

LA LEGGE APPLICABILE ALLA REVOCATORIA FALLIMENTARE NEL REGOLAMENTO (CE) N° 1346/2000

ANTONIO LEANDRO
Ricercatore di Diritto Internazionale
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Recibido: 15.01.2009 / Aceptado: 02.02.2009

Riassunto: Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza racchiude una disciplina in tema di atti pregiudizievoli per i creditori che coordina tra loro la *Lex Fori Concursus* e la legge regolatrice di tali atti. Il coordinamento è volto a bilanciare la protezione della massa dei creditori con quella dei terzi titolari di diritti fondati su una legge diversa dalla *Lex Concursus* i quali nutrono affidamento sulla validità e sull'efficacia dei loro diritti. Ciò accade soprattutto quando il curatore agisce in revocatoria contro gli atti da cui derivano questi ultimi. In particolare, il regolamento attribuisce al terzo la facoltà di scegliere, nell'adempimento di un onere processuale, se resistere alla revocatoria in base alla *Lex Concursus* o alla legge che regola l'atto ed opporre, di quest'ultima, anche le norme *lato sensu* fallimentari.

Parole chiave: procedura d'insolvenza, atti pregiudizievoli per i creditori, terzo beneficiario, *Lex Concursus*, azione revocatoria.

Abstract: On the Subject of Acts Detrimental to Creditors, the EC Regulation on Insolvency Proceedings lays down a coordination between the *Lex Concursus* and the Law applicable to such Acts. This Coordination aims to Balance the Protection of Creditors with that of Third parties who have Rights based on a Law different from the *Lex Concursus* and who have expectations on the Validity and Effectiveness of such Rights. This happens specially when the Liquidator brings an Action to set aside the Acts by which those Rights were established. The aforesaid Balance is achieved through a System that gives Third parties the opportunity, in the compliance with a procedural Burden, to resist by virtue of the *Lex Concursus* or the Law applicable to Act even using Insolvency Rules of that Law.

Key words: Insolvency Proceedings, Acts Detrimental to Creditors, Third Parties, *Lex Concursus*, Action to set-aside.

Sumario: I. Considerazioni introduttive. – II. Gli articoli 4 e 13 del Regolamento n° 1346/2000 e il coordinamento tra *Lex Concursus* e legge regolatrice dell'atto pregiudizievole. – III. La presunta derogata al principio *iura novit curia* contenuta nell'art. 13: critica. – IV. L'applicazione delle regole enunciate dagli articoli 4 e 13 al caso della revocatoria fallimentare.

I. Considerazioni introduttive.

1. La regola secondo cui una procedura di insolvenza è sottoposta alla legge dello Stato membro di apertura è affermata, in ambito comunitario, dall'art. 4 del Regolamento (CE) n° 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza (Reg. n° 1346/2000)¹. In particolare, la *Lex Concursus* de-

¹ GUCE L160 del 30 giugno 2000. Il Reg. n° 1346/2000 è completato da tre allegati che contengono l'indicazione delle procedure concorsuali previste dagli Stati membri come procedure di insolvenza (allegato A) e come procedure di liquidazione (allegato B), nonché dei soggetti che in queste procedure svolgono la funzione di curatore (allegato C). Tali allegati sono stati modificati dai regolamenti del Consiglio n° 603/2005 del 12 aprile 2005, n° 694/2006 del 27 aprile 2006, n° 1791/2006 del 20

termina, ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. m), «le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori»². La disposizione sembra escludere in proposito l'applicazione della legge, eventualmente diversa dalla *Lex Concursus*, che regola l'atto pregiudizievole per la massa dei creditori³.

2. Una generica e ampia competenza della *Lex Concursus* si giustifica per la strumentalità delle azioni contemplate nell'art. 4, par. 2, lett. m) con alcuni obiettivi della procedura: la conservazione del patrimonio del debitore in vista della soddisfazione dei creditori e la salvaguardia del concorso tra questi in ossequio al principio della *par condicio*.

Il richiamo della *Lex Concursus* e l'esclusione di altre leggi al riguardo hanno una portata trasversale nel Reg. n° 1346/2000. Così accade negli articoli 5, 6 e 7 a proposito, rispettivamente, dei diritti reali, del diritto di invocare la compensazione di un credito e della riserva di proprietà: l'applicazione della *Lex Concursus* è esclusa o subordinata a determinate condizioni quando si tratta di disciplinare gli effetti della procedura sui diritti contemplati in quelle disposizioni, ma essa è affermata, in generale, sulla disciplina della nullità, dell'annullamento o della inopponibilità alla massa degli atti da cui tali diritti trovano derivazione⁴.

Siffatta regola conosce, tuttavia, due eccezioni.

novembre 2006, e n° 681/2007 del 13 giugno 2007 pubblicati in GUUE, rispettivamente, L100 del 20 aprile 2005, L121 del 6 maggio 2006, L 363 del 20 dicembre 2006 e L159 del 20 giugno 2007. Sulle competenze della *Lex Concursus* nel Reg. n° 1346/2000 e sui metodi di diritto internazionale privato, accolti dal regolamento, nei quali il richiamo della *lex concursus* si inserisce, sia consentito il richiamo a A. LEANDRO, *Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, Cacucci, Bari, 2008.

