CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentate il 16 ottobre 2008 [1]

I — Introduzione

1. Non tutti i debitori hanno un padre come Goriot. Le anime nobili e generose non abbondano nell'impero del mercato, poiché i commercianti sono privi di quei vantaggi che permettevano a Delphine e ad Anastasie, figlie ingrate e vanitose, di vivere e di indebitarsi a dismisura a spese del loro devoto genitore, che morì in completa rovina benedicendo la propria prole [2].

2. L'insolvenza di un'impresa non è una commedia umana, ma i comportamenti disperati di chi non è in grado di pagare i propri debiti risalgono alle origini dell'umanità. Il diritto tenta di combattere gli stratagemmi dei morosi in difficoltà anche se, talvolta, nell'applicare le proprie norme, si scontra con alcune difficoltà, come quelle individuate dal Bundesgerichtshof (Corte federale di cassazione) nell'ambito della presente causa.

3. In tale contesto, detto alto organo remittente ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali, a norma dell'art. 234 CE, vertenti sull'interpretazione dell'art. 3, n. 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza [3], nonché dell'art. 2, nn. 1 e 2, del regolamento (CE) n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [4].

4. Il giudice del rinvio vuole acclarare se l'azione revocatoria fallimentare sia assoggettata alle disposizioni del regolamento n. 1346/2000 o a quelle del regolamento n. 44/2001, al fine di determinare l'organo giurisdizionale competente a dirimere una controversia transfrontaliera.

1 — Lingua originale: lo spagnolo
2 — H. de Balzac «Papà Goriot», *La Commedia umana*, Mondadori 2005.
3 — Regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000 (GU L 160, pag. 1).
4 — Regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000 (GU 2001, L 12, pag. 1).

5. Le azioni revocatorie fallimentari traggono origine dall'azione pauliana, un meccanismo di tutela previsto dal diritto civile, che protegge i creditori nei confronti degli atti di disposizione del patrimonio realizzati dai debitori con spirito fraudolento. È pertanto necessario analizzare approfonditamente l'evoluzione e lo stato attuale di entrambe le azioni, elaborando un'interpretazione dei citati regolamenti che porti ad individuare l'organo giurisdizionale corretto.

II — Fatti

6. Il 14 marzo 2002 la Frick Teppichboden Supermärkte GMBH (in prosieguo: la «debitrice») ha pagato EUR 50 000 alla Deko Marty Belgium NV (in prosieguo: la «convenuta»). Benché la convenuta sia una società di diritto belga stabilita in Belgio, il detto importo è stato versato su un conto bancario a suo nome presso la KBC Bank di Düsseldorf, in Germania.

7. Il giorno seguente la debitrice ha chiesto l'apertura di una procedura di insolvenza dinanzi all'Amtsgericht Marburg (Pretore di Marburg), richiesta che è stata accolta il 1° giugno dello stesso anno. Nella decisione di apertura della procedura di insolvenza è stato nominato curatore fallimentare il sig. Christopher Seagon (in prosieguo: il «ricorrente»).

8. Con un'azione revocatoria presentata presso il Landgericht Marburg (Tribunale di Marburg), il ricorrente ha chiesto la restituzione dell'importo di EUR 50 000 versato alla convenuta.

9. Il Landgericht ha trattato separatamente l'istanza del ricorrente, per poi respingerla in quanto inammissibile, ritenendo che i giudici tedeschi non siano competenti a decidere sulla domanda dell'attrice, poiché la convenuta è domiciliata in un altro Stato (il Belgio) e il regolamento n. 1346/2000 non è applicabile alle azioni revocatorie fallimentari. Contro tale decisione è stato proposto appello, in ultima istanza, dinanzi al Bundesgerichtshof.

III — Contesto normativo

A — *Il diritto comunitario*

1. Il regolamento n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza

10. La presente causa verte sull'interpretazione delle norme sulla competenza giurisdizionale internazionale contenute nella disciplina comunitaria delle procedure di insol-

venza. Ciononostante, è necessario valutare il contesto giuridico *globale* che regola i conflitti di leggi in questa materia, senza trascurare l'esame delle norme sulla legge applicabile e sul riconoscimento delle decisioni.

11. L'art. 3, nn. 1 e 2, del regolamento n. 1346/2000 enuncia le regole sulla competenza giurisdizionale attinenti alle procedure di insolvenza con vincoli comunitari.

«*Articolo 3*

Competenza internazionale

1. Sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria.

2. Se il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio.

(…)».

12. Le disposizioni del regolamento n. 1346/2000 relative alla legge applicabile sono strettamente connesse al principio appena enunciato. Così, l'art. 4, nn. 1 e 2, lett. m), dispone:

«*Articolo 4*

Legge applicabile

1. Salvo disposizione contraria del presente regolamento, si applica alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura, in appresso denominato "Stato di apertura".

2. La legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare:

(…)

m) le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori».

13. Riguardo agli atti pregiudizievoli per i creditori, l'art. 13 mitiga il tenore della regola enunciata nel punto precedente.

«*Articolo 13*

Atti pregiudizievoli

Non si applica l'articolo 4, paragrafo 2, lettera m), quando chi ha beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori prova che:

— tale atto è soggetto alla legge di uno Stato contraente diverso dallo Stato di apertura,

e che

— tale legge non consente, nella fattispecie, di impugnare tale atto con alcun mezzo».

14. Il regolamento n. 1346/2000 si addentra nel terreno del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni con il capitolo II. Nella presente causa rilevano particolarmente gli artt. 16, n. 1 e 25, nn. 1 e 2.

«*Articolo 16*

Principio

1. La decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro, competente in virtù dell'articolo 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta.

(…)

Articolo 25

Riconoscimento e carattere esecutivo di altre decisioni

1. Le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza pronunciate da un giudice la cui decisione di apertura è riconosciuta a norma dell'articolo

16, nonché[] il concordato approvato da detto giudice, sono egualmente riconosciute senza altra formalità. Le decisioni sono eseguite a norma degli articoli da 31 a 51 eccezion fatta per l'articolo 34, secondo comma, della convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, modificata dalle convenzioni di adesione a detta convenzione.

La disposizione di cui al primo comma si applica inoltre alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se sono prese da altro giudice.

La disposizione di cui al primo comma si applica anche alle decisioni riguardanti i provvedimenti conservativi presi successivamente alla richiesta d'apertura di una procedura d'insolvenza.

2. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni diverse da quelle di cui al paragrafo 1 si effettuano secondo le disposizioni della convenzione di cui al paragrafo 1, ove questa si applichi».

2. Il regolamento n. 44/2000

15. Le disposizioni generali sulla competenza giurisdizionale, sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni giudiziarie sono raccolte all'interno del citato regolamento 44/2001, il cui contenuto traduce nell'ordinamento comunitario, così sostituendolo, il testo della Convenzione di Bruxelles del 1968. L'art. 1, che definisce l'ambito di applicazione del regolamento, così recita:

«*Articolo 1*

1. Il presente regolamento si applica in materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale. Esso non concerne, in particolare, la materia fiscale, doganale ed amministrativa.

2. Sono esclusi dal campo di applicazione del presente regolamento:

(...)

b) i fallimenti, i concordati e le procedure affini;

(…)».

