

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA**

**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA SPECIALISTICA IN GIURISPRUDENZA**

**L'ARBITRATO NEL FALLIMENTO
ALLA LUCE DELLE RECENTI RIFORME**

Tesi di Laurea in Diritto dell'Arbitrato Interno e Internazionale

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa

ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA

Presentata

da:

SILVIA BALLESTRAZZI

Matricola n. 0000307271

Sessione III

Anno Accademico 2010/2011

INDICE

Introduzione	p. 1
--------------------	------

PARTE PRIMA

LIMITI ALLA COMPROMETTIBILITÀ DELLE LITI NEL CONTENZIOSO FALLIMENTARE

La compromettibilità delle liti fallimentari.....	p. 10
L'art. 24 l.fall. e l'arbitrabilità delle liti fallimentari	p. 23
Osservazioni conclusive in ordine all'arbitrabilità delle liti fallimentari	p. 33

PARTE SECONDA

L'ARBITRATO DEL CURATORE

Premessa	p. 36
La stipulazione di convenzioni arbitrali da parte del curatore	p. 37
La stipulazione di un arbitrato di equità.....	p. 45
Il curatore e la scelta della sede dell'arbitrato: convenzioni arbitrali per lodi stranieri.....	p. 46
L'applicazione dell'art.35 l.fall. anche in caso di esercizio provvisorio dell'impresa.....	p. 50
La mancata o viziata autorizzazione ai sensi dell'art. 35.....	p. 53
L'autorizzazione a stare in giudizio da parte del giudice delegato	p. 60
La nomina degli arbitri da parte del giudice delegato	p. 62

PARTE TERZA

ARBITRATO E SOPRAVVENUTO FALLIMENTO

Premessa	p. 67
Effetti del sopravvenuto fallimento sulle convenzioni arbitrali del fallito	p. 68
Presupposti di opponibilità delle convenzioni arbitrali.....	p. 68
L'inopponibilità delle convenzioni arbitrali stipulate dal fallito:	
due tesi da scartare	p. 72
L'opponibilità delle convenzioni arbitrali nel dibattito precedente la riforma fallimentare del 2006	p. 76
Opponibilità delle convenzioni arbitrali al fallimento alla luce dell'art. 83 bis l. fall.	P. 82
Revocabilità delle convenzioni arbitrali stipulate dal fallito prima della dichiarazione di fallimento	p. 89
Effetti del sopravvenuto fallimento sul procedimento arbitrale pendente	p. 91
La pendenza del procedimento arbitrale: premessa	p. 91
Gli effetti del fallimento sul contratto d'arbitrato	p. 92
Gli effetti del fallimento sul procedimento arbitrale in corso	p. 96
I casi di improcedibilità del procedimento arbitrale in corso.....	p.101
Procedimenti arbitrali in corso nella disciplina del regolamento (CE) n.1346 del 2000.....	p.108
Lodo pronunciato prima della dichiarazione di fallimento	p.124
L'opponibilità del lodo al fallimento.....	p.124
L'azione revocatoria nei confronti dei lodi arbitrali	p.133
CONCLUSIONI.....	p.138
BIBLIOGRAFIA.....	p.143

INTRODUZIONE

Spesso è possibile osservare come istituti giuridici diversi e lontani tra loro risultino per vari aspetti correlati. Il presente lavoro si pone come obiettivo quello di descrivere le connessioni tra le discipline di arbitrato e fallimento; tentando un coordinamento ove necessario.

Prima di entrare nel merito non è forse superfluo soffermarsi, molto brevemente, su questi due istituti, considerandoli singolarmente.

*“L’arbitrato rappresenta un modo di definizione delle controversie civili alternativo alla via giudiziaria”*¹. Le parti si vincolano alla soluzione data dagli arbitri, rinunciando alla giurisdizione statale. Ciò che si chiede agli arbitri è l’accertamento di un diritto. Altri strumenti di soluzione della lite, in particolare il ricorso a mediatori, non presentano questa caratteristica. La presenza di una clausola di conciliazione vincola le parti al tentativo di mediazione ma non le obbliga a raggiungere un accordo.

Fondamento dell’arbitrato è l’autonomia negoziale delle parti. Stipulando una convenzione arbitrale attribuiscono agli arbitri il potere e l’autorità per rendere la decisione. Citando la Consulta: *“Solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all’art. 24, primo comma, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell’art. 102, primo comma, Cost.”*² ³. Insomma, così come è possibile decidere di non tutelare i propri diritti, è possibile

¹ SERGIO LA CHINA, *L’arbitrato: il sistema e l’esperienza*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1.

² Corte Cost., 4 luglio 1977, n. 127.

³ Art. 24, comma 1, Cost., *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*; art. 102, comma 1, Cost., *“La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario”*.

decidere di tutelarli senza ricorrere al giudice dello Stato. Per disporre della tutela si deve poter disporre del diritto. Il nostro ordinamento ammette il ricorso all'arbitrato solo nei limiti in cui sussiste un potere di disposizione.

Quanto al fallimento, esso si colloca tra le procedure concorsuali⁴. Procedure dirette a regolare la crisi dell'impresa⁵.

Il presupposto comune è l'esistenza di una situazione patologica. In particolare, con riguardo al fallimento, l'imprenditore è libero di gestire la crisi, ma solo fino a quando è in grado di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni. Dal momento in cui diviene insolvente⁶ perde la "disponibilità" della crisi e può essergli imposta la regolazione attraverso il fallimento.

Il fallimento attua un'esecuzione forzata detta "universale" perché coinvolge l'intero patrimonio del debitore (salve eccezioni espressamente previste dalla legge).

Dopo la dichiarazione di fallimento ai creditori è preclusa

⁴ Secondo l'insegnamento di ANGELO BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di dir. Pubbl. e dell'economia*, diretto da FRANCESCO GALGANO, Cedam, Padova, 1986, p.110 e ss, si tratta di procedure che si caratterizzano per il fatto di attuare il concorso dei creditori. Il che implica che vi siano più creditori che potenzialmente aspirino a soddisfarsi sullo stesso patrimonio. E' necessario distinguere la concorsualità dalla *par condicio*. Quest'ultima riguarda il modo in cui nel concorso si attua il trattamento dei creditori. In linea di principio la regola è quella della parità di trattamento, ma ex art. 2741c.c. (Concorso dei creditori e cause di prelazione) "salve le cause legittime di prelazione".

⁵ Vedi MASSIMO FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 3, il quale afferma che "Il nuovo fallimento e le nuove altre procedure (o procedimenti) se le esaminiamo in controluce, e cioè oltre quello che le singole disposizioni dicono, esprimono il bisogno di attuare la responsabilità patrimoniale con modalità che non sono rivolte direttamente a remunerare il creditore insoddisfatto, ma sono indirizzate a coordinare tale fine con l'utilità sociale di salvaguardare quel che residua (e sempre che qualcosa residui) dell'impresa. Ecco la ragione per la quale potremmo discorrere di diritto della regolazione della crisi d'impresa, perché il diritto fallimentare se ancora contiene norme mirate alla tutela dei creditori, organizza i procedimenti di attuazione della responsabilità patrimoniale in modo che si coordinino e armonizzino anche altri bisogni che sorgono dal dissesto di un'impresa. Al fondo è come se si volesse coniugare la gestione dei crediti dei creditori con la gestione di ciò che resta dell'impresa."

⁶ Art. 5 (Stato d'insolvenza), comma 2, 1.fall. "Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". (Preciso che qui, come in seguito, con legge fallimentare abbr. - 1.fall. - intendo il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267).

ogni “azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento”, con l’onere di presentare domanda di ammissione allo stato passivo per ottenere l’attuazione delle loro pretese da parte degli organi fallimentari⁷.

Ciò che ho voluto sottolineare con queste prime elementari indicazioni è la radicale diversità di questi due istituti già *ab origine*. Uno, l’arbitrato, frutto di una scelta, necessaria al punto che un arbitrato obbligatorio sarebbe incostituzionale⁸. L’altro, imposto al debitore insolvente, così come ai suoi creditori che per effetto della dichiarazione di fallimento perdono la possibilità di agire individualmente⁹.

Diversità che non implica affatto, però, estraneità e incompatibilità. In effetti nella legge fallimentare, soprattutto nella versione attualmente vigente, è possibile ritrovare diverse norme dedicate alla materia arbitrale¹⁰.

Ritengo doveroso ricordare a questo proposito che due recenti interventi normativi hanno riformato entrambe le discipline. Quella del fallimento col d.l. n. 35 del marzo 2005, convertito nella l. n. 80 del maggio successivo che ha conferito delega al governo

⁷ Art. 51 l.fall. (Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali); Art. 52 l.fall. (Concorso dei creditori). Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme che regolano l’accertamento di stato passivo, salvo diverse disposizioni della legge.

⁸ Corte Cost. 4 luglio 1977, n. 127, già cit. nota 2.

⁹ Il curatore, oltre a sostituirsi al fallito nell’amministrazione del patrimonio, si sostituisce anche ai creditori nell’esercizio delle azioni di massa dirette a tutelare la garanzia comune, il patrimonio del fallito, (es. sarà il curatore ad esercitare l’azione revocatoria ordinaria o l’azione di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo della società fallita).

¹⁰ Riservandomi di approfondire in seguito le varie tematiche, si tratta dell’art. 25 (Poteri del giudice delegato), comma 1, n. 7 “*Il giudice delegato (...) su proposta del curatore, nomina gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge*”; dell’art. 35 (Integrazione dei poteri del curatore) “*Le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, (...) e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori*”; e dell’art. 83 bis (Clausola arbitrale), “*Se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito*”.

per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, delega attuata con il d.lgs 9 gennaio 2006, n. 5 (entrato in vigore il 16 luglio 2006) e successivamente con il d.lgs 12 settembre 2007, n. 169. Quella dell'arbitrato con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, con cui è stato modificato l'intero titolo ottavo, libro quarto, del codice di procedura civile.

Sinteticamente vorrei segnalare alcune novità che reputo rilevanti.

Con riguardo alla riforma dell'arbitrato, l'art. 806 c.p.c. (Controversie arbitrabili) è stato riformulato prevedendo espressamente la compromettibilità delle controversie *“che non abbiano per oggetto diritti indisponibili”*, recependo quello che era l'insegnamento della dottrina ricavato dalla precedente formulazione. Ne risulta che *“la regola è quella dell'arbitrabilità, mentre l'eccezione è quella della non arbitrabilità, così come la regola è la libertà riconosciuta dall'ordinamento e l'eccezione ne è il limite: con la conseguenza che le limitazioni debbono essere interpretate in senso restrittivo, nel favorire la via della arbitrabilità con riguardo alle ipotesi di incerta qualificazione”*¹¹.

Un altro articolo che segnalo è l'art. 808 bis c.p.c. che, confermando il favor del legislatore per l'arbitrabilità delle liti già desumibile dal nuovo art. 806, ha introdotto un ulteriore tipo di convenzione arbitrale: la convenzione arbitrale extracontrattuale¹².

Quanto all'arbitrato irrituale o libero (per definizione non regolato essendo stato creato dalla prassi proprio per sottrarlo alla disciplina dell'arbitrato rituale) è divenuto oggetto dell'art. 808 ter.

¹¹ ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 16 a cui rinvio per ogni ulteriore approfondimento.

¹² Il nostro ordinamento già conosceva la clausola compromissoria (riferita a liti non ancora insorte aventi ad oggetto diritti derivanti dal contratto nel quale è inserita) e il compromesso (relativo a controversie già insorte tra le parti). Rinvio a ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, p. 147 già cit., per ogni approfondimento.

Ferma restando la natura contrattuale della decisione, l'articolo appena citato sancisce espressamente che le norme dettate per l'arbitrato rituale non si applicano in via diretta all'arbitrato irrituale. Questo vale principalmente per le norme riguardanti la decisione finale, incompatibili con la natura contrattuale del lodo, mentre per quanto riguarda le altre previsioni sarà compito dell'interprete stabilire se siano o meno applicabili in via analogica. In entrambi i casi, infatti, il lodo interviene all'esito di un processo e la fattispecie di processo più vicina è indubbiamente quella dell'arbitrato rituale.

L'opzione per l'arbitrato contrattuale deve, alla luce delle modifiche¹³, essere espressa per iscritto. Questo fa pensare che il legislatore abbia voluto favorire l'arbitrato rituale rispetto a quello irrituale; molti, del resto, si sono chiesti se quest'ultimo abbia ancora una sua utilità. Perché affrontare un lungo processo per arrivare ad ottenere un lodo contrattuale?¹⁴

Sempre nel primo capo del titolo ottavo troviamo altre due norme interessanti. L'articolo 808 quater c.p.c. (Interpretazione della convenzione d'arbitrato) che detta il principio per cui nel dubbio la stessa va interpretata nel senso più comprensivo possibile¹⁵. E l'articolo 808 quinquies c.p.c. (Efficacia della convenzione d'arbitrato) secondo il quale l'efficacia della stessa non viene meno se il procedimento si conclude senza pronuncia sul merito. Questo a differenza di precedenti orientamenti giurisprudenziali che avevano sostenuto in più casi la sua automatica caducazione¹⁶.

¹³ La giurisprudenza precedente era, all'opposto, nel senso che in caso di dubbio l'arbitrato va considerato irrituale.

¹⁴ Rinvio ancora a ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, p. 160, già cit.

¹⁵ Vedi ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, p. 187, già cit.

¹⁶ Ancora vedi ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, p. 195, già cit.

Per ultimo va citato l'art. 832 c.p.c. (Rinvio a regolamenti arbitrali) dedicato all'arbitrato amministrato, per la prima volta oggetto di disciplina¹⁷.

Cercando di tirare le somme, minimo comune denominatore della riforma, a mio giudizio, è la presa d'atto da parte del legislatore che l'arbitrato, soprattutto rituale, è un utile strumento la cui applicazione e diffusione vanno favorite.

Venendo alla riforma della legge fallimentare¹⁸ non posso fare a meno di citare un'autorevole dottrina¹⁹: *“i principi ispiratori sono opportuni, ed in parte sono il risultato di precedenti proposte di riforma e dei dibattiti che sono seguiti; in altri casi si tratta del recepimento di principi giurisprudenziali consolidati. Ma, mentre*

¹⁷ Si contrappone all'arbitrato ed hoc ed è caratterizzato dal fatto che un ente, pubblico o privato, oltre ad una regolamentazione dettagliata circa lo svolgimento dell'arbitrato, offre una serie di servizi logistico – amministrativi. Per un commento dell'articolo rinvio sempre a ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, p. 867, già cit.

¹⁸ Vorrei sinteticamente tratteggiare alcuni aspetti della riforma. La disciplina del '42 si caratterizzava per il carattere affittivo e sanzionatorio; coerente con l'officiosità della procedura e con l'assenza in origine di garanzie per il debitore. Nessuna attenzione era data alla conservazione dell'impresa; i creditori avevano un ruolo secondario (le competenze del comitato dei creditori erano molto limitate e prevalentemente a carattere consultivo). L'attuale disciplina è radicalmente diversa. Si è preso atto che non c'è contrapposizione tra tutela dei creditori e salvaguardia degli organismi produttivi, questo ha portato all'introduzione di regole tese a contemperare queste due esigenze (es. favorendo la cessione dei complessi aziendali rispetto alla liquidazione atomistica del patrimonio e permettendo la cessione di rapporti giuridici individuabili in blocco). Un altro aspetto riguarda il nuovo assetto dei rapporti fra i vari organi della procedura. Compito degli organi giurisdizionali (Tribunale fallimentare e giudice delegato) è essenzialmente quello di vigilare sulla regolarità della procedura lasciando le scelte relative alla gestione economica al comitato dei creditori (chiamato a prestare la propria autorizzazione) e al curatore. Un altro aspetto è la generalizzata applicazione del rito camerale. Infine, si assiste al ridimensionamento dell'ambito di applicazione della revocatoria fallimentare (da un lato attraverso la riduzione del periodo sospetto legale, dall'altro con l'estensione delle esenzioni) e all'introduzione dell'esdebitazione (cioè la possibilità di ottenere la definitiva liberazione dai debiti). Per ogni approfondimento rinvio a ALBERTO JORIO, voce «Fallimento (diritto priv. e proc. civ.)», in *Enc.Dir., Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010; nonché al già citato MASSIMO FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna, 2011. Per quanto riguarda il dibattito e i progetti di riforma vedi ALBERTO JORIO, SABINO FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali: i progetti*, Giuffrè, Milano, 2004.

¹⁹ GUIDO UMBERTO TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2006, p. 7.

sono opportuni e approvabili sostanzialmente i principi ispiratori della riforma, devono essere formulate osservazioni critiche poiché dalle norme modificate si ricava che molte disposizioni non hanno un sufficiente grado di chiarezza e precisione e sono formulate in modo da suscitare vivaci critiche dal punto di vista della loro formulazione tecnico-giuridica; altre critiche sono inevitabili poiché non sono state modificate altre norme, che avevano un senso e una giustificazione prima della riforma mentre ora sono in contrasto con ciò che è stato modificato o introdotto di nuovo”.

Considerazioni certamente adeguate al nuovo art. 83 bis l.fall.

Nonostante la rubrica (Clausola arbitrale) lasci pensare a una disciplina generale in realtà il legislatore si è limitato a disciplinare un solo aspetto, quello degli effetti dello scioglimento del contratto in cui è inserita sul procedimento arbitrale pendente, che *“non può essere proseguito”*; trascurando tra l’altro che la clausola arbitrale è solo una (per quanto la più diffusa) delle convenzioni arbitrali possibili.

L’art. 35 l.fall., invariato, stabilisce, in questo caso con riguardo al compromesso, che per lo stesso, così come per gli (altri?) atti di straordinaria amministrazione, occorra l’autorizzazione del comitato dei creditori.

Si creano così dei problemi di coordinamento con l’art. 808 c.p.c. che, già nella versione precedente l’ultima riforma, detta il principio per cui *“il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”*; principio estensibile anche agli altri tipi di convenzione arbitrale. Ne consegue che la capacità di stipulare la convenzione andrebbe verificata caso per caso, alla luce del tipo di rapporto e di atto da cui la stessa deriva.

Infine abbiamo l’art. 25, n. 7 l.fall. relativo alla nomina degli arbitri (da parte del giudice delegato su proposta del curatore).

Una disciplina estremamente scarna a fronte di un tema, quello dei rapporti tra questi due istituti, che invece è estremamente complesso e vasto.

Perché interessarsene? Forse l'arbitrato potrebbe costituire una risorsa per cercare di ridurre i tempi del contenzioso fallimentare. Sicuramente non sarà difficile che un curatore si imbatta in contratti contenenti clausole arbitrali o in procedimenti già pendenti. I dati²⁰ dimostrano che l'arbitrato è un istituto in lenta espansione. Inizia a non essere percepito solo come uno strumento elitario. Non faccio né farò previsioni. Come ho accennato all'inizio, intendo fornire un quadro dei rapporti fra questi due istituti anche alla luce dell'evoluzione storica.

²⁰ Per avere un'idea del fenomeno vedi ISDACI (Istituto scientifico per l'arbitrato, la mediazione, e il diritto commerciale), *Quarto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, disponibile sul sito www.isdaci.it (ad oggi l'unica fonte di documentazione su questo tema nel nostro Paese).

Per quanto riguarda l'arbitrato i dati (aggiornati al 2009) si riferiscono alle procedure di arbitrato amministrato non essendo disponibili dati sugli arbitrati ad hoc.

In particolare emerge chiaramente che si tratta di un fenomeno in crescita anche se i numeri assoluti sono piuttosto contenuti (520 nel 2005; 505 nel 2006; 557 nel 2007; 681 nel 2008; 802 nel 2009).

Questo grazie soprattutto all'affermazione delle Camere di Commercio che da sole gestiscono il 78% di tutte le procedure arbitrali registrate nel 2009 (631 su 802); inoltre gran parte dei casi di arbitrato amministrato gestiti fuori dalle Camere di Commercio risulta amministrato da enti pubblici o semi-pubblici (es. Camera arbitrale per i lavori pubblici). Sono loro comunque a gestire le procedure di arbitrato internazionale. Rispetto al complessivo fenomeno delle ADR comunque l'arbitrato conserva un ruolo ancora marginale (lo 0,9 %). Si tratta di procedure per lo più italiane (93% di tutte le domande) e promosse da imprese.

Le controversie riguardano principalmente appalti (22%); diritto societario (22,8%); questioni immobiliari (13,8%) e di commercio (12%), residuali assicurazioni e l'edilizia (0,7% per entrambi), nonché i contratti bancari, finanziari e sub-fornitura (0,6%).

Il valore medio di questi arbitrati è di 196.000 Euro, molto al di sotto delle procedure di arbitrato ad hoc di cui si legge talvolta sui giornali, dei quali per ragioni di segretezza non si conoscono i dati. Fa eccezione la Canim di Milano con un valore medio di 6.534.293 Euro e la Camera arbitrale per i lavori pubblici con 2.833.635 Euro. Il valore degli arbitrati amministrati dalle Camere di Commercio è in media 213.061 Euro, contro i 50.000 Euro degli arbitrati "non camerati".

La durata media è di 162 giorni a conferma che la celerità è uno dei motivi principali per preferire l'arbitrato. Una durata di gran lunga inferiore a quella prevista dalla legge (art. 820 c.p.c.) di 240 giorni.

Tutto questo conferma, fra l'altro, i vantaggi in termini di durata, controllo delle procedure e delle tariffe che le parti possono realizzare attraverso l'arbitrato amministrato da enti.

Desidero chiarire che non è oggetto del presente lavoro il rapporto tra arbitrato e procedure concorsuali diverse dal fallimento.

Nelle tre parti in cui si articola questo scritto tratterò: 1) dei limiti alla compromettibilità delle liti nel contenzioso fallimentare; 2) dell'arbitrato del curatore (cioè della stipulazione da parte del curatore di convenzioni arbitrali; 3) dell'arbitrato in caso di sopravvenuto fallimento.

PARTE PRIMA

LIMITI ALLA COMPROMETTIBILITÀ DELLE LITI NEL CONTENZIOSO FALLIMENTARE

La compromettibilità delle liti fallimentari

Prima di entrare nel merito desidero fare una premessa. Per il momento mi limiterò a trattare dei limiti alla compromettibilità nel contenzioso fallimentare indipendentemente dal fatto che la convenzione arbitrale sia precedente o successiva al fallimento.

In base all'art. 806 c.p.c. *“le parti possono far decidere da arbitri le controversie fra loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”*.

La legge fallimentare non dispone nulla al riguardo, quindi il legislatore non ha ritenuto opportuno dettare limiti ulteriori, in materia fallimentare, rispetto a quelli generali di questo istituto.

Come ho già anticipato, ogni eccezione alla compromettibilità dei diritti disponibili va interpretata in senso restrittivo. Aggiungo che l'indisponibilità, secondo la prevalente dottrina, va intesa in senso assoluto. Se il legislatore limita solo in parte la disponibilità del diritto l'arbitrato è possibile²¹.

In ordine a questo primo aspetto non si scorgono in ambito fallimentare peculiarità significative. Il fallimento non influisce sulla natura, disponibile o meno, dei diritti controversi. Un diritto di credito, ad esempio, resta di per sé disponibile²² anche in caso di

²¹ Rinvio a ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 16, già cit.

²² Il titolare può rinunciare a far valere il credito nel fallimento semplicemente non

fallimento. Ciò che non è più disponibile è la sua tutela. Tutela che è vincolata alle forme dell'esecuzione concorsuale.

Le forme previste per questo tipo di esecuzione, nella misura in cui attuano il principio di concorsualità, sono necessarie e incompatibili con l'arbitrato.

Basta questa piccola osservazione per intuire che in ambito fallimentare i limiti alla compromettibilità non sono legati solo alla disponibilità dei diritti controversi.

Il giudizio arbitrale è alternativo alla giurisdizione nell'ambito dell'attività di cognizione contenziosa o di accertamento mero²³; suscettibile, in ogni caso, di acquisire carattere di definitività.

L'arbitrato, per sua stessa natura, non può operare quando mancano queste caratteristiche.

Vanno poi esclusi i procedimenti previsti in via esclusiva per il raggiungimento di certi risultati²⁴, sia di tipo impugnatorio (anche per l'impossibilità di affidare ad arbitri il controllo sugli atti dei giudici statali), sia di tipo non impugnatorio.

Appare evidente, già a un primo sguardo, che si tratta di un

presentando domanda di insinuazione al passivo; può anche rinunciare *tout court* al credito con una rinuncia formale o con un *pactum de non petendo* e può, infine, cedere il proprio credito a terzi (sempre che trovi qualcuno interessato). Quanto al fallito, è vero che perde la capacità di amministrare e disporre dei suoi beni e diritti (art.42 l.fall.), ma la stessa capacità la acquistano gli organi fallimentari e in primo luogo il curatore.

²³ L'attività giurisdizionale è strumentale rispetto ai diritti che vuole tutelare. Attua una tutela secondaria che interviene quando la tutela semplicemente giuridica non basta e si riscontra la lesione di un diritto. Ha quindi natura sostitutiva. Questo spiega il carattere normalmente contenzioso della cognizione. A volte, tuttavia, l'attività giurisdizionale non presuppone una lesione. Si tratta dell'attività di accertamento mero (oltre alla giurisdizione costitutiva necessaria). In questo caso l'esigenza di tutela nasce dall'incertezza circa l'esistenza o meno di un certo diritto. Incertezza che va eliminata prima ancora che dia luogo alla lesione del diritto. In entrambi i casi l'attività di cognizione ha la funzione di "*enunciare l'esistenza del diritto come volontà concreta di legge (ossia della volontà astratta di legge – o norma – divenuta concreta in forza dei fatti costitutivi del diritto) con una certezza sufficientemente obbiettiva (...) attraverso la pronuncia di un giudice non più controvertibile*". Per approfondimenti rinvio a CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, Editio minor*, Giappichelli, Torino, 2011, vol. I, p. 9 ss.

²⁴ Occorre sempre tener presente che l'arbitrato è uno strumento che ha un senso solo nella misura in cui è in grado di offrire a coloro che se ne servono risultati utili.

terreno molto incerto.

Applicare alla materia fallimentare questi limiti risulta ancora più complesso. Anche se le conclusioni convergono, sul piano delle argomentazioni è possibile riscontrare delle divergenze.

Prima di tutto inizio con l'escludere i procedimenti che conducono a provvedimenti che non hanno carattere decisorio.

In questo ambito troviamo i decreti, che esauriscono i loro effetti nel procedimento fallimentare, con i quali gli organi giudiziali²⁵ concorrono alla gestione economica della procedura.

Tendenzialmente l'ultima riforma della legge fallimentare rimette queste scelte agli organi non giudiziali, in particolare al comitato dei creditori, restano comunque ferme alcune eccezioni. Ci sono atti (la nomina degli arbitri, la costituzione in giudizio del curatore, la revoca dell'incarico o la liquidazione dei compensi delle persone la cui opera è stata richiesta dal curatore nell'interesse del fallimento, ecc.) che richiedono l'intervento, variamente configurato, del giudice delegato. Inoltre, più in generale, in base all'art. 41, comma 4 l.fall. *“In caso di inerzia, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato”*. Basta questo per capire che il ruolo degli organi giurisdizionali nella gestione economico/amministrativa della procedura fallimentare è comunque significativo.

Il secondo impedimento è legato al tipo di giurisdizione. In base all'art. 818 c.p.c. *“gli arbitri non possono concedere*

²⁵ Secondo la giurisprudenza Cass., 3aprile 1991, n. 3478, *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 1991, p. 799; *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1703; *Vita notarile*, 1991, p. 990; *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1991, II, p. 752, il tribunale può sostituirsi al giudice delegato nell'ambito dei poteri amministrativi *“essendo investito dell'intera procedura ed avendo delegato il giudice singolo”*, il tribunale *“non solo ha il potere, espressamente previsto dall'art. 23, di annullare e riformare i provvedimenti del giudice delegato, ma ha anche quello di sostituirsi al medesimo giudice delegato nell'emanazione dei provvedimenti di competenza di quest'ultimo”*. Poteri che non gli spettano *“quando questi eserciti funzioni decisorie di natura giurisdizionale”*.

sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge”, quindi anche i provvedimenti cautelari previsti dalla legge fallimentare.

Una delle novità della recente riforma è stata la previsione di provvedimenti cautelari interni alla procedura prefallimentare. Il tribunale può emettere provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell’impresa, con efficacia limitata alla durata del procedimento, confermabili o revocabili dalla sentenza che dichiara il fallimento, o revocati dal decreto che rigetta l’istanza di fallimento²⁶.

Occorre ora parlare dei procedimenti sommari o camerale. In questo ambito occorre distinguere i “processi sommari perché semplificati” dai “processi sommari perché a cognizione sommaria”²⁷. Distinzione, come al solito, molto più semplice sul piano teorico che in concreto. I confini tra semplificazione e cognizione sommaria spesso si fanno incerti.

Il legislatore, dopo le recenti riforme fallimentari, ha previsto l’applicazione di forme camerale in tutta la procedura fallimentare, a partire dal procedimento per la dichiarazione di fallimento. Forme difficili da classificare. Da un lato si tratta indubbiamente di rito camerale, dall’altro, guardando alla sostanza delle cose, il legislatore ha disciplinato il rito assicurando, in varia misura, il contraddittorio e l’esercizio del diritto di difesa. A ciascuno spetterà scegliere la prospettiva che predilige caso per caso. Io, guardando alla sostanza, ritengo che non si tratti sempre e necessariamente di procedimenti di cognizione sommaria. Lo stesso legislatore, prevedendo dei giudizi di secondo grado, anch’essi con forme camerale, per l’impugnazione degli atti che concludono questi giudizi, pare confermare questa lettura delle

²⁶ Per approfondire vedi, da ultimo, BELLE’ ROBERTO, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell’impresa*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2011, p. 5.

²⁷ Così CARRATTA ANTONIO, *Enciclopedia del diritto*, Processo sommario (dir. proc. civ.), Annali II-1, 2008.

norme.

Una dottrina²⁸, dopo aver premesso che l'arbitrato rituale è un procedimento alternativo all'ordinario processo di cognizione “*e che con ciò si intende ogni procedimento in “disteso” contraddittorio*” anche se le forme divergono da quelle ordinarie, ha sostenuto l'inammissibilità dell'arbitrato nei casi in cui il legislatore delinea dei procedimenti di carattere sommario o camerale²⁹.

Un'altra dottrina³⁰, alla quale presto adesione, ha posto obiezioni al riguardo sostenendo che “*neppure la scelta del rito camerale può essere di ostacolo, quando abbia ad oggetto giurisdizione contenziosa e pertanto diritti soggettivi compromettibili*”, l'esclusione in questi casi dell'arbitrabilità è da trovare, piuttosto, “*nella riconducibilità dell'effetto perseguito allo svolgimento di un procedimento endofallimentare*”. Con la conseguenza che “*il mancato utilizzo del procedimento fallimentare non consentirebbe un effetto opponibile alla procedura*”.

Detto altrimenti, indipendentemente dal tipo di rito e di cognizione, ciò che ostacola la compromettibilità in caso di fallimento è il fatto che si tratta di un procedimento esecutivo che comporta, per sua stessa natura, la regolazione unitaria di tutte le

²⁸ SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Cedam, Padova, 1996, p. 8; nello stesso senso, ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, Cedam, Padova, 2000; e LUISA GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2009, p. 134.