² Esula da questa sede l'analisi dei problemi di giurisdizione relativi alle azioni revocatorie, specie quello di ricavare rispetto ad esse dal Reg. n° 1346/2000 una *vis attractiva comunitaria* del foro di apertura individuato ai sensi dell'art. 3. V. in generale I. FLETCHER, "Scope and Jurisdiction", in G. S. MOSS / I. FLETCHER / S. ISAACS, (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 35-44; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Colex, Madrid, 2004, n° 201 ss.; C. WILLEMER, *Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006; K. PANNEN, "Article 3", in K. PANNEN (ed.), *International European Insolvency Regulation Commentary*, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, pp. 66-132; A. LEANDRO, *op. cit.*, p. 123 ss. Preme in ogni caso ricordare che si è in attesa di una pronuncia della Corte di giustizia sul punto. Si tratta della causa C-339/07, *Deko Marty Belgium*: il Bundesgerichtshof ha domandato in via pregiudiziale se gli articoli 3, par. 1 del Reg. n° 1346/2000 va interpretato nel senso che i giudici degli Stati membri nel cui territorio è stata aperta la procedura di insolvenza relativa al patrimonio del debitore siano competenti a livello internazionale a pronunciarsi su un'azione revocatoria contro un resistente la cui sede statutaria è situata in un altro Stato membro e, qualora siffatta questione sia risolta in senso negativo, se l'azione revocatoria rientri nell'art. 1, par. 2, lett b) del Reg. n° 44/2001. Le questioni sollevate dalla Corte germanica si leggono in GUUE C 269 del 10 novembre 2007, p. 18. L'ordinanza di rinvio, 21 giugno 2007, IX ZR 39/06, è pubblicata in *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2007, p. 770. Il 16 ottobre 2008 l'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer ha presentato le sue conclusioni (in <http://www.curia.europa.eu>). Egli ritiene, da un lato, che «il giudice dello Stato membro che presiede la procedura di insolvenza sia competente a conoscere di un'azione revocatoria contro un convenuto domiciliato in un altro Stato membro», e, dall'altro, che «si tratta di una competenza relativamente esclusiva» sicché «spetta al curatore scegliere il foro che, a seconda dei vincoli dell'atto dispositivo contestato, risulti idoneo a garantire la migliore difesa della massa fallimentare». Nel senso che la giurisdizione del foro di apertura derivi dall'applicabilità della *Lex Fori Concursus* alle azioni revocatorie (e, più in generale, alle azioni di nullità, annullamento e opposibilità che il curatore può esercitare), si pongono, con vari argomenti, V. PROTO, "La revocatoria nella normativa CE sulle procedure di insolvenza", in S. PACCHI PESUCCI, *L'interprete e l'operatore dinanzi alla crisi dell'impresa. Questioni controverse: in particolare la revocatoria fallimentare*. Atti Convegno, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 159-164, p. 161 s.; M. FABIANI, "La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, pp. 376-383, p. 380; E. CONSALVI, "Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria", *www.Judicium.it*, 2006; L. PANZANI, "Azione revocatoria nei confronti dello straniero e giurisdizione del giudice che ha dichiarato il fallimento secondo il diritto comunitario. Note minime a seguito della decisione del Bundesgerichtshof del 21 giugno 2007", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2008, pp. 394-399, p. 399. In giurisprudenza v. Cass., 4 agosto 2006 n° 17706, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, pp. 732-736. Una ricostruzione della competenza della *lex concursus* in tal senso è stata espressa nell'ottica del metodo dell'applicazione generalizzata della *Lex Fori* da M.V. BENEDETTI, "«Centro degli interessi principali» del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, pp. 499-530, p. 527.

³ I. FLETCHER, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice-of-Law Provisions", *Texas Int. Law Journ.*, 1998, pp. 119-140, p. 128.

⁴ V., a proposito della compensazione, P. DE CESARI, "Disposizioni generali", in P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 154.

La prima riguarda i pagamenti e le transazioni effettuati in un sistema di pagamento o in un mercato finanziario e consiste nel sottoporre le azioni di nullità, di annullamento e di inopponibilità di questi atti alla legge applicabile al sistema di pagamento o al mercato finanziario in questione (art. 9, par. 2)⁵.

La seconda ha portata più ampia ed è contenuta nell'art. 13: esso detta l'esclusione della *Lex Concursus* in tema di nullità, annullamento e opponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori qualora il terzo beneficiario dimostri che l'atto è sottoposto alla legge di uno Stato membro diverso da quello di apertura e che, in base a tale legge, sia impossibile, nella fattispecie, impugnare l'atto con alcun mezzo.

Si tratta di due disposizioni chiaramente ispirate alla protezione del terzo, in specie dell'affidamento che questo nutre circa i contenuti di una legge diversa da quella che regola la procedura di insolvenza e in base alla quale è stata costituita la situazione giuridica di cui egli è titolare. Esse risentono, al pari della disciplina degli effetti della procedura nei confronti di creditori e terzi, di un generico *favor*, sotto il profilo sostanziale, verso la certezza delle transazioni finanziarie e commerciali costituite in base a leggi diverse da quella dello Stato membro di apertura⁶.

Per cogliere appieno la disciplina sul diritto applicabile alla revocatoria fallimentare nel Reg. n° 1346/2000, conviene chiarire in generale il coordinamento tra *Lex Fori Concursus* e legge regolatrice dell'atto pregiudizievole per la massa dei creditori visto che la revocatoria rientra tra le azioni che rendono un atto del genere inopponibile alla procedura, ossia tra le azioni riconducibili all'art. 4, par. 2, lett. m)⁷.

II. Gli articoli 4 e 13 del Reg. n° 1346/2000 e il coordinamento tra *Lex Concursus* e legge regolatrice dell'atto pregiudizievole.

3. E' stato sostenuto che la *Lex Concursus* e la legge dell'atto pregiudizievole sono poste tra loro in un concorso cumulativo tradizionale alla stregua del quale l'atto pregiudizievole è invalido o inefficace soltanto se in questo senso dispongono entrambe le leggi⁸.

A tale tesi si oppone il rilievo secondo cui la legge dell'atto non è individuata da norme di conflitto del regolamento, ma può essere invocata dal terzo beneficiario soltanto dopo che questo ne abbia provato i contenuti, specie ovviamente quelli favorevoli alla validità e all'efficacia dell'atto opposto alla massa⁹. La legge dell'atto non verrebbe, dunque, sempre in rilievo quando emerge un problema di validità e di efficacia di un atto pregiudizievole per la massa, ma soltanto qualora dai suoi contenuti il beneficiario dell'atto possa trarre giovamento, purché si tratti della legge di uno Stato membro¹⁰. Da ciò consegue che il beneficiario dell'atto non è tenuto in ogni caso a dedurre nel processo i contenuti di tale legge, ma deve farlo soltanto quando questi depongono nel senso indicato dall'art. 13. Poiché, però, l'art. 13 si riferisce genericamente alla legge che «non consente nella fattispecie di impugnare tale atto con alcun mezzo», si ritiene che il beneficiario, quando intende utilizzare la legge a sé favorevole, deve farlo provando la salvezza dell'atto in base tanto alla normativa fallimentare quanto al diritto comune di tale legge. A queste condizioni, dunque, il terzo ha «il diritto di dimostrare che l'atto è immune da qualsiasi

⁵ Per l'idea che l'esclusione della *Lex Concursus* in questo caso è dettata dalle stesse esigenze di protezione della certezza di pagamenti e transazioni nei sistemi di pagamento e nei mercati finanziari v. P. DE CESARI, *op. cit.*, p. 161.

⁶ Cfr. considerando n° 24, il quale sottolinea che «a tutela delle aspettative legittime e della certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta, si dovrebbe prevedere una serie di deroghe» alla regola generale sull'applicabilità della *Lex Concursus*.