B — *Contesto normativo nazionale*

16. Nella disciplina tedesca del fallimento, le misure di tutela della massa attiva si fondano sugli artt. 129 e segg. dell'Insolvenzordnung (codice di procedura del fallimento) del 5 ottobre 1994.

17. L'ordinamento tedesco è tuttavia sprovvisto di regole specifiche sulla competenza giurisdizionale internazionale riguardo alle azioni revocatorie fallimentari. Come nel caso del regolamento n. 1346/2000, neppure l'Insolvenzordnung copre alcun aspetto che riguardi espressamente le azioni pauliane, allorché, agli artt. 3 e 102 tratta della competenza giurisdizionale internazionale.

18. Nonostante il silenzio della legge in proposito, con sentenza 11 gennaio 1990, il Bundesgerichtshof ha confermato che dette azioni derivano dalla procedura fallimentare e sono intrinsecamente connesse a quest'ultima [5]. Tale decisione è stata pronunciata nell'ambito di una controversia riguardante la competenza giurisdizionale dei giudici tedeschi a conoscere di una procedura fallimentare che presentava vincoli con altri Stati membri. La qualificazione delle azioni revocatorie proposta dalla Suprema Corte tedesca deriva da un'analisi dell'art. 1 della citata Convenzione di Bruxelles (attualmente il regolamento n. 44/2001) il cui testo escludeva il fallimento. Il detto organo giurisdizionale ha statuito che la citata Convenzione non era applicabile, poiché l'azione revocatoria sarebbe ascrivibile alla disciplina del «fallimento» e pertanto rimarrebbe esclusa dall'ambito di applicazione delle norme sulla competenza ivi previste.

IV — Le questioni pregiudiziali

19. Con ordinanza 21 giugno 2007 il Bundesgerichtshof ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali, sollevate nell'ambito della controversia che oppone il sig. Christopher Seagon, curatore fallimentare, alla società Deko Marty Belgium NV:

«1) Se, ai sensi del regolamento sulle procedure di insolvenza, i giudici degli Stati

5 — Sentenza del Bundesgerichtshof 11 gennaio 1990 (IX ZR 27/89).

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 convenuto la cui sede statutaria è situata in un altro Stato membro;

qualora la prima questione debba essere risolta negativamente:

2) se l'azione revocatoria rientri nell'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento sulla competenza giurisdizionale».

20. Hanno presentato osservazioni, entro il termine stabilito dall'art. 23 dello Statuto CE della Corte di giustizia, il ricorrente e la società convenuta nella causa principale, i governi della Repubblica ellenica e della Repubblica ceca nonché la Commissione.

21. All'udienza tenutasi l'11 settembre 2008 sono comparsi, per esporre oralmente le rispettive tesi, la rappresentante del sig. Seagon e gli agenti del governo della Repubblica ellenica e della Commissione europea.

V — La prima questione pregiudiziale

22. L'organo remittente ha posto alla Corte di giustizia una questione che richiede una previa analisi concettuale. In sostanza, si tratta di stabilire se un'azione civile, nella specie, l'azione revocatoria fallimentare, si integri nella procedura di insolvenza a motivo della sua connessione con il fallimento. Per cominciare, dobbiamo prestare speciale attenzione all'azione revocatoria, studiandone l'origine ed il successivo sviluppo.

A — *L'azione revocatoria nel diritto comunitario sul conflitto di leggi*

1. Origine ed evoluzione dell'azione revocatoria nel diritto concorsuale

23. La tutela del creditore dalle manovre contorte dei debitori si è notevolmente perfezionata nel corso del tempo. Il diritto romano ha dato corpo alle prime elaborazioni giuridiche di tale preoccupazione sebbene,

all'inizio, tali espressioni non offrissero un modello di moderazione e di equità [6].

24. La *actio per manus iniectio*, espressione primitiva dell'azione revocatoria, costituiva uno strumento esecutivo che conferiva al creditore il diritto di vendere il debitore come schiavo, anche insieme ai suoi familiari, o di ucciderlo, se il credito veniva accertato con sentenza o attraverso una confessione [7]. La III Tavola della legge delle XII Tavole esprimeva eloquentemente la durezza del regime processuale romano, chiudendo il capitolo relativo ai crediti con la famosa massima *adversus hostem aeterna auctoritas esto* (per questo, contro il nemico eterna autorità) [8].

25. Nel periodo compreso tra il 150 ed il 125 a. C., un pretore di nome Paulus, del quale si sa ben poco [9], contribuì a superare il formalismo delle azioni civili primitive, elaborando un concetto di azione con connotazioni personali e discrezionali che permetteva al creditore di rescindere gli atti per lui pregiudizievoli realizzati dal debitore con intento fraudolento [10]. Dopo alcuni secoli il Digesto ha rafforzato la versione più sofisticata della «actio pauliana», come risultato della sua fusione, nel sistema classico, con l'«interdictum fraudatorium» [11]. A partire da tale momento si costruisce l'«azione pauliana», basata sui seguenti elementi: la *alienatio* (alienazione), l'*eventus fraudis* (il danno), la *fraus* (frode) e la *participatio fraudis* (conoscenza della frode).

26. Duemila anni sembrano sufficienti perché il diritto e i suoi operatori facciano progressi. Tuttavia, il genio dei giuristi romani è stato tale che i tratti caratteristici principali dell'azione pauliana sono rimasti intatti fino ai giorni nostri. Nonostante le differenze tra gli ordinamenti degli Stati membri, esiste un codice genetico comune nelle soluzioni

6 — Lo specialista spagnolo di diritto romano Xavier D'Ors iniziava un'opera qualificando la revoca degli atti fraudolenti come uno dei punti più difficili e controversi di tutto il diritto romano (*El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Roma-Madrid 1974, pag. 1).

7 — La procedura della manus iniectio si svolgeva in questo modo: se il debitore non pagava entro trenta giorni dalla pronuncia della sentenza declaratoria, il creditore lo portava dinanzi al magistrato, se necessario con l'uso della forza, e pronunciava le seguenti parole «poiché sei stato condannato a pagarmi diecimila sesterzi e non me li hai dati, cadi in mio possesso, valendo diecimila sesterzi» (Gaio 4, 21).

8 — Una parte della dottrina sostiene che tale espressione prova l'esistenza di una regola sull'imprescrittibilità dei crediti personali. Secondo altri, l'allusione al «nemico» si riferisce a coloro che non avevano la cittadinanza romana e contro i quali il creditore poteva dirigersi in ogni momento. Senza azzardare l'interpretazione corretta, l'una sproporzionata e l'altra discriminatoria, il diritto romano si è evoluto su linee più sottili.

9 — Il misterioso pretore Paulus è stato oggetto di un acceso dibattito tra gli esperti di diritto romano: per alcuni si tratterebbe del giureconsulto Paolo, prefetto pretoriano nel 222 a. C. Secondo altri, l'evoluzione del nome deriva da un processo sviluppatosi nel periodo bizantino. Così raccontano Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, VIII ed., Parigi, LGDJ 1920-1921, n. 1413, e con maggiori dettagli, Collinet, P., «L'origine byzantine du nom « Paulienne», in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 42, 1919.

10 — Ankum, J.A., De geschiedenis der «actio pauliana», Zwolle Tjeenk Willink, 1962; Coing, H., «Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus», in Festschrift P. Koschaker, tomo III, 1939, pagg. 02 e segg.; D'Ors, X., op. cit., pag. 203; Gutiérrez, F., *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid, 1982, pag. 5, e Torrent, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Librería General, Saragozza, 1995, pag. 81.

