lo stesso vale naturalmente per l'opinione registrata nel verbale delle discussioni del 15, 16 e 17 novembre 1978, opinione del resto condivisa solo dalla *maggioranza* delle delegazioni, secondo la quale la pronunzia a carico del dirigente di una società in esito ad azioni di responsabilità, qualora non porti alla «liquidation collective», non rientra nell'art. 1, 2° comma, n. 2, della Convenzione sull'esecuzione, bensì ricade nella materia civile e commerciale. Ciò è tanto più vero in quanto dall'estratto del verbale non risulta chiaramente se venga fatta una distinzione fra azioni di responsabilità generali e azioni di responsabilità fallimentari.

c) Infine, in questo contesto va ancora rilevato che talune altre circostanze, che sono pure emerse in corso di causa, non hanno certo alcuna importanza particolare per l'interpretazione della Convenzione.

Ad esempio il fatto che la disposizione francese che qui ci interessa sia stata inserita in una legge sul fallimento, è di per sé senza dubbio irrilevante.

Lo stesso dicasi della determinazione della competenza a norma del diritto nazionale, giacché secondo l'art. 1 della Convenzione sull'esecuzione la «natura dell'organo giurisdizionale» è indifferente.

Per finire, ciò vale anche per la circostanza che l'azione di cui trattasi è descritta in termini di diritto civile, che in un certo senso essa riveste panni di diritto civile. Su questo punto il rappresentante del Governo federale si è richiamato con ragione alla responsabilità degli eredi per i debiti dell'eredità la quale, dato che il diritto delle successioni è stato escluso dal campo d'applicazione della Convenzione sull'esecuzione, non vi rientra ad onta della terminologia di diritto civile. Si è pure parlato della nozione, usata nella sentenza 29/76, di «luogo dell'adempimento», che non escludeva la possibilità di una lite di diritto pubblico.

5. Se ora consideriamo come vadano intese le nozioni di «fallimenti, concordati ed altre procedure affini» di cui all'art. 1 della Convenzione, mi sembra esatto il punto di partenza scelto dall'opponente. Si deve anzitutto mettere in chiaro la natura del fallimento e dei procedimenti affini, rifacendosi ai principi vigenti in materia negli ordinamenti degli Stati membri. Si giunge così alla conclusione che nei procedimenti del genere di tratta di raccogliere e di realizzare, sotto la sorveglianza di un curatore nominato dalle autorità, il patrimonio du una persona insolvente od oberata di debiti, allo scopo di soddisfare i creditori proporzionalmente nella stessa misura. Particolare rilievo in un procedimento del genere ha quindi la completa ricostituzione del patrimonio del debitore mediante una apposita procedura.

Per i singoli procedimenti connessi ad un fallimento è utile quanto afferma la relazione Jenard, cioè che essi vanno conside-

rati come appartenenti al fallimento qualora ne derivino direttamente. Espressioni del genere vengono del resto usate anche nel Trattato Benelux di analogo oggetto, non ancora entrato in vigore, all'art. 22, n. 4. Nei trattati bilaterali, come quello franco-belga dell'8 luglio 1899 o quello belga-olandese del 28 febbraio 1925, è decisivo se il diritto che viene fatto valere tragga fondamento dal fallimento, se venga fatta valere una conseguenza giuridica contemplata dal diritto fallimentare (cfr. Schlosser loc. cit., pag. 406). Per i procedimenti singoli si deve quindi aver riguardo al se sussista un nesso concreto molto stretto col procedimento fallimentare, di guisa che i principi e le particolarità di questo valgano del pari a caratterizzarli.

Questo vale senza dubbio per i diritti come quelli relativi alla revocatoria fallimentare che sussistono solo nel fallimento, che quindi vengono attribuiti dal diritto fallimentare e non soltanto modificati. Mi richiamo in proposito alla relazione sul progetto preliminare della Convenzione sul fallimento di Noël-Lemontey, nella quale è detto che i diritti relativi alla revocatoria fallimentare sorgono dal fallimento. Mi richiamo pure alla trattazione di diritto comparato fatta da Schlosser nell'opera ripetutamente citata (pag. 407) la quale dimostra che la revocatoria fallimentare è nota ai diritti fallimentari di tutti e sei gli Stati membri originari.