²⁹ Non molto diversa la posizione di ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 61 il quale afferma che “*La ragione, pertanto, dell'insuscettibilità dei procedimenti in camera di consiglio a costituire oggetto di arbitrato dipende da una meno formale e più sostanziale ragione, che consiste nella struttura del procedimento arbitrale. Il quale è costituito, (...) come un giudizio a cognizione piena, modellato sul processo civile ordinario, nel pieno rispetto del contraddittorio, e con i soli limiti imposti alla fase istruttoria dalla carenza negli arbitri dei poteri coercitivi nei confronti delle parti e dei testimoni*”.

³⁰ ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 111.

pretese fatte valere nei confronti del fallito. L'esecuzione concorsuale si compone di fasi cognitive e di fasi esecutive ma, a differenza dell'esecuzione individuale, nel caso del fallimento le fasi cognitive, invece di essere eventuali, sono inserite necessariamente nell'ambito del processo esecutivo; e non è la sola differenza, l'accertamento dei crediti e dei diritti sui beni del fallito si svolge allo stesso tempo nei confronti sia del curatore, sia di tutti gli altri titolari di crediti o diritti³¹.

È inevitabile concludere che l'arbitrato non può essere considerato una valida alternativa al procedimento fallimentare in quanto procedimento esecutivo caratterizzato da concorsualità. Nella misura in cui le forme sono funzionali alla regolazione unitaria di tutte le pretese fatte valere nei confronti del fallito la compromettibilità delle liti va esclusa. Il procedimento fallimentare è il solo procedimento previsto per il raggiungimento di questo risultato³².

Questa conclusione è da condividere soprattutto visto il riconoscimento del diritto al contraddittorio e del diritto di difesa anche nell'ambito del procedimento camerale utilizzato nell'ambito della procedura fallimentare. Se l'ostacolo alla compromettibilità dei procedimenti camerali è il fatto che l'arbitrato è alternativo solo ai procedimenti in "disteso contraddittorio"³³, allora la recente riforma implica un ripensamento sul punto. Invece l'arbitrabilità

³¹ Così, LINO GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 213, da cui risulta che anche coloro il cui credito risulti da provvedimento giudiziale di condanna passato in giudicato devono chiedere l'ammissione a stato passivo e chiedere, quindi, l'accertamento del loro diritto a partecipare al riparto. Infatti, l'accertamento di stato passivo è una fase che, sola, consente di costituire il titolo necessario per soddisfarsi sul patrimonio del fallito in concorso con gli altri creditori.

³² Esistono, è vero, dei procedimenti concorsuali alternativi al fallimento volti a regolare la crisi dell'impresa su base negoziale, ma se un accordo con i creditori non si raggiunge o non viene eseguito la regolazione della crisi finisce col dover passare necessariamente attraverso una procedura di fallimento; fallimento che conserva la struttura di procedimento esecutivo anche dopo la riforma.

³³ Vedi SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., e ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit.

continua a essere esclusa, e giustamente, ma a mio parere perché l'arbitrato non può sostituirsi al procedimento esecutivo concorsuale³⁴.

Mi accingo a esaminare l'arbitrabilità dei vari procedimenti camerale in questa prospettiva.

L'art. 15 l.fall. disciplina il procedimento per la dichiarazione di fallimento³⁵. Nessuno dubita della non arbitrabilità della dichiarazione di fallimento. Indipendentemente dal tipo di cognizione, la materia è indisponibile riguardando uno *status*³⁶,

³⁴ In questo senso ancora più chiaramente ELENA FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di FERRUCCIO AULETTA, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 367. In particolare si sofferma sul procedimento ex art. 26 l.fall. "che può riguardare, peraltro, materie che vanno ad incidere su diritti soggettivi, ha introdotto (la riforma) un modello di procedimento rispettoso dei principi del giusto processo, secondo le regole costituzionali. Un procedimento che (...) viene considerato un modello interpretativo per modulare tutti i procedimenti camerale per tutte le cause che derivano dal fallimento. In aderenza, quindi, alla nuova realtà legislativa si deve pensare che per taluni profili, come nel procedimento indicato, l'incompatibilità tra arbitrato e fallimento vada ricondotta non tanto a carenze strutturali come quella del contraddittorio che, invece, viene previsto, quanto piuttosto alla specialità del rito voluto dal legislatore fallimentare e, quindi, al principio di esclusività e inderogabilità del procedimento speciale, demandato alla cognizione del giudice fallimentare".

³⁵ La visione tradizionale che reggeva la legge del 1942 reputava la crisi dell'impresa una minaccia capace di dare origine a preoccupanti alterazioni nell'economia, potendosi estendere anche ad altre imprese con le quali la stessa avesse continuato ad intrattenere rapporti. Si spiega così la scarsa disciplina dell'istruttoria prefallimentare e la natura camerale del procedimento, contraddistinto da una palese natura sommaria a struttura deformalizzata. Oggi invece la procedura per la dichiarazione fallimentare è mutata radicalmente, passando da un paradigma marcatamente inquisitorio ad un modello di processo giurisdizionale di cognizione contenzioso, da realizzarsi utilizzando le forme camerale, che dovrebbe quindi coniugare diritto di difesa, terzietà del giudice e speditezza dell'accertamento. Da qui tutti i problemi di incerta classificazione, come sommario o meno, del relativo procedimento. Per approfondimento vedi MASSIMO MONTANARI, *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruttoria e giudizio di fatto*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2007, p. 553.

³⁶ Sul punto ELENA FRASCAROLI SANTI, già cit. *supra*, ha sottolineato come l'argomento che sostiene l'indisponibilità della materia in quanto inerente a uno *status* dopo la riforma abbia perso di rilievo data la parziale caducazione degli effetti personali del fallito, la soppressione dell'albo dei falliti e le relative incapacità. A mio parere la rilevanza dell'argomento, seppur attenuata, persiste ancora. Gli effetti personali del fallimento non sono venuti meno del tutto e comunque anche le conseguenze del fallimento non sono destinate ad estinguersi tutte con la chiusura dello stesso. Es. nei requisiti richiesti per ricoprire certi ruoli "sensibili", pubblici o meno, spesso compare il fatto di non essere mai stati dichiarati falliti.

quello di fallito, a cui conseguono significativi effetti. La dichiarazione di fallimento ha un contenuto complesso. Dovendo avviare il successivo procedimento fallimentare contiene statuizioni a carattere ordinatorio (fissazione dell'udienza di verifica dello stato passivo, nomina del giudice delegato ecc.) che sono impensabili per un arbitro. Tutto questo senza considerare che l'iniziativa può essere anche pubblica, da parte del pubblico ministero, oltre che privata, da parte di ogni creditore.

Le stesse considerazioni valgono per l'impugnazione della stessa, con reclamo davanti alla Corte d'Appello ai sensi dell'art. 18 l.fall., sempre con procedimento camerale. In questo caso, inoltre, l'inammissibilità è ulteriormente motivata dal fatto che mediante arbitrato non è possibile impugnare atti emanati da giudici statali.

Con il procedimento di accertamento del passivo e dei diritti, reali o personali, su beni mobili e immobili, di proprietà o in possesso del fallito, arriviamo a un tema centrale ai fini che qui interessano.

Esclusa l'arbitrabilità delle controversie soggette al relativo procedimento in base alle considerazioni svolte in precedenza (circa la riconducibilità dell'effetto perseguito allo svolgimento di un procedimento endofallimentare), occorre ora vedere quanto questa esclusione incida sul insieme delle controversie arbitrabili in caso di fallimento.

Con le riforme alla legge fallimentare è stato modificato sia l'ambito, sia le forme di questo accertamento³⁷.

³⁷ A proposito delle forme, rifacendomi a LINO GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, già cit., 2011, p. 209, segnalo solo che nel sistema previgente la verifica era affidata al giudice delegato il quale, pur essendo vincolato a pronunciarsi nei limiti della domanda, poteva sollevare d'ufficio ogni eccezione di rito o di merito che in un ordinario procedimento avrebbe dovuto essere eccepita dalle parti. Il curatore era considerato un ausiliario. I creditori concorrenti potevano fare osservazioni o contestazioni delle quali il giudice poteva tener conto. *“Il carattere -nettamente giurisdizionale-, cioè di giurisdizione contenziosa, della fase di verifica (affermato già nella Relazione del Guardasigilli alla legge del 1942 e ritenuto dalla costante giurisprudenza) ha indotto il legislatore del 2006 ad attribuire al curatore il*

Ciò che più interessa, mettendo quindi da parte il discorso relativo alle forme, è la modifica apportata al ambito della verifica.

Secondo l'art. 52 l.fall.³⁸: "*Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'art. 111, primo comma, n. 1 (leggi prededucibile), nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge*".

Accanto alla regola, già prevista nel 1942, per la quale tutti i crediti sono soggetti al concorso, è stata introdotta la disposizione in virtù della quale anche "ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare" deve essere accertato nelle forme della verifica del passivo.

Questo significa che oggi questo procedimento è destinato a regolare l'accertamento di qualunque tipo di diritto si faccia valere nei confronti del soggetto fallito³⁹. In particolare, il vecchio art.

ruolo di parte ed a sottolineare la terzietà del giudice delegato, che è ora chiamato a statuire sulle domande presentate dai creditori e dai titolari di diritti reali e personali «nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati» (art. 95, comma3 l.fall.)".

³⁸ Secondo *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a 5 anni dalla riforma*, commentario sistematico a cura di ALBERTO JORIO, MASSIMO FABIANI, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 317, questo articolo "incardina il principio di esclusività". "Il principio di esclusività va letto in due modi concorrenti: i) il creditore che voglia concorrere sull'attivo liquidato non ha altro mezzo se non ottenere una pronuncia di riconoscimento del suo credito nel contesto della formazione dello stato passivo; ii) tutti i creditori, qualunque sia la loro ragione di credito, debbono assoggettarsi all'accertamento (...), si è discusso di crediti ma il principio di esclusività si estende anche al riconoscimento dei diritti – reali e personali – su beni – mobili e immobili – del debitore".

³⁹ Esistono delle eccezioni o comunque dei casi dubbi. Vedi *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a 5 anni dalla riforma*, commentario sistematico a cura di ALBERTO JORIO, MASSIMO FABIANI, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 319. In particolare, "coloro che promuovono un giudizio di mero accertamento o fanno valere un'azione costitutiva possono proporre la loro domanda al di fuori del procedimento di formazione dello stato passivo soltanto qualora non intendano, poi, far derivare dalla sentenza diritti di credito o diritti restitutori (...). Analoga situazione ricorre quando prima del fallimento sia promossa una domanda di risoluzione di un contratto; il contraente in bonis acquisisce il diritto alla

103 l.fall. escludeva dall'ambito della verifica dello stato passivo le controversie riguardanti diritti immobiliari fatti valere da terzi⁴⁰; oggi anche queste liti sono state attratte al procedimento di cui agli artt. 93 ss l.fall⁴¹.

Ma vediamo ora come tutto questo influisce sull'arbitrabilità delle controversie fallimentari.

Una dottrina che ho già citato in precedenza⁴², nel 1996 (quindi prima delle riforme), ammetteva il ricorso all'arbitrato in tre casi: in caso di controversie tra curatore e creditori della massa⁴³; in caso di liti tra amministrazione fallimentare e terzi che vantano diritti su beni immobili acquisiti al fallimento; e in caso di liti dell'amministrazione fallimentare contro terzi debitori o soggetti passivi in generale.

Oggi, con riguardo ai crediti preeducibili, non si può più dubitare che siano soggetti al procedimento di verifica dello stato passivo del fallito.

risoluzione (...)". Infine un'altra fattispecie è quella che si ha quando il fallito ha prestato garanzia per un debito altrui (es. ipoteca su un suo bene). A questo riguardo la suddetta dottrina (così come LINO GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2011, p. 251) sostiene che "pur nella consapevolezza di una parziale forzatura della norma di cui all'art. 52 l.fall., là dove il principio del concorso formale è esteso a ogni diritto reale, si può ritenere che si applichi anche ai diritti reali di garanzia e dunque che ciò consenta al garantito di chiedere che il proprio diritto sia verificato nel procedimento di formazione dello stato passivo". Aggiungo solo, per spiegare il senso di quest'ultima forzatura, che l'art. 93 l.fall. prevede solo domande di restituzione e rivendicazione.

⁴⁰ Le controversie riguardanti diritti su beni immobili posseduti dal fallito, prima del 2006, erano escluse sia dall'accertamento dello stato passivo ai sensi dell'art. 103 (con la conseguenza es. che l'esistenza di un diritto di proprietà di terzi incompatibile con l'assoggettamento di un certo bene ad esecuzione concorsuale andava accertato nelle forme ordinariamente previste), sia dall'ambito dell'art. 24 l.fall., relativo alle controversie che derivano dal fallimento (con la conseguenza, sempre ad es., che la revocatoria di un trasferimento di beni immobili era rimessa alla competenza del tribunale competente in base alle norme di competenza ordinarie e non al tribunale fallimentare). Insomma per i beni immobili gli accertamenti non si svolgevano nelle forme previste dalla legge fallimentare, ma seguivano le regole ordinarie.

⁴¹ Il procedimento previsto dagli artt. 93 ss l.fall., oltre a escludere dal patrimonio fallimentare beni, immobili o mobili, non appartenenti al fallito, è volto anche all'attuazione coattiva di pretese alla consegna o al rilascio di beni, immobili o mobili, in possesso ma non in proprietà del fallito (come ad es. per ottenere il rilascio di un immobile concesso in locazione al fallito).

⁴² SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Cedam, Padova, 1996, p. 23.

⁴³ Per intendersi, si tratta dei creditori che vantano crediti preeducibili.

passivo⁴⁴, perciò v'è esclusa la compromettibilità delle relative controversie.

Lo stesso discorso, essendo soggette anch'esse a verifica del passivo, vale per le controversie "immobiliari" in cui l'amministrazione fallimentare è soggetto passivo. Restano pienamente compromettibili solo le controversie dell'amministrazione fallimentare verso terzi.

Per completezza preciso che escludo la compromettibilità: non solo della verifica di stato passivo, incluse le domande di rivendica e restituzione, (il principio di concorsualità che sta alla base della disciplina del fallimento non potrebbe mai realizzarsi in un arbitrato); delle statuizioni relative a domande di insinuazione tardiva (oggi regolate nelle stesse forme dell'insinuazione ordinaria); ma anche delle impugnazioni, opposizioni o azioni revocatorie⁴⁵ esercitabili nei confronti del decreto di esecutività dello stato passivo.

Ritengo doveroso accennare brevemente al fatto che, in precedenza, il decreto di esecutività del giudice delegato era assimilato, data la palese sommarietà del relativo procedimento, a un decreto ingiuntivo, e per questo opposizione e impugnazione si articolavano in tre gradi di giudizio con l'osservanza delle forme del procedimento contenzioso ordinario. Oggi, dato che opposizione e impugnazione sono state configurate come giudizi di secondo grado (da svolgersi secondo il consueto modello camerale), anche per questo, non si può più dubitare della non

⁴⁴ Esistono due eccezioni che, ovviamente, non rilevano ai nostri fini, previste dall'art. 111 bis l. fall. il quale esclude dall'obbligo di *insinuazione* "quelli non contestati per collocazione ed ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio, e di quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati ai sensi dell'art. 25" disponendo in questo ultimo caso che "se contestati, devono essere accertati con il procedimento di cui all'art. 26".

⁴⁵ L'impugnazione è promossa contro il soggetto la cui domanda è stata accolta dal giudice delegato; l'opposizione serve a contestare il mancato accoglimento della domanda; la revocazione, infine, è una impugnazione straordinaria proponibile sia contro provvedimenti di accoglimento che di rigetto del giudice delegato.

compromenttibilità delle relative controversie.

Considerazioni molto simili valgono anche per il procedimento di ripartizione (art. 110 l.fall.). Ancora una volta escludo l'arbitrabilità delle relative controversie.

Senza soffermarmi troppo sul punto⁴⁶, non è più previsto un procedimento in due fasi, prima la presentazione di osservazioni dei creditori al progetto di ripartizione, e poi l'emanazione del decreto di esecutività da parte del giudice delegato impugnabile con reclamo al collegio ai sensi dell'art. 26 l.fall. Oggi il curatore si limita a depositare il progetto. Ogni contestazione dovrà essere fatta valere mediante reclamo al giudice delegato contro gli atti del curatore (art. 36 l.fall.). Il decreto di esecutività del progetto di ripartizione va emanato decorso il termine per il reclamo⁴⁷ (15 giorni - in deroga agli 8 giorni normalmente previsti - dalla comunicazione di avvenuto deposito).

Arriviamo così ai reclami di cui agli art. 26 e 36 l.fall., rispettivamente, contro i decreti del giudice delegato e del tribunale, e contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori.

L'arbitrabilità è da escludere in base alle considerazioni svolte in precedenza circa la riconducibilità dell'effetto ad un procedimento endofallimentare, inoltre nel primo caso l'arbitrato è escluso anche dall'impossibilità di rimettere ad arbitri il controllo su atti degli organi giurisdizionali.

Alcune considerazioni in più riguardano il reclamo contro gli atti del curatore. Dato che il curatore normalmente pone in essere atti esterni (cioè compiuti con terzi) il reclamo non può incidere, in questi casi, sull'atto da lui compiuto. Occorre impugnarlo nelle forme del procedimento contenzioso ordinario o eventualmente

⁴⁶ Rinvio ancora a LINO GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2011, p. 260.

⁴⁷ Dato che le contestazioni relative al progetto sono rimesse al reclamo di cui all'art. 36 l.fall., residua uno spazio assolutamente marginale per l'eventuale impugnazione del decreto di esecutività del piano di riparto. Col reclamo di cui all'art. 26 l.fall ad es. si potrà impugnare la determinazione del giudice circa i modi di pagamento delle somme assegnate.

mediante arbitrato; tuttavia, se dall'azione derivano pretese creditorie, di rivendica o restituzione nei confronti dell'amministrazione fallimentare, allora occorrerà presentare domanda di insinuazione al passivo.

Passiamo oltre, arrivando a trattare dei decreti ingiuntivi emessi dal giudice delegato.

L'articolo 150 l.fall. recita: *“Nel fallimento delle società con soci a responsabilità limitata il giudice delegato può, su proposta del curatore, ingiungere con decreto ai soci a responsabilità limitata e ai precedenti titolari delle quote o delle azioni di eseguire i versamenti ancora dovuti, quantunque non sia scaduto il termine stabilito per il pagamento. Contro il decreto emesso a norma del primo comma può essere proposta opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c.”*. Norma, l'art. 150 l.fall., richiamata, con riguardo ai conferimenti dovuti dall'associato in partecipazione, anche dall'art. 77 l.fall.

Secondo l'art. 645 c.p.c. *“In seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito; ma i termini di comparizione sono ridotti a metà”*.

Trattandosi di sindacare la legittimità di un atto emanato dal giudice delegato è da escludere l'arbitrabilità della relativa controversia.

L'opposizione a decreto ingiuntivo, tuttavia, va distinta dalla controversia sul merito avente ad oggetto il medesimo credito sotteso al decreto di ingiunzione⁴⁸. La compromettibilità di

⁴⁸ Per aver conferma della suddetta distinzione anche in ambito fallimentare vedi DAVIDE ALFONSO BONFATTI, *Versamenti dei soci e competenza del giudice*, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 2000, p. 771, n. a Cass., 14 settembre 1999, n. 9803. Con questa sentenza la Suprema Corte applica alla procedura fallimentare il principio secondo cui, qualora tra le stesse parti ed avanti il medesimo ufficio giudiziario siano contemporaneamente pendenti un procedimento introdotto in via monitoria e un giudizio di cognizione ordinaria aventi ad oggetto il medesimo diritto, non possono configurarsi questioni di competenza, nel senso della litispendenza o della continenza, ma semplicemente questioni di riunione delle due azioni ai sensi dell'art. 273 c.p.c. o, al limite, 274 c.p.c.

quest'ultima va autonomamente valutata.

Per quanto riguarda il decreto di chiusura del fallimento l'impugnazione va proposta a norma dell'art. 26 l.fall. quindi richiamo quanto detto *supra* a questo riguardo; mentre, con riguardo all'esdebitazione (possibile oggetto di autonomo giudizio) non si possono ignorare i rilevanti profili di interesse pubblico⁴⁹ ad essa sottesi, profili che a loro volta influiscono sulle forme previste per la relativa dichiarazione. L'arbitrabilità va esclusa sia per il carattere necessario del relativo procedimento, sia per l'indisponibilità del diritto.

Infine per la sentenza di riapertura del fallimento valgono i rilievi già fatti a proposito della sentenza che dichiara il fallimento.

L'art. 24 l.fall. e l'arbitrabilità delle liti fallimentari

La rilevanza di questa norma, sempre al fine di stabilire l'ambito delle controversie arbitrabili, è legata al fatto che per molto tempo la dottrina e la giurisprudenza dominanti⁵⁰ hanno visto nella stessa un ostacolo alla compromettibilità delle liti

Nel caso di specie, la Cassazione ha stabilito che la regola sopra indicata, applicata al rito fallimentare, comporta che, nel caso in cui il giudice delegato emetta ingiunzione ex art. 150 l. fall. in pendenza, avanti al tribunale fallimentare cui egli appartiene, di un giudizio di accertamento negativo del credito azionario in sede monitoria, si determina soltanto l'esigenza di procedere alla riunione delle due azioni ex artt. 273 o 274 c.p.c., sul presupposto che il giudice delegato rappresenta soltanto un'articolazione del tribunale fallimentare e non è dotato di competenza autonoma.

⁴⁹ La lettura dell'art. 143 l.fall. (Procedimento di esdebitazione) è già di per sé molto esplicativa. Recita: *“Il tribunale, con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore presentato entro l'anno successivo, verificate le condizioni di cui all'art. 142 e tenuto conto dei comportamenti collaborativi del medesimo, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dichiara inesigibili nei confronti del debitore già dichiarato fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente. Contro il decreto che provvede sul ricorso, il debitore, i creditori non integralmente soddisfatti, il pubblico ministero e qualunque interessato possono proporre reclamo a norma dell'art. 26”*.

⁵⁰ Per un'ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza vedi SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Cedam, Padova, 1996, p. 26 e ss.

fallimentari. Anticipo che attualmente si sta assistendo a una evoluzione che coinvolge sia la dottrina che la giurisprudenza; ma procediamo con ordine.

In passato dall'insieme delle controversie arbitrabili si escludevano tutte le liti che derivavano dal fallimento ai sensi dell'art. 24 l.fall.

Se l'esclusione dell'arbitrabilità in questi casi era considerata pacifica⁵¹, tutt'altro che pacifico era l'esatto ambito delle controversie di cui all'art. 24 l.fall.

Nella versione precedente il 2006 l'articolo escludeva espressamente dal suo ambito le azioni reali immobiliari. Esse erano considerate compromettibili dato che in questo caso restavano ferme le norme ordinarie di competenza⁵². A parte questo punto fermo, il resto era oggetto di discussione.

Alcuni interpreti avevano dato a questa norma una portata onnicomprensiva fino a ricavarne l'inefficacia della convenzione arbitrale precedentemente conclusa dal fallito, sia che si trattasse di compromesso, sia che si trattasse di clausola compromissoria⁵³.

L'orientamento dominante, invece, attribuiva al suddetto

⁵¹ Vedi FRANCESCO DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1986, I, p. 285.

⁵² Oggi la compromettibilità è esclusa perché sono oggetto di accertamento nell'ambito della verifica di stato passivo (art. 103 l.fall.). In passato, prima della riforma del 2006, erano escluse, oltre che dall'ambito di operatività dell'art.24 l.fall., anche dalla verifica di stato passivo.

⁵³ Per la giurisprudenza, in particolare, Cass., 4 agosto 1958, n. 2866, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1958, II, p.590 (in questa pronuncia la corte affermò che l'art. 35 disciplina solo la facoltà dell'amministrazione fallimentare di consentire compromessi come potere autonomo, indipendente e del tutto scollegato dalla clausola compromissoria ormai ritenuta inoperante); per la dottrina: RENZO PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1974, II, p. 878; GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Morano, Napoli, 1974, I, p. 208; GIORGIO DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1968, p. 250; PIERO PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 332. Insomma la controversia "derivava dal fallimento", secondo questi autori, ogni volta che incideva sull'accertamento dell'attivo o del passivo. Il risultato era che il curatore poteva concludere arbitrati, sempre secondo questi autori, solo in riferimento agli atti con i quali poneva in essere i rapporti con i collaboratori, i tecnici e gli ausiliari della procedura.

articolo una portata più limitata. Cito testualmente: “*Il giudizio arbitrale non è incompatibile con il fallimento ma solo con l’oggetto del giudizio stesso, ove questo venga ad incidere sulla competenza funzionale inderogabile del tribunale fallimentare*”⁵⁴.

In generale, la dottrina riteneva che rientrassero nella competenza del tribunale fallimentare non solo le controversie che traevano origine dallo stato di dissesto, ma anche quelle che comunque investivano o restavano coinvolte dal fallimento⁵⁵.

La giurisprudenza, nonostante la non omogeneità della casistica, era più restrittiva⁵⁶. Con riferimento all’arbitrato faceva un’eccezione alla regola della *vis attractiva*, e dunque alla regola della non arbitrabilità, nel caso in cui l’arbitrato fosse stato già in corso al momento del fallimento. Ciò che rilevava, inizialmente, era che gli arbitri avessero già accettato l’incarico⁵⁷.

In seguito si affermò un orientamento ancora più favorevole per l’arbitrato. La Cassazione⁵⁸ affermò che “*il curatore che*

⁵⁴ Così FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 288.

⁵⁵ Così ROSANNA BIANCO, *Questioni in tema di competenza del tribunale fallimentare e di azioni proposte dal curatore*, in *Giur. Merito*, 1989, I, p. 596, nota a Trib. Orvieto, 4 novembre 1987.

⁵⁶ Vedi Cass. civ., 15 aprile 2003, n. 5950, in *Rep. foro it.*, 2003, Arbitrato [0480], n. 128 e 2003, Fallimento [2880], n. 277. In questo caso è stato negato che la controversia rientri tra quelle di cui all’art. 24. In particolare: “*La vis attractiva prevista dall’art. 24 l. fall. - il quale prevede la competenza, esclusiva ed inderogabile, del tribunale che ha dichiarato il fallimento per tutte le azioni che ne derivano - non opera per le azioni aventi con il fallimento un rapporto di mera occasionalità; in detto rapporto si pone l’azione rivolta alla liquidazione del compenso arbitrale non accettato dalle parti, la cui cognizione continua a spettare pertanto, anche in caso di fallimento, al presidente del tribunale indicato nell’art. 810, 2 comma, c.p.c.*”.

⁵⁷ Nell’ambito del dibattito sugli effetti del fallimento sul compromesso e sulla clausola arbitrale stipulati dal fallito anteriormente al fallimento si era affermato un orientamento che prevedeva l’inefficacia degli stessi se gli arbitri non avevano già accettato l’incarico, e l’opponibilità al fallimento nell’altro caso. Vedi SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 30 per maggiori riferimenti.

⁵⁸ La prima pronuncia fu Cass., 23 gennaio 1964, n. 162, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1964, II, 36 e 359; in *Banca e borsa*, 1964, II, n. 162, n. GRAZIANI; in *Giur. it.*, 1964, I, 1, p. 1160. In seguito anche Cass., 25 marzo 1966 n. 786, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1966, II, p. 487. E per la giurisprudenza di merito Trib. Milano, 24 settembre 1981 in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 1982, p. 286 e in *Rep. Foro it.* 1982, Fallimento [2880], n. 202, di cui cito la massima: “*Qualora il curatore intenda far valere un diritto del fallito (nella specie: il*

subentra in un contratto stipulato dal fallito nel quale sia contenuta la clausola compromissoria, non può disconoscere tale clausola”.

Su questa base si è sostenuto che la devoluzione di una controversia alla competenza esclusiva del tribunale fallimentare non riguarda le azioni che preesistono nel patrimonio del fallito e che il curatore esercita al suo posto, ponendosi nella sua stessa posizione⁵⁹. In questi casi non si produce alcuno spostamento di competenza dato che la controversia non può essere considerata dipendente dal fallimento. E' ad esempio il caso del compromesso concluso prima del fallimento.

Un'altra eccezione riguardava gli arbitrati obbligatori previsti

pagamento del corrispettivo previsto in un contratto di appalto) la clausola arbitrale inserita tra le pattuizioni del negozio su cui si fonda la pretesa creditoria è opponibile al fallimento”. Più di recente vedi Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Foro it.*, 1993, I, p. 821, n. BARONE C. M.; in *Dir. Fall. e delle soc comm.*, 1993, II, p. 601, n. BONSIGNORI; in *Il Fall. e le altre proc. Conc.*, 1993, p. 475, n. BOZZA; e in *Rep. Foro it.* 1993, Arbitrato [0480], n. 84 e 1992, Fallimento [2880], n. 318, in base alla quale: *“La dichiarazione di fallimento dell’acquirente di granturco, mediante contratto a consegne ripartite rimasto ineseguito, sopravvenuta in pendenza del procedimento avanti gli arbitri irrituali promosso dal medesimo acquirente in attuazione di apposita clausola arbitrale non ne determina l’invalidità e l’inefficacia nel caso di subingresso del curatore nel contratto contenente la menzionata clausola. Il curatore che subentra in un contratto stipulato dal fallito, nel quale sia contenuta una clausola compromissoria non può disconoscere tale clausola - o, in caso di posteriorità della dichiarazione di fallimento alla conclusione dell’arbitrato irrituale, non può sottrarsi agli effetti di questo - ancorché configuri un patto autonomo, attesa la riconducibilità di essa allo schema negoziale del mandato collettivo (art. 1726 c.c.) e di quello conferito nell’interesse anche di terzi (art. 1723, 2° comma, c.c.), rispetto ai quali la revoca del solo mandante o di uno solo di essi - e, quindi, in deroga al disposto dell’art. 78 l. fall., il fallimento dell’uno o dell’altro - non ha effetto estintivo del rapporto giuridico costituito attraverso il detto negozio”.* Nello stesso senso nella giurisprudenza di merito Trib. Bergamo, 26 novembre in *Gius.*, 1995, p. 2067, n. MAGNI e in *Rep. Foro it.*, 1995, Fallimento [2880], n. 315, la cui massima recita: *“È opponibile al fallimento la clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato prima del fallimento e nel quale il curatore sia subentrato, a nulla valendo il disconoscimento di detta clausola da parte del curatore stesso”* e Trib. Milano, 19 giugno 2002, in *Riv. dott. commercialisti*, 2003, p. 351, n. CASSESE e in *Rep. Foro it.*, 2003, Fallimento [2880], n. 312, in cui si afferma che *“Il subentro della procedura fallimentare nel contratto (nella specie di affitto di azienda) stipulato dal fallito non può che comportare l’accettazione di tutte le clausole in esso contenute, ivi inclusa l’eventuale clausola compromissoria, senza che all’operatività di detta clausola osti l’art. 24 l.fall. che stabilisce la competenza esclusiva del tribunale fallimentare”.*

⁵⁹ FEDERICA CASSESE, *Clausola compromissoria e fallimento*, in *Riv. Dott. Commercialisti*, 2003, p. 351, n. a Trib. Milano, 19 giugno 2002, appena cit.

dall'art. 42, d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063 (capitolato generale di appalto per le opere di competenza del ministero dei lavori pubblici)⁶⁰.

Mentre la giurisprudenza ha continuato a ritenere l'art. 24 l.fall. un limite all'arbitrabilità delle liti⁶¹, pur con i temperamenti di cui sopra, in dottrina sempre più interpreti si sono affermati contrari a un simile orientamento⁶².