11 — Digesto, libro XXII, tomo I, 38.4 «Si devono inoltre restituire i frutti dell'azione fabiana e, nel caso dell'azione pauliana, con cui si revoca ciò che è stato ceduto con pregiudizio del creditore, il pretore interviene affinché tutto torni come se niente fosse stato ceduto, la qual cosa sembra giusta perché il termine "restituirà" usato dal pretore in questo editto riveste un significato abbastanza ampio da comprendere la restituzione dei frutti» (Paolo 6 ad Plaut.) [trad. libera].

proposte da tali ordinamenti a fronte degli atti dispositivi del patrimonio in frode ai creditori. Così, l'azione pauliana viene oggi considerata come un'eccezione alla relatività dei contratti, facendo cadere la regola secondo cui chi è estraneo al contratto non può trarre beneficio da quest'ultimo né subirne le conseguenze giuridiche [12]. Nella maggior parte dei casi gli ordinamenti giuridici nazionali riconoscono che l'essenza dell'azione pauliana non implica il *risarcimento* ma la *conservazione* dei diritti vantati dal creditore sul patrimonio del debitore. In un'ottica processuale tale azione si esercita contro il terzo acquirente del bene controverso, benché spesso si citi il debitore, affinché la sentenza emessa sia opponibile nei suoi confronti.

27. L'evoluzione dell'azione pauliana in ambito fallimentare ha comportato notevoli sfumature [13]. La prima rottura con il passato riguarda il *nomen,* giacché le discipline del fallimento hanno ribattezzato tale istituto con il nome di «azione revocatoria» [14]. La differenza sostanziale tra l'azione pauliana ordinaria e l'azione revocatoria fallimentare consiste negli effetti delle rispettive azioni, poiché il regime ordinario li limita ai singoli creditori ricorrenti, mentre le norme sul fallimento estendono tali effetti alla massa dei creditori, ricadendo pertanto a vantaggio di tutti i creditori, tratto specifico trasformato in principio generale del diritto concorsuale sulla scia del principio latino della «par condicio creditorum» [15] .

28. In alcuni ordinamenti nazionali, come quello francese, la distinzione tra la revocatoria ordinaria e la revocatoria fallimentare incide anche sul regime della nullità, poiché il curatore fallimentare può ottenere l'annullamento di pieno diritto di determinati atti, facoltà che nella disciplina ordinaria dell'azione pauliana si limita all'annullabilità [16]. Quest'ultima caratteristica è prevista anche nel sistema britannico, in cui gli atti dispositivi sono dichiarati nulli di pieno diritto, sebbene in funzione del motivo che li giustifica [17]. Occorre altresì sottolineare che la disciplina del fallimento si è svincolata dall'elemento soggettivo dell'azione pauliana, in virtù del quale il ricorrente doveva provare la volontà fraudolenta del debitore. Contrariamente alle disposizioni omologhe del diritto civile, le norme sulla revocatoria solitamente presumono la volontà fraudolenta, comportando un'inversione dell'onere della prova [18].

12 — Principio che la massima latina definisce come *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

13 — Forner Delaygua, J.J. (ed.), *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana,* Bosch, Barcellona, 2000, svolge un'analisi comparata dell'azione pauliana, sul piano del diritto sia civile che fallimentare.

14 — Denominata anche «azione rescissoria», in cui sarebbero ricomprese altre azioni specifiche per la reintegrazione della massa attiva.

15 — Esistono denominazioni e concezioni diverse di tale principio, come osserva Beltrán, E., «Articulo 49», in Rojo, A. e Beltrán, E., *Comentario a la Ley Concursal*, ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, pag. 90: parità di trattamento dei creditori, comunione di perdite, concorsualità o proporzionalità. Nel diritto tedesco, Balz, M. e Landfermann, H.-G., *Die neuen Insolvenzgesetze*, 2ª ed., Düsseldorf, 1999.

16 — V., nel diritto francese, Terré, F., Simler, P. e Lequette, Y., *Droit Civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, 7ª ed., Parigi, 1999, pagg. 69-970.

17 — Goode, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, Ed. Sweet & Maxwell, Londra, 2005, pagg. 411-413.

18 — Nell'ordinamento italiano, ad esempio, il Regio decreto 267/1942 ha modificato gli artt. 708 e segg. del Codice commerciale del 1885 allo scopo di eliminare i requisiti soggettivi del fallimento. Il diritto spagnolo ha parimenti rinunciato alla prova della frode nell'art. 71 della legge 9 luglio 2003, n. 22, sul fallimento.

29. Un'ulteriore dimostrazione dell'autonomia dell'azione revocatoria rispetto all'azione pauliana ordinaria consiste nella sussidiarietà di quest'ultima, poiché il curatore può esercitare l'azione civile solo allorché non sussistono le condizioni previste dal diritto concorsuale per esperire la revocatoria (comunemente, i termini di prescrizione stabiliti dalla normativa sulle procedure di insolvenza) [19].

2. L'azione revocatoria fallimentare e le norme comunitarie sulla competenza giurisdizionale internazionale

30. Il diritto derivato comunitario e la giurisprudenza della Corte di giustizia si sono occupati dell'azione pauliana nel diritto civile e della sua omologa nell'ambito della procedura fallimentare. Al riguardo, consta che l'Unione ha avallato la separazione tra l'azione revocatoria contemplata dal diritto generale delle obbligazioni e la figura specifica applicata alle situazioni di insolvenza, separazione, questa, che diventa particolarmente importante nell'ambito delle norme sui conflitti di leggi, poiché la qualificazione di un'azione nell'uno o nell'altro senso conduce a risultati diversi.

31. Nella causa Reichert [20] la Corte di giustizia ha affrontato un problema di interpretazione in cui era controverso se l'azione pauliana fosse assoggettata al foro indicato dalla vecchia Convenzione di Bruxelles (oggi, il regolamento n. 44/2001) per un'azione personale o per un'azione reale. La controversia opponeva i coniugi Reichert alla società Dresdner Bank, a causa della donazione fraudolenta di un immobile situato in Francia a favore del figlio di entrambi i coniugi. La Dresdner Bank ha esercitato l'azione pauliana contro i sigg.ri Reichert dinanzi ai giudici della Repubblica francese, paese in cui era situato l'immobile, applicando perciò il principio del «locus rei sitae». Nell'ambito di un procedimento in cui veniva contestata la competenza dei giudici francesi, [la Cour d'appel d'Aix en Provence] ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale in cui chiedeva se la Convenzione di Bruxelles fosse applicabile ad un'azione pauliana di diritto civile.

32. La Corte di giustizia ha esaminato la questione relativa alla classificazione dell'azione esercitata nella causa principale, ritenendo che si trattasse di un'azione personale e non reale, per la quale non era dunque competente la giurisdizione del «locus rei sitae». La sentenza ha analizzato la natura dell'azione pauliana nel diritto francese, concludendo nel senso che essa «ha il suo fondamento nel diritto di credito, diritto personale del creditore nei confronti del debitore, e mira a proteggere la garanzia patrimoniale di cui il primo può disporre nei confronti del secondo. Se essa ha successo, la sua conseguenza è di rendere inopponibile al solo creditore l'atto di disposizione stipulato dal debitore in frode ai diritti del primo» [21].