⁷ Per un riferimento più generico alla formula «disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità» v. P. DE CESARI, "La revocatoria fallimentare tra diritto interno e diritto comunitario", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 989-1006, p. 994.

⁸ Con riguardo alla corrispondente disposizione della la Convenzione di Bruxelles del 23 novembre 1995 relativa alle procedure di insolvenza (i cui contenuti, come noto, sono stati pressoché interamente trasposti nel Reg. n° 1346/2000), cfr. P. GOTTWALD, *Grenzüberschreitende Insolvenzen. Europäische und weltweite Tendenzen und Lösungen*, Beck, München, 1997, p. 40 s.

⁹ L. DANIELE, "Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, pp. 33-50, p. 41; G. C. GIORGINI, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des «nouveaux instruments» de règlement de la faillite internationale*, Dalloz, Paris, 2006, p. 469.

¹⁰ P. DE CESARI, "Disposizioni generali", *cit.*, p. 172 s., dove afferma che «una corretta interpretazione della norma in esame [...] pare piuttosto quella che ammette la revoca dell'atto quando essa sia disposta dall'applicazione al caso concreto della *lex fori concursus* e la *lex contractus* non si opponga, nella fattispecie, alla revoca dell'atto stesso».

vizio (anche del tutto diverso da quello fatto valere nell'azione del curatore) che lo renderebbe "impugnabile" in base alla legge che ne regola la sostanza¹¹.

In effetti, è corretto escludere un concorso cumulativo tra *Lex Concorsus* e legge regolatrice dell'atto pregiudizievole in quanto l'art. 13 del regolamento né mira direttamente alla disciplina dell'annullabilità, nullità o inopponibilità di tale atto, né adotta criteri di collegamento in grado di concorrere tra loro per individuare la disciplina complessiva di tali profili. Già dalla formulazione letterale si nota, invece, che l'art. 13 disciplina un caso di *disapplicazione* della *Lex Concorsus*.

4. Senonché, per cogliere la reale portata della disposizione e il coordinamento tra le leggi in gioco, è necessario dare il giusto peso all'inciso "nella fattispecie" contenuto nell'art. 13, 2° alinea e distinguere il caso dell'azione esercitata dal curatore in base all'art. 4 da quello in cui è il terzo ad agire, magari in via di mero accertamento, per far dichiarare la sussistenza a suo favore delle condizioni previste dalla legge che regola l'atto.

Nel primo caso, il terzo non può addurre contro i motivi di inopponibilità, nullità, o annullamento previste dalla *Lex Concorsus* e fatti valere dal curatore in sede di procedura qualsiasi argomento deducibile dalla legge regolatrice dell'atto, ma soltanto l'argomento, tratto da quella legge, che si contrapponga a siffatti motivi. Sarebbe stato poco ragionevole inserire l'inciso "nella fattispecie", se esso non avesse il compito di circoscrivere la comparazione tra gli effetti travolgenti della *Lex Concorsus* e gli effetti protettivi della legge dell'atto al motivo posto a fondamento dell'azione del curatore¹².

Nel secondo caso, ossia quando è il terzo ad agire per far accertare l'esistenza delle condizioni di cui all'art. 13, la *Lex Concorsus* non è applicabile neanche al fine di instaurare la comparazione di cui si è appena detto. La pretesa del terzo fondata sull'art. 13, ove riscontrata dal giudice nel caso concreto, preclude infatti l'applicazione della *Lex Concorsus*: ciò si evince proprio dall'*incipit* dell'art. 13 per il quale "non si applica" la norma che richiama la legge dello Stato membro di apertura quando si verificano le condizioni indicate nel seguito della disposizione. Ne viene che, ove la pretesa sia rigettata (perché la legge invocata non è diversa da quella dello Stato di apertura, lo è ma appartiene all'ordinamento di uno Stato terzo, ovvero, ammessa la sua applicabilità, non contiene disposizioni vantaggiose per il terzo), l'art. 4 riprenderà il proprio vigore al fine di sottoporre la questione dell'invalidità e dell'inefficacia dell'atto alla *Lex Concorsus*¹³.

5. In definitiva, l'art. 13 del regolamento prevede la disapplicazione della legge che disciplina la procedura di insolvenza sulle questioni contemplate dall'art. 4, par. 2, lett. m) a condizione che i conte-

¹¹ L. DANIELE, *op. cit.*, p. 42.

¹² Nello stesso senso v. E. CONSALVI, "Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria", *www.judicium.it*; S. DI AMATO, "Le procedure di insolvenza nell'Unione europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2002, pp. 693-703 ss., p. 699; M. FABIANI, "La revocatoria fallimentare fra *lex concursus* e *lex contractus* nel Reg. CE 1346/2000", *Corriere giuridico*, 2007, pp. 1319-1326, p. 1323. In senso affine P. DE CESARI, "Disposizioni generali", *cit.*, p. 169, là dove afferma che «la questione dell'impugnabilità si pone [nei termini] concreti di accoglimento della domanda, una volta proposta». La dottrina maggioritaria tende invece a sottovalutare il riferimento che la norma fa alla fattispecie e a sopravvalutare la rilevanza dell'inciso «con alcun mezzo» ricavandone l'idea che il terzo dovrebbe dimostrare che l'atto *de quo* è immune da qualsiasi mezzo di diritto fallimentare o come previsto della legge di esso regolatrice. Cfr. L. FUMAGALLI, "Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza", *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 677-709, p. 701; DANIELE, *op. cit.*, p. 41; H. EIDENMÜLLER, "Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht", *IPraxis*, 2001, pp. 2-15, p. 7; D. BUREAU, "La fin d'un îlot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité", *Rev. critique droit int. privé*, 2002, pp. 613-679, p. 640; S. KOLMANN, "Diritto fallimentare europeo ed internazionale: il Regolamento (CE) n° 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza", *The European Legal Forum*, 2002, pp. 167-176., p. 175; M. VIRGÓS SORIANO, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, n° 240; I. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 401; F. MÉLIN, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruylant, Paris, 2008, p. 292. Secondo M. FRIGESSI DEI RATTALMA, "Verso la soluzione di un rebus normativo: l'art. 13 del regolamento n. 1346/2000", in P. DE CESARI / M. FRIGESSI DEI RATTALMA, (coord.), *La tutela transnazionale del credito*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 117-131, p. 124, «sarebbe chiaramente in contrasto con la lettera e lo scopo dell'art. 13 consentire al convenuto di invocare l'art. 13, limitando artificiosamente la questione alla materia allegata dall'attore»: per questa opinione, dunque, l'onere del convenuto dovrebbe addirittura riguardare profili estranei all'oggetto del giudizio definito dall'azione del curatore.