Il primo (già nel 1959) a negare che l'art. 24 l.fall. sia di ostacolo all'arbitrato fu Enzo Capaccioli⁶³. Sostenne che *“l'attribuzione di una controversia al tribunale fallimentare, (...) è circostanza irrilevante rispetto all'ammissibilità dell'arbitrato e quindi anche rispetto alla sorte del compromesso o della clausola compromissoria anteriori al fallimento”*.

Si dovrà attendere il 1991 perché un'altra dottrina⁶⁴ si allinei alle sue posizioni affermando che la competenza inderogabile del tribunale fallimentare non prevale sulla deroga alla giurisdizione

⁶⁰ Per approfondimenti rinvio a SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 30. Al riguardo è bene ricordare che la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., 4 luglio 1977, n. 127, già cit.) oggi considera incostituzionale ogni forma di arbitrato obbligatorio.

⁶¹ Così in Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. Merito*, 1989, I, p. 596, n. BIANCO. In cui il Tribunale ha considerato ormai consolidato questo orientamento; ha quindi affermato la sua competenza a conoscere la controversia affermando che la clausola arbitrale è divenuta inoperante *ex lege*, a maggior ragione perché, nel caso di specie, gli arbitri non erano ancora stati nominati e la procedura non era neppure iniziata (ovviamente, aggiungo, trattandosi di revocatoria – fallimentare -). Per maggiori riferimenti anche alla dottrina vedi SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 27 e seguenti; Trib. Milano, 28 maggio 1985, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1986, p. 1083 e in *Rep. Foro it.*, 1986, Arbitrato [0480], n. 29 e 1986, Arbitrato [0480], n. 50, il quale affermò che: *“Non possono essere devolute ad arbitri le controversie che ratione materiae appartengono alla competenza funzionale inderogabile del tribunale fallimentare, senza che si possa operare al riguardo alcuna distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale”*; e Trib. Verona, 28 febbraio 1991, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1991, p. 1189 e in *Rep. Foro it.*, 1991, Fallimento [2880], n. 276.

⁶² In questo senso FILIPPO GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, ANGELO BUONFRATE, Utet, Torino, 2006.

⁶³ ENZO CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1959, p.537.

⁶⁴ VINCENZA PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1991, Parte prima, II, p. 1173.

ordinaria che l'arbitrato comporta.

Nel frattempo, sia la dottrina sia la giurisprudenza presero coscienza che per negare l'arbitrabilità delle pretese azionabili in sede di verifica del passivo e delle varie forme di impugnazione del relativo decreto di esecutività non era corretto invocare l'art. 24 l.fall., se non altro perché in questi casi a venire in rilievo non sono questioni di competenza, le sole disciplinate da questo articolo, ma questioni di rito⁶⁵.

Va detto che questa norma è stata a lungo intesa, non tanto come una norma che disciplina la competenza delle sole controversie che derivano dal fallimento, ma come espressione di un principio generale che vuole che le controversie in qualsiasi modo legate al fallimento siano attratte al fallimento e all'attenzione dei suoi organi, questo senza distinguere, ecco il punto, tra procedure interne al procedimento fallimentare e controversie nelle quali il fallimento rappresenta solo un fatto costitutivo. Ne consegue che ogni riferimento a questioni di competenza e all'art. 24 l.fall., se a venire in rilievo sono fasi

⁶⁵ Così Trib. Milano, 19 giugno 2002, già cit., secondo il quale: *“L’operatività della clausola, inoltre, non appare preclusa dalla sussistenza di una competenza esclusiva del Tribunale fallimentare, come affermato dalla procedura attrice (...). Si premette per chiarezza che – diversamente da quanto opinato dall’odierno attore – la portata dell’art. 24 l.fall. non pare possa estendersi alla procedura di accertamento del passivo, atteso che l’esclusività del giudizio di verifica discende non già dall’art. 24 bensì dal principio statuito nell’art. 52 l.fall. di obbligatorietà ed esclusività del procedimento di verifica e, ancor più, dalle norme sul rito di cui agli art. 92 e seguenti, norme volte a garantire il rispetto della concorsualità anche nella fase di accertamento dei crediti”*. Nello stesso senso Arb. Genova, 20 febbraio 1997, in *Riv. arbitrato*, 1998, 101, n. CARRATTA e in *Rep. Foro it.*, 1998, Arbitrato [0480], n. 122 e n.123, secondo il quale: *“Se l’arbitrato ha per oggetto l’accertamento di pretesi crediti nei confronti di un imprenditore, diviene improcedibile quando sopraggiunga il fallimento di quest’ultimo, in quanto la lite deve ritenersi inderogabilmente soggetta, a seguito della dichiarazione di fallimento, allo speciale procedimento di verifica dei crediti di cui agli art. 52 seg. l.fall”*; Arb. Roma, 6 aprile 2000, in *Temi romana*, 2000, p. 694, n. RAVIDÀ e in *Rep. Foro it.*, 2001, Fallimento [2880], n. 512; Cass., 16 giugno 2000, n. 8231, in *Riv. arbitrato*, 2001, p. 439, n. CAVALAGLIO e in *Rep. Foro it.*, 2001, Fallimento [2880], n. 382 - 2000, Arbitrato [0480], n. 135 - 2000, Arbitrato [0480], n. 173 e 2000, Arbitrato [0480], n. 204; Cass., sez. un., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Corriere giur.*, 2004, p. 320, n. MONTANARI; in *Giur. it.*, 2004, p. 964; in *Riv. arbitrato*, 2004, p. 299, n. SOTGIU e in *Rep. Foro it.* 2004, Arbitrato [0480], n. 140 e 2003, Arbitrato [0480], n. 72.

interne al procedimento fallimentare, è privo di significato “*costituendo se mai quel che non altri che Antonio Scialoja soleva denominare come meri «svolazzi», estranei alla ratio decidendi*”⁶⁶.

Questo permise di fare chiarezza sulla reale portata dell’art. 24 l.fall.

La norma non riguarda il procedimento fallimentare in quanto tale, ma solo le azioni che derivano dal fallimento, per le quali si osservano le forme del procedimento di cognizione ordinario⁶⁷. La conseguenza è che lo stesso Tribunale fallimentare richiamato dall’art. 24 l.fall., di fronte a una domanda volta a far valere un credito verso il fallito, dovrebbe dichiarare l’inammissibilità della domanda in base all’art. 52 l.fall.

Ma torniamo alla compromettibilità delle liti che derivano dal fallimento. Ho anticipato che in materia si assiste a una evoluzione. Ciò che la migliore dottrina⁶⁸ obietta è: 1) che, in riferimento alla versione precedente dell’art. 24 l.fall., la competenza attribuita al tribunale fallimentare cedeva alla competenza prevista dalle norme ordinarie in caso di controversie “reali immobiliari”, quindi “*la competenza prevista dall’art.24 l.fall. è più «debole» di quella prevista dall’art. 21 c.p.c. Non vi è dunque ragione di ritenere che il compromesso in arbitri possa essere escluso dall’art. 24 l.fall. più di quanto lo sia dall’art. 21 c.p.c.*”⁶⁹; 2) che la convenzione arbitrale non comporta una deroga

⁶⁶ VITTORIO COLESANTI, *Giudizio arbitrale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Il dir. Fall. e delle soc. comm.*, 1998, Parte prima, I, p.166.

⁶⁷ In questo senso ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 14, il quale, ancora più chiaramente, afferma che: “*i processi che appartengono alla struttura necessaria del fallimento non possono neppure essere messi in discussione, nel senso che costituiscono parte integrante del procedimento fallimentare, e per questa ben più intima ragione non si possono considerare attratti nel senso dell’art.24 l.fall.*”.

⁶⁸ Vedi in particolare, SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 26 e ss.; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 12 e ss.; e LUISA GROPPOLI, già cit.

⁶⁹ Così SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 32; e ANGELO BONSIGNORI, appena cit., p. 15.

alla competenza; in altre parole, il rapporto tra arbitro e giudice togato non è un rapporto di “competenza”, le regole di competenza riguardano solo la ripartizione della giurisdizione fra giudici statali ed è quindi improprio estendere la portata dell’art. 24 l.fall., che è una norma sulla competenza, all’arbitrato⁷⁰; 3) che la *ratio* dell’art. 24 l.fall. va ricercata in ragioni di opportunità. Si è voluto riunire davanti allo stesso ufficio giudiziario tutte le controversie derivanti dal fallimento, ma questo non comporta affatto, per giurisprudenza costante della Cassazione, che la trattazione debba essere affidata allo stesso giudice persona fisica o alla stessa sezione, né consegue che nessun interesse di ordine pubblico si oppone al deferimento di queste controversie ad arbitri⁷¹.

La conclusione a cui si giunge è che per individuare i limiti alla compromettibilità in arbitri occorre rifarsi alla disciplina generale dell’arbitrato, e in particolare all’art. 806 c.p.c. Sono quindi compromettibili tutte le azioni dell’amministrazione fallimentare verso terzi aventi ad oggetto diritti disponibili, incluse le azioni che derivano dal fallimento come, ad esempio, le azioni revocatorie fallimentari.

⁷⁰ SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 33; ANGELO BONSIGNORI, appena cit., p. 9, p. 23, p. 51

⁷¹ Di diverso avviso GIOVANNI CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento: art. 23-41*, Zanichelli, Bologna; Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1977, p. 59. Secondo quest’ultimo le ragioni che solitamente ispirano la competenza funzionale sono diverse da quelle che sottostanno all’art. 24 l.fall. In generale con la competenza funzionale si intende attribuire una certa lite al giudice che si considera il più idoneo ad assicurare il regolare ed efficiente svolgimento della funzione giudiziaria; invece la competenza di cui all’art. 24 l.fall. serve ad assicurare il conseguimento dei fini del fallimento. *Contra* vedi GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1993, I, p.477, il quale si oppone alle argomentazioni di Caselli sostenendo che quest’ultimo, per coerenza, ha dovuto individuare i casi di competenza del tribunale fallimentare in base alla posizione assunta dal curatore (la deroga si ha ogni volta che il curatore non agisce in sostituzione del fallito o di altri). Ma ecco il punto; questo può spiegare la deroga posta dall’art. 24 l.fall. con riguardo alla ripartizione dell’esercizio del potere giurisdizionale tra giudici appartenenti all’ordine giudiziario, ma non spiega affatto il divieto di ricorrere all’arbitrato. Il curatore può tranquillamente perseguire le finalità del fallimento attraverso il ricorso alla giustizia privata. Insomma, secondo Bozza (e direi che la sua posizione è da preferire) la competenza esclusiva del tribunale fallimentare non è posta a tutela di particolari ragioni pubblicistiche implicate dal fallimento. Così anche ANGELO BONSIGNORI, appena cit., p. 12 e ss.

Mi limito ad accennare al fatto che una diversa soluzione circa le controversie che derivano dal fallimento sarebbe stata astrattamente possibile alla luce della disciplina processuale prevista per queste controversie dalla riforma alla legge fallimentare del 2006.

In quell'occasione il legislatore ritenne di applicare in questi casi il rito camerale come disciplinato agli art. da 737 a 742 c.p.c. Soluzione ben presto abbandonata considerando che così veniva negato il principio costituzionale del contraddittorio; senza contare l'assurdità di decisioni su, ad esempio, revocatorie fallimentari modificabili o revocabili in ogni tempo ai sensi dell'art. 742 c.p.c.⁷².

Una recente dottrina⁷³ ha sostenuto che, se la riforma del 2007 non avesse abrogato la disposizione che affidava al rito camerale queste controversie, l'arbitrabilità avrebbe dovuto essere esclusa, non a causa dell'art. 24 l.fall., ma a causa del peculiare rito previsto.

Ribadisco anche a questo proposito l'irrilevanza della specialità delle forme ai fini dell'arbitrabilità delle controversie⁷⁴. Ciò che è necessario e imprescindibile è il carattere contenzioso

⁷² Così LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 100. Ma nello stesso senso la prevalente dottrina, salvo poche opposte opinioni, come afferma CORRADO FERRI, in *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, commentario diretto da ALBERTO JORIO, MASSIMO FABIANI, già cit., p. 126.

⁷³ LUISA GROPPOLI, già cit., p. 137.

⁷⁴ Ritengo sia utile richiamare la distinzione tra procedimenti sommari in senso stretto o sommari decisorii e procedimenti sommari cautelari. Rinvio a CARMINE PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, volume III, Giappichelli, Torino, 2010, p. 1. I primi sono "procedimenti cognitivi divergenti (dal modello processuale ordinario disciplinato nel libro II del codice di procedura civile) principalmente nello svolgimento delle modalità procedurali e di attuazione del contraddittorio, ma non nell'effetto di accertamento che consegue a tali procedimenti che è assimilabile, sebbene alla loro emanazione il giudice proceda a seguito di una cognizione sommaria, quasi totalmente al giudicato che consegue al modello «ordinario»". I secondi "divergono dal modello «ordinario» perchè non hanno natura e funzione cognitiva in senso stretto (...)". Anche questi ultimi sono emessi a seguito di una cognizione sommaria, ma hanno le caratteristiche formali e strutturali dell'attività cautelare. Le liti soggette a procedimenti sommari decisorii sono pienamente compromettibili dato il carattere contenzioso della cognizione, mentre ovviamente l'arbitrabilità va esclusa per i secondi.

della cognizione⁷⁵.

A questo proposito, con riferimento alla disciplina prevista nel 2006, occorre osservare come, da un lato, le controversie avrebbero avuto sicuramente carattere contenzioso, trattandosi di statuire in ordine all'esistenza e al modo di essere di diritti; ma dall'altro sarebbe stato possibile negare l'esistenza di tale carattere obiettando che mancavano due aspetti che connotano necessariamente la cognizione contenziosa: il diritto al contraddittorio e l'incontrovertibilità della decisione⁷⁶. Si sarebbe dovuto scegliere quale prospettiva far prevalere.

Per parte mia non avrei escluso l'arbitrabilità di queste liti. Se la specialità del rito è irrilevante, a maggior ragione dovrebbe esserlo quando le forme previste dal legislatore sono assolutamente inadeguate alla finalità perseguita.

Mettendo da parte questo discorso, vorrei concludere segnalando che anche parte della giurisprudenza più recente ha affermato l'irrelevanza dell'art. 24 l.fall. ai fini della compromettibilità in arbitri delle liti fallimentari⁷⁷.

⁷⁵ Vedi ENRICO REDENTI, voce "Compromesso" (diritto processuale civile), in *Noviss. Dig. ita.*, Utet, Torino, 1959, p. 797, il quale, per la nozione stessa di «controversie» da decidere esclude l'arbitrabilità: in materia penale, con riguardo alle attribuzioni di giurisdizione volontaria, nell'esecuzione processuale forzata, nelle procedure fallimentari e procedure analoghe a queste, nella concessione di sequestri e di provvedimenti cautelari in generale.

⁷⁶ L'art. 742 c.p.c. stabilisce che: "*I decreti possono essere in ogni tempo modificati o revocati, ma restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modifica o alla revoca*".

⁷⁷ Così Trib. Udine, 15 febbraio 2011, in *Rep. Foro it.*, 2011 Merito extra, n. 2011.77.(1 e 5). In quell'occasione il tribunale ha accolto l'eccezione di incompetenza sollevata dalla parte convenuta in ragione della clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto. La parte attrice sostenne che questa clausola arbitrale non era opponibile al Fallimento, poiché le uniche due ipotesi che costituiscono eccezione al principio di cui all'art. 24 l.fall. risulterebbero inapplicabili. Infatti, per un verso alla data della dichiarazione di fallimento gli arbitri non erano ancora stati nominati e per altro verso il rapporto contrattuale tra le parti si era già esaurito, dovendosi così escludere ogni possibilità per il Curatore di subentrare nel rapporto già esaurito. In conclusione, secondo la parte attrice "*intervenuta la dichiarazione di fallimento di una delle parti, la clausola compromissoria diviene inoperante ex lege, con conseguente devoluzione della controversia alla competenza del Tribunale Fallimentare che ha carattere funzionale ed inderogabile, a meno che essa sia compresa in un contratto in cui il Curatore è subentrato*".

Osservazioni conclusive in ordine all'arbitrabilità delle liti fallimentari

L'arbitrabilità delle liti fallimentari ha conosciuto un'evoluzione nel tempo influenzata sia dalla riflessione dottrinale e giurisprudenziale, sia dalla dimensione ultima che ha assunto la disciplina fallimentare.

Metaforicamente parlando oggi la via dell'arbitrabilità è sostanzialmente una strada "a senso unico". L'amministrazione può deferire ad arbitri le controversie nelle quali il curatore fa valere pretese nei confronti dei terzi, non escluse, stando alla migliore dottrina, quelle derivanti dal fallimento ex art. 24 l.fall. Invece coloro che vantano pretese nei confronti del fallito o dell'amministrazione fallimentare sono vincolati al rito dell'accertamento dello stato passivo, da considerare esclusivo e inderogabile⁷⁸.

Tengo a precisare che una cosa sono gli speciali procedimenti cognitori che si inseriscono nell'ambito del fallimento, rispetto ai quali l'arbitrato va escluso data la natura incidentale della cognizione rispetto al procedimento esecutivo concorsuale; un'altra cosa sono le pretese fatte valere dall'amministrazione fallimentare in sostituzione del fallito, della massa dei creditori o in via autonoma nei confronti di terzi non assoggettati a fallimento. In questo caso, non essendo implicata la necessità di soddisfare il principio di concorsualità o la *par*

La risposta del Tribunale è stata che "la presunta inconciliabilità dell'istituto della competenza funzionale ed inderogabile del Tribunale Fallimentare e dell'arbitrato è ad oggi esclusa dallo stesso dato normativo (art. 35 L.F.), ove cioè il Curatore viene legittimato (...) a stipulare non solo transazioni, ma anche compromessi; né paiono sussistere altre diverse insuperabili incompatibilità tra l'istituto dell'arbitrato ed il fallimento".

⁷⁸ Questo non esclude che i terzi, a fronte della domanda fatta valere dal curatore, possano far valere l'esistenza di loro pretese nei confronti del fallito in via di eccezione dato che in questo caso l'accertamento è meramente incidentale. Es. ben possono opporre un loro credito nei confronti del fallito in compensazione. In questo caso l'arbitro conoscerà del credito solo ai fini della decisione sulla domanda del curatore.

condicio creditorum, il fallimento non preclude il ricorso alla via arbitrale da parte del curatore. Sarà rimesso alla discrezionalità degli organi fallimentari scegliere se azionare le relative pretese davanti a giudici statali o davanti ad arbitri; non è escluso neppure che gli organi fallimentari ritengano più conveniente non farle valere⁷⁹ o accettare transazioni⁸⁰, magari all'esito di conciliazioni con l'intervento di mediatori, o cedere a terzi i crediti o le azioni derivanti dal fallimento⁸¹. Si tratta, insomma, di decisioni che attengono alla gestione economica della procedura.

L'arbitrato in caso di fallimento ha visto, da un lato, restringersi il proprio spazio proporzionalmente all'espandersi dell'accertamento di stato passivo (nel quale vanno convogliate, lo ricordo ancora, le pretese creditorie, prededucibili o meno, ma anche quelle reali o personali, sia su beni immobili, sia su beni mobili compresi nel fallimento); dall'altro lato, l'affermazione, anche se non ancora pacifica, dell'irrilevanza dell'art. 24 l.fall. ai fini dell'arbitrabilità ha aperto nuove possibilità.

Data la patologica durata dei procedimenti ordinari di cognizione, deferire ad arbitri le controversie che derivano dal fallimento, in primo luogo le azioni revocatorie fallimentari,

⁷⁹ Art. 42 comma 3 l.fall. *“Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi”*; e art. 104 ter comma 7 l.fall. *“Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'art. 51, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore”*.

⁸⁰ Per le transazioni, in forza dell'art. 35 l.fall., occorre l'autorizzazione del comitato dei creditori previa informazione del giudice delegato (salvo che quest'ultimo non le abbia già autorizzate nell'ambito dell'autorizzazione all'esecuzione degli atti conformi al programma di liquidazione ai sensi dell'art. 104 ter comma 8 l.fall.

⁸¹ Art. 106 l.fall. comma 1 *“Il curatore può cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione; può altresì cedere le azioni revocatorie concorsuali, se i relativi giudizi sono già pendenti”* e comma 3 *“In alternativa alla cessione di cui al primo comma, il curatore può stipulare contratti di mandato per la riscossione dei crediti”*.

potrebbe essere utile per ridurre i tempi del contenzioso ed assicurare la certezza dei rapporti, a mio parere importante soprattutto nelle relazioni commerciali⁸².

⁸² Vedi VINCENZO SPARANO, *Convegno nazionale. Attualità e rilevanza della scelta arbitrale nei fallimenti*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1996, p.423.

PARTE SECONDA

L'ARBITRATO DEL CURATORE

Premessa

Il dibattito sulle tematiche che stiamo per trattare è ancora, per la gran parte, agli inizi, le soluzioni, per questo, sono ampiamente opinabili. Le recenti modifiche, sia alla disciplina fallimentare, sia alla disciplina dell'arbitrato, hanno inciso notevolmente sulla materia della stipulazione delle convenzioni arbitrali da parte del curatore. Il risultato è stato quello di alterare un quadro normativo che già prima della riforma era tutt'altro che chiaro, sfortunatamente lasciando molti punti oscuri ed anzi creandone di nuovi.

Un primo dato, tuttavia, ritengo vada considerato pacifico. A mio parere non si possono nutrire più dubbi circa l'ammissibilità di convenzioni arbitrali per liti relative a rapporti preesistenti la dichiarazione di fallimento⁸³.

⁸³ I sostenitori della tesi dell'inammissibilità giustificavano questa loro posizione, alcuni GIANNI SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Giuffrè, Milano, 1988, p.149, sostenendo che nella legge fallimentare ci sono “*un complesso di norme da far valere per l'accertamento dei crediti e dei diritti reali (art.95 ss. l.fall.), che debbono necessariamente essere seguite da chi vuole partecipare al riparto*”; tesi condivisibile solo se l'arbitrato fosse assolutamente incompatibile col fallimento, ma così non è. Esistono, come ho già sottolineato, controversie incompatibili con l'arbitrato, in primo luogo quelle rimesse alla disciplina dell'accertamento di stato passivo, ma questo non esclude che esistano anche altre controversie pienamente compromettibili, come ad es. le azioni promosse dal curatore verso terzi per far valere diritti del fallito (in questo identico senso ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 84 ss.). Altri (Cass. 4 agosto 1958, n. 2866, già cit.) sostenendo che l'art. 35 l.fall. “*disciplinerebbe la facoltà dell'amministrazione fallimentare di consentire compromessi come un potere autonomo del tutto indipendente, da esplicarsi in base a una nuova determinazione*”

Come la migliore dottrina ha affermato già nel 1959⁸⁴: “*l'art. 35 l.fall. non pone limiti propri all'arbitrato; vige, pertanto, l'art. 806 c.p.c.; l'ufficio fallimentare ha la disponibilità piena dei diritti del fallito (art. 31 l.fall.); d'altra parte, come più volte osservato, i diritti che di regola possono essere implicati nelle controversie fallimentari, e in specie quelle relative a rapporti sostanziali anteriori, hanno carattere patrimoniale e sono quindi tipicamente disponibili in sé stessi. Ne consegue che non sono ravvisabili ostacoli alla compromettibilità, da parte del curatore, di qualsiasi lite (entro i limiti, s'intende, dell'art. 806 c.p.c.), sia pure relativa a rapporti di diritto sostanziale anteriori al fallimento*”.

Insomma, i limiti alla compromettibilità delle liti in caso di stipulazione di convenzioni arbitrali da parte del curatore non sono diversi o maggiori rispetto a quelli che si hanno, per effetto del sopravvenuto fallimento, in caso di stipulazione da parte del fallito quando ancora era *in bonis*. In entrambi i casi i limiti sono quelli da me individuati in precedenza.

La stipulazione di convenzioni arbitrali da parte del curatore

Ciò che ora cercherò di esaminare è se il curatore, per stipulare convenzioni arbitrali, abbia bisogno dell'autorizzazione del comitato dei creditori.

La norma a cui fare riferimento è l'art. 35 l.fall. secondo il

dell'ufficio fallimentare, nelle forme rigorosamente prescritte dalla legge”; in questo senso anche GIORGIO BERNINI, *L'arbitrato, diritto interno convenzioni internazionali*, Clueb, Bologna, 1993, p.265. Si tratta, come dice ANGELO BONSIGNORI, di una “*mera petizione di principio*” dietro la quale, ancora una volta, si scorge l'antico orientamento che riteneva incompatibile l'arbitrato col fallimento; posizione che imponeva di circoscrivere al massimo la portata dell'art. 35 l.fall. dal quale, al contrario, si desume che l'incompatibilità non esiste, mentre devono necessariamente esistere delle controversie arbitrabili.

⁸⁴ Vedi ENZO CAPACCIOLI, già cit., p. 537; in questo senso anche ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., a cui rinvio per ogni ulteriore approfondimento; e con una breve notazione, FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 286.

quale: *“Le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori. Nel richiedere l'autorizzazione del comitato dei creditori, il curatore formula le proprie conclusioni anche sulla convenienza della proposta. Se gli atti suddetti sono di valore superiore a cinquantamila euro e in ogni caso per le transazioni, il curatore ne informa previamente il giudice delegato, salvo che gli stessi siano già stati autorizzati dal medesimo ai sensi dell'art. 104 ter, comma 8 (programma di liquidazione)”*.

Si tratta di una disciplina, introdotta nel 2006 (salvo alcuni aggiustamenti successivi), emblematica del nuovo modo di intendere la gestione economica nella procedura fallimentare. Mentre in precedenza un ruolo centrale spettava al giudice delegato e al tribunale fallimentare⁸⁵, oggi, almeno in linea di principio e salvo disfunzioni dell'organo rappresentativo della collettività dei creditori, gli atti di straordinaria amministrazione (alcuni dei quali espressamente nominati ma senza pretese di esaustività) sono autorizzati dal comitato dei creditori, a volte, previa informazione

⁸⁵ L'ex art. 35 l.fall. recitava: *“Il giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, può autorizzare con decreto motivato il curatore a consentire riduzioni di crediti, a fare transazioni, compromessi, rinunzie alle liti, ricognizioni di diritti di terzi, a cancellare ipoteche, a restituire pegni, a svincolare cauzioni e ad accettare eredità e donazioni. Se gli atti suddetti sono di valore indeterminato o superiore a 103,29 Euro l'autorizzazione deve essere data, su proposta del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, dal tribunale con decreto motivato non soggetto a gravame. In quanto possibile, deve essere sentito anche il fallito”*. Preciso che la parte relativa al compimento, in generale, degli atti di straordinaria amministrazione era assente perché erano oggetto di un'altra norma, l'art. 25 n.6 l.fall., che richiedeva l'autorizzazione da parte del giudice delegato. In pratica in passato esisteva entro l'area degli atti di straordinaria amministrazione una bipartizione, alcuni, tassativamente nominati dall'art. 35 l.fall., erano soggetti a un regime più gravoso che imponeva quasi sempre (salvo che il valore fosse pari o inferiore a 200.000 lire) l'autorizzazione del tribunale, mentre gli altri erano autorizzati dal giudice delegato.

del giudice delegato.

Ciò detto in generale veniamo a ciò che interessa in questa sede: la stipulazione di convenzioni arbitrali da parte del curatore.

Due sono gli aspetti problematici, tra loro connessi, che ora occorre affrontare.

Bisogna capire se la disciplina dettata dall'art. 35 l.fall. si applichi solo al compromesso (che è, lo ricordo, un tipo di convenzione arbitrale caratterizzato dal fatto che la lite è già insorta al momento della sua stipulazione) o anche alla clausola compromissoria e alla convenzione arbitrale in materia extracontrattuale.

Un importante punto di riferimento sono gli articoli del c.p.c. che disciplinano le convenzioni arbitrali: art. 806 (Controversie arbitrabili); art. 807 (Compromesso); art. 808 (Clausola compromissoria) e art. 808 bis (Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale). Arriviamo così al secondo problema; la disciplina fallimentare non è facilmente conciliabile con quella generale dell'arbitrato appena richiamata.

Conformemente a ciò che si riteneva prima della recente riforma dell'arbitrato⁸⁶ (d.lgs. 2006, n. 40), l'art. 35 l.fall. colloca ancora oggi il compromesso tra gli atti di straordinaria amministrazione⁸⁷. Così facendo, però, si pone in contrasto con la nuova disciplina che, coerentemente alla volontà del legislatore delegante, non differenzia più, quanto a capacità di compromettere⁸⁸, i vari tipi di convenzione arbitrale e prevede in

⁸⁶ Per approfondimento vedi ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di SERGIO MENCHINI, Cedam, Padova, 2010, p. 34. In particolare mi limito a rilevare che si distingueva tra il compromesso, sempre considerato un atto di straordinaria amministrazione, e la clausola compromissoria, atto "neutro" la cui natura (atto di amministrazione ordinaria o straordinaria) dipendeva dal tipo di operazione contrattuale a cui la clausola accedeva.

⁸⁷ Così, anche dopo la riforma dell'arbitrato, FRANCESCA VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi arbitrali pendenti*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 2008, parte prima, p. 773, in particolare p. 799.

⁸⁸ In ordine al concetto di "capacità a compromettere" e alla differenza tra capacità e

ogni caso una capacità “neutra” collegata al potere di disporre del rapporto controverso⁸⁹.

Le alternative sono due. O si ammette che il compromesso è soggetto all'art. 35 l.fall (autorizzazione del comitato dei creditori) mentre gli altri tipi di convenzione sono soggetti alla disciplina generale prevista dall'art. 808 c.p.c. (il potere di disporre del rapporto implica anche il potere di convenire la clausola compromissoria); o si sostiene che l'art. 35 l.fall. va letto come relativo non solo al compromesso, ma a ogni tipo di convenzione arbitrale.

legittimazione a compromettere, vedi ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p. 1127 e ancora ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, già cit., p.130. In generale, la capacità “*attiene, sul piano astratto, all'idoneità del soggetto a stipulare il patto compromissorio, senza alcuna relazione con il rapporto giuridico controverso che in concreto sarà oggetto della convenzione*”. La legittimazione “*riguarda proprio detta relazione, in concreto, perché vuole garantire che, di regola, il potere di compromettere spetti a colui che si afferma titolare del diritto sul quale verte la controversia*”. In questo caso si parla di capacità perché si cerca di capire se e a quali condizioni un certo soggetto può stipulare es. compromessi come tipo di atto in astratto, insomma, ogni tipo di compromesso; se invece avessimo cercato di capire se lo stesso soggetto può compromettere in arbitri un certo rapporto es. le controversie relative a un contratto d'affitto dell'immobile sito in una certa via e città, allora ci saremmo trovati a discutere di legittimazione.