19 — Nel sistema francese si deve porre in rilievo la sentenza della Corte di cassazione (sezione commerciale) dell'8 ottobre 1996. Identica soluzione è offerta dal diritto spagnolo in cui, secondo la dottrina, l'azione pauliana ha carattere sussidiario rispetto alla revocatoria fallimentare. Così sostiene León, F., «Artículo 71». «Acciones de reintegración», in Rojo, A. e Beltrán, E., op. cit., pagg. 319-1320.

20 — Sentenza 10 gennaio 1990, causa C-115/88, Reichert e Kockler (Racc. pag. I-27).

21 — Ibidem, punto 12.

Benché tale decisione non contenga una dichiarazione esplicita in tal senso, se ne desume la competenza dello Stato in cui è domiciliato il convenuto [22].

33. A parte siffatta comparsa dell'azione pauliana nella sua versione civilistica, gli eventi hanno preso una piega considerevolmente diversa nel contesto della revocatoria fallimentare. Ancora una volta le disposizioni della Convenzione di Bruxelles del 1968 hanno facilitato alla Corte di giustizia, nell'ambito della causa Gourdain [23], il compito di definire tale tipo di azioni, escludendo l'applicazione della Convenzione di Bruxelles nei casi in cui l'azione esercitata sia connessa con una procedura di liquidazione dei beni o di sospensione dei pagamenti.

34. È già noto che l'allora art. 1, n. 2, punto 2, della Convenzione di Bruxelles, al pari dell'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento n. 44/2001, attualmente in vigore, escludeva dalla propria portata alcune materie, come «i fallimenti, i concordati e le procedure affini». La sentenza Gourdain ha considerato le azioni fallimentari come facenti parte delle «procedure affini», alla condizione però che esse «derivino direttamente dal fallimento e si inseriscano strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata così caratterizzato» [24].

35. Ne deriva che la Corte di giustizia, mentre ha collocato l'azione pauliana ordinaria nell'ambito della Convenzione di Bruxelles, ha sottratto le revocatorie fallimentari all'influenza di quest'ultima, ritenendo che il testo dell'art. 1, n. 2, di tale Convenzione escludesse le dette azioni dall'applicazione delle norme sul conflitto di leggi ivi contenute.

36. Devo sottolineare che nella sentenza Gourdain tale esclusione veniva basata sul *nesso diretto* tra l'azione e la procedura di insolvenza [25]. Tuttavia, la detta decisione della Corte di giustizia non propone una nozione comunitaria autonoma della revocatoria, preferendo invece stabilire alcuni criteri generali, questi sì comunitari, da applicare eventualmente alle azioni disciplinate dagli ordinamenti nazionali [26]. Siffatta metodologia ha portato la Corte di giustizia a riconoscere l'esistenza di un rapporto tra il procedimento fallimentare e l'azione del diritto francese

22 — Posizione reiterata nella sentenza 26 marzo 1992, causa C-261/90, Reichert e Kockler (Racc. pag. I-2149). Borrás, A, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 1990, pagg. 133 e segg., e 1992, pag. 149, ha commentato entrambe le sentenze. Analogamente, v. Forner Delaygua, J.J., «La acción pauliana ante el TJCE», in *Revista de Instituciones Europeas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,* 1991, pagg. 35-637.

23 — Sentenza 22 febbraio 1979, causa 133/78, Gourdain (Racc. pag. 733).

24 — Ibidem, punto 4.

25 — Bermejo Gutiérrez, N. e Rodríguez Pineau, E., «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», Indret, n. 4, 2006, pagg. 2 e 23; v., inoltre, Enriques, L. e Gelter, M., «Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection», in European Business Organization Law Review, n. 7, 2006, pag. 40.

26 — Sfociando in un'applicazione «nazionale» della dottrina Gourdain, adattata a ciascuna azione revocatoria in ambito concorsuale, come dimostrano le decisioni, inter alia, del tribunale di Bari, 27 gennaio 2004, RDIPP 2004, pagg. 1386-1390; dell'Arrondissementsrechtbank Leeuwarden, 31 maggio 1979; della High Court, Chancery Division (Manchester), 5 maggio 2005, ILP, 2005-9, pagg. 552 e segg., e della Cour de cassation (Chambre commerciale), 24 maggio 2005, RCDIP, vol. 94, 2005, pagg. 89 e segg. In proposito, v. Bermejo Gutiérrez, N. e Rodríguez Pineau, E., cit., pagg. 2-23.

(contestato nella causa principale all'origine di tale decisione), sulla base di svariati argomenti: in primo luogo, nell'ordinamento francese, che regolava la causa principale, l'azione si esperisce soltanto dinanzi al giudice che ha pronunziato il fallimento; in secondo luogo, solo il curatore o il giudice (d'ufficio) possono esercitare tale azione; in terzo luogo, quest'ultima è esperita in nome e nell'interesse della massa fallimentare e, infine, la disciplina fallimentare prevede un termine di prescrizione diverso [27].

37. Sul piano del diritto derivato, l'azione revocatoria fallimentare non ha ricevuto altrettanta attenzione. Il regolamento n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza, sul quale mi soffermerò nel seguito delle presenti conclusioni, appare evidentemente ambiguo in relazione a tale aspetto.

38. Menzione a parte merita, ciononostante, la Convenzione di Bruxelles del 1995 sulle procedure di insolvenza, elaborata sotto l'egida della Comunità europea, che è fallita per il fatto di non avere ottenuto l'adesione di tutti gli Stati membri [28]. Benché il contenuto di tale sfortunato strumento ricalchi quello del regolamento n. 1346/2000, le disposizioni della Convenzione erano accompagnate da una relazione illustrativa, preparata e negoziata dagli Stati membri [29]. Tale documento è stato preparato dal prof. Virgós Soriano dell'Università autonoma di Madrid e dal magistrato lussemburghese Etienne Schmit, che hanno contribuito anche alla redazione della Convenzione [30]. Al punto 77 della relazione, gli autori segnalano autorevolmente che, sebbene il testo della Convenzione non enunciasse il principio processuale della *vis atractiva concursus,* tuttavia lo accoglieva parzialmente. Citando testualmente la sentenza Gourdain, i detti giuristi ribadiscono che esiste un elemento di attrazione quando «le azioni (…) derivano direttamente dal diritto fallimentare e (…) si inseriscono direttamente nell'ambito della procedura di insolvenza». Essi aggiungono infine che, a rigor di logica, «tali azioni, per evitare lacune ingiustificabili tra i due strumenti, rimangono adesso assoggettate alla Convenzione relativa alle procedure di insolvenza e *alle sue regole di competenza*» [31].

3. Sintesi

39. La disciplina delle procedure di insolvenza si è discostata considerevolmente dalle norme generali di diritto civile, al punto tale che la tradizionale *azione pauliana* si è trasformata in un meccanismo assai diverso nel diritto fallimentare degli Stati membri. La Corte di giustizia si è pronunciata su entrambe le azioni nell'ambito della soluzione di conflitti di giurisdizione a livello comunitario, assoggettando le azioni civili ai fori generali indicati dalla Convenzione di

27 — Sentenza Gourdain, punto 5.