La stessa cosa si deve ammettere poi per quanto riguarda i diritti che esistono, è vero, indipendentemente dal fallimento, ma vengono da questo così profondamente modificati che non si può fare a meno di ritenere che la loro fisionomia complessiva è determinata dal diritto fallimentare. Questa è a mio parere una chiara definizione che facilita le cose e che è pienamente suffragata dalla Relazione Jenard. Essa comprende pure la responsabilità che trae fondamento dall'art. 99 della legge francese di cui ci stiamo occupando. Questa responsabilità ha come presupposto il fallimento della società; per accertarla è competente lo stesso giudice che ha dichiarato il fallimento. Essa viene fatta valere dal curatore del fallimento o addirittura dal giudice, d'ufficio, ed ha come oggetto l'obbligo di rispondere dei debiti della società, quindi non il risarcimento di un danno concreto. Troviamo poi un'insolita inversione dell'onere della prova, che per di più non si limita alla colpa, bensì esige la dimostrazione che l'interessato ha spiegato nell'amministrazione della società tutta l'attività e la diligenza necessarie. Non va poi dimenticato che, in caso di mancato pagamento dei debiti sociali, è possibile il fallimento personale del dirigente e che gli possono essere inflitte le pene contemplate dal diritto fallimentare.

Vista così non appare certo accettabile la tesi del richiedente nella causa principale secondo cui non si tratterebbe che di una particolare azione di responsabilità, basata su una specifica norma di responsabilità del diritto civile e commerciale la quale implica particolari presupposti. Per convincersene basta confrontare l'art. 244 del *Code des sociétés* francese con l'art. 248 dello stesso. Secondo la norma

prima menzionata gli «administrateurs» di una società per azioni sono responsabili in caso di violazione delle norme del diritto delle società, di violazione dello statuto e di illeciti commessi nell'amministrazione, e secondo i commentatori sono tenuti al risarcimento dei danni ed ha rilievo la nozione di «faute». L'art. 248 d'altro lato recita:

«In caso di concordato e di fallimento della società le persone menzionate nelle disposizioni relative al concordato, al fallimento, al fallimento personale ed alla bancarotta possono essere dichiarate responsabili dei debiti della società qualora ricorrano i presupposti ivi indicati.»

Più persuasiva è la tesi sostenuta dell'opponente, secondo il quale il vero scopo del procedimento di cui trattasi è il completamento dell'attivo della società; si tratterebbe di una specie di *restitutio in integrum,* in quanto si tende a creare la situazione che sarebbe esistita senza la manchevole amministrazione. Ora, se si tratta di un compenso per la diminuzione della massa del fallimento, data la funzione del procedimento a norma dell'art. 99 della legge n. 67-563 appare logico parlare di un'evidente integrazione nel procedimento fallimentare.

A sostegno di questo assunto secondo il quale ciò che importa è se un diritto trovi fondamento nel fallimento, il rappresentante del Governo federale si è infine giustamente richiamato anche all'art. 27 della Convenzione sull'esecuzione. Questo, in relazione al riconoscimento delle decisioni, contempla l'esame, da parte del giudice dello Stato del riconoscimento, di determinate questioni preliminari, ad esempio relative allo stato delle persone. Ora, se questo vale solo per i settori indicati nell'art. 1, 2° comma, n. 1, — e quindi esclusi dalla Convenzione — non già per il diritto fallimentare, vi sono buone ragioni per delimitare con prudenza il campo d'applicazione della Convenzione stessa per quanto riguarda i diritti che presuppongono la dichiarazione del fallimento.

6. Con questo non ho ancora terminato il mio esame, giacché voglio ancora prendere in considerazione il già più volte menzionato progetto preliminare di Convenzione sul fallimento, sul quale la Commissione ha in sostanza fondato le sue tesi, onde accertare se esso possa infirmare il risultato cui sono giunto.