¹³ Pone l'accento sulla differenza tra impugnabilità dell'atto e sorte di questo in base alla legge applicabile, M. FRIGESSI DEI RATTALMA, *op. cit.*, p. 126 ss.

nuti della legge dell'atto consentano di salvare questo da eventuali cause di invalidità ed inefficacia emerse nell'ambito della procedura in base alla *Lex Concorsus*. Sicché, il terzo deve avanzare una pretesa fondata su tali contenuti per avvalersi dello strumento offertogli dall'art. 13. In tal senso, il regolamento ha adottato un'espressione che assegna al terzo un onere processuale al cui adempimento è ricollegato l'effetto di escludere l'applicazione della *Lex Concorsus* al merito dell'azione; onere al quale, beninteso, il terzo può sottrarsi ove valuti a sé favorevoli i contenuti della *Lex Concorsus*. Una conclusione del genere induce peraltro a riscontrare nell'onere in parola una finalità protettiva del terzo che arriva al punto di attribuirgli indirettamente la *facoltà di scegliere* la legge in base alla quale resistere alle azioni contemplate nell'art. 4, par. 2, lett. m)¹⁴. Posto in questi termini, il fatto che la *Lex Concorsus* sia applicabile o no a seconda della volontà del terzo delinea un'ipotesi di restrizione del suo ambito materiale che il Reg. n° 1346 prospetta in astratto ma fa dipendere in concreto dalla scelta del terzo¹⁵.

III. La presunta deroga al principio *iura novit curia* contenuta nell'art. 13: critica.

6. Poiché il terzo è tenuto a provare che la legge dell'atto appartiene a uno Stato membro diverso da quello di apertura e che essa non consente di impugnarlo, vari autori sostengono che il regolamento abbia introdotto al riguardo una deroga al principio *iura aliena novit curia*: la questione del diritto applicabile ex art. 13 costituirebbe, dunque, una questione di fatto in senso stretto, sicché spetterebbe al terzo produrre la prova della legge straniera se vuole svincolarsi dalla *Lex Concorsus*¹⁶.

E' stato però affermato, proprio in tema di revocatoria, che il beneficiario dell'atto non fa altro che provare «il contenuto della legge straniera su cui basa l'eccezione proposta avverso una domanda di revoca fondata sulla *lex fori concursus*» e che, «non trattandosi di vera e propria applicazione del diritto straniero alla disciplina della revocabilità dell'atto» (la quale è stabilita esclusivamente dalla *lex concursus*), neanche si porrebbe un problema di «vera e propria applicazione del diritto straniero». Pertanto il regolamento non introdurrebbe «alcuna regola divergente dal principio» *iura novit curia* rilevante in tema di conoscenza del diritto straniero reso applicabile dalle norme di conflitto¹⁷.

I contenuti dell'art. 13 non offrono, a ben vedere, elementi per sostenere la tesi che la questione

¹⁴ Si esprime in termini "veto" H.C. DUURSMAN-KEPPLINGER, "Art. 13", in H.C. DUURSMAN-KEPPLINGER / D. DUURSMAN / E. CHALUPSKY, *Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar*, Springer, Wien-New York, 2002, p. 320. Di genere diverso è l'idea di D. BUREAU, *op. cit.*, p. 641 per cui il terzo beneficiario e il debitore avrebbero il vantaggio di sottoporre l'atto pregiudizievole alla legge di uno Stato membro che non ne consenta l'impugnazione con alcun mezzo e sfruttarlo appieno, in base all'art. 13, nel corso di una procedura di insolvenza aperta in uno Stato membro diverso. Nello stesso senso, S. KOLMANN, *op. loc. cit.*; F. MÉLIN, *op. cit.*, p. 293. Ipotesi del genere riguardano strategie delle parti che possono configurare casi di frode a loro volta suscettibili di impugnazione dinanzi al foro di apertura (cfr. S. BARIATTI, "Le garanzie finanziarie nell'insolvenza transnazionale: l'attuazione della direttiva 2002/47/CE", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, pp. 841-876, p. 862). E' da ritenere, peraltro, che tentativi di *Lex Shopping* in questo senso sarebbero forieri di frode a danno del concorso specie se si estende l'art. 13 agli atti conclusi dopo l'apertura della procedura. Tale estensione è, tuttavia, da respingere sia per i rischi di frode ora indicati sia perché il regolamento, quando ha inteso occuparsi di atti del debitore conclusi dopo l'apertura della procedura, lo ha fatto espressamente (v., per esempio, l'art. 14 in tema tutela del terzo acquirente di diritti su beni immobili, su navi e aeromobili soggetti a iscrizione in un pubblico registro e su valori mobiliari la cui esistenza presuppone l'iscrizione in registro): cfr. M. VIRGOS / E. SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings* (Documento Consiglio 6500/96/EN), par. 138.

¹⁵ In un'ottica che accoglie il metodo dell'applicazione generalizzata della *Lex Fori*, una *facoltà* del genere assume i caratteri di manifestazione di volontà volta a escludere che la questione dell'impugnabilità dell'atto rientri tra le fattispecie interne all'ordinamento del foro per le quali l'art. 4 detta l'applicazione della *lex concursus*. V. in generale P. PICONE, "Il metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*", in P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1998, pp. 371-476, p. 471 ss. Sul metodo, vedi dello stesso autore, "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé", *RCADI*, 1999, v. 276, pp. 9-296 ss., p. 143 ss.

¹⁶ V. (inizialmente) L. FUMAGALLI, *op. cit.*, nota 64. L'autore assume in seguito una diversa posizione in tema di revocatoria (vedi *infra* nel testo): cfr. "Atti pregiudizievole tra sostanza e processo: quale legge regolatrice per la revocatoria fallimentare", *Int'l lis*, 2007, pp. 69-73, p. 73 nota 18. V. altresì P. DE CESARI, "Disposizioni generali", *cit.*, p. 175, alla quale però, in "Diritto comunitario", in A. JORIO / M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, Zanichelli, 2006, pp. 202-239, p. 234 s., «sembra [...] che rimanga impregiudicata la possibilità per il giudice di porre a fondamento della decisione anche la propria conoscenza ed interpretazione del diritto straniero ai fini dell'accoglimento dell'eccezione» sollevata dal terzo beneficiario dell'atto; opinione, quest'ultima, da noi accolta (vedi *infra* nel testo).