28 — La Convenzione, aperta alla firma a Bruxelles il 22 novembre 1995, è stata sottoscritta in quel giorno stesso dai plenipotenziari di Belgio, Danimarca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Austria, Portogallo, Finlandia e Svezia.

29 — Documento del Consiglio n. 6500/1/96 REV1 DRS (CFC).

30 — L'autorevolezza di tale documento spiega il fatto che sia comunemente noto come «Relazione Virgós/Schmit».

31 — Il corsivo è mio.

Bruxelles (attualmente, il regolamento n. 44/2001) ed escludendo le revocatorie fallimentari. Poiché le norme sulla competenza giurisdizionale internazionale non sono applicabili al fallimento né alle «procedure affini», la Corte di giustizia ha considerato che le azioni revocatorie, benché non siano definite autonomamente dal diritto comunitario, rientrano in tali procedure, qualora siano direttamente connesse a queste ultime. Tale nesso viene determinato in base alla natura di ciascuna azione, così come è strutturata nell'ordinamento nazionale.

40. Tale contesto regolamentare e giurisprudenziale costituiva il diritto vigente prima del regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza. Ritengo inevitabile, a questo punto, chiarire se l'adozione di tale normativa confermi oppure modifichi le affermazioni poc'anzi esposte.

B — *Le azioni revocatorie fallimentari e il regolamento n. 1346/2000*

41. La questione sollevata dal Bundesgerichtshof può venire riassunta con una semplice domanda: se l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1346/2000, che reca disposizioni sulla competenza giurisdizionale in materia di insolvenza, comprenda anche le azioni revocatorie fallimentari, sebbene queste ultime non siano espressamente incluse nel suo ambito di applicazione.

42. Contrariamente a quanto sostengono il ricorrente e la convenuta, ritengo che, nella causa in esame, l'ordinamento comunitario non presenti lacune. L'analogia entra in gioco allorché il diritto non offre soluzioni al problema. In mancanza di una norma applicabile, l'analogia consente all'operatore giuridico di invocare un'altra norma identica per ratio e materia [32], il che non accade nella presente causa, perché esistono norme applicabili (ossia, l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1346/2000) e altre disposizioni del medesimo testo giuridico che aiutano a trovare una soluzione.

43. Piuttosto, nella presente causa sorge una questione interpretativa, che richiede un'esegesi del citato art. 3, n. 1. I dubbi che albergano nell'alto organo remittente attengono a tale operazione. Non si tratta di supplire ad una lacuna, ma di compiere un lavoro di interpretazione.

1. Il regolamento n. 1346/2000 e le norme sul conflitto di leggi

44. Il regolamento n. 1346/2000 sembra tacere in ordine alla competenza giurisdizionale per l'esercizio dell'azione revocatoria

32 — Sul concetto di lacuna e sull'uso dell'analogia nella teoria dell'argomentazione in diritto, v. Perelman Ch., (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1968, e Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1973, pagg. 280-283.

fallimentare, ma il suo art. 3, n. 1, indica un criterio di competenza generale, basato sulla giurisdizione dello Stato nel cui territorio è stabilito il centro degli interessi principali del debitore [33].

45. Tale criterio potrebbe portare ad un risultato facile, corroborato da un altro argomento rilevato dalla convenuta. L'art. 18, n. 2, del regolamento 1346/2000, che disciplina i poteri del curatore, conferisce a quest'ultimo la facoltà di «esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori»: affermazione dalla quale si deduce che il diritto comunitario, permettendo al curatore di esercitare tali azioni senza prevedere una regola di competenza al riguardo, esclude le revocatorie dall'ambito di applicazione del regolamento. Siffatto argomento implicherebbe che la competenza giurisdizionale internazionale sia disciplinata dal regolamento 44/2001 o dal sistema autonomo nazionale.

46. Nonostante la logica del suesposto ragionamento della convenuta, ritengo più convincente l'argomento della parte ricorrente, poiché l'art. 18, n. 2, del regolamento n. 1346/2000 menziona specificamente l'azione revocatoria, a differenza dell'art. 3, n. 1, ma tale interpretazione, a contrario, dev'essere utilizzata con cautela [34]. A conferma di tale timore, si prenda il testo del sesto 'considerando' del regolamento n. 1346/2000, che riflette i dubbi delle istituzioni rispetto alla regolamentazione della competenza giurisdizionale e delle revocatorie fallimentari. Dopo aver ricordato che le disposizioni del regolamento intendono rispettare il principio di proporzionalità, tale 'considerando' aggiunge che il detto strumento «dovrebbe limitarsi a disposizioni che disciplinano le competenze per l'apertura delle procedure di insolvenza e per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse». Tale 'considerando', in aggiunta, ribadisce che il regolamento va oltre, trattando del «riconoscimento di tali decisioni e [del]la legge applicabile, che soddisfano [(le disposizioni)] anch'esse tale principio».

47. Emerge in modo chiaro e nitido la volontà del Consiglio di risolvere le difficoltà legate alla presente controversia, il che mi induce a relativizzare l'importanza dell'art. 18, n. 2, al momento di interpretare l'art. 3, n. 1.

33 — Tale regola non significa che il regolamento n. 1346/2000 abbia rafforzato il principio della «vis attractiva concursus». Così emerge dalla relazione Virgós/Schmit quando, al punto 77, si afferma che «alcuni Stati contraenti conoscono nel proprio ordinamento interno il principio processuale della "vis attractiva concursus", in base al quale il giudice che apre la procedura di insolvenza attrae nella sua sfera di competenza non solo la procedura di insolvenza propriamente detta, ma anche tutte le azioni che da essa derivano. Nonostante che la proiezione di tale principio sul piano internazionale scateni polemiche, il progetto di convenzione CEE del 1982 conteneva, all'art. 15, una regola che (…) si ispirava alla "teoria della vis attractiva" e attribuiva ai giudici dello Stato in cui veniva aperta la procedura di insolvenza la competenza a statuire su un'ampia serie di azioni derivate dall'insolvenza. Né tale principio né la filosofia ad esso sottesa sono stati adottati dalla presente Convenzione». [trad. libera].

34 — Critica duramente l'interpretazione dell'art. 18, n. 2, del regolamento proposta dalla convenuta Pannen, K. (ed.), *European Insolvency Regulation*, Ed. De Gruyter, Berlíno, 2007, pag. 25. A suo parere, gli autori del regolamento erano perfettamente consapevoli degli inconvenienti legati alle azioni connesse con la procedura di insolvenza.

48. L'analisi sistematica del regolamento n. 1346/2000 deporrebbe, semmai, a favore di una soluzione diversa da quella proposta dalla convenuta [35], giacché sia l'art. 4, n. 2, lett. m), che l'art. 25, n. 1, secondo comma, introducono una regola sulla legge applicabile, così come l'obbligo di riconoscimento delle decisioni giudiziarie, quando si tratti di un'azione revocatoria fallimentare. Risulta particolarmente significativo il fatto che tale aspetto sia stato contemplato dall'art. 25, n. 1, secondo comma, giacché, rinviando alle norme sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni di cui al regolamento n. 44/2001, tale disposizione comporta che il detto rinvio «si applic[hi] inoltre alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se sono prese da altro giudice». Un'evidente allusione alla sentenza Gourdain, che corrobora la tesi del ricorrente [36].