⁸⁹EMANUELE ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, I, p. 253, alla luce della seconda previsione della legge delega che autorizzava il governo a stabilire «*che, per la stipulazione di compromesso e clausola compromissoria, vi sia un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso*», affermò che: “*nonostante il legislatore delegato si sia limitato ad eliminare dall'art. 807 c.p.c. la regola secondo cui al compromesso si applicavano le disposizioni che regolano la validità dei contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione, senza accompagnarla con una disciplina in positivo (...) è a mio avviso possibile colmare la lacuna e, tenuto conto della valenza ermeneutica delle disposizioni della legge delega e del criterio di cui all'art. 808, comma 2 c.p.c. («il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria»), sostenere che tale capacità coincida con il potere di disporre in relazione al rapporto controverso*”. In questo senso anche ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, già cit., a cui rinvio nuovamente per maggiori approfondimenti, che preferisce questa soluzione all'altra alternativa praticabile (ritenere che la convenzione arbitrale sia sempre un atto di ordinaria amministrazione) anche perché permangono dei casi in cui il legislatore non considera il compromesso un atto di ordinaria amministrazione, e perché “*è logico (...) ritenere che colui che sia capace rispetto al suddetto diritto soggettivo, sia anche capace di scegliere lo strumento di soluzione della relativa lite*”.

Iniziando da quest'ultima tesi; si potrebbe argomentare che il legislatore, per regola generale, non differenzia la capacità di compromettere a seconda del tipo di convenzione; si potrebbe aggiungere che in caso di fallimento la regola è quella che il compromesso è un atto di straordinaria amministrazione, ne consegue, non essendoci differenza tra i vari tipi di convenzione arbitrale, che anche alla clausola compromissoria e alla convenzione arbitrale in materia extracontrattuale si dovrebbe applicare la stessa disciplina del compromesso, quella prevista per gli atti di straordinaria amministrazione; infine, si potrebbe dire che la soluzione è particolarmente opportuna data la necessità per il curatore di programmare l'attività di liquidazione dell'attivo attraverso un apposito programma da sottoporre, prima che il giudice delegato autorizzi l'esecuzione degli atti ad esso conformi, all'approvazione dello stesso comitato dei creditori, un programma, ecco ciò che conta, che deve indicare tra le varie cose (art.104 ter, comma 2, lett. «c») le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito.

Mi rendo conto che una cosa è la scelta arbitrale, un'altra sono le azioni e il loro esito, ma il programma di liquidazione è prima di tutto un atto di pianificazione e indirizzo⁹⁰. Deve essere sufficientemente analitico da permettere i necessari controlli di legittimità, opportunità e, in seguito, di conformità allo stesso⁹¹. La

⁹⁰ Come dice espressamente l'art. 104 ter comma 2 l.fall.: *“Il programma costituisce l'atto di pianificazione e indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo (...)”*.

⁹¹ In questo senso, MASSIMO FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, già cit., p. 449, il quale, tra le altre cose, detta una serie di criteri di redazione del programma di liquidazione. *“Il programma deve essere redatto nel rispetto di determinati requisiti quali la completezza, la chiarezza e veridicità, l'analiticità. Per completezza si intende che il programma offra un quadro completo ed esaustivo di tutta l'attività liquidatoria. La chiarezza attiene all'esposizione chiara e comprensibile dei riferimenti di partenza, ossia della composizione del patrimonio fallimentare e del programma che si intende realizzare. La veridicità coincide con l'esposizione e la valutazione corretta dei dati inclusi nel piano. Infine, l'analiticità attiene alla precisa individuazione delle modalità attraverso le quali deve avvenire la liquidazione del patrimonio fallimentare”*.

funzione che assolve è favorire una liquidazione ordinata, efficiente e celere.

Dubito che un curatore possa legittimamente trascurare di indicare che una certa azione è sottoposta ad arbitrato. Penso infatti che questa scelta incida, se non necessariamente sull'esito della lite (vedi ad es. il caso dell'arbitrato di equità), sia sui tempi, sia sui costi della giustizia.

Tutto questo, però, non può bastare. Occorre giustificare la lettura estensiva del termine “compromesso” di cui all'art. 35 l.fall.

Per fare questo una sola strada è possibile. Bisogna rifarsi al contesto storico nel quale la norma si è formata.

Tenuto presente che la formulazione risale al 1942; tenuto presente che la disciplina del compromesso (considerato un atto di straordinaria amministrazione) era (almeno fino al 1994 e alla modifica all'art. 808 c.p.c.) presa a modello anche per la disciplina della clausola compromissoria (anch'essa considerata, per questo, un atto di straordinaria amministrazione) si può ritenere che la lettura estensiva sia conforme alla volontà storica del legislatore⁹².

Passiamo alla seconda opzione. In questo caso la giustificazione è molto più semplice, evidente e lineare.

Il termine “compromesso” designa uno specifico tipo di convenzione arbitrale. Come ho più volte detto, nel caso del compromesso la controversia è già sorta al momento della sua

⁹² A conferma di ciò richiamo una disposizione contenuta nel codice civile, l'art. 375 (Autorizzazione del tribunale), contenuta nel libro primo (Delle persone e della famiglia), titolo X (Della tutela e dell'emancipazione), sezione III (Dell'esercizio della tutela). Si tratta di un articolo la cui formulazione è decisamente simile a quella dell'art. 35 l.fall.

In entrambi i casi il legislatore parla solo di “compromessi”; in entrambi i casi ci troviamo di fronte a soggetti: il tutore o il curatore o i genitori o l'amministratore di sostegno, da un lato; e il curatore fallimentare, dall'altro, che sono chiamati ad amministrare o a concorrere all'amministrazione di patrimoni in senso dinamico (quindi non in senso conservativo) in sostituzione di soggetti che hanno una ridotta capacità di agire; in entrambi i casi ci troviamo di fronte a norme che isolano, entro l'ambito degli atti che questi soggetti possono porre in essere ai fini dell'amministrazione del patrimonio, gli atti considerati di “straordinaria amministrazione” prevedendo per questi ultimi maggiori cautele, variamente configurate. L'art. 35 l.fall., insomma, non si presenta come un caso isolato.

stipulazione.

Avendo il legislatore impiegato nell'art. 35 l.fall. questa espressione invece di una più generica; avendo previsto per regola generale che la capacità di disporre del rapporto controverso implica la capacità di stipulare, in relazione allo stesso rapporto, ogni tipo di convenzione arbitrale, non resta che concludere che, laddove il legislatore non disponga diversamente, riprende vigore la disciplina generale prevista dall'art. 808 c.p.c.

Dovendo scegliere penso sia più corretta quest'ultima alternativa⁹³.

La prima opzione, anche se preferibile nella prospettiva storica e dell'opportunità di mantenere una disciplina unitaria, rappresenta una forzatura del testo e non tiene conto dei mutamenti intervenuti nella disciplina dell'arbitrato.

Riassumendo: per la stipulazione delle convenzioni arbitrali si dovrà osservare la disciplina generale prevista agli art. 806 e seguenti del c.p.c. Per il compromesso, inoltre, è sempre ed eccezionalmente richiesta (anche se il curatore può autonomamente disporre del rapporto da compromettere in arbitri) l'autorizzazione del comitato dei creditori. Se il valore della controversia⁹⁴ supera i

⁹³ In questo senso anche SERGIO LA CHINA, già cit., p. 347; e GIOVANNI CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, a cura di MAURO RUBINO SAMMARTANO, Cedam, Padova, 2010, Tomo II, p. 1509 il quale, però, suggerisce di applicare alla convenzione arbitrale in materia non contrattuale la disciplina del compromesso, la ragione sarebbe la previsione (art. 808 bis c.p.c.) in base alla quale: “*la convenzione deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso all’art. 807*”. Per confutare questa posizione basta rilevare: a) che anche l’art. 808 c.p.c. dedicato alla clausola compromissoria rinvia all’art. 807 c.p.c. ; b) che l’art. 807 c.p.c. si limita a prescrivere la forma scritta *ad substantiam*; e c) che la convenzione arbitrale non contrattuale, in quanto relativa a liti ancora da sorgere, per natura è molto più vicina alla clausola compromissoria che al compromesso.

⁹⁴ L'art. 35 parla di valore dell'atto. Nel caso del compromesso è ragionevole attribuirgli il valore della controversia deferita agli arbitri determinato applicando analogicamente le norme di cui agli artt. 10 e seguenti del c.p.c. (così SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 36); più dubbio sarebbe il caso della clausola compromissoria e dell'accordo arbitrale in materia extracontrattuale. In questo caso, data l'impossibilità di conoscere il valore delle controversie (non essendo ancora venute ad esistenza), si dovrebbe ritenere che il valore dell'accordo compromissorio sia indeterminato.

50.000 Euro il curatore deve preventivamente informare il giudice delegato (salvo che il compromesso non sia già stato oggetto di autorizzazione nell'ambito del programma di liquidazione); informativa che non è mai richiesta per gli altri tipi di convenzione arbitrale. Nonostante questo, come ho già accennato, è a mio parere necessario che il curatore specifichi nell'ambito del programma di liquidazione se le azioni che intende proporre siano sottoposte a giudizio arbitrale.

De iure condendo mi permetto di suggerire un aggiornamento della formulazione dell'art. 35 l.fall. (e delle norme con formulazioni simili) o sostituendo il termine “compromesso” con un termine più generico, mantenendo così l'eccezione ma con riguardo a tutte le convenzioni arbitrali; o eliminando ogni riferimento in modo da permettere l'applicazione della regola generale di cui all'art. 808 c.p.c. Non penso, invece, ci siano motivi per continuare a prevedere un trattamento differenziato dei vari tipi di convenzione arbitrale, in particolar modo con riguardo al compromesso⁹⁵.

⁹⁵ Anzi, a mio parere, in caso di compromesso le parti dovrebbero avere una maggiore consapevolezza circa gli effetti della stipulazione. Le parti hanno, infatti, ben presente la lite che sarà oggetto di arbitrato, mentre invece in caso di clausola compromissoria e convenzione arbitrale in materia extracontrattuale il potenziale raggio di applicazione della clausola è relativamente molto più incerto, ne consegue che, semmai, sarebbero queste ultime a dover essere considerate con maggiore prudenza. *Contra* SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 50, che sostiene che la ragione del trattamento differenziato va ricercata nella diversa situazione di origine. “*Nell'un caso (compromesso) la attribuzione della controversia ad arbitri invece che all'autorità giudiziaria è totalmente svincolata dalla genesi del rapporto sostanziale oggetto di decisione (...); e fuori luogo sarebbe l'ipotizzare un qualsiasi collegamento (a questi fini) con la disciplina sostanziale di quel rapporto, per quanto concerne le regole da applicare. La clausola compromissoria è invece uno dei molteplici patti, che le parti possono stipulare in occasione di un contratto; ed è lecito presumere che essa sia oggetto di trattativa insieme alle regole destinate a disciplinare il rapporto, acquisendo un collegamento funzionale con queste ultime*”. Mi sembra che questa posizione vada oggi riconsiderata. Le modifiche apportate dalla recente riforma lasciano intendere, al contrario, che anche nel caso del compromesso il riferimento alla capacità di disporre del rapporto controverso non è affatto fuori luogo. Del resto, la clausola compromissoria potrebbe essere pattuita anche in un secondo momento, in un atto separato, senza che questa eventualità vada a influire sulla sua disciplina. Mi chiedo infine quale disciplina vada applicata, seguendo questo ragionamento, nel caso della convenzione arbitrale

La stipulazione di un arbitrato di equità

Alcuni dubbi potrebbero essere mossi in ordine all'applicazione dell'art. 35 l.fall., oltre che nel caso del compromesso, anche nel caso della stipulazione da parte del curatore di un arbitrato di equità.

Una dottrina⁹⁶ ha sostenuto che il suddetto accordo è equivalente ad un negozio dispositivo del diritto rappresentando una rinuncia “*alle situazioni giuridiche favorevoli che il diritto è in grado di garantire*”. Partendo dal presupposto che gli atti di disposizione sono tutti di straordinaria amministrazione ha concluso che anche l'accordo per un arbitrato di equità va considerato un atto di straordinaria amministrazione, e (aggiungo) va sottoposto alla disciplina dell'art. 35 l.fall.

La recente riforma dell'arbitrato (d.lgs. 2006, n. 40) offre, a mio avviso, importanti spunti di riflessione.

L'art. 829 c.p.c. (Casi di nullità) comma 3 detta il principio per cui “*l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. E' ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico*”.

Ciò che si ricava è che oggi, salvo i casi espressamente eccettuati dal legislatore e salva diversa previsione delle parti, la regola per l'arbitrato è quella dell'irrelevanza della mera violazione delle norme di diritto disciplinanti il merito della controversia.

Seguendo il ragionamento appena citato si potrebbe affermare la natura di atto di straordinaria amministrazione di ogni accordo arbitrale, ma questo non è possibile.

in materia extracontrattuale?

⁹⁶ Così SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 54.

Ho già detto che la regola oggi è un'altra. Il legislatore ha previsto che il potere di disporre del rapporto comprende il potere di stipulare la convenzione arbitrale.

Aggiungo, inoltre, che la previsione dell'equità come criterio di giudizio non implica affatto, in quanto tale, una rinuncia a decidere secondo diritto.

*“La pronuncia secondo equità è quella legata alla giustizia del caso singolo, che tiene conto di tutte le particolarità del caso da risolvere e che adatta ad esse il criterio di risoluzione”*⁹⁷.

Stando così le cose, nulla vieta agli arbitri di ritenere che nel caso di specie la giustizia del caso singolo coincida col diritto⁹⁸.

Il curatore e la scelta della sede dell'arbitrato: convenzioni arbitrali per lodi stranieri

Alla determinazione della sede dell'arbitrato sono ricollegati numerosi effetti come, in primo luogo, l'individuazione della nazionalità del procedimento arbitrale e del lodo che ne deriva⁹⁹.

⁹⁷ Citazione da GIOVANNI VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 155, il quale aggiunge che *“Quando gli arbitri decidono secondo equità, devono comunque esporre il criterio razionale che ha guidato la loro scelta e, attraverso il controllo della motivazione, tale scelta può essere esaminata dal giudice dell'impugnazione”*.

⁹⁸ In questo senso, Cass., 4 luglio 2000, n.8937, in *Rep. Foro it.*, 2000, Arbitrato [0480], n. 171; Cass., 7 maggio 2003, n. 6933, in *Foro it.*, 2003, I, p. 3023; e Cass., 20 gennaio 2006, n.1183.

⁹⁹ In realtà, senza entrare troppo nei dettagli, bisogna sapere che il legislatore italiano, finora, non ha dettato una disciplina esplicita in ordine ai criteri di individuazione dei procedimenti (e lodi) stranieri. Il risultato è che la dottrina, anche a causa della scarsità di pronunce giurisprudenziali sul punto, è ancora divisa. A giudizio di alcuni (così GIAN FRANCO RICCI, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 339) *“fissata la sede nel territorio nazionale, le parti non avrebbero potuto decidere neppure pattiziamente di agganciare l'arbitrato ad un paese estero, escludendo così il collegamento con la legge italiana”*; altri (così MARIA FRANCESCA GHIRGA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di SERGIO MENCHINI, Cedam, Padova, 2010, p. 171, a cui rinvio per ogni approfondimento) ritengono, al contrario, configurabile *“una procedura arbitrale estera con sede fissata in Italia, ritenendo necessaria comunque un'indagine in merito alla volontà delle parti”*. Qualunque posizione si preferisca, la sede dell'arbitrato mantiene sempre una grande

Occorre che io premetta che con “sede” si deve intendere la sede formale dell'arbitrato, altra cosa è la sede di effettivo svolgimento del procedimento che può essere ovunque le esigenze delle parti coinvolte conducano¹⁰⁰.

Ciò detto, una dottrina¹⁰¹ ha equiparato la stipulazione di una convenzione arbitrale per la pronuncia di un lodo estero a una “rinuncia alle liti” rientrante, in base all'esplicita previsione dell'art. 35 l.fall., tra gli atti di straordinaria amministrazione che richiedono un'apposita autorizzazione da parte del comitato dei creditori. Il motivo sarebbe che questa norma “*deve essere applicata non soltanto quando la curatela rinuncia a qualsivoglia tutela giurisdizionale, ma anche nei casi nei quali la curatela (...) rinuncia alla tutela giurisdizionale da parte dell'autorità giudiziaria italiana*”.

Data la stretta connessione tra la sede dell'arbitrato e la sua nazionalità, la stessa dottrina ha concluso che anche la fissazione all'estero della sede legale dell'arbitrato è un atto di straordinaria amministrazione, mentre invece la fissazione della sede in una certa località italiana piuttosto che in un'altra è un atto di ordinaria amministrazione e, in quanto tale, non è sottoposto ad autorizzazione del comitato ed è rimesso alla discrezionalità del curatore.

importanza ai fini della determinazione della nazionalità del procedimento e del lodo. Anche chi ritiene che la fissazione della sede in Italia non sia un elemento sufficiente per collegare al nostro ordinamento un arbitrato, la considera comunque il principale e più importante indicatore da cui desumere quale sia la volontà delle parti sul punto.

La sede serve anche ad individuare l'autorità giudiziaria competente per l'esercizio delle funzioni ausiliarie (nel senso di funzioni attraverso le quali: risolvere i problemi che impediscono il normale svolgimento del procedimento arbitrale e assicurare l'esecuzione del lodo) previste dalla legge (es. artt. 810 «Nomina degli arbitri»; 811 «Sostituzione di arbitri»; 814 «Diritti degli arbitri»; 815 «Ricusazione degli arbitri»; 816 ter «Istruzione probatoria»; 825 «Deposito del lodo» c.p.c.) e per individuare la Corte d'Appello competente per l'impugnazione del lodo (art.828 «Impugnazione per nullità» c.p.c.).

¹⁰⁰ Art. 816 c.p.c., comma 3, “*Se la convenzione d'arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero*”.

¹⁰¹ Vedi SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 56 e ss.

Interessante rilevare che a sostegno di quest'ultima affermazione la stessa dottrina sottolineò il fatto “*che, qualora la sede dell'arbitrato non sia determinata dalle parti, alla sua determinazione nel territorio della Repubblica devono provvedere gli arbitri ai sensi dell'art. 816 primo comma, c.p.c. (...); e non avrebbe senso impedire al curatore non autorizzato la stipulazione di accordi su questo punto, all'unico fine di conservare agli arbitri un pieno potere discrezionale*”.

Sono pienamente d'accordo con quest'ultima affermazione, ma non vedo perché limitarla al solo caso della fissazione della sede in Italia.

La fissazione della sede in luogo delle parti è per gli arbitri un atto dovuto anche se ci troviamo davanti ad un arbitrato internazionale, cioè con elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento¹⁰². Se ad es. la controparte del curatore è un'impresa con sede all'estero e il contratto è destinato ad essere eseguito in un altro paese, quando non ci sono elementi da cui desumere in modo certo che il lodo debba essere italiano, né ci sia una esplicita scelta delle parti in questo senso, gli arbitri ben potrebbero decidere di fissare all'estero la sede dell'arbitrato con tutto ciò che ne consegue in ordine alla nazionalità del procedimento e del lodo¹⁰³.

¹⁰² Una conferma viene dall'articolo 20 della Legge Modello Uncitral, adottata nel giugno 1985 e modificata il 7 luglio 2006 (si tratta di un esempio di disciplina nazionale dell'arbitrato realizzata da un ente, l'United Nations Commission on International Trade Law «UNCITRAL», al fine di suggerire ai vari legislatori le più diffuse e preferibili soluzioni normative sul punto; generalmente è vista come una fonte da cui ricavare quale sia la disciplina normalmente applicata a livello internazionale in tema di arbitrato). Questo articolo, rubricato (*Place of arbitration*) recita (1) “*The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including convenience of the parties.* (2) *Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, expert or the parties, or for inspection of goods, other property or documents*”. Per approfondire vedi PAOLO BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, in *Arbitrati speciali*, a cura di FEDERICO CARPI, Zanichelli, Bologna, 2008, p.393, in particolare p. 436.

¹⁰³ Questa è un'ipotesi che molto difficilmente può verificarsi. Le parti che concludono simili

L'altro argomento (l'equiparazione della convenzione arbitrale per un lodo straniero ad una rinuncia alle liti) è ugualmente discutibile.

L'arbitrato comporta una deroga alla giurisdizione statale anche se non è straniero, ma interno.

L'arbitrato, a mio parere, non è solamente uno strumento alternativo al processo davanti all'autorità giudiziaria italiana, l'arbitrato è alternativo al processo davanti a qualunque giudice statale.

Se questo è vero, seguendo il ragionamento appena esposto, si dovrebbe concludere che ogni arbitrato comporti una rinuncia alle liti, ma le cose non stanno così; lo dimostra lo stesso art. 35 l.fall. distinguendo il compromesso dalla rinuncia alle liti.

Non a caso l'arbitrato è uno strumento che, a fronte di una diffusione estremamente limitata per le liti interne al nostro ordinamento, è molto utilizzato soprattutto nell'ambito delle liti commerciali che coinvolgono soggetti residenti in stati differenti.¹⁰⁴

Le parti, in questi casi, scelgono l'arbitrato proprio per sottrarsi a ogni tipo di giurisdizione statale, preferendo confrontarsi su un terreno più neutrale che possono adattare alle proprie esigenze¹⁰⁵.

accordi, conoscendo la sua importanza, non trascurano di indicare la sede, e da questa normalmente si ricava la nazionalità dell'arbitrato.

¹⁰⁴ La migliore dimostrazione è l'esistenza stessa della Convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale del 1961, applicabile alle convenzioni d'arbitrato concluse per risolvere le controversie derivanti, appunto, da *“operazioni di commercio internazionale”* tra persone, fisiche o morali, aventi la residenza abituale o sede in Stati contraenti diversi.

¹⁰⁵ Interessante quanto dice a questo proposito PAOLO BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, già cit., p. 394, il quale sottolinea l'esistenza di un fenomeno molto diffuso, quello della *“delocalizzazione della giurisdizione civile, nel senso che spesso non vi è più coincidenza, in rapporto a un medesimo ordinamento, fra autorità chiamata a decidere la lite, regole di procedura applicabili, legge sostanziale della controversia e luogo di produzione degli effetti, materiali e giuridici, della decisione. (...) In questo contesto di giurisdizione delocalizzata, che perde in modo netto le caratteristiche dell'esercizio di un potere per assumere invece quelle di un servizio funzionale alle esigenze del mercato internazionale, assume un'importanza decisiva l'istituto arbitrale. L'arbitrato consente alla volontà delle parti, molto*

Se il legislatore, ben consapevole di ciò¹⁰⁶, ha previsto in generale che la capacità di disporre del rapporto controverso implica anche la possibilità di stipulare ogni tipo di convenzione arbitrale, allora non resta che ritenere, in assenza di contrarie disposizioni, che questo potere vada riconosciuto nella sua pienezza, inclusa la scelta a favore di un arbitrato straniero.

Occorre tener presente un altro dato; visto che le pretese nei confronti dell'amministrazione fallimentare vanno fatte valere attraverso l'accertamento di stato passivo, saranno oggetto di cognizione degli arbitri soprattutto le pretese nei confronti di terzi, e questi ultimi ben potrebbero avere la sede o residenza in un altro Stato. Un lodo straniero potrebbe essere molto più utile, in caso di loro condanna, di un lodo italiano essendo più facilmente eseguibile nell'ordinamento di origine. Insomma, non è detto che un lodo italiano sia sempre preferibile a un lodo straniero. Dipende caso per caso.

Concludendo, il curatore, ferma restando la necessità di una apposita autorizzazione del comitato dei creditori in caso di compromesso, nel caso della clausola compromissoria rimane soggetto alla previsione generale dell'art. 808 c.p.c. anche per quanto riguarda la scelta della sede e della nazionalità dell'arbitrato.

L'applicazione dell'art.35 l.fall. anche in caso di esercizio provvisorio dell'impresa

meglio dell'individuazione di una data giurisdizione, il raggiungimento degli obiettivi di delocalizzazione della lite. (...) La lite può quindi direttamente focalizzarsi sul merito dell'affare, evitando complesse questioni di determinazione della giurisdizione e superando i rischi che derivano dall'inefficienza o dalla corruzione presenti, in non poche aree del mondo, nei sistemi giudiziari degli Stati".

¹⁰⁶ Nel 1994 il nostro legislatore inserì un apposito capo nel titolo VIII, libro IV, del c.p.c., dedicato all'arbitrato internazionale, in quella stessa occasione introdusse il principio di cui all'attuale art. 808 c.p.c.; successivamente, nel 2006, quel capo è stato abrogato, col risultato che oggi la disciplina dell'arbitrato è la stessa anche se sono presenti elementi di estraneità.

Desidero fare una premessa. L'art. 104 l.fall. consente al tribunale, nella sentenza che dichiara il fallimento, e al giudice delegato, su proposta del curatore e previo parere favorevole del comitato dei creditori, di disporre “*la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata*”.

La funzione assolta da questo istituto è quella di evitare il pregiudizio al valore dell'azienda che potrebbe derivare dall'interruzione dell'attività economica. Una conferma la si può trovare nel fatto che l'esercizio provvisorio è possibile solo se, e fintanto che, non arrechi pregiudizio ai creditori¹⁰⁷.

Dico questo perché sia chiaro che l'esercizio provvisorio si differenzia dal normale svolgimento dell'attività economica in quanto non è diretto a realizzare un utile, quanto piuttosto ad evitare una perdita di valore.

Più in generale, tutta l'attività di amministrazione posta in essere dal curatore, comunque si manifesti, ha sempre e solo una finalità liquidativa, anche se indiretta, come in questo caso¹⁰⁸.

Ciò detto, occorre chiedersi se il curatore, per stipulare compromessi, abbia bisogno di una specifica autorizzazione del comitato dei creditori o se sia sufficiente la più generale autorizzazione all'esercizio dell'impresa.

Il problema è nato dal fatto che costringere il curatore, soprattutto se si tratta di un'impresa di notevoli dimensioni, a chiedere l'autorizzazione ogni volta che intende compiere un atto di straordinaria amministrazione renderebbe l'esercizio provvisorio

¹⁰⁷ Se disposto con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale deve verificare, oltre al prevedibile danno grave per l'azienda, che non arrechi pregiudizio ai creditori (art.104 comma 1); se disposto dal giudice delegato occorre il previo parere favorevole del comitato dei creditori (art. 104 comma 2); infine, in entrambi i casi, durante il periodo di provvisorio svolgimento dell'attività, il comitato dei creditori è chiamato a pronunciarsi, almeno ogni tre mesi, sull'opportunità di continuare l'esercizio dell'impresa (art. 104 comma 3). “*Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione*” (art. 104 comma 4).

¹⁰⁸ Così, LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 71.

impossibile.

Questa e altre considerazioni avevano spinto la dottrina prevalente a considerare l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa come una autorizzazione generale al compimento degli atti a ciò necessari.

Dopo la recente riforma fallimentare ritengo che le conclusioni raggiunte in precedenza siano state confermate.

Il potere di autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione spetta al comitato dei creditori, comitato che deve approvare anche l'esercizio provvisorio, sia all'inizio, sia durante l'esercizio dell'attività d'impresa; insomma, si tratta dello stesso organo chiamato ad approvare sia gli atti di straordinaria amministrazione, sia l'attività di esercizio dell'impresa nel suo complesso¹⁰⁹.

Ma la stipulazione di compromessi può essere considerata parte dell'attività, autorizzata in generale, di esercizio dell'impresa, o no?

Una dottrina¹¹⁰ ha negato questa possibilità per via dell'impossibilità di considerare ricompresi nell'esercizio d'impresa “*atti negoziali con oggetto non puramente sostanziale*”. L'inevitabile conclusione è che “*il deferimento della controversia ad arbitri anziché all'autorità giudiziaria non è mai atto di esercizio dell'impresa in sé e per sé considerato*”, quindi “*non*

¹⁰⁹ Al riguardo vedi *Codice del fallimento*, a cura di PIERO PAJARDI, MANUELA BOCCHIOLA, ALIDA PALUCHOSKI, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1140; segnalo solo, a proposito della tesi lì sostenuta, che non sono d'accordo nel discriminare l'esercizio provvisorio disposto dal tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento e l'esercizio provvisorio disposto dal giudice delegato quando il comitato dei creditori non è stato ancora costituito, rispetto al esercizio provvisorio disposto nel programma di liquidazione, richiedendo nei primi due casi l'autorizzazione dei singoli atti ai sensi dell'art. 35 l.fall. In primo luogo, il giudice delegato (in forza dell'art. 41 comma 4) e il tribunale (sostituendosi al giudice delegato come ammette Cass., 3 aprile 1991, n. 3478, già cit.) possono provvedere in luogo del comitato dei creditori; in secondo luogo, lo stesso comitato, una volta costituito, è chiamato ogni tre mesi a confermare la prosecuzione dell'esercizio d'impresa (art. 104 commi 3 e 4).

¹¹⁰ SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p.39.

sembra corretto ipotizzare una deroga a quanto previsto dall'art. 35 l.fall”.

A mio parere non è tanto la natura dell'atto, sostanziale o con effetti processuali, che dovrebbe essere considerata decisiva; l'organizzazione dell'attività economica implica numerose scelte inclusa quella di sottoporre ad arbitri eventuali controversie.

Valorizzerei piuttosto il fatto che il curatore, a differenza di un normale imprenditore, attraverso l'esercizio dell'impresa non persegue un utile, né la sua gestione è pensata per durare nel tempo, la sua è una gestione strumentale alla successiva liquidazione del complesso aziendale.

Insomma sono il carattere provvisorio e altamente precario dell'esercizio d'impresa e la finalità dello stesso che mi portano a considerare ricompresa nell'autorizzazione generale solo la continuazione dell'attività corrente di produzione e commercializzazione; ed è per questo motivo che la stipulazione di compromessi, non potendo essere considerata oggetto dell'autorizzazione generale, resta, anche a mio giudizio, soggetta alla disciplina dell'art 35 l.fall.

La mancata o viziata autorizzazione ai sensi dell'art. 35

Devo premettere che il dibattito su questo punto è ancora ampiamente in corso, le opinioni degli interpreti sono piuttosto discordi, inoltre la recente riforma fallimentare ha apportato alcune modifiche che mi inducono a riconsiderare le soluzioni precedentemente offerte.

In generale, l'opinione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, è stata nel senso dell'annullabilità; la conseguenza è che solo il curatore può far valere la relativa invalidità (escludendo così la legittimazione dei creditori); si è ritenuto

inoltre che il vizio possa essere sanato dalla sopravvenuta autorizzazione¹¹¹. Si è giunti a questa soluzione attraverso un'applicazione analogica delle norme previste per la tutela degli incapaci¹¹².

Per parte mia ritengo che la recente riforma della legge fallimentare, affidando l'autorizzazione al comitato dei creditori invece che all'autorità giudiziaria (tribunale o giudice delegato), impedisca l'applicazione analogica delle norme in materia di tutela degli incapaci.

L'autorizzazione del comitato dei creditori, a differenza dell'autorizzazione del giudice tutelare, non è affatto pensata in funzione della tutela dell'incapace (il fallito), né è volta ad assicurare la regolarità della procedura, è strumentale solo alla tutela dell'interesse dei creditori concorsuali.

Attraverso di essa si attua il coinvolgimento degli stessi nella gestione economica della procedura, trovo quindi ancora più discutibile l'altro corollario della soluzione sopra proposta cioè che solo il curatore possa far valere l'annullabilità.

Chi ha compiuto un atto senza la prescritta autorizzazione risulterebbe il solo a poterne chiedere l'annullamento, mentre chi ha interesse a che l'autorizzazione sia richiesta non ha alcuna legittimazione al riguardo.

A questo proposito ricordo che una problematica simile a quella esaminata in queste pagine si è presentata, in passato¹¹³,

¹¹¹ Per un quadro generale vedi *Codice del fallimento*, 2009, già cit., p. 410 e SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p.40.