¹⁷ L. FUMAGALLI, *op. ult. loc. cit.*

del diritto applicabile all'atto pregiudizievole per la massa sia una questione di fatto, ma neanche per condividere la tesi secondo cui il principio *iura novit curia* sia immune dal regolamento.

E' vero che, alla luce di quanto detto finora, l'art. 13 non reca una norma di conflitto, ma una norma sulla disapplicazione della *Lex Concursus* condizionata a un'eccezione di parte: l'inciso "prova che" va inteso come segno dell'interesse del terzo a sollevare siffatta eccezione nell'adempimento di un onere processuale assolto attraverso la dimostrazione che l'atto *de quo* è regolato dalla legge di uno Stato membro diverso da quello di apertura la quale non consente di impugnarlo con alcun mezzo.

Ma è vero anche che il problema se il giudice deve o no operare conformemente al principio *iura novit curia* si pone proprio con riguardo alla decisione sul fondamento di tale eccezione.

Non c'è ragione per trattare siffatta eccezione diversamente da altre per le quali il giudice è chiamato a decidere sulla legittimità e sul fondamento delle prospettazioni di parte¹⁸.

Infatti, il terzo deve sì addurre a sostegno della propria eccezione l'esistenza e il contenuto di una legge appartenente a uno Stato membro diverso da quello di apertura, ma il buon esito della sua operazione dipende, prima che dai contenuti della legge, dalla circostanza che questa sia effettivamente la legge che regola l'atto pregiudizievole: ragionando diversamente – ma ciò è pressoché impensabile – il terzo potrebbe invocare il contenuto di leggi che non abbiano alcuna connessione con l'atto pregiudizievole.

Se sorge un contenzioso al riguardo, è necessario, da un lato, che il giudice accerti la corrispondenza dei contenuti normativi addotti dal terzo con quelli realmente presenti nella legge dell'atto; dall'altro, e ancor prima, che egli controlli la corrispondenza tra la legge indicata dal terzo e la legge cui si perviene, in assenza di alcuna norma di conflitto stabilita dal Reg. n° 1346/2000, in base al diritto internazionale privato del foro¹⁹.

Le due operazioni richiedono, in altre parole, un'indagine *ope iudicis* sulla determinazione della legge applicabile all'atto e dei relativi contenuti²⁰.

Ora, nel silenzio del regolamento, la circostanza che tale indagine sia condotta conformemente al principio *iura novit curia* dipende dalla previsione di tale principio nell'ordinamento al quale appartiene il foro²¹.

Non può però tacersi sul fatto che l'applicazione in via uniforme del principio *iura novit curia* sarebbe maggiormente in linea con la menzionata *ratio* dell'art. 13 – consistente nel proteggere l'affidamento

¹⁸ S.M. CARBONE / V. CATALDO, "Azione revocatoria: esercizio della giurisdizione e legge applicabile", *Dir. comm. int.*, 2004, pp. 27-41, p. 38 s., i quali affermano che, se «si accogliesse la tesi secondo cui l'assolvimento dell'onere della prova da parte del convenuto costituisce il necessario antecedente logico dell'accoglimento dell'eccezione, essendo precluso al giudice di pervenire altrimenti, con la propria scienza, all'accoglimento dell'eccezione, l'accertamento dell'ammissibilità dell'eccezione e quello della sua fondatezza verrebbero necessariamente a coincidere».

¹⁹ E' condivisibile l'opinione di S.M. CARBONE / V. CATALDO, *op. loc. cit.*, secondo cui il giudice è chiamato in ogni caso ad accertare se le indicazioni normative del convenuto siano corrette e quale sia l'applicazione concreta di esse alla luce dell'ordinamento di provenienza, ivi compresa, naturalmente, la prassi giurisprudenziale. Tale affermazione è tanto più vera se si pensa, come fanno gli autori ora citati, agli ordinamenti in cui il precedente giurisprudenziale ha valore di fonte, ma anche, più in generale, all'incidenza esercitata dalla giurisprudenza sul significato e la portata di singole norme giuridiche.

²⁰ Peraltro, ponendoci dal punto di vista degli ordinamenti in cui l'applicazione delle norme di conflitto è imperativa, non è neanche possibile discutere sulla presenza di un obbligo del giudice di ricorrere ad esse per individuare il diritto applicabile all'atto pregiudizievole, sicché l'accoglimento del principio *iura novit curia* attiene soltanto alla conoscenza dei contenuti di quel diritto. V. N. BOSCHERO, "Norme di diritto internazionale privato «facoltative»?», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, pp. 541-588, p. 559 ss.

²¹ Cfr. ad esempio l'art. 14, legge 31 maggio 1995 n° 218 recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, sul quale v. S. M. CARBONE, "Articolo 14", in F. POCAR / T. TREVES / S. M. CARBONE / A. GIARDINA / R. LUZZATO / F. MOSCONI / R. CLERICI (coord.), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 58-72; A. GIARDINA, "Les caractères généraux de la réforme", *Rev. critique droit int. privé*, 1996, pp. 1-19, p. 13 ss.; P. PICONE, "La prova del diritto straniero nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato", in H. P. MANSEL, T. PFEIFFER, H. KRONKE, C. KOHLER, R. HAUSMANN (hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, I, Sellier, München, 2004, pp. 691-700. Sulle problematiche riguardanti il principio *iura novit curia* nell'ordinamento spagnolo v. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva Ley Enjuiciamiento Civil", *Anuario español de der. int. priv.*, 2001, pp. 215-237; nonché "The Proof of Foreign Law in the New Spanish Civil Procedure Code 1/2000", *IPRax*, 2005, pp. 170-174). E' vero, però, che, almeno limitatamente agli ordinamenti degli Stati membri (ai quali è espressamente circoscritta l'applicazione dei problemi in discorso), gli strumenti di informazione sono tali da facilitare l'accertamento dei contenuti della legge straniera. Cfr. Cour de Cassation, 28 giugno 2005 n° 00-15.734, *Gazette du Palais*, 14 luglio 2006, p. 6; Cour de Cassation (ch. comm.), 30 ottobre 2007 n° 06-17.102, in *Gazette des procédures collectives*, 2008, n° 1, p. 27.

nutrito dal terzo sui contenuti della legge dell'atto pregiudizievole per la massa dei creditori – rispetto ad un'applicazione condizionata alla specifica previsione di esso nell'ordinamento del foro.