49. Il regolamento n. 1346/2000 non distingue tra gli enunciati sulla competenza giurisdizionale e quelli sul riconoscimento delle decisioni. In realtà si alimentano a vicenda: le decisioni soggette al riconoscimento di cui all'art. 25 riflettono altresì le materie che rientrano nella competenza del giudice che conosce del procedimento concorsuale [37].

35 — Appoggiano la tesi del ricorrente i governi greco e ceco, nonché la Commissione.

36 — Sono della stessa opinione Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. e Chalupsky, E., Europäische Insolvenzverordnung, Ed. Springer, Vienna — New York, 2002, pag. 41.

37 — In tal senso merita di essere ricordata l'autorevole opinione di Virgós, M. e Garcimartín, F., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia,* Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2003, a pag. 66 «basta segnalare che il regolamento sulle procedure di insolvenza non opera distinzioni tra regole di competenza e regole sul riconoscimento/esecuzione delle decisioni rispetto al suo ambito di applicazione materiale: esse sono state formulate come regole parallele, talché l'elenco delle decisioni cui si riferisce l'art. 25 serve per definire le questioni o le controversie che rientrano nella competenza del giudice che segue la procedura concorsuale» [trad. libera].

50. Per i suesposti motivi, si intravede la volontà del Consiglio di disciplinare il regime processuale applicabile alle azioni revocatorie fallimentari di dimensione comunitaria. L'esame del regolamento n. 1346/2000 evidenzia che non si tratta di un silenzio assoluto bensì parziale. Tale constatazione avalla la soluzione che suggerisco alla Corte di giustizia, ma prima di rivelarla, devo soffermarmi sul ruolo cui è preposto il regolamento n. 44/2001.

2. Una lettura combinata del regolamento n. 1346/2000 e del regolamento n. 44/2001

51. Per avere la certezza che l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1346/2000 preveda una competenza attrattiva del giudice fallimentare, si deve verificare se il regolamento n. 44/2001, a tenore della giurisprudenza Gourdain, escluda le azioni revocatorie fallimentari.

52. La convenuta sostiene che l'entrata in vigore del regolamento n. 1346/2000 ha implicato un cambiamento sostanziale del contesto normativo, il quale ha modificato i termini della sentenza Gourdain, commentata in precedenza, poiché l'art. 1, n. 2. secondo comma, della Convenzione di Bruxelles del 1968 veniva interpretato estensivamente, non essendo in vigore altri strumenti comunitari con il conseguente rischio di sovrapposizione. La sentenza Gourdain ha pertanto rappresentato l'ultimo anello di una catena il cui unico pendente era costituito da un isolato

testo normativo in materia. Secondo la convenuta, con l'approvazione del regolamento n. 1346/2000, l'esigenza di evitare lacune nelle norme di competenza comporterebbe l'obbligo di interpretare diversamente la detta disposizione, oggi divenuta l'art. 1, n. 2, lett. b), del regolamento n. 44/2001. Poiché esiste già una norma che regola la competenza giurisdizionale nell'ambito delle procedure concorsuali, tale disposizione dovrebbe essere interpretata restrittivamente. Siffatta teoria lascerebbe al regime autonomo nazionale, nella specie quello tedesco, il compito di specificare la competenza giudiziaria internazionale.

53. Ma tale argomento della convenuta non convince nessuno, poiché potrebbe essere accolto soltanto se l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1346/2000 avesse effettivamente rinunciato a fornire criteri per determinare la competenza giurisdizionale quando si tratta di azioni revocatorie fallimentari. In linea con quanto ha esposto il governo ceco nelle osservazioni scritte, nulla indica che la disciplina comunitaria relativa alle procedure di insolvenza rimanga silente al riguardo; inoltre, la convivenza dei due regolamenti rafforza il principio dell'inesistenza di lacune normative, sebbene non nel senso suggerito dalla convenuta [38].

38 — In ordine al principio dell'assenza di lacune, v. Sánchez Lorenzo, S. e Fernández Rozas, J.C., *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, pagg. 64-67, nonché Virgós, M. e Garcimartín, F., op. cit., pagg. 62-63.

54. La coerenza dell'ordinamento comunitario comporta due conseguenze: la prima, che quando la norma generale tace ovvero rinvia implicitamente o esplicitamente ad un'altra norma, il criterio di competenza dev'essere ricercato nelle norme speciali, e la seconda che, data la completezza della normativa europea, qualsiasi rinvio al diritto nazionale si renderebbe superfluo, non solo in base alla logica del rapporto fra testi giuridici, ma anche per motivi attinenti all'efficacia delle disposizioni in materia di competenza e di riconoscimento delle regole europee sul conflitto di leggi [39].

55. Pertanto, la sentenza Gourdain gode di ottima salute e fornisce valide direttrici, che risultano utili al fine di risolvere la presente causa [40]. L'adozione del regolamento n. 1346/2000 non solo non riduce, bensì addirittura aumenta l'utilità di tale decisione giurisprudenziale. In mancanza di un'azione revocatoria uniforme nel diritto comunitario, la natura dell'azione e il suo ulteriore collegamento con la procedura fallimentare assumono particolare rilievo [41]. Così l'esame dell'azione revocatoria tedesca offre elementi sufficienti per utilizzare la sentenza Gourdain e chiarire se la regola di competenza applicabile nella specie sia da ricercarsi nell'uno o nell'altro regolamento [42].

39 — Virgós, M. e Garcimartín, F., op. cit., pag. 3, illustrano le conseguenze assurde di tale teoria.

40 — Tuttavia, la giurisprudenza Gourdain va al di là delle revocatorie fallimentari. Nelle cause tra l'amministrazione fallimentare e il debitore sull'appartenenza di un bene alla massa fallimentare, nei casi riguardanti i poteri del curatore per decidere sull'adempimento degli obblighi contrattuali vigenti, o sulle azioni di responsabilità contro i dirigenti amministratori dell'impresa, è soddisfatto il criterio stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza Gourdain.

41 — In tal senso, Pannen. K., (ed.), *op. cit*. pagg. 122 e 123.

42 — Ibidem, pag. 124.

56. L'art. 129 e seguenti dell'Insolvenzordnung del 1994 delineano l'azione revocatoria fallimentare secondo l'ordinamento tedesco con determinate caratteristiche: essa è disciplinata esclusivamente dal diritto concorsuale e può essere esperita soltanto nel contesto di una procedura d'insolvenza [43]; il curatore è l'unico soggetto legittimato ad esperire tale azione e sempre nell'interesse dei creditori e della massa fallimentare [44]. In quanto è intesa a tutelare i beni del debitore, la detta azione è esercitata nei confronti degli atti dispositivi compiuti *anteriormente* all'apertura della procedura concorsuale, entro il termine di prescrizione all'uopo stabilito [45].

57. Il fatto che si tratti di un procedimento in contraddittorio, e non di un'azione collettiva come solitamente accade nel terreno concorsuale, non è sufficiente per stabilire una rottura tra l'azione revocatoria e la procedura d'insolvenza [46]. Tutti gli elementi depongono a favore della tesi che si tratti di un'azione intrinsecamente legata alla dichiarazione giudiziaria di insolvenza, e il cui esercizio è riservato al curatore, ciò che dimostra l'inevitabile connessione con il fallimento.

43 — Artt. 129 e segg. dell'Insolvenzordnung.

44 — Art. 129, n. 1, dell'Insolvenzordnung.

45 — Artt. 130, 132 e 133 dell'Insolvenzordnung.