¹¹² Così FRANCESCO FERRARA Jr., ALESSANDRO BORGIOI, *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 513, in cui si sostiene che “*la situazione è analoga a quella relativa agli atti compiuti nell'interesse di un incapace: dal punto di vista formale il potere di compiere l'atto è attribuito ad un soggetto diverso dal titolare dell'interesse ed è prescritta la necessità di integrare i di lui poteri a mezzo dell'autorizzazione del giudice: la circostanza che nel fallimento ciò avvenga per una finalità esecutiva o liquidatoria, e là per una finalità conservativa non incide su questo aspetto formale (...)*”. Prima ancora FRANCESCO FERRARA, voce «Curatore del fallimento», in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 523.

¹¹³ Oggi esiste una disciplina esplicita sul punto. Il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. Codice del processo amministrativo), agli artt. 121 (Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni) e

nell'ambito del diritto amministrativo, in ordine agli effetti dell'annullamento di atti del procedimento ad evidenza pubblica (soprattutto l'aggiudicazione definitiva) sul contratto già concluso¹¹⁴.

In questo caso la giurisprudenza ordinaria, ritenendo che la volontà dell'ente sia viziata ma non mancante, ha applicato in via analogica gli articoli 1425 e seguenti del c.c. dedicati all'annullabilità del contratto.

Si potrebbe ragionare in questi termini anche in caso di mancata autorizzazione del comitato dei creditori alla stipula del compromesso; il curatore in base all'art. 31 l.fall. “... *ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura (...) nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite*”, stando così le cose la volontà non sarebbe mancante, sarebbe solo viziata.

Una diversa dottrina ha considerato, al contrario, l'atto nullo argomentando dalla totale carenza, in capo al curatore, della disponibilità della situazione giuridica sostanziale che impedisce, a sua volta, una valida manifestazione di volontà¹¹⁵; nullità non suscettibile di sanatoria, richiedendosi semmai la rinnovazione dell'accordo previo rilascio della necessaria autorizzazione.

Una recente dottrina¹¹⁶, infine, sostiene che la violazione

122 (Inefficacia del contratto negli altri casi), come risulta già dalla rubrica, prevede espressamente l'inefficacia del contratto.

¹¹⁴ Per approfondire vedi, MARIA IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di FRANCO GAETANO SCOCCA, Giappichelli, Torino, 2011, p. 446 e ss.

¹¹⁵ In questo senso, già prima della riforma, RENZO PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1974, I, p. 719, cui rinvio anche per la ricca casistica; e a cura di MAURO BOSCO, PIERO PAJARDI, *Il curatore del fallimento: ruoli, funzioni, compiti, facoltà, responsabilità del curatore e delle figure affini*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 40 e ss. A favore della nullità anche ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 88, il quale, però, parla di nullità sanabile ai sensi degli art. 156 e ss. c.p.c. (A quest'ultimo proposito, mi limito a segnalare la mia perplessità. Quelle norme riguardano gli atti processuali, mentre gli atti posti in essere dal curatore, pur senza autorizzazione, sono certamente sostanziali).

¹¹⁶ Così LUIGI ABETE, in *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al D.L. 35, 2005 e al D. lgs. 5, 2006)*, a cura di ALBERTO JORIO, MASSIMO

determini non l'invalidità, ma l'inefficacia dell'atto compiuto dal curatore.

In particolare si sottolinea: 1) che, in forza dell'art. 31 comma 1 l.fall., *“la potestas gerendi del patrimonio fallimentare (...) non può non ricomprendere anche il potere di concepire gli atti di straordinaria amministrazione: le determinazioni circa la species, l’an, il quando ed il quomodo dell’atto eccedente l’ordinaria gestione sono (...) esplicazioni di una potestà propria del curatore. Conseguentemente l’atto negoziale unilaterale al cui compimento il curatore abbia atteso, ovvero il contratto che la proposta o l’accettazione del curatore abbiano concorso a perfezionare, risultano in ogni caso sorretti, nonostante l’assenza dell’autorizzazione del comitato dei creditori, ossia del preventivo riscontro della loro convenienza, dalla necessaria espressione di volontà, sicché non vi è margine alcuno per opinare nel senso che i medesimi atti siano nulli, ex art. 1418, comma 2 c.c., per difetto del requisito di cui all’art. 1325, n. 1), c.c.”*; 2) che l’autorizzazione concorre ad integrare non già la capacità, ma la legittimazione del curatore¹¹⁷.

Per parte mia, pur consapevole che l'orientamento prevalente è nel senso dell'annullabilità su eccezione del solo curatore, preferisco aderire alla tesi della nullità; l'art. 31 l.fall. dovrebbe essere letto alla luce dell'art. 35 l.fall. (Integrazione dei poteri del curatore) il quale impone al curatore di procurarsi la preventiva autorizzazione del comitato dei creditori ogni volta che deve

FABIANI, Zanichelli, Bologna, 2006/2007, commento all'art. 35 l.fall. In giurisprudenza Trib. Napoli, 8 luglio 1996, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1997, p. 315 e *Rep Foro it.* 1997, Fallimento [2880], n. 354, la cui massima recita *“La stipulazione da parte del curatore del fallimento di una clausola compromissoria inserita in un contratto di affitto di azienda, con cui le parti danno vita ad un’ipotesi di arbitrato rituale, deve essere debitamente autorizzata dal tribunale a pena di inefficacia”*.

¹¹⁷ Come ho accennato poco fa, questa soluzione corrisponde a quella adottata dal legislatore nel 2010 in ordine agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato per conto dell'ente pubblico, in questo caso infatti è prevista l'inefficacia del contratto.

compiere atti di straordinaria amministrazione.

La legittimazione a compromettere, oltre che al titolare del rapporto, è concessa a chi ha il potere di disporre del diritto controverso; il curatore in assenza dell'autorizzazione non può disporre del diritto, quindi non ha la legittimazione a compromettere; non avendo la legittimazione a compromettere, l'eventuale compromesso da lui concluso sarà nullo in quanto carente di una valida manifestazione di volontà.

Ciò detto in ordine alla natura del vizio, passiamo a esaminare gli aspetti più prettamente processuali del tema esaminando la disciplina così come si presenta dopo le riforme di arbitrato e fallimento.

In primo luogo, la stipulazione di un compromesso da parte del curatore senza la necessaria autorizzazione del comitato dei creditori configura sicuramente una “*violazione di legge*” che può essere fatta valere, da ogni interessato, entro 8 giorni dalla conoscenza dell'atto, attraverso il reclamo di cui all'art. 36 l.fall.; tuttavia, ferma restando la possibilità di denunciare la violazione consistente nella mancata autorizzazione del comitato dei creditori, attraverso la proposizione del reclamo non si può ottenere l'invalidazione dell'atto, a tal fine essendo necessaria la proposizione di un'autonoma domanda davanti all'autorità giudiziaria nelle forme dell'ordinario processo di cognizione¹¹⁸.

Occorre che la domanda venga proposta prima dell'inizio del

¹¹⁸ Vedi LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 91, in particolare, il reclamo non può incidere, in quanto tale, sull'atto compiuto dal curatore (in quanto atto esterno), è necessaria la sua impugnazione autonoma davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, “*né il previo esperimento ed accoglimento del reclamo sembra possa essere considerato presupposto dell'esperibilità dell'azione di annullamento*”; e a cura di GIUSEPPE FAUCEGLIA, LUCIANO PANZANI, *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2009, II, p. 431, in cui si afferma che “*le caratteristiche dell'impugnativa disegnata dal legislatore escludono peraltro che, con essa, si possano far valere anche vizi di invalidità che affettino l'atto, quando questo abbia contenuto negoziale: tali vizi, che non possono ricomprendersi nella violazione di legge (anche se dalla mancanza di autorizzazione si fa discendere l'annullabilità dell'atto posto in essere dalla curatela) potranno essere fatti valere attraverso le normali impugnative negoziali*”.

procedimento arbitrale visto quanto dispone l'art. 819 ter comma 3 c.p.c. il quale vieta, “*in pendenza del procedimento arbitrale*”, di “*proporre domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato*”¹¹⁹.

L'invalidità della convenzione, una volta avviato il procedimento arbitrale (presumibilmente¹²⁰ ad iniziativa del curatore), può essere fatta valere nel corso dello stesso¹²¹, purché lo si faccia entro la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri (art. 817 comma 1 c.p.c.)¹²².

In questo caso sarà la controparte del curatore che avrà l'onere di far valere tempestivamente la relativa invalidità.

Il comitato dei creditori o i suoi membri, terzi rispetto alla convenzione arbitrale (il curatore è l'unico organo esterno della procedura fallimentare), possono intervenire nel procedimento arbitrale, salvo non vi sia il consenso di tutte le parti, solamente

¹¹⁹ Vigente la precedente disciplina dell'arbitrato la relativa domanda poteva essere proposta anche pendente il procedimento arbitrale; inoltre, data la pregiudizialità della relativa decisione, la proposizione della stessa poteva determinare la sospensione del procedimento arbitrale in attesa della decisione sul vizio della convenzione arbitrale. Così SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 42. Quanto all'attuale formulazione, si tratta di una norma che è stata oggetto di diverse critiche. GIAN FRANCO RICCI, in *Arbitrato*, già cit., p. 514, ha rilevato: 1) che smentisce il principio della reciproca autonomia dei giudizi ordinario e arbitrale che il legislatore ha espressamente introdotto eliminando ogni vincolo di litispendenza; 2) che va contro il disposto dell'art. 817 comma 1 c.p.c. che attribuisce all'arbitro il potere di valutare la propria competenza. Un'altra critica è legata al fatto che il processo di cognizione può avere ad oggetto solo diritti soggettivi non mere questioni di rito.

¹²⁰ Ricordo che le pretese nei confronti dell'amministrazione fallimentare non possono essere fatte valere attraverso un procedimento arbitrale, ma solo ed esclusivamente tramite il procedimento di accertamento del passivo.

¹²¹ Prima della riforma si era dubitato della possibilità per gli arbitri di sindacare la validità della convenzione arbitrale; un esempio lo si trova in SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 45, la quale in parte si basa sulla finalità a cui mira l'eccezione, nel suo caso di annullabilità, cioè di opporsi alla pretesa di adempimento del contratto annullabile, che manca nel caso degli accordi compromissori dato che non danno vita a vere e proprie obbligazioni da adempiere; e in parte perché comunque il tema della invalidità della convenzione arbitrale è estraneo all'oggetto del procedimento arbitrale. Dubbi che oggi non hanno più ragione d'essere data la esplicita previsione del legislatore.

¹²² Art. 817, comma 1, c.p.c. “*Se l'invalidità non è eccepita tempestivamente gli arbitri potranno pronunciarsi nel merito della lite e l'eventuale lodo non potrà essere impugnato per questo motivo*”.

attraverso un intervento adesivo di tipo dipendente, sempre ammesso ai sensi dell'art. 816 quinquies c.p.c., a sostegno della eccezione di invalidità fatta valere dalla controparte del curatore.

Ciò detto a proposito della mancata autorizzazione del comitato dei creditori, passo ora a parlare dell'ipotesi in cui l'autorizzazione sia stata rilasciata, ma risulti viziata.

Occorre distinguere i casi in cui il vizio può portare all'annullamento dell'autorizzazione (es. autorizzazione rilasciata senza la prescritta maggioranza), dai casi in cui il vizio, di per sé, senza ulteriori profili di illegittimità, rileva solo sul piano della responsabilità del curatore (es. mancata preventiva informazione del giudice delegato¹²³).

I vizi dell'autorizzazione costituiscono una “*violazione di legge*” da far valere mediante reclamo ai sensi dell'art. 36 l.fall.

La proposizione del reclamo non sospendere l'efficacia dell'atto impugnato¹²⁴, nel nostro caso dell'autorizzazione del comitato dei creditori.

L'accoglimento del reclamo può portare all'impugnazione dell'atto negoziale posto in essere dal curatore solo se comporta l'annullamento dell'autorizzazione.

Rinvio a quanto detto *supra*, in questo stesso capitolo, a proposito dell'assenza dell'autorizzazione, con un'unica precisazione: il termine di 8 giorni dal compimento dell'atto è considerato perentorio e il suo decorso comporta l'inammissibilità del reclamo¹²⁵ con conseguente sanatoria di ogni vizio dell'autorizzazione, da considerare, a questo punto, valida ed efficace ad ogni effetto.

¹²³ Così, LUIGI ABETE, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di ALBERTO JORIO, MASSIMO FABIANI, già cit., commento art. 35.

¹²⁴ Vedi ancora LUIGI ABETE, in *Il nuovo diritto fallimentare*, già cit., commento art. 36, il quale afferma che “*l'effetto sospensivo è escluso espressamente per il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale dal 5° co. dell'art. 26, sicché, a fortiori, va disconosciuto in relazione al reclamo ex art. 36*”.

¹²⁵ Così LUIGI ABETE, in *Il nuovo diritto fallimentare*, già cit., commento art. 36.

L'autorizzazione a stare in giudizio da parte del giudice delegato

L'art. 25 n.6 l.fall. impone al curatore che intende costituirsi in giudizio, come attore o convenuto, di chiedere l'autorizzazione al giudice delegato.

L'autorizzazione vincola il curatore al *petitum* indicato nel provvedimento di autorizzazione con conseguente nullità assoluta, rilevabile d'ufficio, degli atti processuali del curatore non coperti dall'autorizzazione.

Il curatore, in questi casi, agisce senza la necessaria legittimazione processuale, la quale, a sua volta, se riferita al soggetto che chiede la tutela giurisdizionale¹²⁶, rientra tra i presupposti di validità del processo¹²⁷.

Ciò detto in generale, debbo avvertire che in forza dell'art. 31 comma 2, ultima parte, l.fall., il curatore non ha bisogno dell'autorizzazione a stare in giudizio *“in materia di contestazioni e di tardive dichiarazioni di credito e di diritti di terzi sui beni acquisiti al fallimento, (...) nei procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale e (ecco il punto) in ogni altro caso in cui non occorra ministero di difensore”*.

L'art. 816 bis comma 1 c.p.c. recita testualmente: *“le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori”*.

«Possono», non «debbono», questo mi porta a concludere

¹²⁶ Se riferiti al convenuto, la carenza di legittimazione e la mancata costituzione in giudizio del soggetto legittimato comportano invece che il processo prosegua in contumacia.

¹²⁷ A proposito del concetto di “presupposti di validità del processo” vedi, CRISANTO MANDRIOLI, già cit., p. 36 (2003), il quale li definisce come *“i requisiti che debbono esistere prima della proposizione della domanda, perché la successiva proposizione della domanda stessa dia luogo ad un processo idoneo a pervenire ad una pronuncia sul merito”*.

che il curatore, se vuole agire come attore o convenuto in un giudizio arbitrale, non ha bisogno dell'autorizzazione del giudice delegato.

Ma se, come sostiene un'autorevole dottrina¹²⁸, *“l'autorizzazione a stare in giudizio è (...) legata alla preoccupazione che il curatore, ormai libero di scegliere i difensori, si avventuri in contenziosi superflui per distribuire incarichi di difensore”*, allora è evidente che questo può facilmente verificarsi in caso di arbitrato.

Una soluzione potrebbe essere quella di riferire la disposizione dell'art. 31 l.fall. al caso concreto, col risultato che il curatore può costituirsi in giudizio senza autorizzazione del giudice delegato se, in concreto, rinuncia ad avvalersi di un difensore; ma mi sembra una forzatura.

A mio parere è necessario ricorrere agli strumenti previsti dalla legge fallimentare per contestare l'azione del curatore.

In particolare: a) il giudice delegato può revocare l'incarico conferito al difensore (art. 25 n. 4 l.fall.); b) nei casi più gravi può chiedere al tribunale la revoca del curatore (art. 37 comma 1 l.fall.); e c) durante la procedura fallimentare il nuovo curatore può esercitare l'azione di responsabilità contro il curatore revocato su autorizzazione o del giudice delegato, o del comitato dei creditori.

Da escludere, invece, la possibilità che il giudice delegato contrasti l'azione del curatore rifiutandosi di nominare gli arbitri. Sarebbe inutile dato che in questo caso può essere attivato il meccanismo di nomina suppletiva di cui all'art. 810 c.p.c.¹²⁹

Concludo precisando che quanto detto finora vale solo per il giudizio che si svolge davanti agli arbitri, non vale per l'eventuale impugnazione del lodo davanti alla Corte d'appello, in questo caso, essendo necessario il patrocinio di un difensore, il curatore può

¹²⁸ Così, LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 81, n. 2.

¹²⁹ Così SERGIO LA CHINA, già cit., p. 346.

costituirsì solo previa autorizzazione del giudice delegato¹³⁰.

La nomina degli arbitri da parte del giudice delegato

La riforma fallimentare del 2006 ha stabilito che il giudice delegato “*su proposta del curatore*” nomini gli arbitri “*verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge*” (art. 25 n. 7 l.fall.).

Per quanti dubbi possano derivare dall’interpretazione della norma, un primo punto mi pare vada tenuto fermo.

Il potere di nomina si riferisce esclusivamente agli arbitri la cui nomina eventualmente spetti all’amministrazione fallimentare, non a tutti gli arbitri.

Un principio fondamentale, anche se non è espressamente menzionato dal legislatore, è quello di equidistanza delle parti rispetto alla nomina degli arbitri. Le modalità di nomina, infatti, devono essere tali da garantire che gli arbitri non siano espressione preponderante di una sola delle parti¹³¹.

In questo modo si vuole assicurare l’indipendenza e l’imparzialità degli arbitri.

Anche alla luce di questo principio, mi sembra ulteriormente confermato che il potere di nomina, per di più “*su proposta del curatore*”, da parte del giudice delegato non si possa legittimamente riferire a tutti gli arbitri.

Una previsione in questo senso (cioè l’affidamento della nomina dell’arbitro/i al giudice delegato) mi sembra molto discutibile anche se contenuta nella convenzione arbitrale eventualmente stipulata dal curatore.

Sicuramente per effetto della recente riforma fallimentare

¹³⁰ In particolare l’art. 25 n.6 l.fall. recita: “*l’autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati e per i giudizi deve essere rilasciata per ogni grado di essi*”. Vedi *Codice del fallimento*, 2009, già cit., p. 351.

¹³¹ Vedi ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, già cit., p. 208. Da notare che “*il principio di equidistanza rispetto agli arbitri deve essere inteso in senso sostanziale e non formale*” e che “*eguaglianza delle parti nella nomina degli arbitri non significa sempre e comunque diritto della parte a nominare il «proprio» arbitro*”.

questo organo ha visto mutare il proprio ruolo. La relazione illustrativa al d.lgs. del 2006 n.5 è particolarmente esplicitiva: “... *Il giudice delegato non è più l’organo motore della procedura, essendo stata sostituita l’attività di direzione, con quella di vigilanza e controllo*”.

Resta però vero che il giudice delegato non è totalmente estraneo alla gestione economica della procedura.

Esistono diverse eccezioni alla regola, casi in cui il giudice delegato non si limita a verificare il regolare svolgimento della procedura.

Mi viene da pensare ad es. al potere di autorizzare il curatore a costituirsi in giudizio. Ho già accennato¹³², inoltre, al art. 41 comma 4 l.fall. in forza del quale, ogni volta che il comitato dei creditori non può operare regolarmente o tempestivamente, il giudice delegato è chiamato a sostituirlo nelle scelte di gestione.

Lo stesso potere di nomina degli arbitri non può, a mio parere, ridursi, solo che ricorrano i requisiti previsti dalla legge, alla conferma del nominativo proposto dal curatore.

Sul punto bisogna tuttavia prendere atto che esistono opinioni divergenti¹³³.

Una recente dottrina¹³⁴ ha sostenuto ad esempio che: *“Questa formula fa pensare ad un controllo di legittimità circa la proposta proveniente dalla curatela sia in ordine alla deferibilità della questione alla competenza arbitrale, sia in merito ai requisiti soggettivi richiesti per ricoprire l’incarico. Non sembra che il controllo del giudice delegato possa giungere a sindacare l’opportunità di nominare l’arbitro in relazione alle sue ritenute competenze o incompetenze tecniche”*.

¹³² Parte prima, cap. primo.

¹³³ Per i riferimenti bibliografici vedi GIOVANNI CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, già cit., p.1527, n. 56 e 57.

¹³⁴ FABIO MARELLI, STUDIO NCTM., MAURIZIO CIMETTI, POTOTSCHNIG PAOLO, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsosa, Milano, 2010, p.157.

Due sono gli aspetti che non mi convincono.

In primo luogo, non credo che il sindacato del giudice delegato possa investire la deferibilità della questione alla competenza arbitrale¹³⁵.

Si tratta di un profilo che dovrebbe più correttamente essere rimesso alla valutazione degli arbitri (art. 817 c.p.c.).

La mancata nomina degli arbitri, trattandosi pur sempre di una nomina di parte anche se ad opera del giudice delegato, condurrebbe solo all'attivazione del meccanismo di nomina suppletiva di cui all'art. 810 c.p.c.¹³⁶; articolo che, a sua volta, sul punto, è particolarmente illuminante.

Neppure al presidente del tribunale, al fine di procedere alla nomina suppletiva, è richiesto di valutare se la controversia è arbitrabile, basta che la convenzione arbitrale non sia manifestamente inesistente¹³⁷; lo stesso dovrebbe valere per il giudice delegato.

Un secondo aspetto che non mi convince, lo ripeto, riguarda la limitazione del sindacato alla sussistenza dei requisiti di legge per la nomina ad arbitro.

In primo luogo, anche limitando le valutazioni del giudice delegato alla sussistenza dei requisiti per essere arbitri, si dovrebbe includere fra questi requisiti non solo la piena capacità legale di agire (art. 812 c.p.c.), ma anche l'indipendenza dalle parti, l'imparzialità, la competenza e correttezza professionale dell'arbitro designato.

In secondo luogo, il legislatore ha affidato al giudice delegato il compito di «nominare» gli arbitri. L'espressione usata mi porta a ritenere che la decisione, anche in termini di

¹³⁵ Così SERGIO LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, già cit., p. 346.

¹³⁶ Così, ancora SERGIO LA CHINA, appena cit., p. 346.

¹³⁷ Art. 810 comma 2 c.p.c. “*Il presidente del tribunale competente provvede alla nomina richiestagli, se la convenzione d'arbitrato non è manifestamente inesistente o non prevede manifestamente un arbitrato estero*”.

opportunità, spetti al solo giudice delegato¹³⁸.

Rimane un ultimo aspetto problematico, la disciplina generale dell'arbitrato, fermo il principio di eguaglianza delle parti, prevede che siano le parti a indicare nella convenzione arbitrale o gli arbitri o il loro meccanismo di nomina (art.809 c.p.c.).

Esistono diversi meccanismi¹³⁹, i dubbi riguardano il caso in cui la nomina sia stata affidata a terzi (es. spesso, in caso di arbitrato amministrato, la nomina viene affidata all'ente gestore), il giudice delegato qui si vede sottrarre il potere di scelta.

Potere di scelta che viene meno, del resto, anche se la convenzione arbitrale nulla dispone in ordine alla nomina e la stessa viene attuata attraverso il meccanismo di cui all'art. 810 c.p.c.

A mio parere occorre partire dal presupposto che la scelta a favore dell'arbitrato, come strumento di risoluzione delle liti, è affidata al curatore, eventualmente col concorso del comitato dei creditori se si tratta di compromesso; il potere di nomina degli arbitri, lungi dal comportare un vaglio sulla compromettibilità della lite o sull'opportunità della scelta arbitrale, è volto solo ed esclusivamente ad assicurare che la scelta dell'arbitro, se e nella misura in cui è rimessa all'amministrazione fallimentare, sia la più corretta e opportuna. Se la nomina viene affidata a terzi il potere del giudice delegato non ha ragione di manifestarsi, né questa possibilità, di per sé, mi sembra vada considerata con sfavore.

Semmai si può discutere se il giudice delegato, così come deve approvare la scelta degli arbitri, debba approvare anche le

¹³⁸ Così GIOVANNI CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, già cit., p.1527, anche lui negando che il nominativo scelto dal curatore sia vincolante. *Contra* SERGIO LA CHINA, già cit., p.346 che ritiene che il giudice delegato si limiti a confermare l'arbitro/i indicato/i dal curatore.

¹³⁹ Vedi ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, già cit., p. 207. Sinteticamente i principali sono: 1) nomina diretta nella convenzione arbitrale (perché la relativa previsione sia valida occorre, a mio parere, il consenso del giudice delegato); 2) la clausola binaria, in cui ogni parte nomina un arbitro e gli arbitri o le parti si accordano per nominare il terzo; 3) la nomina successiva su accordo delle parti; 4) l'affidamento della nomina a terzi.

modalità di nomina degli stessi.

La norma, nell'attuale formulazione, nulla dispone al riguardo, quindi sono di parere contrario. Ammetto, però, che un intervento chiarificatore del legislatore sul punto potrebbe essere opportuno.

PARTE TERZA

ARBITRATO E SOPRAVVENUTO FALLIMENTO

Premessa

Il tema che tratterò in queste pagine è quello che più di tutti ha diviso la giurisprudenza e la dottrina che si sono interessate dei rapporti tra arbitrato e fallimento.

In assenza di disposizioni legislative in materia, il dibattito è stato, da oltre un secolo, caratterizzato da approcci diversi e da diverse soluzioni.

Solo con la riforma fallimentare del 2006 è stata introdotta una norma in materia, l'art. 83 bis l.fall. (Clausola arbitrale), il quale recita: *“Se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito”*.

Si tratta di una norma che, pur riguardando un aspetto specifico della complessa problematica, può offrire all'interprete importanti indicazioni.

Seguendo un criterio temporale, dividerò la successiva trattazione in tre parti: in primo luogo, parlerò degli effetti del fallimento sulle convenzioni arbitrali stipulate dal fallito quando ancora era *in bonis*; quindi, degli effetti sul procedimento arbitrale pendente al momento del fallimento; infine, dell'opponibilità al fallimento del lodo pronunciato prima dello stesso, distinguendo

ulteriormente il caso in cui il lodo sia ancora impugnabile, da quello in cui non lo sia.

Effetti del sopravvenuto fallimento sulle convenzioni arbitrali del fallito.

Presupposti di opponibilità delle convenzioni arbitrali – Prima di tutto, vorrei fin da ora chiarire che esistono dei casi, a qualsiasi posizione si scelga di aderire, in cui le convenzioni arbitrali non sono comunque vincolanti per l'amministrazione fallimentare.

In primo luogo, il fallito è privato, fin dalla sentenza che dichiara il fallimento, dell'amministrazione e disponibilità dei propri beni (art. 42 l.fall.), questo significa che, a partire da questo momento, il potere di stipulare accordi arbitrali passa al curatore.

Tutti gli atti compiuti dal fallito dopo¹⁴⁰ la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori, quindi inopponibili al fallimento (art.44 l.fall.).

Il risultato, nel nostro caso, è che la convenzione arbitrale stipulata dal fallito è efficace solo se è stata stipulata prima di tale momento, altrimenti, salvo ratifica del curatore¹⁴¹, è inefficace.

Il codice di procedura civile (artt. 807; 808; 808 bis) stabilisce che le convenzioni arbitrali siano stipulate per iscritto a pena di nullità; ne consegue, coordinando questa disciplina con quella fallimentare, che per essere opponibili al curatore devono

¹⁴⁰ L'art. 16 l.fall. (Sentenza dichiarativa di fallimento), comma 2, recita: “La sentenza produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'articolo 133, primo comma, c.p.c. (mediante deposito in cancelleria)”; tuttavia, occorre tener presente anche la seconda parte della norma la quale prevede per i terzi un diverso termine: “Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 17, secondo comma, l.fall”. Questo significa che potranno opporre la convenzione al curatore anche se stipulata col fallito dopo il deposito della sentenza di fallimento, ma solo se la stessa non è già stata annotata nel registro delle imprese.

¹⁴¹ Si tratta di “inefficacia relativa”, il curatore può sempre, se lo ritiene utile, confermare il negozio posto in essere dal fallito. Così LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 105.

risultare, quanto meno, da scrittura privata avente data certa anteriore al fallimento¹⁴² ai sensi dell'art. 2704 c.c.¹⁴³. Eventuali formalità richieste in ragione del tipo di rapporto oggetto della convenzione arbitrale ai fini dell'opponibilità ai terzi delle stesse dovranno essere state compiute prima della dichiarazione di fallimento, pena l'inefficacia (art. 45 l.fall.)¹⁴⁴.

Un altro dato da considerare è che le convenzioni arbitrali, avendo natura contrattuale, vincolano le parti che le hanno sottoscritte, non i terzi.

La posizione del curatore fallimentare è una posizione complessa.

A volte, agisce in luogo del debitore, facendo valere diritti e azioni a lui spettanti; altre volte, invece, opera in posizione di terzietà rispetto al debitore¹⁴⁵.

Solo se agisce in luogo del fallito, quindi di parte, la convenzione arbitrale potrà essere opponibile al curatore, quando, invece, fa valere diritti ed esercita azioni diverse da quelle che sarebbero spettate al fallito prima del fallimento (es. le azioni che derivano dal fallimento¹⁴⁶), non è vincolato alla convenzione

¹⁴² Vale quanto da me precisato alla n. 137.

¹⁴³ Art. 2704 c.c. comma 1 “*La data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi, se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'antiorità della formazione del documento*”.

¹⁴⁴ Vale sempre quanto detto alla n.137.

¹⁴⁵ Vedi LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 110. In particolare, agisce in qualità di terzo: “a) quando contesta l'opponibilità di un atto di disposizione anteriore al fallimento (art. 45); b) quando impugna un atto simulato (art. 1416, comma 2, c.c.) o un atto pregiudizievole ai creditori (artt. 64 e ss.); c) quando si oppone a pretese di terzi volte ad escludere dall'esecuzione concorsuale beni acquisiti al fallimento (...)”. Mentre agisce in luogo del debitore: “a) quando fa valere contro un terzo pretese creditorie; b) quando fa valere contro terzi pretese reali; c) quando impugna atti compiuti dal fallito se ai creditori non è riconosciuta un'autonoma legittimazione (l'azione di simulazione può ad es. essere proposta dai creditori del simulato alienante, mentre l'azione di annullamento o quella di risoluzione non possono essere autonomamente proposte dai creditori)”.

¹⁴⁶ Proprio in quanto “derivate” dal fallimento, quindi inesistenti prima dello stesso.

arbitrale¹⁴⁷.

Questo non significa che l'arbitrato, nei casi in cui il curatore agisce in posizione di terzietà, vada necessariamente escluso, significa solo che occorrerà un'apposita convenzione arbitrale stipulata tra il curatore e i terzi.

Infine, riallacciandomi a quanto detto nella prima parte di questo scritto, anche se l'accordo arbitrale è opponibile al curatore, non sono mai arbitrabili le pretese fatte valere da terzi verso l'amministrazione fallimentare, soggette, invece, al procedimento di verifica dello stato passivo¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Così SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 71, la quale, però, riduce l'ipotesi di una lite tra curatore e terzo avente lo stesso oggetto di una lite tra fallito e terzo a un ambito molto ristretto: i casi in cui "l'amministrazione fallimentare subentra nel rapporto del fallito, facendolo proprio e trasformandolo in un rapporto della massa".

Interessante, al riguardo, la riflessione di MASSIMO MACCHIA, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2006, p. 816. Il curatore non è un successore del fallito, il curatore è investito dell'amministrazione e disponibilità di un patrimonio altrui, è insomma legittimato ad esercitare in nome proprio diritti altrui (art. 81 c.p.c.); quando fa valere le pretese del fallito, anche se si tratta di crediti derivanti da contratti già esauriti, non è terzo, agisce in luogo del debitore restando vincolato alla convenzione arbitrale.