Si pensi al caso in cui il terzo indichi, quale legge regolatrice dell'atto pregiudizievole, una legge che non risulti, in base al diritto internazionale privato del foro, la legge dell'atto e quest'ultima (appartenente all'ordinamento di uno Stato membro diverso da quello di apertura) non consenta, nella fattispecie, di impugnare l'atto con alcun mezzo: sarebbe decisamente contrario alla predetta tutela, oltre che poco in linea con i principi di una corretta amministrazione della giustizia, la decisione del foro di applicare la *Lex Concursus* in un caso del genere; decisione, questa, da prendere, però, ove non sia applicabile il principio *iura novit curia* secondo l'ordinamento cui il foro appartiene e si pretenda con ciò che il giudice debba attenersi alle indicazioni di parte²².

IV. L'applicazione delle regole enunciate dagli articoli 4 e 13 al caso della revocatoria fallimentare.

7. Passando alla revocatoria fallimentare, è subito da sottolineare che essa rappresenta la tipica ipotesi in cui le regole testé descritte sono suscettibili di applicazione.

Essa costituisce uno strumento di salvaguardia della massa attiva di cui il curatore, in ciò legittimato dalla *Lex Concursus*, si avvale per impedire che l'integrità del patrimonio del debitore risenta degli effetti di un atto compiuto in danno ai creditori concorsuali. L'effetto tipico dell'azione è rappresentato dalla restituzione di beni o capitali a causa non dell'illegittimità dell'atto, ma della sua inefficacia rispetto alla massa²³.

Fuori dal contesto del regolamento, è sempre vivo il dibattito riguardante l'individuazione della legge applicabile all'azione revocatoria.

Alcuni sostengono che essa sia sottoposta alla legge che regola l'atto da revocare, mentre altri pensano che sia applicabile la *Lex Concursus*.

I primi giustificano il richiamo della legge dell'atto perché la revocatoria fallimentare, incidendo sull'efficacia dell'atto stesso, tocca un profilo sostanziale di quest'ultimo: poiché i profili sostanziali degli atti giuridici sono sottoposti alla loro legge regolatrice, altrettanto accadrebbe nel caso della revocatoria²⁴.

²² Supposta la rilevanza del principio *iura aliena novit curia*, resta da chiarire che cosa accade se il giudice non pervenga ai contenuti della legge dell'atto, fermo restando che, trattandosi di limitare la ricerca sul diritto applicabile a leggi di Stati membri, l'ipotesi prospettata è di difficile realizzazione. Pensando ai dettami dell'art. 14, 2° comma, l. n° 218/95, è da chiedersi se il giudice possa ripiegare su altri criteri di collegamento «previsti per la medesima ipotesi normativa» e, in mancanza, applicare la *Lex Fori*. Riteniamo di dare risposta negativa al quesito per due ragioni. Innanzitutto, il fatto che i contenuti della legge dell'atto risultano ignoti equivale, ai fini applicativi dell'art. 13 del regolamento, alla mancata prova che quella legge non consenta la salvezza dell'atto pregiudizievole dei creditori. Se è vero che, nell'opinione qui accolta, la conoscenza di quei contenuti spetta al giudice, è anche vero, come detto in precedenza, che al giudice spetta soltanto il compito di accertare la fondatezza dell'eccezione sollevata dal terzo beneficiario sull'applicabilità all'atto della legge di uno Stato membro diverso da quello di apertura e sui contenuti favorevoli di tale legge a proposito della inimpugnabilità dell'atto medesimo. Sicché, l'ipotesi di un'eccezione sollevata in base ad una legge i cui contenuti risultano ignoti si risolve in un caso di eccezione infondata. In secondo luogo, e di conseguenza, la disciplina relativa alle conseguenze sia dell'ipotesi di una legge appartenente a uno Stato membro diversa da quello della procedura i cui contenuti non prevedono l'impugnabilità dell'atto sia dell'ipotesi di mancata conoscenza dei contenuti di tale legge è dettata *a contrario* dallo stesso art. 13 del regolamento là dove fa intendere che il verificarsi di tali ipotesi equivale al mancato verificarsi delle condizioni per cui non si applica la *Lex Concursus*. Ne viene che l'applicazione della *Lex Concursus qua Lex Fori* è stabilita dal regolamento senza l'intervento al riguardo di norme di funzionamento analoghe a quelle dell'art. 14, 2° comma, l. n° 218/95. D'altronde, una conseguenza del genere è spiegabile anche alla luce del fatto che la *facoltà di scelta* indirettamente assegnata dall'art. 13 al terzo beneficiario dell'atto è limitata all'applicabilità della *Lex Fori Concursus* o della legge che regola l'atto, non profilandosi, dunque, ai sensi del regolamento, il ricorso ad altra legge.

²³ S. SATTÀ, *Diritto fallimentare*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 1996, p. 209 ss.; A. BONSIGNORI, "Revocatoria fallimentare", *Diritto italiano, discipline privatistiche, sezione commerciale*, v. XII, UTET, Torino, 1996, pp. 462-486; A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, CEDAM, Padova, 2006, p. 253 ss.; S. BONFATTI / P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 2007, p. 129 ss.; G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2006, p. 41 ss.

²⁴ G. M. UBERTAZZI, "Le azioni revocatorie nel fallimento in diritto internazionale privato e processuale", *Diritto internazionale*, 1970, pp. 3-17, p. 7 ss. Nello stesso senso S. SATTÀ, *op. cit.*, p. 64 per il quale «quando si agisce in revocatoria» non si tratta di applicare la legge del fallimento, «ma di giudicare di pretese del fallimento nei confronti di terzi» e che «par certo che il sorgere del rapporto che ha dato luogo al trasferimento contestato dei beni debba avere la massima rilevanza ai fini di determinare la legge regolatrice». Vedi altresì G. CAMPEIS / A. DE PAULI, "La revocatoria fallimentare e lo straniero, giu-

I secondi fondano la competenza della *Lex Concursus* senza contestare la validità delle precedenti osservazioni: non si nega, in altri termini, che l'azione revocatoria (ordinaria o fallimentare che sia) incida sul piano sostanziale dell'atto. Senonché, la circostanza che la revocatoria fallimentare ha un nesso strumentale con la procedura concorsuale e con i fini perseguiti dalla legge cui questa è sottoposta (in specie, la tutela della massa mediante la restituzione del bene oggetto del negozio revocato e la garanzia della *par condicio* mediante la dichiarazione di inefficacia di atti compiuti a favore di un solo creditore) giustifica la competenza di tale legge²⁵. Peraltro, le considerazioni riguardanti il nesso strumentale con la procedura consentono di cogliere le differenze salienti tra la revocatoria ordinaria e la revocatoria fallimentare: la prima rientra nella disponibilità del debitore e pone, dopo l'apertura della procedura di insolvenza, l'effetto meramente processuale della sostituzione nella legittimazione ad esercitarla; la seconda, di contro, nasce soltanto per effetto dell'apertura del fallimento ed è contraddistinta da una serie di indicazioni di ordine sostanziale che provengono dall'ordinamento del foro in vista degli scopi perseguiti dalla procedura²⁶. La revocatoria fallimentare preclude la produzione di effetti di un atto nei confronti della procedura in vista di esigenze individuabili soltanto conformemente alle peculiarità di questa: tali peculiarità sono diverse da quelle individuabili nella revocatoria ordinaria la quale mira, invece, alla protezione dell'integrità del patrimonio del debitore in occasione di pretese individuali del creditore.