Per la Commissione è anzitutto importante che al Convenzione sul fallimento non contenga alcuna definizione generale dei procedimenti esclusi dalla Convenzione sull'esecuzione e indicati nell'art. 1, 2° comma, n. 2, di questa. Detti procedimenti sono invece indicati singolarmente in un allegato della Convenzione sul fallimento, il che serve a delimitare il campo di applicazione di questa. Dato che — così ragiona la Commissione — in tale enumerazione non è compreso il procedimento a norma dell'art. 99 della legge francese sul fallimento, non si può ritenere che esso rientri nel campo d'applicazione della Convenzione sul fallimento. Se d'altro canto l'art. 12 di questa menziona procedimenti come quelli di cui all'art. 99 della legge francese, ciò avrebbe unicamente lo scopo di

fondare una speciale competenza, non già di rendere manifesto che essi rientrano tutti nel campo d'applicazione della Convenzione sul fallimento. Sarebbe comunque significativo che, a norma dell'art. 61 del progetto di convenzione, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle azioni di responsabilità indicate nell'art. 12 rientrano nella Convenzione sull'esecuzione, il che tuttavia, dato tutto quanto già detto a proposito della Convenzione sul fallimento, avrebbe valore puramente *dichiarativo.*

A parte l'obiezione di principio relativo alla possibilità di trarre valide indicazioni da un progetto di convenzione — questo modo di ragionare non mi persuade.

Non mi sembra affatto necessario concludere che solo i procedimenti espressamente menzionati nell'allegato possono essere considerati inclusi nel fallimento. È chiaro che vengono ivi menzionati in sostanza solo i cosiddetti procedimenti tipici. La pertinenza alla Convenzione sul fallimento si può quindi desumere anche da altre disposizioni, altrimenti la Convenzione sull'esecuzione comprenderebbe anche procedimenti che derivano direttamente dal fallimento per i quali, secondo la citata relazione Jenard, la Convenzione stessa non deve valere.

Per quanto riguarda poi il valore e il senso del richiamo di cui all'art. 61 del progetto di Convenzione sul fallimento, circa l'assunto secondo il quale questa disposizione avrebbe solo carattere dichiarativo, non solo si può rilevare essere scarsamente plausibile che il legislatore voglia includere nella convenzione una disposizione superflua e quindi atta a creare solo confusione; soprattutto non si può perdere di vista che l'art. 61 si riferisce anche ai procedimenti nominati nell'art. 17 della Convenzione sul fallimento. Per parecchi fra essi è fuori dubbio — mi richiamo in proposito alla più volte menzionata opera di Schlosser — che essi hanno ad oggetto azioni tipicamente di diritto fallimentare. Appare quindi logico non ravvisare negli artt. 12 e 17 della Convenzione sul fallimento solo delle norme di competenza, bensì ritenere che con ciò deve essere resa manifesta l'inclusione nella Convenzione di queste materie, come del resto indica anche l'art. 59, n. 4, della Convenzione sul fallimento. A parte ciò appare logico attribuire al richiamo di cui all'art. 61 della Convenzione sul fallimento valore costitutivo.

Questa interpretazione della Convenzione sul fallimento appare del resto del tutto plausibile. Essa ha come conseguenza che solo quando un apposito accordo ha garantito il riconoscimento generale del fallimento, diviene possibile anche il riconoscimento di decisioni relative a diritti che presuppongono un valido fallimento e vanno attribuiti al nucleo centrale del fallimento.

7. Propongo quindi di risolvere come segue la questione sollevata dal Bundesgerichtshof:

L'eccezione di cui all'art. 1, 2° comma, n. 2, della Convenzione sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione comprende, oltre ai procedimenti tipici, quelli che presuppongono necessariamente il fallimento e derivano direttamente da questo. Questo vale per i procedimenti relativi a diritti esistenti solo nel diritto fallimentare, come pure per quelli che esistono pure nel diritto civile generale, ma che hanno subito nel diritto fallimentare un mutamento così pronunziato che, in considerazione del loro scopo, si devono ritenere compresi nel diritto fallimentare.