Così anche GIOVANNI CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, già cit., p. 1521, il quale cita due pronunce Trib. Torino, 25 luglio 1990, in *Giur. It.*, 1991, I, 2, p. 520, n. SANZO (in ordine ad un azione di simulazione di un contratto contenente una clausola compromissoria) e Trib. Verona, 28 febbraio 1991, già cit. (relativa ad un'azione revocatoria di un contratto contenente una clausola compromissoria). Vedi anche Trib. Milano, 24 settembre 1981, già cit.

¹⁴⁸ Così, Trib. Milano, 21 gennaio 1982, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1983, p. 843 e *Rep. Foro it.*, 1983, Fallimento [2880], n. 211; Arb. Genova, 20 febbraio 1997, già cit., da notare che nel caso di specie si affermò anche che "Qualora sia stata stipulata clausola compromissoria fra più parti, con cui queste abbiano voluto limitare e precisare la competenza arbitrale solo alla decisione in modo unitario di tutte le complesse controversie che le coinvolgessero reciprocamente, il sopravvenuto fallimento di una delle parti rende improcedibile l'arbitrato anche nei confronti delle controversie riguardanti le altre parti"; Cass., 6 giugno 2003, n. 9070, già cit.; Arb. Roma, 16 giugno 2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, Contratti pubblici [1735], n. 1526; Arb. Firenze, 6 novembre 2007, in *Rep. Foro it.*, 2008, Contratti pubblici [1735], n. 1412; 2008, Contratti pubblici [1735], n. 1426 e 2008, Contratti pubblici [1735], n. 1427; Arb. Roma, 28 febbraio 2008, in *Rep. Foro it.*, 2009, Appalto [0430], n. 51 e 2009, Fallimento [2880], n. 414.; Cass., 17 febbraio 2011, n. 3918, in *Rep. Foro it.*, *Mass.*, 2011, 162 "In sede arbitrale non possono essere fatte valere ragioni di credito vantate verso una parte sottoposta ad amministrazione straordinaria (ma lo stesso vale per il fallimento) giacché l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri, proprio del compromesso o della clausola compromissoria, è in ogni caso (si tratti, cioè, di arbitrato rituale o di arbitrato irrituale) paralizzato dal prevalente effetto, prodotto dal fallimento o

Diverso discorso va fatto se il terzo, invece di far valere una propria pretesa in via d'azione, si limiti ad eccepire l'esistenza di un proprio diritto verso il fallito al solo fine di veder rigettata la pretesa fatta valere dal curatore (es. eccezione di compensazione).

In questo caso gli arbitri si pronunceranno in via incidentale sulla pretesa del terzo per decidere se la pretesa dell'amministrazione fallimentare è o non è fondata¹⁴⁹.

dalla apertura della procedura di amministrazione straordinaria, dell'avocazione dei giudizi, aventi ad oggetto l'accertamento di un credito verso l'impresa sottoposta alla procedura concorsuale, allo speciale, ed inderogabile, procedimento di verifica dello stato passivo”.

¹⁴⁹ Art. 817 bis c.p.c. (Compensazione) “Gli arbitri sono competenti a conoscere dell'eccezione di compensazione, nei limiti del valore della domanda, anche se il controcredito non è compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato”; e art. 819 (Questioni pregiudiziali di merito) “Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge”.

Vedi, Cass., 3 settembre 1996, n. 8053, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 1251 e in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1997, p. 598, la cui massima recita: “Nel giudizio proposto dalla curatela fallimentare per la condanna al pagamento di un debito di un terzo nei confronti del fallito, l'eccepibilità in compensazione di un credito dello stesso terzo verso il fallito non è condizionata alla preventiva verifica di tale credito, finché si rimanga nell'ambito dell'eccezione riconvenzionale. Per contro, un'eventuale eccedenza del credito del terzo verso il fallito non può essere oggetto di sentenza di condanna nei confronti del fallimento, ma deve essere oggetto di autonomo procedimento di insinuazione al passivo”; Arb. Firenze, 6 novembre 2007, già cit.; Arb. Roma, 28 febbraio 2008, già cit., “In caso di fallimento dell'appaltatore, l'accertamento dell'effettiva sussistenza di vizi e/o difetti dell'opera non comporta un'autonoma valutazione circa l'entità di un controcredito dell'appaltatore da far valere in via riconvenzionale rispetto alle pretese della parte attrice, così soggiacendo ad una censura di inammissibilità o improcedibilità nel giudizio arbitrale, ma si pone quale mera verifica circa l'entità del credito corrispettivo dell'appaltatore all'esito di un raffronto contabile tra i lavori eseguiti e quelli effettivamente realizzati a regola d'arte”. Vedi anche, ANNA LIPPONI, *Verifica fallimentare dei crediti e arbitrato: un rapporto non più tormentato*, in *Riv. Arbitrato*, 2005, p.149, nota a Arb., 10 settembre 2004. Quest'ultima pronuncia è molto particolare; nel caso di specie la parte attrice *in bonis* aveva chiesto di accertare un proprio credito verso la parte poi fallita solo al fine di opporlo in compensazione. Il collegio arbitrale, partendo dal comportamento processuale della società convenuta (fallita), giunge ad affermare l'inammissibilità della cognizione nel merito. In particolare, il collegio sostenne che se la convenuta avesse fronteggiato la pretesa dell'attrice chiedendo l'accertamento del proprio credito, allora la domanda dell'attrice si sarebbe “trasformata” in eccezione, rendendo possibile la cognizione nel merito, ma questo non è avvenuto, quindi è stata dichiarata l'inammissibilità della pretesa.

Mi chiedo se una domanda si possa “trasformare” in eccezione per effetto del comportamento della controparte. A fronte della riconvenzionale, ferma restando comunque l'inammissibilità

L'inopponibilità delle convenzioni arbitrali stipulate dal fallito: due tesi da scartare - L'art. 83 bis l.fall., introdotto dalla riforma fallimentare di cui al d.lgs 9 gennaio 2006 n. 5, pur non riguardando direttamente gli effetti del fallimento sulle convenzioni arbitrali concluse dal fallito quando era *in bonis*, permette comunque di gettare nuova luce sul problema.

In primo luogo, non c'è più ragione di dubitare della compatibilità di arbitrato e fallimento.

Un risalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale aveva, con varie motivazioni, affermato che la dichiarazione di fallimento comporta l'inefficacia di tutte le convenzioni arbitrali precedentemente stipulate dal fallito¹⁵⁰.

Nel corso del tempo questo orientamento è stato

dell'originaria domanda di accertamento del credito, mi sembra che sia compito della controparte difendersi eccependo la compensazione. Si deve negare inoltre che possano essere oggetto, fin dall'inizio, di giudizio arbitrale mere questioni, salvo non sia espressamente previsto il contrario nella convenzione arbitrale. Sul punto vedi ANNA LIPPONI, *Verifica fallimentare dei crediti e arbitrato: un rapporto non più tormentato*, appena cit., p. 156.

¹⁵⁰ I principali sostenitori di questa tesi furono RENZO PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, già cit., p. 1322 e ss.; GIORGIO DE SEMO, *Diritto fallimentare*, già cit., p. 250 (*idem*); GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, già cit., p. 208 (per tutti questi autori non è possibile deferire ad arbitri le liti connesse, in qualsiasi modo, al procedimento fallimentare o rientranti nello stesso in forza degli art. 23, 24, 93, l.fall., trattandosi di liti che devono essere tutte devolute all'autorità giudiziaria ordinaria in osservanza delle norme fallimentari); PIERO PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, già cit., (per lui la deroga alla giurisdizione ordinaria si fonda su un mandato intensamente fiduciario che diviene inefficace per effetto del fallimento) e GUSTAVO BONELLI, *Del fallimento: commento al codice di commercio*, Vallardi, Milano, 1923, p. 490 (il quale, a differenza degli altri, distingue tra compromesso – sempre inefficace dato il carattere strettamente personale dell'accordo che lo renderebbe intrasmissibile all'amministrazione fallimentare – e clausola compromissoria – la quale fa parte del contratto in cui è inserita e ne segue le sorti. Fu il primo a sostenere, anche se solo limitatamente alle clausole compromissorie, l'accessorietà della convenzione arbitrale rispetto al contratto "principale". In giurisprudenza vedi Cass. 4 agosto 1958, n. 2866, già cit. (la corte ritenne che l'art. 24 l.fall. si applichi a tutte le azioni attinenti la formazione dell'attivo e del passivo del fallimento e che la competenza funzionale e inderogabile del tribunale fallimentare comporti l'inefficacia *ex lege* della convenzione arbitrale). Per maggiori riferimenti bibliografici vedi FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 291 (dottrina) e p. 296 (giurisprudenza); SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p.73; e ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 6.

abbandonato¹⁵¹. Anche prima dell'introduzione dell'art. 83 bis la dottrina e giurisprudenza prevalenti si erano allontanate da questa posizione "estrema"¹⁵²; posso solo aggiungere che se davvero il fallimento rendesse inefficaci tutte le convenzioni arbitrali precedenti, allora la disposizione di cui all'art. 83 bis l.fall. non avrebbe senso.

Il procedimento arbitrale, vista la sopravvenuta inefficacia della convenzione arbitrale, sarebbe sempre e comunque improcedibile, anche in caso di subentro dell'amministrazione fallimentare nel relativo contratto, quindi perché mai il legislatore avrebbe dovuto specificare che questo si produce anche in caso di scioglimento del contratto.

Evidentemente si tratta di una posizione che, pur significativa sul piano storico, oggi non ha più motivo d'essere.

Analoghe considerazioni si possono fare per l'orientamento prevalente (soprattutto in giurisprudenza) prima della riforma del 2006 (detto "dicotomico" per il fatto che distingueva nettamente due fasi la fase precedente e quella successiva l'accettazione degli arbitri), in base al quale le convenzioni arbitrali sono opponibili al curatore solo se al momento della dichiarazione di fallimento gli arbitri hanno già accettato l'incarico. Se, invece, gli arbitri non hanno ancora accettato¹⁵³, le convenzioni arbitrali saranno da

¹⁵¹ Quasi unanimemente, ma esistono delle eccezioni es. VINCENZO RUSSO, FILIPPO CASORIA, *Effetti del fallimento su mandato e clausola compromissoria*, in *Impresa commerciale e industriale*, 2004, p. 81, i quali auspicano un "ritorno ... alle origini".

¹⁵² Per la critica di questo orientamento vedi ENZO CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, già cit., p. 257 e ss., soprattutto da p. 541; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p.73; e ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 6 e ss. Riassumendo: dal punto di vista soggettivo, il curatore non può considerarsi terzo per ogni azione promossa dal fallimento o contro di esso; dal punto di vista oggettivo il fallimento non rende indisponibili i diritti compromessi; l'art. 24 l.fall non costituisce un limite all'arbitrato e, comunque, come si desume dall'art. 35 l.fall, devono esistere delle controversie arbitrabili, quindi non c'è nessuna incompatibilità tra arbitrato e fallimento; e, infine, il richiamo delle norme del mandato non è pertinente dato che le convenzioni arbitrali non hanno altro fine se non quello di attribuire la cognizione della lite agli arbitri e non hanno nulla a che vedere col mandato.

¹⁵³ In passato il momento dell'accettazione degli arbitri designava anche il momento di inizio

considerare inefficaci¹⁵⁴.

Il primo sostenitore di questa tesi fu Lodovico Mortara¹⁵⁵.

Al riguardo, occorre tener presente, come ha osservato una dottrina¹⁵⁶, che prima del codice di procedura civile del 1942, in caso di problemi nella costituzione del collegio arbitrale, mancava una disciplina esplicita applicabile al compromesso. La dottrina si era divisa fra coloro che sostenevano, anche in questo caso, l'applicazione della disciplina prevista per la clausola compromissoria (nomina suppletiva da parte del presidente del tribunale) e coloro che, come Mortara, sostenevano che il compromesso si perfezionasse solo con l'accettazione degli arbitri. E' questa l'origine della distinzione tra convenzione perfezionata per effetto dell'accettazione degli arbitri e convenzione non ancora perfezionata per non esserci ancora stata la loro accettazione¹⁵⁷.

Per effetto dell'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1942, in particolare dell'art. 810 c.p.c. (applicabile a tutti i tipi di convenzione arbitrale), è venuta meno l'esigenza di condizionare l'efficacia delle convenzioni arbitrali all'accettazione degli arbitri (oggi si ritiene unanimemente che le convenzioni arbitrali siano efficaci per effetto del solo consenso delle parti)¹⁵⁸, tuttavia, la tesi dicotomica non ha smesso di riscuotere adesioni, seppure su basi differenti.

In forza dell'art. 5 c.p.c. si è affermato che, siccome la competenza si determina con riguardo allo stato di fatto esistente

della pendenza dell'arbitrato, oggi invece l'arbitrato si considera in corso già dalla notifica alla controparte di un atto indicante l'intenzione di promuovere l'arbitrato, con l'indicazione, se necessario, dell'arbitro che la parte intende nominare. Insomma, oggi l'arbitrato è in corso anche prima che il collegio arbitrale sia stato costituito.

¹⁵⁴ Per maggiori riferimenti bibliografici vedi FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 293 (dottrina), p. 297 (giurisprudenza); SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 73, n.105, n. 106; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p.16.

¹⁵⁵ LODOVICO MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, Vallardi, Milano, 3^a ed., 1923, III, n. 61, p. 771.

¹⁵⁶ VINCENZA PROFETA, già cit., p.1181.

¹⁵⁷ Così ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p.16.

¹⁵⁸ Vedi ancora ANGELO BONSIGNORI, appena cit., p. 16.

alla data della proposizione della domanda, se il procedimento arbitrale è già in corso, allora il procedimento può proseguire, mentre se non è ancora pendente, la competenza è del tribunale fallimentare (art. 24 l.fall.).

Posizione suscettibile di diverse critiche¹⁵⁹: 1) la non pertinenza del richiamo dell'art. 5 c.p.c. che riguarda solo i mutamenti che incidono sulla competenza in concreto (per valore o territorio); 2) la non pertinenza neppure dell'art. 24 l.fall. il quale riguarda solo azioni che, per derivare dal fallimento, non possono essere già presenti nel patrimonio del fallito; 3) l'irrilevanza dell'art. 24 l.fall. che non costituisce un limite all'arbitrabilità delle controversie¹⁶⁰; e 4) il fallimento non produce, di per sé, l'inefficacia delle convenzioni arbitrali.

Tutte queste critiche mi paiono convincenti e condivisibili, aggiungo solo una considerazione finale; diversamente da ciò che ritenevano i sostenitori della tesi dicotomica, dall'art. 83 bis l.fall. risulta che la pendenza del procedimento arbitrale non garantisce affatto l'opponibilità della convenzione arbitrale al curatore¹⁶¹.

In conclusione, è lo stesso legislatore, seppur indirettamente, a negare che il fallimento produca l'inopponibilità delle convenzioni arbitrali al curatore, neppure, come nel caso della tesi dicotomica prima prevalente, se si limita questa conseguenza agli accordi non seguiti dall'instaurazione del processo arbitrale.

¹⁵⁹ Vedi ENZO CAPACCIOLI, già cit., p.529, 532, e 558; VINCENZA PROFETA, già cit., p.1180 e 1181; GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, già cit., p. 488; e ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 19.

¹⁶⁰ Vedi parte prima, capitolo secondo, di questo scritto.

¹⁶¹ Così anche ELENA FRASCAROLI SANTI, già cit., p. 367; e ANTONIO RUOTOLO, in *Commento alla riforma delle procedure fallimentari*, Ipsoa, Milano, 2008, a cura del Gruppo di studio sulla riforma del diritto fallimentare del CNN, AA.VV, commento art. 83 bis, p. 168, soprattutto p.170.

L'opponibilità delle convenzioni arbitrali nel dibattito precedente la riforma fallimentare del 2006 - Col tempo il dibattito ha favorito altre soluzioni.

L'opponibilità al curatore delle convenzioni arbitrali stipulate dal fallito prima del fallimento ha raccolto sempre più adesioni.

Alcuni tra i primi sostenitori dell'opponibilità delle convenzioni arbitrali al fallimento erano favorevoli ad un generale ed automatico riconoscimento delle convenzioni arbitrali da parte dello stesso, il quale risultava essere, in questa prospettiva, irrilevante ai fini della loro efficacia¹⁶².

Col tempo, invece, l'attenzione degli interpreti si è progressivamente spostata sulle norme della legge fallimentare dedicate agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti.

Questa posizione ha ricevuto sempre più consensi, senza, peraltro, significare una maggiore uniformità di posizioni.

I motivi sono diversi. I principali sono la lacunosità di questa disciplina (fino alla riforma del 2006 non esisteva un principio generale applicabile ai rapporti non espressamente nominati)¹⁶³, le incertezze che ancora investono la materia dell'arbitrato¹⁶⁴ e la

¹⁶² Per ogni riferimento bibliografico rinvio a FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 291 e, più di recente, a ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 10, anche per l'ottima critica.

¹⁶³ L'elaborazione dottrinale precedente la riforma del 2006 aveva ricavato dalla disciplina del fallimento del compratore (precedente art. 72 l.fall) il principio generale per cui, data la situazione di stallo che si viene a determinare valorizzando il principio del sinallagma (il curatore non può costringere la controparte *in bonis* ad adempiere la propria obbligazione senza offrirsi a sua volta di adempiere, né la controparte può costringere il curatore ad adempiere), il rapporto rimane sospeso in attesa che il curatore scelga tra subentro nel contratto (con assunzione di tutti i relativi oneri) e scioglimento dello stesso, con facoltà del contraente *in bonis* di mettere in mora il curatore affinché effettui la scelta. Oggi il legislatore, rifacendosi alla precedente elaborazione, ha espressamente riconosciuto questo principio generale all'art. 72 l.fall. (Rapporti pendenti) dedicato a tutti i rapporti non espressamente disciplinati.

¹⁶⁴ Un quesito mai risolto attiene la natura dell'arbitrato. Gli interpreti sono da sempre divisi.

tendenza a confondere convenzione arbitrale e contratto d'arbitrato¹⁶⁵.

Una prima corrente dottrinale¹⁶⁶ era favorevole all'applicazione delle norme sui rapporti giuridici pendenti direttamente alle convenzioni arbitrali in quanto tali, con conseguente sospensione delle stesse in attesa che il curatore scegliesse se subentrarvi o meno¹⁶⁷.

In questa prospettiva si colloca anche quella giurisprudenza che, estendendo alle convenzioni arbitrali la disciplina applicabile al contratto di mandato, è arrivata ad affermare che, trattandosi di figure negoziali riconducibili al mandato collettivo (o al mandato nell'interesse anche di terzi), non si sciolgono per effetto del fallimento (come previsto per il mandato semplice) e sono pertanto

Ha natura ed efficacia meramente privatistica, quindi è estraneo alla giurisdizione statale, o in quanto giudizio può essere ricondotto alla funzione giurisdizionale, e quest'ultima, a sua volta, è da intendere come necessariamente caratterizzata dal potere coercitivo, prerogativa dello Stato, o può essere intesa semplicemente come potere di accertamento dei diritti. Dalla natura dell'arbitrato in generale si è poi passati a discutere della natura del lodo, sentenza o contratto. Il legislatore ha distinto tra lodo rituale e lodo irrituale, il primo produttivo degli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824 bis c.p.c.), il secondo con rilevanza meramente contrattuale (art. 808 ter c.p.c.), ma questo non ha esaurito il dibattito. E' sufficiente scorrere qualunque manuale o testo dedicato all'arbitrato per rendersi conto della complessità e anche dell'importanza, teorica e soprattutto pratica, di queste questioni. In questa sintetica notazione posso solo dire che la tendenza più recente, vista la presenza di argomenti *pro* e *contro* ciascuna posizione, è nel senso di verificare caso per caso quale prospettiva vada preferita, se quella privatistica o pubblicistica.

¹⁶⁵ Per chiarezza tengo a precisare che le convenzioni arbitrali si limitano a investire gli arbitri della cognizione di una o più liti, sottraendole alla cognizione dei giudici statali, e sono efficaci per effetto del solo consenso dei contraenti; mentre il rapporto parti arbitri, designato col nome di "contratto d'arbitrato", ha per oggetto il pagamento di un corrispettivo da parte dei contendenti e la pronuncia tempestiva di un lodo da parte degli arbitri.

¹⁶⁶ Così, recentemente, ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 30.

¹⁶⁷ Così anche Trib. Ravenna, 30 giugno 2001, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 2001, II, 1444, n. INZITARI, IMBERTI e *Rep. Foro it.*, 2002, Fallimento [2880], n. 338 "È inopponibile al curatore la clausola arbitrale che non ha ancora avuto esecuzione al momento della dichiarazione di fallimento; considerata, infatti, l'autonomia della clausola compromissoria, considerata, altresì, la facoltà di scelta attribuita al curatore sul subentro e l'attuazione o meno dei rapporti che non hanno avuto esecuzione prima del fallimento, il curatore esercita legittimamente la facoltà di sciogliersi dalla clausola compromissoria nell'interesse del fallimento, vale a dire dei creditori fallimentari".

opponibili al curatore¹⁶⁸.

Per evitare ogni fraintendimento; non è corretto applicare alle convenzioni arbitrali, in caso di fallimento, la disciplina del mandato¹⁶⁹.

Le convenzioni arbitrali non hanno nulla a che vedere col contratto di mandato; solo il contratto d'arbitrato tra le parti e gli arbitri è stato, in passato, ricondotto da taluni allo schema del mandato, ma si tratta di un tipo di negozio, seppur connesso, da tenere nettamente distinto dagli accordi arbitrali.

Chiusa questa parentesi; vediamo come i più autorevoli sostenitori dell'applicazione alle convenzioni arbitrali della disciplina generale sui rapporti pendenti hanno sostenuto questa soluzione.

Il primo fra tutti fu Enzo Capaccioli¹⁷⁰.

La sua posizione è significativa soprattutto perché non fondò questa conclusione sulla natura negoziale, sostanziale, degli accordi compromissori¹⁷¹; al contrario, li qualificò come contratti a effetti

¹⁶⁸ Così, Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, già cit.; Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2004, p. 523, n. VINCRE; *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2408; e in *Rep. Foro it.*, 2004, Fallimento [2880], n. 321 e 2004, Fallimento [2880], n. 322; Cass., 8 settembre 2006, n.19298, in *Rep. Foro it.*, 2006, Fallimento [2880], n. 379; Arb. Firenze, 6 novembre 2007, già cit.; Cass., 17 febbraio 2010, n. 3803, in *Rep. foro it.*, 2010, Fallimento [2880], n. 443; Trib. Roma, 13 giugno 2011, n. 12745, disponibile su *De Jure*.

¹⁶⁹ Così, ENZO CAPACCIOLI, già cit., p.541 e ss; FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 300; ANNA LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 2004, II, p. 705; MASSIMO MACCHIA, già cit., p. 818, punto B.

¹⁷⁰ ENZO CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, già cit., p. 546.

¹⁷¹ Nel senso che l'applicazione degli art. 72 e ss. l. fall. presuppone il riconoscimento della natura sostanziale dei patti compromissori, PIETRO RUGGIERI, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Diritto e formazione*, 2003, maggio settembre, p. 683, il quale richiama le norme sul mandato. E' per questo motivo (così ALBERTO CATTANEO, *Arbitrato e fallimento*, in *Impresa commerciale e industriale*, 2004, p. 629, e soprattutto p. 631) che la tesi ha riscontrato più facili consensi con riguardo all'arbitrato irrituale. Vedi a questo proposito, DEBORAH MORINI, *Arbitrato e fallimento*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1995, parte seconda, II, p. 772 (soprattutto p. 776 e ss.); FRANCESCA VESSIA, già cit., p. 789 e GIUSEPPE BOZZA, già cit., p. 485, il quale, appunto, si pone il problema dell'applicazione delle norme sui rapporti giuridici pendenti al compromesso per arbitrato rituale, mentre per l'arbitrato libero, vista la sua natura sicuramente contrattuale, non ha dubbi. In particolare, per estendere al compromesso per arbitrato rituale la stessa disciplina (sospensione e scelta del

processuali, insuscettibili in quanto tali di applicazione diretta delle norme dettate per i rapporti pendenti di carattere sostanziale; tuttavia, data la presenza di aspetti attivi e passivi (diritto e obbligo di attenersi alla via arbitrale) e vista la mancanza di norme esplicite per questo tipo di rapporti, propose ugualmente l'applicazione analogica del principio generale della sospensione del rapporto in attesa della scelta del curatore tra scioglimento o subentro¹⁷².

Diversa l'argomentazione di Angelo Bonsignori¹⁷³, il quale, rifacendosi ad una precedente dottrina¹⁷⁴, ha sostenuto che l'autorizzazione alla stipulazione di convenzioni arbitrali si applichi anche se il curatore intende dare esecuzione a una convenzione già stipulata dal fallito; questo impedirebbe il subentro automatico del curatore nelle convenzioni arbitrali, ed avendo precedentemente escluso anche l'automatico scioglimento delle stesse, arriva a concludere che necessariamente opererà una sospensione in attesa della scelta del curatore tra scioglimento o attuazione delle convenzioni arbitrali.

Sempre a questo proposito vorrei citare, infine, la posizione

curatore) prevista per il compromesso per arbitrato irrituale, ha fatto leva, in primo luogo, sulla concezione negoziale dell'arbitrato rituale, poi, dati i dubbi al riguardo, sull'applicazione analogica del principio generale di sospensione del rapporto. *Contra*, vedi VINCENZA PROFETA, già cit., p. 1176, la quale motiva l'inapplicabilità delle norme dettate per i rapporti sostanziali pendenti alle convenzioni arbitrali sostenendo che, oltre a non avere natura contrattuale, "mancherebbe, in quest'ultimo caso, un immediato interesse di natura patrimoniale da tutelare e sarebbe ingiustificata la possibilità attribuita al curatore di rimeditare sulla convenienza della clausola a scapito dell'altro contraente", concludendo, quindi, che la curatela sarebbe sempre vincolata alle convenzioni arbitrali stipulate dal fallito.

¹⁷² Aggiunse inoltre che le convenzioni arbitrali sono negozi strettamente legati alle valutazioni soggettive dei compromittenti e che l'arbitrato è previsto dalla legge al fine "di dare alla singola lite il giudice più adatto, e adatto secondo la valutazione degli stessi interessati". Confrontando i caratteri della convenzione arbitrale e la posizione dell'ufficio fallimentare, ne deriverebbe "l'incompatibilità della soggezione automatica di questo (ufficio fallimentare) a quella (convenzione). Se finanche rispetto ai rapporti pendenti di diritto sostanziale (attivi e passivi ad un tempo), la regola, (...), è la sospensione dell'efficacia (...), a maggior ragione un regime analogo sembra imporsi rispetto alla convenzione arbitrale".

¹⁷³ ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 35 e ss.

¹⁷⁴ RENATO VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 349/350.

di Giuseppe Bozza¹⁷⁵ che, pur favorevole in linea di principio all'applicazione alle convenzioni arbitrali in quanto tali delle norme sui rapporti giuridici pendenti, ha distinto il caso della clausola compromissoria che, essendo parte del contratto al quale accede, non è suscettibile di autonoma considerazione e segue le sorti del contratto "principale"; dal caso del compromesso, distinto e autonomo rispetto al rapporto di base e soggetto a sospensione in attesa della decisione del curatore se subentrare o meno nello stesso.

La seconda posizione dottrinale¹⁷⁶ ha giustificato l'opponibilità delle convenzioni arbitrali al curatore facendo leva sull'accessorietà delle stesse rispetto al rapporto sottostante.

In pratica, se il curatore subentra nel rapporto deve subentrare anche nella relativa convenzione arbitrale, se si scioglie dal contratto si scioglie anche dalle convenzioni arbitrali che si riferiscono allo stesso.

Insomma, in questo caso, le norme sui rapporti giuridici pendenti non si applicano alle convenzioni arbitrali, si applicano solo ai contratti sottostanti.

In questo senso, è costante in giurisprudenza l'affermazione

¹⁷⁵ Così GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, già cit., p. 483 e ss; FILIPPO GHIGNONE, già cit., p. 319; e PIETRO RUGGIERI, già cit., p. 685. Analoga, da questo punto di vista, la posizione di GUSTAVO BONELLI, *Del fallimento: commento al codice di commercio*, già cit., p. 490. Anche quest'ultimo ha distinto tra compromesso (nel suo caso sempre inefficace per effetto del fallimento) e clausola compromissoria (opponibile in quanto accessoria al contratto in cui è inserita).

¹⁷⁶ Così di recente, soprattutto, SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 78; ma anche ADELMO CAVALAGLIO, *Sui rapporti tra clausola compromissoria, processo arbitrale, lodo rituale e giudizio fallimentare di verifica dei crediti*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 705 (principalmente p. 708 e ss.); ANNA LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, già cit., p. 710 e ss. In precedenza, sebbene (inspiegabilmente) venga citato fra i sostenitori della tesi della sospensione, FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 303, il quale invece sostenne che "... applicando tale regola (la sospensione) ai contratti che contengono la clausola e a quelli in ordine ai quali è sorto il compromesso, ne deriva, data la stretta unione e connessione ad essi rispettivamente della clausola e del compromesso, la conservazione o la cessazione dell'impegno di adire la via arbitrale a seconda che l'organo fallimentare scelga di subentrare o sciogliersi dal contratto ..."; FRANCESCO MAGNI, nota senza titolo a Trib. Bergamo, 26 novembre 1994, in *Gius.*, 1995, luglio agosto, p.2067.

che il curatore che subentra in un contratto del fallito contenente una clausola compromissoria non può subentrarvi solo in parte, ma deve subentrare nel contratto nel suo complesso, clausola compromissoria compresa¹⁷⁷.

Si tratta di una posizione che ha ricevuto consensi soprattutto con riguardo alla clausola compromissoria, più dubbio è il caso del compromesso che viene stipulato necessariamente in un secondo momento¹⁷⁸.

In conclusione, prima della riforma fallimentare del 2006, il dibattito era tutt'altro che vicino a concludersi. L'art. 83 bis l.fall. è intervenuto a disciplinare una materia estremamente controversa.

¹⁷⁷ Vedi Cass., 23 gennaio 1964, n. 162, già cit.; Cass., 25 marzo 1966, n. 786, già cit.; Trib. Milano, 24 settembre 1981, già cit.; Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, già cit. anche a proposito dell'inapplicabilità della disciplina del mandato semplice; Trib. Bergamo, 26 novembre 1994, già cit.; Trib. Milano, 19 giugno 2002, già cit.; Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, già cit. anche a proposito dell'inapplicabilità della disciplina del mandato semplice; Trib. Nocera Inferiore, 14 giugno 2005, disponibile su *De Jure*; Trib. Reggio Emilia, 2 dicembre 2005, in *Rep. Foro it.* 2006, Fallimento [2880], n. 378 e in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2006, p. 816, n. MACCHIA *"Il curatore, che impugni la deliberazione di liquidazione della quota del fallito escluso dalla società consortile, non può disconoscere la clausola compromissoria contenuta nel contratto di consorzio per la risoluzione delle controversie nascenti tra le singole imprese consorziate o tra le stesse ed il consorzio in ordine alla validità, interpretazione ed esecuzione dello statuto"*; Trib. Roma, 13 giugno 2011, n. 12745, disponibile su *De Jure*, già cit. In particolare *"Il curatore che subentra in un contratto stipulato dal fallito, nel quale sia contenuta una clausola compromissoria non può disconoscere tale clausola - o, in caso di posteriorità della dichiarazione di fallimento alla conclusione dell'arbitrato irrituale, non può sottrarsi agli effetti di questo ancorché configuri un patto autonomo, attesa la riconducibilità di essa allo schema negoziale del mandato collettivo (art. 1726 c.c.) e di quello conferito nell'interesse anche di terzi (art. 1723, comma 2 c.c.), rispetto ai quali la revoca del solo mandante o di uno solo di essi - e, quindi, in deroga al disposto dell'art. 78 l. fallimentare, il fallimento dell'uno o dell'altro - non ha effetto estintivo del rapporto giuridico costituito attraverso il detto negozio"*. Da notare anche in questo caso la duplice giustificazione offerta dell'opponibilità sia in ragione dell'inapplicabilità della disciplina del mandato semplice, sia per via dell'accessorietà della stessa.