Inoltre, l'applicazione della *Lex Concursus* sarebbe giustificata per evitare, attraverso il rinvio a leggi diverse tra loro e rispetto alla *Lex Concursus* stessa, una disparità di trattamento tra i creditori riguardo agli effetti di un atto pregiudizievole nei loro confronti; disparità, questa, per nulla compatibile con una procedura nella quale i creditori, conformemente al rango del credito insinuato, si pongono sullo stesso piano²⁷.

8. Le menzionate opinioni sono tutte degne di considerazione alla luce del Reg. n° 1346/2000.

E' fuori discussione che la revocatoria fallimentare sia strettamente connessa alla procedura, soprattutto nel senso che essa si pone a garanzia del patrimonio del debitore (vista la sua finalità restitutoria) e del concorso dei creditori (visto che essa ben può incidere sull'efficacia di un atto compiuto dal debitore a detrimento della massa a prescindere dalla circostanza che ciò sia accaduto con la collaborazione di un terzo o di uno dei creditori).

La revocatoria fallimentare è, dunque, un'azione che serve agli scopi della procedura e, pertanto,

risdizione e diritto applicabile", *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1990, pp. 673-677. In giurisprudenza, Trib. Bari, 7-14 giugno 2007, *Guida al diritto – Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n° 5, p. 92 ss., il quale esclude l'applicabilità della legge fallimentare italiana in merito alla revocatoria di rapporti giuridici sottoposti a legge straniera (in specie alla legge della Repubblica di San Marino). Invero, il Tribunale, afferma che a tali rapporti fosse applicabile la legge individuata in base alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali – giusta il carattere universale di questa ai sensi del suo articolo 2 – e non quella fallimentare italiana, ma, sul presupposto che questa legge non fosse applicabile al caso di specie, dichiara la domanda inammissibile invece che deciderne il fondamento in base alla *Lex Contractus*.

²⁵ In particolare, secondo Cass., 7 febbraio 2007 n° 2692, *Foro it.*, 2007, I, col. 2815 ss. (con nota di G. MONTELLA, "Il regolamento Ce 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e la legge applicabile alla revocatoria fallimentare", *ibidem*, col. 2816-2819) «il legame con la procedura concorsuale è nella stessa genesi dell'azione, perchè, con le caratteristiche indicate nell'art. 67 [della legge fallimentare italiana (l. fall.)] essa non potrebbe concepirsi all'infuori del fallimento o di altra analoga procedura concorsuale». L'azione revocatoria assolverebbe a una "funzione servente" nella procedura concorsuale. Cfr. altresì Cass., 4 agosto 2006 n° 17706, cit., secondo la quale, «affinché sia stabilita l'inefficacia dell'atto de quo, occorre che quel pregiudizio sia considerato tale secondo la legge applicabile alla procedura». In adesione alle conclusioni delle due sentenze, evidenziano il diverso percorso logico che le supporta, v. L. FUMAGALLI, *op. ult. cit.*, p. 72 s.

²⁶ G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2 ed., CEDAM, Padova, 1954, pp. 38 e 45 riteneva che il regime delle presunzioni previsto in ambito concorsuale è finalizzato esclusivamente a facilitare il conseguimento degli obiettivi cui la procedura mira e, pertanto, esso, nonostante le implicazioni sostanziali, ha carattere processuale e va sottoposto alla *Lex Fori*. In adesione, L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, CEDAM, Padova, 1987, p. 102. Sulla funzione processuale della revocatoria fallimentare v. V. ANDRIOLI, *L'azione revocatoria*, Roma, 1935, p. 12 ss.; G. AULETTA, *Revocatoria civile e fallimentare*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1939, p. 67 ss. Sulla stretta relazione tra la sentenza dichiarativa del fallimento e l'esercizio della revocatoria e la conseguente applicazione della *Lex Fori* v. M. GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1943, p. 39. Considerazioni critiche sul criterio della strumentalità tra azione e procedura sono espresse da G. M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 9.

²⁷ L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 91 ss.; L. FUMAGALLI, *op. ult. loc. cit.*

essa è già in via di principio sottoposta alla *Lex Concorsus*. In tal senso, se ne spiega la riconduzione all'ambito del rinvio che l'art. 4, par. 2, lett. m) fa a tale legge.

Senonché, il regolamento, come si è visto, intende assicurare a creditori e terzi la certezza delle situazioni giuridiche acquisite e regolate in base a una legge diversa da quella dello Stato membro di apertura.

Sicché, contro la revocatoria ammessa in base alla legge che regola la procedura, chi ha beneficiato dell'atto pregiudizievole può, ai sensi dell'art. 13, fare escludere, conformemente all'onere processuale su descritto, l'applicazione di siffatta legge²⁸.

E' da chiedersi, in linea con quanto detto poc'anzi a proposito del coordinamento tra *Lex Concorsus* e legge dell'atto ai sensi del combinato disposto degli artt. 4 e 13, se e in quale misura il terzo può opporre alla revocatoria fallimentare regolata dalla *Lex Concorsus* la normativa *lato sensu* fallimentare della legge applicabile all'atto revocando.

In proposito è stato sostenuto che le norme sulla revocatoria fallimentare di questa seconda legge non siano applicabili perché esse possono venire in rilievo soltanto qualora si apra una procedura di insolvenza nello Stato cui appartengono²⁹. Ne viene che il terzo può opporre alla procedura ai sensi dell'art. 13 soltanto il contenuto delle norme civilistiche e processuali, di natura non fallimentare.