46 — Tale argomento può condurre a veri e propri spropositi, giacché il procedimento fallimentare deve rispettare senza eccezioni il principio del contraddittorio come garanzia che è parte integrante del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva. Si potrebbe obiettare che il procedimento fallimentare differisce dal procedimento civile ordinario, ma tale tesi mi parrebbe eccessivamente formalista. La procedura fallimentare deve osservare tutte le garanzie giurisdizionali, senza applicare eccezioni di sorta al carattere universale del fallimento delineato dal regolamento n. 1346/2000.

58. Perciò una lettura combinata del regolamento n. 44/2001 e del regolamento n. 1346/2000, all'ombra della giurisprudenza Gourdain, mi induce ad accettare la tesi secondo cui l'azione revocatoria fallimentare non rientra nella disciplina generale comunitaria della competenza giurisdizionale. Di conseguenza, il nesso con l'ordinamento comunitario va ricercato nelle disposizioni del citato regolamento n. 1346/2000 e, in concreto, nel suo art. 3, n. 1. Tale tesi è avvalorata anche da una serie di considerazioni legate alla politica legislativa che sottende al diritto europeo in materia di insolvenza. A tale aspetto particolare dedico il prossimo titolo, che non può concludersi senza un'importante precisazione degli argomenti esposti in precedenza.

3. Gli scopi dell'azione revocatoria fallimentare e la politica legislativa del regolamento n. 1346/2000

59. L'intervento comunitario in materia di fallimento si fonda sull'esigenza di garantire l'efficacia e la certezza del diritto. Allo scopo di evitare un quadro normativo confuso che disincentivi le operazioni economiche all'interno dell'Unione, il regolamento n. 1346/2000 fornisce linee direttrici chiare che conferiscono stabilità e consistenza ad aspetti tanto importanti come la competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni. Esistono ulteriori esempi dell'evoluzione del diritto derivato in tale ambito, tutti ispirati al perseguimento delle stesse finalità, che,

globalmente considerati, danno corpo al *sistema del diritto fallimentare europeo* [47]. Si tratta, in definitiva, di un corpus di norme che condividono la preoccupazione di ottenere decisioni giuridiche coerenti [48].

60. Il quarto 'considerando' del regolamento n. 1346/2000 esprime tale preoccupazione in una prospettiva conflittuale, affermando che «[è] necessario, per un buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica ("forum shopping")». Sulla base di tale premessa, il regolamento ha optato per un modello di procedura internazionale a carattere *universale*, prendendo le mosse da una concezione unitaria valevole per tutte le procedure concorsuali, a prescindere dal territorio in cui siano state avviate [49]. Tale modello comporta vantaggi evidenti, poiché instaura un regime prevedibile, disincentiva il «forum shopping» e riduce i costi del procedimento [50]. Ma tale universalità presenta alcuni inconvenienti, legati, in particolare, alla situazione in cui possono trovarsi i creditori locali, soprattutto qualora siano distanti e dispongano di minori mezzi, rispetto ad altri creditori, per perorare la loro causa in uno Stato membro diverso da quello di residenza. Tuttavia, i vantaggi globali del modello universale parlano da soli, specialmente allorché si tiene conto dell'autentica funzione di ogni procedura concorsuale: il risanamento di un'impresa e la garanzia del credito. L'evidente riduzione dei costi derivante dalla centralizzazione di tutti i procedimenti costituisce un incentivo decisivo al momento di optare per una procedura concorsuale internazionale a carattere universale, come era stato fatto, a grandi linee, dal regolamento n. 1346/2000 [51].

61. La logica economica che tende a scorporare le azioni revocatorie fallimentari dalla procedura di insolvenza suscita alcuni dubbi.

47 — Insieme al regolamento n. 1346/2000, completano tale sistema la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 19 marzo 2001, 2001/17/CE, in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione; la direttiva del parlamento europeo e del Consiglio 19 maggio 1998, 98/26/CE, concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 aprile 2001, 2001/24/CE, in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 giugno 2002, 2002/47/CE, relativa ai contratti di garanzia finanziaria.

48 — L'ottavo 'considerando' del regolamento n. 1346/2000 ribadisce l'esigenza di «migliorare l'efficacia e l'efficienza delle procedure di insolvenza che presentano implicazioni transfrontaliere», preoccupazione che viene ricordata anche nel sedicesimo 'considerando'.

49 — Ma il «forum shopping», come sembra indicare il regolamento, non è una prassi chiaramente illecita. La normativa comunitaria contrasta l'esercizio *opportunistico* e *ingannevole* della facoltà di scelta del foro, cosa assai diversa dalla demonizzazione tout court di una prassi che, talvolta, è opportuno promuovere. In tal senso mi pronuncio nelle mie conclusioni del 6 settembre 2005, relative alla causa C-1/04, Staubitz-Schreiber (sentenza 17 gennaio 2006, paragrafi 70-77 delle conclusioni).

50 — Westbrook, J.L., «A Global Solution to Multinational Default», in *Michigan Law Review*, vol. 98, 2000, pagg. 313 e segg.; e, nello stesso numero, Guzmán, A., «International Bankruptcy: in Defence of Universalism», pagg. 186 e segg.

51 — La sentenza 17 gennaio 2006, causa C-1/04, Staubitz/Schreiber (Racc. pag. I-701, punti 25-26), ha ribadito tale teoria, dichiarando, nell'ambito di una causa vertente sulla portata universale delle norme del regolamento n. 1346/2000 sulla competenza giurisdizionale internazionale, che tale strumento intende «dissuadere le parti della procedura dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato membro ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica. Tale obiettivo non sarebbe raggiunto se il debitore potesse trasferire il centro dei propri interessi principali in un altro Stato membro tra la presentazione della domanda di apertura e l'adozione della decisione di apertura della procedura e determinare, in questo modo, il giudice competente nonché il diritto applicabile. Un tale trasferimento di competenza sarebbe altresì contrario allo scopo, ricordato al secondo e all'ottavo 'considerando' del regolamento, di un funzionamento efficace, migliorato e accelerato delle procedure transfrontaliere, in quanto esso obbligherebbe i creditori a ricercare continuamente il debitore là dove questi decidesse di stabilirsi in modo più o meno definitivo e, in pratica, rischierebbe di tradursi spesso in un allungamento della procedura».

Secondo i governi greco e ceco [52], il principio universale difeso dal regolamento n. 1346/2000 verrebbe considerevolmente sovvertito, in quanto il curatore sarebbe costretto ad agire in vari Stati membri in applicazione dei criteri di competenza giurisdizionale internazionale indicati da altri strumenti normativi, diversi dal detto regolamento. Al tempo stesso, tale approccio aumenterebbe le divergenze normative, con operatori in cerca dei fori più convenienti per le loro pretese, la qual cosa perturberebbe il normale svolgimento della procedura [53]. Anche ammettendo che la detta impostazione possa comportare qualche vantaggio per i creditori residenti nello Stato membro in cui agisce il curatore, non si deve dimenticare l'interesse *globale* tutelato dalla procedura, che non coincide con l'interesse dei singoli creditori, ma comprende l'interesse della massa dei creditori nonché quello del volume complessivo del passivo [54].