¹⁷⁸ Come ho già detto in precedenza, anche tra i sostenitori dell'applicazione delle norme sui rapporti pendenti direttamente alle convenzioni arbitrali vi è chi è favorevole a considerare la clausola compromissoria parte del contratto in cui è inserita con conseguente applicazione di quelle norme a quest'ultimo nel suo complesso.

Opponibilità delle convenzioni arbitrali al fallimento alla luce dell'art. 83 bis l. fall. - L'art 83 bis l. fall. (Clausola arbitrale), non posso fare a meno di ripetermi, esplicitamente, non dice nulla sugli effetti del fallimento sulle convenzioni arbitrali; non si riferisce nemmeno a tutti i tipi di convenzioni arbitrali; né dice alcunché con riguardo al caso del mancato scioglimento del contratto sottostante.

L'articolo, a fronte delle precedenti contrastanti posizioni riguardo al complessivo rapporto tra arbitrato e fallimento, disciplina un aspetto piuttosto specifico del problema.

In questo modo il legislatore ha lasciato agli interpreti il compito di fornire risposte ai molti interrogativi ancora aperti.

A questo proposito, trattandosi di una disciplina applicabile ai fallimenti dichiarati dopo il 16 luglio 2006, tengo ad avvertire che non sono ancora disponibili pronunce giurisprudenziali sui temi più controversi.

Fatta questa precisazione, vista la complessità del tema, preferisco partire da alcuni dati considerati pacifici.

Il primo, naturalmente, è la *ratio* della norma, ricavabile dalla relazione illustrativa¹⁷⁹, coincidente con la finalità di “evitare

¹⁷⁹ Per comodità riproduco integralmente la parte relativa all'art. 83 bis: “*Nell'articolo in esame, viene inserita ex novo la disciplina degli effetti del fallimento in materia di clausola arbitrale. E' previsto in particolare che il procedimento arbitrale già pendente non possa essere proseguito allorché il contratto contenente la clausola arbitrale viene sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione IV. Ciò al fine di evitare che il giudizio arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento e che era destinato a risolvere.*

Il Capo quinto contiene le modifiche del capo IV del Titolo II della legge fallimentare e, segnatamente, degli articoli da 84 a 90.

Il capo in argomento disciplina la custodia e l'amministrazione delle attività fallimentari. Tenuto conto dell'evoluzione normativa europea e, in particolare, delle più recenti leggi in materia di insolvenza entrate in vigore in Spagna e Germania, nonché del criterio di delega che consente una nuova allocazione dei poteri e delle competenze degli organi della

che il giudizio arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento e che era destinato a risolvere”.

Un altro punto su cui tutti concordano è che lo scioglimento del contratto a cui si riferisce la clausola compromissoria, se è capace di travolgere il procedimento arbitrale già in corso, a maggior ragione comporta l'inefficacia della clausola non ancora attivata. Soluzione che si presenta assolutamente conforme alla *ratio* appena citata.

Infine, non si può non ritenere che all'ambito di applicazione dell'art. 83 bis l.fall. siano estranee le convenzioni arbitrali in materia non contrattuale (compromessi relativi a rapporti extracontrattuali e convenzioni arbitrali di cui all'art. 808 bis c.p.c.) in ragione dell'inapplicabilità ai rapporti oggetto di questi accordi compromissori delle norme sui rapporti pendenti¹⁸⁰.

Ciò su cui, invece, oggi si dibatte è: A) se l'art. 83 bis l.fall., in caso di scioglimento del contratto, si applichi anche al compromesso portando alla sua inefficacia; e B) quale sia la disciplina applicabile ai vari tipi di convenzione arbitrale in caso di prosecuzione del rapporto sottostante.

Partendo dal primo quesito; parte della dottrina ritiene che l'art. 83 bis l.fall. non si applichi al compromesso essendo autonomo e distinto dal rapporto contrattuale al quale si riferisce¹⁸¹.

procedura fallimentare, è emersa l'esigenza di contemplare nuove norme dirette a regolare il quomodo della acquisizione dei beni all'attivo da destinare al soddisfacimento dei creditori”.

¹⁸⁰ Così FRANCESCA VESSIA, già cit, p. 788; MARCO FARINA, commento all'art. 83 bis l.fall., in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. 2, a cura di LUCIO GHIA, CARLO PICCININI, FAUSTO SEVERINI, Utet, Torino, 2010, p. 627, soprattutto p. 636; e SERGIO LA CHINA, già cit., p. 344.

¹⁸¹ Così, tra gli altri, MARGHERITA LAZZARA, commento all'art. 83 bis l.fall., in *Le nuove leggi civili, il nuovo fallimento: commentario al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, coordinato con le modifiche apportate dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5*, a cura di FABIO SANTANGELI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 365. In particolare, affermò (p. 367) che *“la sorte della clausola viene inscindibilmente legata all'effetto che la sentenza dichiarativa determina sul contratto e, nei casi di sospensione, alla conseguente decisione del curatore. A tale stregua la disposizione in esame induce ad elaborare, a contrario, due principi ulteriori*

Personalmente preferisco ritenere il contrario.

In linea di principio, salvo non vi sia un motivo che giustifichi una differente disciplina, le convenzioni arbitrali, producendo tutte il medesimo effetto (la devoluzione di certe liti ad arbitri invece che a giudici statali), dovrebbero ricevere il medesimo trattamento¹⁸².

Ho escluso dall'ambito dell'art. 83 bis l.fall. le convenzioni relative a rapporti extracontrattuali solo perché i rapporti sottostanti sono estranei alla disciplina dei rapporti pendenti; non essendo previsto alcuno scioglimento del rapporto, non si pone neppure il problema della sorte di queste convenzioni.

A parte questo caso, anche alla luce della *ratio legis*, il principio generale ricavabile dalla disposizione è quello che se il fallimento scioglie il rapporto contrattuale oggetto della convenzione arbitrale, allora anche quest'ultima deve essere considerata inefficace e inopponibile al fallimento¹⁸³. Il curatore nello scegliere se subentrare o meno nel contratto a cui si riferisce la convenzione arbitrale dovrà tener presente che sciogliendosi dallo stesso travolge anche l'accordo arbitrale.

per regolare la materia. La previsione che consente al curatore di impedire la continuazione del rapporto giuridico già pendente dovrebbe, a fortiori, escludere che dopo la dichiarazione di fallimento possa essere deferito ad arbitri un giudizio relativo a rapporti non proseguiti"; invece la dichiarazione di fallimento comporterebbe la sospensione del compromesso in attesa della scelta del curatore (p. 368); GUIDO UMBERTI TEDESCHI, già cit., p. 359; e ILARIA GRIMALDI, in *Le procedure concorsuali*, tomo 1, a cura di ANTONIO CAIAFA, Cedam, Padova, 2011, p. 583.

¹⁸² Richiamo quanto detto a questo proposito da ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 4 e ss. " ... la più autorevole dottrina non da oggi tende a ridurre, fino quasi a farla scomparire, la differenza fra compromesso e clausola compromissoria: quest'ultima, infatti, non sarebbe altro che un compromesso, col quale si deferisce agli arbitri anziché una lite già sorta, un gruppo di liti, delle quali si preveda il sorgere fra le parti; il compromesso, dunque, riguarda una lite determinata, mentre la clausola compromissoria una lite determinabile ...".

¹⁸³ Così FRANCESCA VESSIA, già cit., p. 787; ANTONIO RUOTOLO, già cit., p.171; ELENA FRASCAROLI SANTI, già cit., p. 377; MARCO FARINA, già cit., p. 636; GIOVANNI CABRAS, già cit., p. 1520; SERGIO LA CHINA, già cit., p. 344; UMBERTO APICE, *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, I, Giappichelli, Torino, 2010, p. 917, in particolare p. 918.

Il legislatore della riforma ha chiaramente aderito, almeno in caso di scioglimento del contratto contenente una clausola compromissoria, alla tesi dell'accessorietà; resta ora da capire cosa succede in caso di subentro del curatore nel rapporto sottostante.

Si ripropongono, al riguardo, le tre soluzioni precedenti l'introduzione dell'art. 83 bis l.fall.: o si ritiene che le convenzioni arbitrali siano opponibili al curatore in quanto accessorie; o si distingue tra clausola arbitrale, accessoria, quindi legata alle sorti del rapporto sottostante, e compromesso, autonomo, quindi soggetto alla disciplina generale di cui all'art. 72 l.fall. (sospensione e scelta del curatore se subentrare o meno nello stesso); o si applica l'art. 72 ad entrambe le convenzioni arbitrali.

Partendo da quest'ultima soluzione, non mi risulta che qualcuno abbia proposto di scindere la sorte della clausola compromissoria da quella del resto del contratto.

Visti la giurisprudenza precedente la riforma (già favorevole a considerarla parte integrante del complessivo regolamento contrattuale, quindi inseparabile dallo stesso) e il principio di accessorietà espresso dall'art. 83 bis l.fall. mi sento di escludere subito questa opzione¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Così, Trib. Terni, 1 febbraio 2011, in *Rep. Foro it.*, 2011, Merito extra, n. 2011.178.(1 e 2), il quale affermò: “che, infatti, sebbene la norma dell'art. 83-bis l.fall. affermi la natura accessoria della clausola compromissoria con riferimento alla sola ipotesi presa in considerazione dalla stessa (e diversa - si ripete - da quella all'esame di questo Giudicante), vale a dire quella di un giudizio arbitrale pendente e di scioglimento del contratto su iniziativa del curatore ai sensi dell'art. 72 l.fall., sulla scorta di tale previsione si deve pervenire alla conclusione che nell'ipotesi di subentro nel contratto da parte del curatore il patto compromissorio conservi piena efficacia anche nei confronti del curatore subentrante: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del rapporto sostanziale in cui è subentrato e di cui pure - come nel caso in esame - chiedi l'adempimento; che, inoltre, tale soluzione permette di conservare integra la posizione sostanziale e processuale del contraente in bonis, che diversamente verrebbe a subire l'inefficacia della clausola arbitrale per il solo fatto che sia intervenuto in fallimento dell'altra parte, nonostante il curatore abbia optato per la prosecuzione dell'efficacia del contratto tra questi ed il fallimento, tanto da chiederne l'esecuzione - come, appunto, nel caso in esame; e che, in conclusione, si ritiene di dover aderire all'opinione autorevolmente sostenuta in dottrina secondo cui alla scelta del curatore di mantenere il contratto è inscindibilmente legata l'affermazione che lo stesso è vincolato all'opzione per tutela

Come lo scioglimento del contratto “principale” scioglie anche la clausola compromissoria, allo stesso modo il subentro nello stesso comporta il subentro anche nella clausola compromissoria.

Passiamo, quindi, al caso del subentro nel contratto oggetto di compromesso.

La dottrina si divide tra coloro che ritengono applicabile l’art. 72 l.fall. (sospensione e scelta del curatore se subentrare anche nel compromesso)¹⁸⁵ e coloro che ritengono il compromesso comunque opponibile al curatore¹⁸⁶.

Rispetto a quello che era il dibattito precedente, ancora attuale e da richiamare, occorre tener presenti due novità: l’art. 72 l.fall. che regola i rapporti pendenti non espressamente disciplinati¹⁸⁷ e l’art. 83 bis l.fall.

Perché si applichi l’art. 72 l.fall. occorre, in primo luogo, qualificare il compromesso come un contratto pendente alla data della dichiarazione di fallimento. Devo confessare che sono piuttosto scettica sul punto.

Non c’è dubbio che entrambe le parti, fallito e terzo *in bonis*, al momento della dichiarazione di fallimento, si trovino vincolate alla scelta arbitrale in merito alla lite oggetto di compromesso, ma è vero anche che la convenzione non obbliga le parti a iniziare la

arbitrale effettuata dal compromittente fallito”. In dottrina, FRANCESCA VESSIA, già cit., p. 786; MARGHERITA LAZZARA, già cit., p. 367; ANTONIO RUOTOLO, già cit., p.170; FRANCESCA M. MAMMONE, *Gli effetti del fallimento sui procedimenti arbitrali in corso*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di SALVATORE SANZO, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 353, in particolare p. 362; LUCA RESTAINO, commento art. 83 bis, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, a cura di ALESSANDRO NIGRO, MICHELE SANDULLI, VITTORIO SANTORO, Giappichelli, Torino, 2010; ELENA FRASCAROLI SANTI, già cit., p.377.

¹⁸⁵ Così ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt. 806-840*, già cit., p.117.

¹⁸⁶ Così GIOVANNI CABRAS, già cit., p.1522.

¹⁸⁷ Anche se il legislatore, in questa norma, ha accolto il principio generale precedentemente ricavato dalla migliore dottrina, quindi non esistono novità al riguardo, la formulazione della norma può rivelarsi preziosa per comprendere quale sia l’ambito di applicazione della stessa.

lite. Il compromesso, al momento del fallimento, ha già esaurito tutti i propri effetti.

Concordo con quella dottrina¹⁸⁸ che individua la *ratio* della regola generale di cui all'art. 72 l.fall. nella situazione di stallo che si viene a determinare, per effetto del fallimento, in caso di contratto “*ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti*”.

Il curatore, visto il principio di sinallagmaticità, non può pretendere che il contraente *in bonis* esegua la propria prestazione senza ricevere la controprestazione che gli spetta; al contempo, il contraente *in bonis*, se ed in quanto la sua pretesa sia soggetta a regolazione concorsuale, non può costringere il curatore ad eseguire la prestazione a carico del fallito. Data la presenza di reciproche pretese, attive e passive, tra loro connesse e inscindibili, si impone una scelta tra subentro o scioglimento dal rapporto nel suo complesso.

Nel caso del compromesso abbiamo sicuramente un rapporto ad un tempo attivo e passivo, ma non c'è nessuna prestazione ancora da eseguire.

Il compromesso incide sulla disciplina processuale del rapporto allo stesso modo in cui, ad esempio, una convenzione in materia di disciplina applicabile al merito della controversia può incidere sulla disciplina sostanziale dello stesso. In entrambi i casi gli effetti si sono già prodotti per effetto dello scambio di consensi tra le parti.

È lo stesso art. 72 l.fall. a richiedere che il contratto sia *ineseguito o non ancora compiutamente eseguito*. A mio parere, questo requisito, in assenza di obbligazioni ancora da adempiere, viene completamente a mancare impedendo l'operatività dell'art. 72 l.fall¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Così LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 123 e ss.

¹⁸⁹ Così MARCO FARINA, già cit., p.637; e, prima della riforma SIMONETTA VINCRE,

In secondo luogo, non si può trascurare che l'art. 83 bis l.fall. supporta la tesi dell'accessorietà.

Per quanto si tratti di una norma espressamente dedicata solo alla clausola compromissoria, non vedo perché disciplinare in modo diverso il compromesso.

Così come il compromesso non può sopravvivere allo scioglimento del contratto a cui si riferisce, allo stesso modo, se il contratto "principale" è opponibile al curatore, lo stesso dovrà valere anche per il compromesso¹⁹⁰.

Resta da vedere cosa succede in caso di fallimento, da un lato, alle convenzioni di arbitrato in materia non contrattuale, dall'altro, alle convenzioni arbitrali che si riferiscono a contratti non più pendenti.

In entrambi i casi siamo fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 83 bis l.fall. Il dubbio è se applicare o no, a queste convenzioni d'arbitrato, l'art. 72 l.fall¹⁹¹.

Coerentemente con quanto da me già sostenuto, se anche queste convenzioni arbitrali non fossero da considerare accessorie al rapporto a cui si riferiscono, se anche, in altre parole, fossero suscettibili di autonoma considerazione (come risulta, del resto, dalla disciplina dell'arbitrato¹⁹²), non ritengo comunque che le convenzioni arbitrali rientrino nella nozione di "contratti pendenti".

Ne consegue che le convenzioni saranno sempre opponibili

Arbitrato rituale e fallimento, già cit., p. 80; in senso contrario vedi ENZO CAPACCIOLI, già cit., p.546 e ss; e ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 24; entrambi a favore dell'applicazione della disciplina generale sui rapporti pendenti, oggi prevista all'art.72 l.fall.

¹⁹⁰ Così GUIDO CANALE, commento art. 83 bis, *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al D.L. 35, 2005 e al D. lgs. 5, 2006)*, a cura di ALBERTO JORIO, MASSIMO FABIANI, Zanichelli, Bologna, 2006/2007, p. 1335 e ss.

¹⁹¹ Nel senso dell'applicazione dell'art. 72 l.fall. FRANCESCA VESSIA, già cit., p. 788 e ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, già cit., p.117.

¹⁹² Così, art. 808 c.p.c. (Clausola compromissoria) "*La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo al contratto al quale si riferisce (...)*".

al curatore¹⁹³.

Per concludere, vorrei soffermarmi un attimo sulle convenzioni arbitrali aventi per oggetto liti derivanti da contratti già eseguiti, in tutto o in parte, alla data del fallimento.

Parte della dottrina, non essendo possibile considerare il contratto “principale” ancora pendente, ha concluso che in questo caso la connessa convenzione arbitrale vada considerata inefficace.

Richiamo sul punto l’ottima replica di Giovanni Cabras¹⁹⁴: *“l’inefficacia disposta dalla novella per la convenzione arbitrale non dipende dalla mancata prosecuzione di un determinato rapporto giuridico in pendenza del fallimento, ma dallo scioglimento (automatico o per opzione del curatore) da tale rapporto (...). Laddove simile valutazione negativa non sia espressa, come avviene nei rapporti giuridici proseguiti ed anche in quelli già esauriti, la convenzione arbitrale (sia la clausola compromissoria, sia il compromesso) mantiene efficacia ...”*¹⁹⁵.

Revocabilità delle convenzioni arbitrali stipulate dal fallito prima della dichiarazione di fallimento - Chiudo questa parte con un ultimo quesito; le convenzioni arbitrali in quanto tali sono o non sono soggette ad azione revocatoria?

¹⁹³ Così MARCO FARINA, già cit., p. 636/637.

¹⁹⁴ GIOVANNI CABRAS, già cit., p.1523.

¹⁹⁵ Prima della riforma, vedi sul punto GIUSEPPE BOZZA, già cit., p. 484, *“Qui al contratto «contenente» non è più applicabile la normativa sui contratti pendenti, sicché lo stesso è vincolante per il curatore e, con esso, la clausola compromissoria che ne fa parte”*; e contra nel senso dell’inefficacia della convenzione arbitrale CESARE PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 1999, II, p. 980, in particolare p. 982 e ANNA LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, già cit., p. 711, *“L’amministrazione fallimentare può dunque esercitare ex art. 42 l.fall. i diritti di credito, in cui si risolvono i precedenti rapporti, sia pur esauriti, ma è di tutta evidenza che il curatore, non subentrando nel rapporto in sé e per sé bensì nella semplice pretesa creditoria, non potrà succedere neanche nella clausola compromissoria ...”*; richiamo, a questo proposito, quanto detto in precedenza a proposito della posizione di parte e non di terzo del curatore, non essendo successore del fallito, ma solo un soggetto che ha il potere di amministrare e disporre del suo patrimonio. Dopo la riforma vedi FRANCESCA M. MAMMONE, già cit., p. 362, *idem* alla soluzione della Lipponi (inefficacia); e SERGIO LA CHINA, già cit., p. 344 (opponibilità).

Ciò che resta da indagare, in altre parole, è se in caso di convenzioni arbitrali opponibili al fallimento il curatore possa chiedere la revoca di questi accordi in base alle norme che regolano gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori di cui agli art. 64 e ss. l.fall.

Mi limito a rilevare che non risultano opinioni a favore della revocabilità¹⁹⁶.

Esistono infatti diversi ostacoli al riconoscimento dell'autonoma revocabilità di questi accordi.

In primo luogo, a mio parere, deve ritenersi operante in via analogica, vista l'identità di *ratio*, il principio dettato dall'art. 83 bis l.fall.: la convenzione arbitrale segue le sorti del rapporto a cui si riferisce. Solo quest'ultimo potrà essere oggetto di un'azione revocatoria; se sarà revocato, verrà meno anche la convenzione arbitrale¹⁹⁷.

In secondo luogo, anche considerando la convenzione arbitrale separatamente dal rapporto a cui si riferisce, resta fermo che le convenzioni arbitrali, limitandosi a devolvere ad arbitri una o più controversie, non possono in alcun modo pregiudicare la soddisfazione dei creditori.

Non avendo carattere dispositivo, non incidono sul patrimonio del fallito.

L'unica ipotesi dubbia riguarda l'arbitrato di equità; anche in questo caso, comunque, ritengo vada negata la possibilità di ottenere la revoca della convenzione essendo, a mio parere, impossibile dimostrare che la stessa leda, in quanto tale, la *par condicio creditorum*¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Vedi, GIOVANNI CABRAS, già cit., p. 1524; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p.85; FRANCESCA VESSIA, già cit., p.803.

¹⁹⁷ Questo vale per ogni tipo di convenzione arbitrale, incluse quelle non in materia contrattuale, visto che l'azione revocatoria ha portata generale e non si riferisce solo ai rapporti contrattuali pendenti.

¹⁹⁸ A favore della revocabilità FRANCESCA VESSIA, già cit., p.803 e SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 91. *Contra*, GIOVANNI CABRAS, già

Effetti del sopravvenuto fallimento sul procedimento arbitrale pendente

La pendenza del procedimento arbitrale: premessa – Prima di procedere non posso non precisare a partire da quale momento il procedimento arbitrale si considera pendente.

In passato si riteneva che il procedimento arbitrale iniziasse con la costituzione del collegio arbitrale per effetto dell'accettazione degli arbitri. Oggi il procedimento arbitrale si considera in corso già a partire dalla notifica dell'atto "*con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara all'altra la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri*"; momento necessariamente precedente l'accettazione degli arbitri e la costituzione del collegio arbitrale¹⁹⁹.

In realtà, vista la libertà di forme che caratterizza l'arbitrato,

cit., p. 1524.

¹⁹⁹ Il legislatore (l. 5 gennaio 1994, n. 25) ha espressamente equiparato, quanto agli effetti, questo atto alla presentazione di una domanda giudiziale (artt. 2652, 2653, 2943, 2945c.c. e art. 669 *octies*, comma 5 c.p.c.), ma devo avvertire che questa disciplina non esaurisce la questione della determinazione del momento di inizio del procedimento. Oltre alle disposizioni appena richiamate, GIOVANNI VERDE, già cit., p. 99, mette in luce, infatti, che "*esistono più giorni e molti effetti diversi: l'810 comma 1, stabilisce che dal giorno della notificazione dell'atto di nomina del primo arbitro, l'altra parte ha venti giorni per nominare il proprio (...); secondo l'art. 820, se le parti non hanno disposto diversamente gli arbitri devono pronunciare il lodo nel termine di duecentoquaranta giorni dall'accettazione della nomina*". Dovendo scegliere un momento dal quale considerare pendente l'arbitrato (come sostiene anche la dottrina appena citata) è bene scegliere il momento in cui la parte ha manifestato l'intenzione di avviare l'arbitrato con la notifica dell'atto introduttivo. Vedi anche DOMENICO BORGHESI, commento agli artt. 1, 25, 26 l. 5 gennaio 1994, n. 25, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt. 806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 303 e ss., in particolare p. 312.

non esistono requisiti formali richiesti a pena di nullità. Non è indispensabile neppure la notifica di uno scritto.

Stando così le cose, vi è chi²⁰⁰ ritiene che “*il collegamento creato dalla legge tra la domanda di arbitrato formulata secondo le modalità dalla stessa previste e gli effetti che ne scaturiscono fa sì che se la prima non corrisponde allo schema predisposto dal legislatore non solo non si producono i secondi, ma la procedura arbitrale non può prendere l'avvio perché non si determina neppure la litispendenza*”.

Secondo una diversa dottrina²⁰¹, invece, il rispetto dei requisiti indicati è necessario solo al fine di produrre gli effetti della domanda giudiziale, mentre ai fini della pendenza del procedimento arbitrale è sufficiente che la parte manifesti la volontà di procedere all'arbitrato e eventualmente proceda alla nomina degli arbitri per quanto le spetta.

Preferisco aderire a quest'ultima posizione; occorrerà vedere caso per caso come è stato introdotto il procedimento arbitrale.

In ogni caso l'individuazione dell'esatto momento di inizio della pendenza del procedimento arbitrale ha una rilevanza inferiore rispetto al passato.

Visto il recente, tendenziale, rigetto della tesi dicotomica, dalla pendenza del procedimento arbitrale non dipende più l'opponibilità dell'arbitrato al fallimento.

Concludo anticipando che nelle prossime pagine parlerò: prima, degli effetti del fallimento sul contratto d'arbitrato fra le parti e gli arbitri; quindi, degli effetti che il fallimento in quanto tale produce sul procedimento arbitrale pendente; quindi, dei casi in cui il procedimento in corso diventa improcedibile; e infine della disciplina dei procedimenti in corso alla luce del regolamento (CE)

²⁰⁰ Vedi, DOMENICO BORGHESI, appena cit., p. 320, anche per maggiori riferimenti bibliografici.

²⁰¹ ACHILLE SALETTI, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, in *Riv. Arbitrato*, 2002, p. 665. In giurisprudenza, App. Messina, 12 febbraio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, p. 885.

n.1346 del 2000.

Gli effetti del fallimento sul contratto d'arbitrato - Per quanto la materia necessita di risposte certe e chiare, devo avvertire che la soluzione è dubbia.

Gli interpreti non concordano sulla natura del contratto d'arbitrato²⁰² e così non è chiaro a quale norma fare riferimento. La scelta è tra l'art. 72 l.fall. (disciplina generale) e l'art. 78 l.fall. (dedicato al mandato)²⁰³.

In giurisprudenza e in dottrina si è parlato molto spesso di rapporto di mandato, o meglio, di mandato collettivo o *in rem propriam*, al fine di desumere la disciplina applicabile alle convenzioni arbitrali dalla disciplina fallimentare del mandato.

²⁰² In passato si dubitò perfino che il rapporto parti/arbitri traesse origine da un contratto. Alcuni interpreti, ritenendolo simile al rapporto parti/giudici statali, gli attribuirono carattere pubblicistico e ritennero che l'investitura degli arbitri trovasse la propria fonte nella legge. Così ad es. ENZO CAPACCIOLI, già cit., p. 543 “Riteniamo che la nomina integri semplicemente una investitura della persona designata come arbitro, cioè che essa produca, come effetto proprio e tipico, la legittimazione dell'arbitro a svolgere la funzione di giudice arbitrale; quanto dire, che la nomina integri il presupposto soggettivo cui la legge ricollega il potere di un privato di emettere il lodo (...). Dal punto di vista del rapporto arbitri-parti, questo si pone, a nostro avviso, solo sul piano processuale, in termini sostanzialmente corrispondenti a quelli del rapporto giudice ufficiale-parti”. Tesi oggi respinta in quanto si ritiene che, pur traendo origine da un atto di autonomia privata delle parti, il potere/dovere degli arbitri di pronunciare un lodo in grado di produrre gli effetti di una sentenza deriva direttamente dalla legge. Insomma non c'è incompatibilità tra l'origine negoziale del rapporto e il tipo di attività (giurisdizionale) svolta dagli arbitri. Vedi SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 93 e ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 73. Tuttavia, anche se si concorda su questo primo punto, esistono diverse incertezze in ordine all'ulteriore qualificazione del contratto, almeno se si sceglie di ricostruire lo stesso alla luce delle figure contrattuali tipiche previste nel codice civile: per alcuni si tratterebbe di mandato; per altri si tratterebbe di un contratto d'opera intellettuale; e per altri ancora sarebbe addirittura un contratto misto (mandato e contratto d'opera). Infine abbiamo la prevalente dottrina che preferisce evitare il riferimento ad altre figure contrattuali considerando il contratto d'arbitrato un contratto a sé stante. Per approfondire vedi CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, sub commento all'art. 813 c.p.c., in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 247; GIOVANNI VERDE, già cit., p.76; e con riguardo, in particolare, al fallimento, SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 92 e ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 71.

²⁰³ *Contra*, ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 71e ss., il quale, ironicamente, parla dell'art.78 l.fall. come di un “fantasma” che appare e scompare.

A questo proposito, devo avvertire che coloro che prima della riforma consideravano il contratto d'arbitrato un contratto di mandato, normalmente, negavano che lo stesso si sciogliesse invocando l'art.1723 comma 2 c.c dedicato al mandato “*conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi*”²⁰⁴.

Il legislatore si è spinto oltre. L'art. 78 l.fall., a seguito della riforma fallimentare del 2006, non prevede più lo scioglimento automatico in caso di fallimento del mandante; lo scioglimento opera solo se a fallire è il mandatario.

Quindi, anche qualificando il contratto come mandato, la domanda inizialmente posta non trova ancora risposta, bisognerà comunque capire quale norma applicare in caso di fallimento del mandante, se la regola generale di cui all'art. 72 l.fall. (sospensione in attesa della scelta del curatore tra subentro o scioglimento) o l'art.1723 comma 2 c.c. (il fallimento subentra nel contratto)²⁰⁵?

Ho già detto che le convenzioni arbitrali non hanno nulla a che vedere con il mandato; ciò che ora intendo aggiungere è che, a mio parere, lo stesso contratto d'arbitrato non è qualificabile come un mandato, seppur collettivo o *in rem propriam*.

²⁰⁴ Art. 1723 comma 2 c.c. “*Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa di revoca; non si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante*”.

²⁰⁵ Così, di recente, MASSIMO MACCHIA, già cit.; FRANCESCA M. MAMMONE, già cit., p.363; e prima ancora, SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 94. Segnalo, tuttavia, in ordine all'applicabilità dell'art. 1723 comma 2 c.c., un interessante questione sollevata da LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p.138/139, n. 21, “*sostituito lo scioglimento ex lege del mandato per fallimento del mandante con la facoltà di subentro del curatore non cambiano i termini del problema, dovendocisi chiedere se il mandato in rem propriam in caso di fallimento del mandante prosegua senza necessità della manifestazione da parte del curatore della volontà di subentrare*”. Il punto è questo; essendoci una norma generale applicabile ai contratti pendenti perché applicare al mandato *in rem propriam* l'art.1723 comma 2 c.c. e non l'art. 72 l.fall? A mio parere, anche se il contratto d'arbitrato fosse un mandato, l'applicazione dell'art. 1723 comma 2 c.c. sarebbe ugualmente da escludere. La norma applicabile, limitandosi l'art. 78 a prevedere lo scioglimento in caso di fallimento del mandatario, dovrebbe essere comunque l'art. 72 l.fall. in quanto il legislatore nulla dice sulla sorte del mandato in caso di fallimento del mandante. Così anche ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 81.