Ora, siffatta opinione è da respingere perché muove dalla discutibile premessa secondo cui il presupposto per applicare le norme *lato sensu* fallimentari di Stati membri diversi da quello della procedura sia l'apertura in essi di una procedura di insolvenza nei confronti del medesimo debitore. Va da sé che, ove si apra una procedura del genere, dette norme verrebbero in considerazione a titolo di *Lex Concorsus*.

In realtà, il richiamo delle norme *lato sensu* fallimentari dipende dalle indicazioni del regolamento: emblematico è il caso delle disposizioni che regolano gli «effetti della procedura» su determinati diritti o rapporti le quali, giusta la categoria astratta di riferimento (appunto, gli "effetti di una procedura di insolvenza"), rinviano, in via di principio, alla normativa fallimentare³⁰.

Scartata l'idea che le norme *lato sensu* fallimentari operino soltanto a condizione che si apra una procedura nello Stato cui appartengono, il solo presupposto per poterle considerare nel foro della pro-

²⁸ Si accoglie nel regolamento una impostazione analoga a quella che induceva S. SATTÀ, *op. loc. cit.*, ad affermare che, nell'ipotesi di vendita fatta dal debitore in Italia a un cittadino italiano «sarebbe assurdo che costui [debba] essere sottoposto alla legge straniera [quella del fallimento dichiarato all'estero], che non conosce, per valutare la stabilità del suo acquisto». V. al riguardo gli esempi proposti da S. VINCRE, "Il regolamento CE sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano", *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 213-244, p. 220 s. sulla contrapposizione tra l'art. 67 l. fall. e il §142 dell'Insolvenzordnung che stabilisce l'esenzione (suscettibile di prova contraria) dalla revocatoria per le operazioni in contanti (*Bargeschäft*). Peraltro, posto che l'art. 13 non reca una disposizione sul diritto applicabile alla revocabilità dell'atto ma una disposizione che impedisce l'applicazione della *Lex Concorsus* al verificarsi di determinate condizioni, è stata espressa anche l'idea che l'art. 13 introduca (sostanzialmente attraverso siffatte condizioni) un caso di esenzione dalla revocatoria che si aggiunge a quelli contemplati, nell'ordinamento italiano, dall'art. 67, 3° comma, l. fall.: così, M. FABIANI, "La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico", *cit.*, p. 381. Per quanto detto a proposito della natura di onere processuale imposto al terzo al fine dell'esercizio di una facoltà di scelta della legge con cui resistere all'azione del curatore, è condivisibile la ricostruzione di L. FUMAGALLI, *op. ult. loc. cit.*, secondo la quale «non si sottopongono le condizioni di revocabilità di un atto nel quadro di una procedura di insolvenza alla legge applicabile alla sostanza dell'atto stesso, ma si indica una circostanza impeditiva al conseguimento di un risultato (revoca dell'atto) altrimenti raggiungibile in base alla *lex fori*, allo scopo di garantire il legittimo affidamento dei creditori e dei terzi sulla validità del contratto di fronte alla interferenza di una *lex concursus* differente». In senso affine, G. MONTELLA, *op. cit.*, col. 2818 s. per il quale «se è esatto [...] che, con il regolamento, la revocatoria fallimentare è retta, anche nei suoi aspetti sostanziali, sempre dalla *lex concursus*, tale stessa revocatoria, ancorché solo sotto il profilo di una specifica eccezione, è disciplinata anche dalla legge sostanziale che regge l'atto».

²⁹ S. ISAACS / F. TOUBE / N. SEGAL / J. MARSHALL, "The Effect of the Regulation on Cross-Border Security and Quasi-Security", in G. S. MOSS / I. FLETCHER / S. ISAACS, (eds.), *cit.*, pp. 91-130, p. 126. *Contra*, P. DE CESARI, "Disposizioni generali", *cit.*, p. 169 ss. per la quale affermare che le norme fallimentari della *lex contractus* possano applicarsi soltanto se davanti ai giudici dello Stato di tale legge si domandi l'apertura di una procedura di insolvenza, significa sostenere implicitamente che l'art. 13 rechi non soltanto una norma sul diritto applicabile, ma anche una sulla giurisdizione: interpretazione, questa, da respingere.

³⁰ E' discutibile l'argomento di M. FRIGESSI DI RATTALMA, *op. cit.*, p. 123 secondo cui l'applicazione della norme sulla revocatoria fallimentare previste dalla *Lex Contractus* discende anche dal principio del riconoscimento automatico di cui all'art. 16, in considerazione del quale «l'insolvenza dichiarata in uno Stato membro va considerata come dichiarata in ogni altro Stato membro, compreso quindi quello della *lex contractus*». L'argomento, infatti, postulando che le norme concorsuali di ciascuno Stato membro possono sempre venire in rilievo non appena si apra una procedura di insolvenza in uno di essi, non tiene conto – analogamente alla menzionata opposta tesi che le norme concorsuali di Stati membri diversi da quello di apertura possono applicarsi soltanto se vi sia apra una procedura di insolvenza – che l'applicabilità o no di tali norme non può essere oggetto di generalizzazioni, ma dipende dalle indicazioni del regolamento.

cedura in caso di azione revocatoria si evince da quanto detto in precedenza circa il coordinamento tra *Lex Concorsus* e legge regolatrice dell'atto pregiudizievole ai sensi dell'art. 13. Può dirsi, peraltro, che la natura fallimentare della revocatoria individui la "fattispecie" con riferimento alla quale vanno individuate, ai sensi dello stesso art. 13, le ragioni per le quali l'atto non è impugnabile. Ne viene che, per opporsi ad una revocatoria fallimentare regolata *Lex Concorsus*, occorre dimostrare che una revocatoria dello stesso tipo non è consentita dall'altra legge e per fare ciò è necessario rivolgersi alle norme fallimentari di tale legge³¹.

³¹ Nello stesso senso M. FABIANI, "La revocatoria fallimentare tra *lex contractus* e *lex concursus*...", *cit.*; *contra*, P. DE CESARI, "La revocatoria fallimentare ...", *cit.*, p. 1005, la quale ritiene frustrata l'esigenza di tutelare le aspettative legittime dei terzi e la certezza delle transazioni cui si ispira l'art. 13 se il rinvio fatto da questo fosse limitato alla normativa concorsuale: in realtà, ci pare che l'esigenza sarebbe frustrata se, come l'a. sostiene, si dovesse richiamare "anche a quella comune" visto che i terzi – conviene non dimenticare l'onere che si pone a loro carico in base all'art. 13 – dovrebbero dimostrare che l'atto non è impugnabile anche in base a tale normativa.