62. Esistono tuttavia casi in cui tale modello universale si rivela insoddisfacente. Si pensi, ad esempio, alle situazioni che presentano una dimensione extracomunitaria, in cui si riduce la garanzia che la sentenza emessa nello Stato membro di apertura verrà riconosciuta in uno Stato terzo, in cui sono situati i beni del debitore. Inoltre, i costi non sempre calano in virtù della centralizzazione della procedura, esistendo casi in cui risulterebbe più vantaggioso esperire l'azione revocatoria nello Stato membro in cui sono situati i beni, evitando in tal modo di sprecare tempo e denaro, in un procedimento volto ad ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della decisione.

63. Per tutte le suesposte ragioni, è opportuno mitigare il modello universale del regolamento n. 1346/2000 riguardo alle azioni revocatorie fallimentari.

4. La competenza secondo il regolamento n. 1346/2000: ripartita o esclusiva?

64. Le norme comunitarie in materia di insolvenza contengono varie regole sulla competenza giurisdizionale, di diverso carattere. Dalla formulazione di tali norme si evince che per l'apertura, lo sviluppo e la chiusura della procedura, nonché per le azioni che derivano direttamente da questa, è prevista una competenza *esclusiva,* mentre i provvedimenti conservativi sono soggetti ad un regime di competenza *concorrente*.

52 — Punto IV, nn. 2 e 3, delle osservazioni presentate dal governo greco, e punto 4.2 n. 16, delle osservazioni del governo ceco.

53 — Sentenza Staubitz-Schreiber, cit., punto 28.

54 — Benché esistano due concezioni opposte della procedura fallimentare legate l'una, all'aspetto liquidativo e l'altra, all'aspetto conservativo, concordo con una parte della dottrina nel sostenere che entrambe le concezioni hanno un denominatore comune: «la realizzazione di un ideale di giustizia», come suggerisce Bermejo Gutiérrez, N. Créditos y quiebra, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pagg. 67-468.

65. La peculiarità delle azioni revocatorie fallimentari esige che la competenza giurisdizionale riguardo a tali azioni non sia sempre esclusiva. Come ha rilevato parte della dottrina, si tratta di una competenza *relativamente esclusiva*, che deve essere considerata come un privilegio del curatore [55]. Concordo con chi sostiene che l'esercizio della revocatoria fallimentare da parte del curatore costituisce una prerogativa di quest'ultimo. Pertanto spetta solo al curatore decidere le azioni più appropriate nel corso del procedimento e in difesa della massa fallimentare.

66. Tale asserzione trova conferma nell'art. 18, n. 2, del regolamento n. 1346/2000, in cui si dichiara che il curatore può «*in ogni altro Stato membro*, far valere in via giudiziaria o in via stragiudiziaria che un bene mobile è stato trasferito dal territorio dello Stato di apertura nel territorio di tale altro Stato membro dopo l'apertura della procedura di insolvenza» [56]. Tale disposizione autorizza poi il curatore ad «esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori», presupponendo, logicamente, che tale operazione possa essere realizzata «in ogni Stato membro», come indica il primo paragrafo della detta disposizione [57].

67. La stessa posizione sottende all'art. 25, n. 1, secondo comma, del citato regolamento. Nell'ambito delle disposizioni sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, viene stabilito un obbligo di riconoscimento delle «decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse, *anche se sono prese da altro giudice*» [58]. Il regolamento ammette, quindi, che le decisioni prese in conseguenza della revocatoria fallimentare siano adottate dal giudice fallimentare o da un altro giudice, che operi nello stesso paese o in un altro Stato membro.

68. Tale prerogativa del curatore è coerente con le funzioni svolte da quest'ultimo nell'ambito della procedura di insolvenza. L'art. 2, lett. b), del regolamento n. 1346/2000 definisce il curatore come qualsiasi persona o organo la cui funzione è «di amministrare o liquidare i beni dei quali il debitore è spossessato o di sorvegliare la gestione dei suoi affari» I poteri e le responsabilità del curatore variano tra gli Stati membri ma hanno in comune la caratteristica di monopolizzare le azioni principali di ogni procedura concorsuale. Il curatore è il garante del patrimonio, della *par condicio creditorum*, nonché il proponente dei concordati o dei piani di risanamento che aiutano l'impresa a superare la crisi. In linea con le decisioni strategiche che deve prendere, il curatore deve scegliere tra fori diversi, al momento di esperire le azioni giudiziarie a tutela della massa fallimentare.

55 — Virgós, M. y Garcimartín, F., op. cit., pp. 69 a 71.

56 — Il corsivo è mio.

57 — V. Pannen, K., op. cit., pagg. 329 e 330, nonché il rapporto Virgós/Schmit, punti 167 e segg.

58 — Il corsivo è mio.

C — *Corollario*

69. Di conseguenza, ritengo che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1346/2000, 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. Poiché si tratta di una competenza relativamente esclusiva, 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.

VI — La seconda questione pregiudiziale

70. La seconda questione posta dal giudice del rinvio è subordinata all'eventualità che la Corte di giustizia risolva in senso negativo la prima questione, motivo per cui, data la soluzione che propongo per la prima questione, non occorre analizzare la seconda.

71. Ciononostante, qualora la Corte di giustizia decidesse di discostarsi da quanto suggerisco nelle presenti conclusioni, sarebbe necessario applicare il principio dell'assenza di lacune tra il regolamento n. 44/2001 ed il regolamento n. 1346/2000. Ai sensi del suddetto principio e della coerenza dell'ordinamento comunitario, le regole di competenza applicabili alle azioni revocatorie fallimentari con nessi comunitari sarebbero rinvenibili in tali strumenti. Qualora la Corte di giustizia giudicasse che l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1346/2000 non contempla questo tipo di azioni, sarebbero allora d'applicazione il regolamento n. 44/2002 e le norme sulla competenza giurisdizionale internazionale ivi contenute.

72. Siffatta soluzione non è quella preferibile, poiché equivarrebbe a sostenere che la dottrina Gourdain è divenuta obsoleta dopo l'adozione del regolamento n. 1346/2000. In tal caso la Corte di giustizia dovrebbe fornire una giurisprudenza coerente e completa, che offra un'alternativa valida alla dottrina elaborata con la suddetta sentenza [59].

73. L'altra opzione, ossia delegare la scelta dei criteri di competenza giurisdizionale internazionale alle norme nazionali di diritto internazionale privato, sarebbe contraria all'obiettivo dell'effetto utile perseguito da entrambi i regolamenti, come spiego al paragrafo 53 delle presenti conclusioni.

59 — È superfluo aggiungere che, nel caso in cui si optasse per un *overruling* della dottrina Gourdain, a rigor di logica la formazione della Corte di giustizia che dovrebbe decidere la presente causa è la Grande Sezione.

74. In considerazione delle conseguenze nefaste che deriverebbero da una soluzione negativa della prima questione, la mia proposta si rafforza, come se si trattasse di una «reductio ad absurdum». Sono pertanto propenso a ribadire con maggiore insistenza gli argomenti sostenuti in merito alla prima questione posta dal giudice del rinvio.

VII — Conclusione

75. In base alle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di giustizia di risolvere le questioni pregiudiziali poste dal Bundesgerichtshof dichiarando che:

«L'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1346/2000 deve essere interpretato nel senso che il giudice dello Stato membro investito di una procedura di insolvenza è competente a conoscere di un'azione revocatoria contro un convenuto domiciliato in un altro Stato membro».