Vista la peculiarità dell'incarico (decidere in maniera imparziale una lite), concordo con la dottrina che considera il contratto d'arbitrato un contratto a sé la cui disciplina va desunta dalle norme del codice di procedura civile, nonché, se necessario per colmare eventuali lacune, ma solo in via analogica, dalla disciplina del mandato e del contratto d'opera²⁰⁶.

Se le cose stanno così, mancando una disciplina specifica per il caso di pendenza di questo contratto al momento del fallimento, si applicherà la norma generale di cui all'art.72 l.fall.

Insomma, il fallimento di una delle parti, se gli arbitri hanno già accettato l'incarico ma non è stato ancora pronunciato il lodo, comporta la sospensione del contratto d'arbitrato.

Si tratta di una soluzione non priva di inconvenienti.

Questo significa che il curatore, indipendentemente dallo stato in cui si trova il procedimento, sciogliendosi dal contratto di arbitrato, può fare in modo che cambino gli arbitri incaricati di decidere la controversia.

Non può però impedire, così, lo svolgersi del procedimento arbitrale.

Si dovrà, infatti, procedere alla nomina di altri arbitri ai sensi dell'art. 811 c.p.c.²⁰⁷.

In base all'art. 820 comma 4 c.p.c. *“se le parti non hanno disposto diversamente, il termine (per la pronuncia del lodo) è prorogato di centottanta giorni (...) se è modificata la*

²⁰⁶ Così GIOVANNI VERDE, già cit., p. 76; CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, già cit., p. 248/249; e con riguardo alla materia fallimentare, ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 76; e FILIPPO GHIGNONE, già cit., p. 319.

²⁰⁷ Art. 811 c.p.c. *“Quando per qualsiasi motivo vengono a mancare tutti o alcuni degli arbitri nominati, si provvede alla loro sostituzione secondo quanto è stabilito per la loro nomina nella convenzione d'arbitrato. Se la parte a cui spetta o il terzo non vi provvede, o se la convenzione d'arbitrato nulla dispone al riguardo, si applicano le disposizioni dell'articolo precedente”*. L'articolo precedente, l'art. 810 c.p.c. (Nomina degli arbitri) in caso di difficoltà nella nomina degli arbitri, prevede che la nomina, ad istanza di una delle parti, sia effettuata dal Presidente del Tribunale individuato in base ai criteri di competenza indicati nell'articolo stesso. Per approfondimento rinvio a CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, già cit., p. 229 e ss.

composizione del collegio arbitrale o è sostituito l'arbitro unico”.

Da questa norma si desume che la sostituzione degli arbitri non fa venir meno l'unitarietà della procedura. Tutti gli atti già svolti restano validi; saranno i nuovi arbitri a decidere se e quali atti sia bene rinnovare.

Per concludere sul punto, mi limito a rilevare che visti gli effetti, è opportuno che il curatore e il comitato dei creditori (al quale spetta autorizzare il subentro nei contratti ai sensi dell'art.72 l.fall.) valutino con responsabilità se sia o meno opportuno lo scioglimento dal contratto di arbitrato.

Gli effetti del fallimento sul procedimento arbitrale in corso - Richiamando quanto sostenuto in precedenza, il fallimento, in quanto tale, non comporta l'inefficacia delle convenzioni arbitrali; inefficacia che, a sua volta, impedirebbe al processo arbitrale di concludersi con un lodo di merito.

Ciò detto, occorre ora capire cosa succeda al procedimento arbitrale in caso di opponibilità delle convenzioni arbitrali al fallimento.

Al riguardo posso fin d'ora anticipare che la regola non è quella dell'improcedibilità; al contrario, pur esistendo delle eccezioni, il processo arbitrale, così come il processo ordinario, può proseguire.

Devo segnalare, però, che esiste una significativa differenza tra i due. Mentre nel processo ordinario la dichiarazione di fallimento determina l'interruzione del procedimento in modo da consentire la riassunzione dello stesso nei confronti del curatore (art. 43 comma 3 l.fall.²⁰⁸); nel caso dell'arbitrato si tende a negare che questo avvenga²⁰⁹.

²⁰⁸ Art. 43 comma 3 l.fall. “L'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo”.

²⁰⁹ Di diversa opinione FRANCESCO DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di FERRUCCIO

Il fallito, per effetto del fallimento, perde, con riguardo ai rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, la legittimazione a stare in giudizio; legittimazione che, da quel momento, spetta esclusivamente al curatore²¹⁰. Questo vale sia per l'arbitrato, sia per il processo ordinario; ciò che cambia è il meccanismo che consente la prosecuzione del procedimento.

La disciplina generale dell'arbitrato non prevede nessuna causa di interruzione, esistono solo dei casi in cui è possibile la sospensione.

L'articolo di riferimento, nel caso di specie, è l'art. 816 sexies c.p.c. (Morte, estinzione o perdita di capacità della parte) il quale recita: *“Se la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure*

AULETTA, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 357, in particolare p. 361/362; e, soprattutto, ANGELO CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di FERRUCCIO AULETTA, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 169, il quale ritiene che l'art. 43 comma 3 l.fall. (analogamente agli altri due commi dello stesso articolo) trovi applicazione anche in caso di arbitrato. Le ragioni sono: 1) non c'è motivo per cui il procedimento ordinario si debba interrompere, mentre il procedimento arbitrale possa proseguire; 2) mancano disposizioni esplicite in materia e l'art. 816 sexies c.p.c. non contempla esplicitamente il caso di sopravvenuto fallimento quindi è dubbia la sua applicazione; 3) anche ammettendo l'astratta applicabilità dell'art.816 sexies c.p.c., tra questa norma e l'art. 43 comma 3 l.fall., (trattandosi, in quest'ultimo caso, della disciplina specifica per il caso di procedimento pendente al momento del fallimento) esiste *“un rapporto di genere a specie, che determina l'applicazione della seconda, e la disapplicazione della prima”*. Lo stesso Castagnola, peraltro, ammette che l'applicazione di quelle norme, in caso di arbitrato, comporta diversi problemi. In effetti, è proprio per questo che l'istituto dell'interruzione, a parere (condivisibile) della maggioranza degli interpreti, non è compatibile con le caratteristiche del procedimento arbitrale. Gli artt. 299 e ss. c.p.c. sono modellati sulla disciplina del processo davanti a giudici ordinari e poco si adattano ad un procedimento caratterizzato, per dirne una, da libertà delle forme come quello arbitrale. Lo stesso legislatore, nei casi in cui è prevista l'interruzione del procedimento ordinario, ha dettato all'art. 816 sexies c.p.c. una disciplina specifica per l'eventualità che gli stessi eventi si verificano in pendenza di un giudizio arbitrale; il che mi porta a ribaltare il terzo argomento proposto da Castagnola nel suo opposto. Se durante un procedimento arbitrale si verificano eventi che il un ordinario giudizio determinerebbero l'interruzione dello stesso allora la disciplina speciale è quella prevista dall'art. 816 sexies, non quella degli artt. 299 e ss. c.p.c.

²¹⁰ L'art. 43 comma 2 l.fall. prevede delle eccezioni: *“Il fallito può intervenire nel giudizio solo per le questioni dalle quali può dipendere un imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto per legge”*.

idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio. Essi possono sospendere il procedimento. Se nessuna delle parti ottempera alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio, gli arbitri possono rinunciare all'incarico"²¹¹.

Sebbene non espressamente prevista, la perdita della legittimazione processuale da parte del fallito può essere assimilata alle ipotesi lì indicate così da consentire un'applicazione analogica di questa disciplina²¹².

In ordine a quali siano le misure idonee ad assicurare il contraddittorio esiste una certa incertezza.

Ragionando in termini generali, è fondamentale ricostituire il contraddittorio nei confronti del curatore²¹³. In mancanza, il lodo non potrà essere opposto alla curatela²¹⁴.

²¹¹ Vedi, GIAN FRANCO RICCI, già cit., p. 458.

²¹² Così, ALESSANDRO BOSSI, *Rapporti tra arbitrato e fallimento dopo le riforme*, consultabile al sito www.latribuna.corriere.it; ELENA FRASCAROLI SANTI, *Controversie relative a procedure concorsuali*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di MAURO RUBINO SAMMARTANO, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 185, in particolare p. 186; FRANCESCA M. MAMMONE, già cit., p. 358; FRANCESCO DE SANTIS, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di ANTONIO DIDONE, Utet, Torino, 2009, p. 522; LUCA RESTAINO, commento art. 83 bis, già cit., p. 1143; CESARE CAVALLINI, *L'arbitrato rituale: clausola compromissoria e processo arbitrale*, Egea, Milano, 2009, p. 93; GUIDO CANALE, commento art. 83 bis, già cit., p.1347; GIOVANNI CABRAS, già cit., p. 1528/1529 e GIOVANNI VERDE, già cit., p.124. Prima della riforma dell'arbitrato del 2006, nel senso dell'applicazione del vecchio art. 820 comma 3 c.p.c. dedicato al caso di morte di una delle parti (prevedeva che il termine per il deposito del lodo fosse prorogato di 30 giorni) GIUSEPPE BOZZA, già cit., p.489; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 98; ALESSANDRO FUSILLO, già cit., p.328; ANTONIO CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 101, in particolare p. 106; PIETRO RUGGIERI, già cit., p.686; FRANCESCO TEDIOLI, già cit., p.528; ILARIA DELLA VEDOVA, nota senza titolo a Cass., 4 settembre 2004, n.17891, in *La nuova giurisprudenza civ. commentata*, 2005, parte prima, tomo II, p. 868, in particolare, p. 872; FILIPPO GHIGNONE, già cit., p. 320.

²¹³ Art. 816 bis (Svolgimento del procedimento) c.p.c. "... Essi (gli arbitri) debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa (...)".

²¹⁴ Così GIOVANNI VERDE, già cit., p.124, il quale rileva che "Qualora la curatela non fosse avvertita, è dubbio se si applichi l'art. 829, comma 1,n.9, c.p.c., che porrebbe a carico del curatore l'onere dell'impugnativa. A nostro avviso, in questo caso siamo fuori dall'ipotesi regolata dalla norma citata, che riguarda violazioni del diritto di difesa verificatesi

A questo fine gli arbitri dovranno, in primo luogo, fissare un termine entro il quale notificare al curatore gli atti del procedimento, fissando, nel contempo, un'udienza per la prosecuzione del giudizio.

Vista la tendenziale improcedibilità delle domande nei confronti della parte fallita, sarà normalmente il fallito a provvedervi non avendo, normalmente, la controparte, interesse alla prosecuzione del arbitrato.

Se la notifica sarà compiuta tempestivamente il procedimento potrà proseguire e il lodo sarà opponibile anche alla curatela²¹⁵; in caso contrario, gli arbitri potranno rinunciare

all'interno del procedimento e nei confronti di chi comunque è stato posto in condizione di difendersi. Di conseguenza l'inopponibilità del lodo potrebbe esser fatta valere in via di azione o di eccezione". Così, Cass., 28 maggio 2003, n. 8545, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 401; e in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2004, p. 739, n. MONTANARI, "Legittimato a proporre l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale è soltanto colui il quale sia stato formalmente parte del giudizio arbitrale in cui è stato pronunciato il lodo da impugnare e non colui che a tale giudizio sia rimasto estraneo, anche se sia l'effettivo titolare del rapporto sostanziale oggetto della controversia decisa dagli arbitri, trattandosi, rispetto al lodo, pur sempre di un terzo il quale può far valere il suo diritto con l'opposizione di cui all'art. 404, 1° comma, c.p.c. (richiamato dall'art. 831 stesso codice), a nulla rilevando che il lodo contenga un'espressa pronuncia anche nei confronti di detto terzo". Segnalo, tuttavia, che questa pronuncia riguarda una diversa fattispecie. Il difensore nel procedimento arbitrale della società fallita comunicò che gli organi della procedura fallimentare erano dell'avviso che l'arbitrato dovesse essere interrotto in ragione dello scioglimento dal contratto. Il collegio, ritenendo che la dichiarazione di perdita della capacità della parte dovesse essere fatta in udienza, ne fissò appositamente una, alla quale nessuna delle parti si presentò, mentre il difensore della società inviò una seconda lettera, con la quale comunicava di aver conferito con il giudice delegato al fallimento in ordine ai problemi relativi all'interruzione del procedimento. Il curatore del fallimento inviò, a sua volta, una lettera al comune di Marsala, comunicando che la curatela si riteneva automaticamente sciolta, ai sensi dell'art. 81 legge fall., dal contratto di appalto e che la dichiarazione di fallimento "opera la caducazione anche dell'eventuale clausola arbitrale ai sensi dell'art. 24 l.f. che riserva la competenza processuale al Tribunale Fallimentare". In pratica, la terzietà della curatela è legata al mancato subentro nel contratto e nella relativa clausola compromissoria. Se invece il curatore fosse subentrato nel contratto e se fosse stato informato del procedimento, il lodo sarebbe stato a lui opponibile anche se non si fosse costituito.

²¹⁵ Vedi, ancora, GIAN FRANCO RICCI, già cit., p. 462. Vedi anche Cass. 26 ottobre 2004, n. 17003, in *Rep. foro it.*, 2004, Arbitrato [0480], n. 194, "In tema di procedimento arbitrale, la dichiarazione di nullità per violazione del principio del contraddittorio - ai sensi dell'art. 829, 1° comma, c.p.c. - del lodo pronunciato nei confronti del fallimento di una delle parti dichiarato nel corso del procedimento arbitrale, non può basarsi sulla esclusione della qualità di parte del procedimento stesso in capo al curatore fallimentare, ma, anzi,

all'incarico²¹⁶.

Esiste, però, un altro aspetto che occorre considerare. La necessità per gli arbitri di assicurare la regolarità, l'efficacia e l'utilità della pronuncia che sono chiamati ad emettere.

Gli arbitri dovrebbero evitare l'ulteriore svolgersi del procedimento se lo stesso può diventare improcedibile. In questa prospettiva è, a mio parere, opportuna la temporanea sospensione del procedimento.

Quest'ultima si spiega, in primo luogo, in ragione del fatto che lo scioglimento del contratto rende improcedibile l'arbitrato in corso.

A volte, eccezionalmente, la legge prevede lo scioglimento automatico del contratto; in questo caso il procedimento, per effetto del fallimento, diventa immediatamente improcedibile.

La regola, però, in assenza di diverse disposizioni, è quella della sospensione del rapporto in attesa della scelta del curatore tra subentro (previa autorizzazione del comitato dei creditori) o scioglimento (art.72 comma 1 fall.).

In caso di ritardo la decisione può essere sollecitata dalla controparte rivolgendosi al giudice delegato affinché metta in mora il curatore assegnandogli un termine (non superiore a 60 giorni) decorso il quale il contratto si intende sciolto (art.72 comma 2 fall.).

Per effetto di questa disciplina, normalmente, a partire dalla

presuppone la sussistenza di tale qualità; la quale, a sua volta, non può essere esclusa in base alla mera constatazione della mancata costituzione del curatore nel procedimento arbitrale in corso, o della mancata autorizzazione del giudice delegato a costituirsi, che attengono non all'attribuzione della qualità di parte alla curatela - derivante, invece, dalla soluzione che si dia al quesito relativo alla sorte del rapporto arbitrale a seguito della dichiarazione del fallimento - bensì al concreto esercizio, nel procedimento pendente, delle facoltà spettanti alla parte; con la conseguenza che, in presenza di impugnazione del lodo fondata anche sulla sopravvenuta estinzione del rapporto arbitrale a seguito della dichiarazione del fallimento, il giudice deve pronunciarsi su tale motivo con precedenza rispetto alla questione della violazione del contraddittorio nei confronti del curatore”.

²¹⁶ Vedi, nuovamente, GIAN FRANCO RICCI, già cit., p. 461.

dichiarazione di fallimento, si apre un periodo di tempo durante il quale, non essendo possibile sapere quale sarà la sorte del procedimento in corso, è opportuno che lo stesso resti quiescente in attesa della decisione del curatore²¹⁷.

La questione, tuttavia, si complica ulteriormente se si ritiene, come mi pare più corretto, che il contratto d'arbitrato tra le parti e gli arbitri, ancora pendente, resti assoggettato alla disciplina generale di cui all'art.72 comma 1 l.fall.

Se le cose stanno così, il rapporto con gli arbitri, a seguito del fallimento di una delle parti, resterebbe sospeso in attesa della scelta del curatore se subentrare o meno nello stesso. Ne consegue che fino alla scelta del curatore gli arbitri non possono essere certi neppure della prosecuzione del loro incarico.

In caso di ritardo del curatore in questa scelta, a mio parere, sia gli arbitri, sia la controparte, potranno chiedere al giudice delegato di mettere in mora il curatore; nel frattempo (anche quando il curatore non può sciogliersi dal contratto al quale si riferisce la convenzione arbitrale) direi che la sospensione del procedimento è inevitabile²¹⁸.

I casi di improcedibilità del procedimento arbitrale in corso -

Il processo arbitrale non può essere proseguito e gli arbitri dovranno limitarsi ad emettere un lodo di rito in due casi: quando il contratto al quale si riferisce la convenzione arbitrale (clausola compromissoria o compromesso) viene sciolto, automaticamente o per scelta del curatore, a norma delle disposizioni sugli effetti del fallimento sui contratti pendenti (art.83 bis l.fall.); e quando, pur essendo la convenzione arbitrale opponibile al fallimento, la lite

²¹⁷ Così ALESSANDRO BOSSI, *Rapporti tra arbitrato e fallimento dopo le riforme*, consultabile al sito www.latribuna.corriere.it.

²¹⁸ A questo proposito, in base all'art. 820 c.p.c., ultimo comma, ultima parte, “*Il termine per la pronuncia del lodo è sospeso durante la sospensione del procedimento, il termine residuo, se inferiore, è esteso a novanta giorni*”.

abbia ad oggetto pretese verso l'amministrazione fallimentare, da far valere, dopo il fallimento, nelle forme dell'accertamento di stato passivo.

Iniziando con la prima delle due ipotesi, data l'esistenza di una esplicita previsione in questo senso (art. 83 bis l.fall.) non esistono dubbi riguardo l'improcedibilità.

Si è discusso, piuttosto, se la norma sia applicabile esclusivamente all'arbitrato introdotto sulla base di una clausola compromissoria o se lo stesso valga anche in caso di compromesso.

Mi limito a ribadire quanto ho già sostenuto in precedenza; non vedo perché limitare lo scioglimento solo alla prima ipotesi. Se la *ratio* della norma è “*evitare che il giudizio arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento e che era destinato a risolvere*”, allora lo stesso deve valere anche in caso di compromesso²¹⁹.

Non solo. A mio parere, lo stesso, sempre in via analogica, dovrebbe valere ogni volta che il fallimento determina il venir meno del rapporto sottostante la convenzione arbitrale, come ad es. se un contratto eseguito prima del fallimento viene revocato.

Una dottrina²²⁰ ha individuato un altro aspetto che può dar adito a dubbi. Cosa succede se il contratto da cui il curatore si è sciolto è un contratto di durata o ad esecuzione continuata?

In questo caso lo scioglimento non opera retroattivamente, opera solo a partire dalla dichiarazione di fallimento²²¹. Stando così le cose, è possibile ritenere che, nonostante lo scioglimento del contratto, la convenzione arbitrale possa, nella misura in cui le domande si riferiscono al periodo di vigenza del contratto, vincolare il curatore.

Come ha evidenziato anche la suddetta dottrina, la situazione

²¹⁹ Così anche la dottrina maggioritaria.

²²⁰ MARCO FARINA, già cit., p. 634.

²²¹ Così, LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 147.

è simile a quella che si presenta quando la convenzione arbitrale si riferisce ad un contratto dal quale non è più possibile sciogliersi perché eseguito in tutto o in parte al momento del fallimento; in entrambi i casi ritengo che la convenzione arbitrale sia opponibile al curatore²²².

Arriviamo così alla seconda ipotesi di improcedibilità.

Mi limiterò ad alcune brevi considerazioni avendo già trattato in precedenza i limiti alla compromettibilità delle liti fallimentari²²³.

Significativo sul punto l'art. 72 comma 4 l.fall. "... *Se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma di denaro o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al capo V (accertamento di stato passivo)*"²²⁴.

Per quanto la norma riguardi solo l'azione di risoluzione si deve ritenere che lo stesso valga ogni volta che la pretesa verso il fallito implichi l'accoglimento di un'impugnativa negoziale²²⁵.

L'improcedibilità riguarda solo le domande nei confronti della parte fallita; le domande nei confronti del soggetto *in bonis*, se la convenzione arbitrale è opponibile al curatore, nonostante il fallimento della controparte, potranno essere decise in sede

²²² In questo senso, MARCO FARINA, già cit., p. 634; ALESSANDRO FUSILLO, *Processo arbitrale e fallimento sopravvenuto*, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 327; e in giurisprudenza Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, già cit.; *contra* SIMONETTA VINCRE, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2004, p. 523, la quale fonda la propria critica 1) sul fatto che nel patrimonio del fallito resta solo il credito e la giurisprudenza in caso di cessione di crediti tende a negare l'opponibilità al cessionario della convenzione arbitrale e 2) sul fatto che la pretesa del curatore è sempre diversa dalla pretesa che avrebbe potuto far valere il fallito in quanto la curatela non fa valere il diritto del fallito ma la propria pretesa espropriativa. Richiamo sul punto quanto detto a proposito della posizione del curatore di parte, e non di terzo, in quanto il curatore si limita ad amministrare e disporre di un patrimonio altrui senza succedere al fallito nei suoi diritti; insomma, il curatore agisce, a mio parere, in qualità di sostituto processuale del fallito.

²²³ Vedi parte prima di questo scritto.

²²⁴ Vedi ancora parte prima di questo scritto.

²²⁵ Così, LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 96.

arbitrale²²⁶.

La questione più discussa è se sia possibile, qualora la controparte intenda ottenere un lodo da far valere nei confronti del fallito una volta tornato *in bonis*, la prosecuzione del giudizio solo

²²⁶ A costo di ripetermi, se la controparte si limita ad eccepire l'esistenza di un proprio diritto al solo fine di veder rigettata la domanda del fallito l'improcedibilità non sussiste. Così, Arb. Firenze, 6 novembre 2007, già cit. "*In caso di fallimento dell'appaltatore, le domande della curatela sono ammissibili e devono restare davanti al collegio arbitrale, mentre la domanda riconvenzionale del committente è inammissibile. In caso di fallimento dell'appaltatore, è ammissibile l'eccezione riconvenzionale di compensazione svolta dal committente nel giudizio arbitrale, in quanto tale eccezione può essere validamente proposta in tale giudizio promosso dalla curatela, non essendo soggetta alla procedura di accertamento del passivo in sede concorsuale; pertanto, il presunto creditore del fallimento non vede pregiudicato o eluso il proprio diritto, perché può paralizzare la domanda della curatela in via di eccezione, salva restando la necessità di adire la sede fallimentare per l'eventuale eccedenza del credito*". Sul punto vedi n.151/152 di questo scritto. In passato (così, VITTORIO COLESANTI, già cit., p. 171; *contra* FABRIZIO RAVIDA', *Il procedimento arbitrale e la procedura fallimentare: la difficile ricerca degli strumenti di coordinamento*, in *Temi romana*, 2000, II, p. 699), principalmente a proposito della domanda riconvenzionale del soggetto *in bonis* derivante dal medesimo rapporto oggetto della domanda principale del fallito, si sostenne che l'esigenza di assicurare l'unitarietà della trattazione impone la devoluzione dell'intera controversia alla sede fallimentare con la conseguenza che gli arbitri avrebbero dovuto pronunciare l'improcedibilità anche delle domande del fallito. Sul punto, in generale, LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 98. Contro una simile posizione mi pare inevitabile osservare che l'unitarietà della cognizione è in ogni caso da escludere. In sede di accertamento del passivo non possono essere fatte valere domande nei confronti della parte *in bonis*, né tantomeno simili domande, in quanto preesistenti, possono rientrare tra quelle derivanti dal fallimento ai sensi dell'art. 24 l.fall. In sede di verifica del passivo le domande del fallito potranno essere conosciute solo in via incidentale essendo il loro accertamento estraneo alle finalità di questo procedimento. Così Cass., 23 aprile 2003, n. 6475, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1158, "*Nel caso in cui, nel giudizio promosso dal curatore del fallimento per il recupero di un credito del fallito, il convenuto, invocando opposte ragioni di credito, proponga domanda riconvenzionale, diretta ad ottenere una pronuncia di accertamento di una pretesa obbligatoria da far valere nel concorso collettivo, la seconda pretesa non è, inscindibilmente con la prima, devoluta alla cognizione di un unico giudice (art. 36 c.p.c.) sia pure identificabile nel tribunale fallimentare, atteso che le pretese creditorie nei confronti del debitore assoggettato al fallimento non possono farsi valere nelle forme di un giudizio ordinario, ossia al di fuori del procedimento della verifica dei crediti in sede fallimentare e dell'osservanza del principio di concorsualità (il quale consente l'impugnativa del credito ammesso ai sensi dell'art. 100 legge fall.), quand'anche proposte attraverso una azione riconvenzionale; ne consegue che il giudice adito deve dichiarare tale domanda inammissibile o improponibile, senza poter emanare una decisione di merito*". A favore della prosecuzione del procedimento arbitrale limitatamente alle domande del fallito, ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, già cit., p.117, in particolare richiamando l'art. 83 bis l.fall. che *a contrario* suggerisce la prosecuzione del giudizio in caso di subentro nel contratto.

per fini extrafallimentari.

La soluzione dipende dalla risposta che si dà ad un'altra domanda. Il fallito, per effetto del fallimento, perde in modo assoluto, oppure solo relativo, la legittimazione processuale in ordine ai rapporti inclusi nel patrimonio fallimentare²²⁷ ?

Se la perdita è assoluta il solo legittimato ad agire sarebbe il curatore, ma è da escludere che questi partecipi a un giudizio che prosegue solo per finalità extrafallimentari, quindi l'improcedibilità resta ferma²²⁸.

Se invece si ritiene che il fallito non perda del tutto la propria legittimazione processuale; se si ritiene, in altre parole, che il fallito possa restare in giudizio a fronte del "disinteresse" del curatore che omette di costituirsi, allora si può ammettere la possibilità che il giudizio prosegua²²⁹.

²²⁷ Così ANTONIO CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*, già cit., p. 108.

²²⁸ Così ANTONIO CARRATTA, appena cit., p. 107 e ss.; FRANCESCO DE SANTIS, *Le riforme della legge fallimentare*, già cit., p. 520; FRANCESCO DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito alla luce delle riforme della legge concorsuale*, già cit., p. 357, in particolare vedi n. 2 in cui giustifica l'improcedibilità anche alla luce della disciplina dell'esdebitazione oggi riconoscibile al fallito.

²²⁹ Così, di recente, FRANCESCA TIZI, *Fallimento e giudizi arbitrali pendenti su crediti*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, tomo I, parte seconda, p. 430; FRANCESCO TEDIOLI, *Appunti sul rapporto tra arbitrato rituale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Studium iuris*, 2006, p. 526, in particolare p. 530; ROBERTA TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 2005, p. 623, la quale, partendo dall'assoluta perdita di capacità processuale del fallito ritiene, a mio parere a torto, possibile la prosecuzione nei confronti del curatore per fini extrafallimentari; e *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, a cura di MAURO RUBINO SAMMARTANO, Cedam, Padova, 2010, Tomo I, pp. 344/345. In giurisprudenza, Arb., 24 novembre 1993, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1995, II, p. 772, n. MORINI e in *Rep. Foro it.*, 1995, Fallimento [2880], n. 314, "Il fallimento non è causa d'improcedibilità del giudizio arbitrale in corso, nel quale persiste la legittimazione processuale del fallito, ove il curatore si disinteressa del procedimento arbitrale"; e Cass., 28 maggio 2003, n. 8545, già cit. "Ai sensi dell'art. 43 legge fall., il fallito perde la propria capacità processuale in modo non assoluto, ma relativo alla massa dei creditori, alla quale soltanto è consentito eccepirlo tramite il curatore che la rappresenta, con la conseguenza che, se ciò non avviene, il giudizio arbitrale può continuare nei confronti del fallito e il lodo pronunciato non è inutiliter datum, ma è destinato ad esplicare i propri effetti nei confronti del fallito una volta che questi sarà ritornato in bonis; pertanto, il curatore del fallimento può disinteressarsi del procedimento

Per parte mia preferisco aderire alla prima soluzione.

Indipendentemente dal fatto che il curatore scelga di costituirsi o meno, dall'art. 43 l.fall.²³⁰ risulta che il fallito, per effetto della dichiarazione di fallimento e limitatamente ai rapporti di diritto patrimoniale compresi nel stesso, ha perduto totalmente la propria legittimazione processuale. Il suo intervento è ammesso solo in casi eccezionali espressamente previsti dalla legge tra i quali non rientra la possibilità di prosecuzione del giudizio per fini extrafallimentari.

Resta ora da capire se l'improcedibilità può essere rilevata d'ufficio o se occorre un'eccezione di parte.

Partendo dal presupposto che nel primo caso la prosecuzione del giudizio è impedita dall'inefficacia sopravvenuta della convenzione arbitrale, mentre nel secondo l'improcedibilità è legata al sopravvenuto vizio di rito dovuto alla necessità di osservare le forme della verifica del passivo, mi verrebbe da concludere nel senso che, nel secondo caso, l'improcedibilità sia rilevabile d'ufficio dagli arbitri²³¹, nel primo, invece, che sia necessaria un'eccezione di parte ai sensi dell'art. 817 c.p.c.;

arbitrale in corso lasciando che lo stesso prosegua nei confronti del fallito, senza divenirne perciò parte, a meno che non manifesti l'intenzione di parteciparvi"

²³⁰ Art. 43 commi 1 e 2 l.fall. "Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore. Il fallito può intervenire nel giudizio solo per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge".

²³¹ Così, ANTONIO CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*, già cit., p.105; ROBERTA TISCINI, già cit.; e in giurisprudenza, Cass., 23 aprile 2003, n. 6475, già cit., "Le questioni concernenti l'autorità giudiziaria dinanzi alla quale va introdotta una pretesa creditoria nei confronti di un debitore assoggettato a fallimento, anche se impropriamente formulate in termini di competenza, sono, in realtà (e prima ancora), questioni attinenti al rito; pertanto, proposta una domanda volta a far valere, nelle forme ordinarie, una pretesa creditoria soggetta, invece, al regime del concorso, il giudice (erroneamente) adito è tenuto a dichiarare (non la propria incompetenza ma) l'inammissibilità, l'improcedibilità o l'improponibilità della domanda, siccome proposta secondo un rito diverso da quello previsto come necessario dalla legge, trovandosi in presenza di una vicenda *litis ingressus impediens*, concettualmente distinta da un'eccezione d'incompetenza, con la conseguenza che la relativa questione, non soggiacendo alla preclusione prevista dall'art. 38, 1° comma c.p.c. (nella sua formulazione in vigore dopo il 30 aprile 1995), può essere dedotta o rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio".

tuttavia, vista l'esplicita previsione dell'improcedibilità anche in caso di scioglimento del contratto (art. 83 bis l.fall.), ritengo che in entrambi i casi l'improcedibilità possa essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio²³².

Prima di concludere, ritengo, tuttavia, necessario rileggere le soluzioni date alla luce della possibile condotta del curatore in ordine all'arbitrato pendente. Nulla vieta (anzi a mio parere è anche più opportuno²³³) che il curatore non intervenga affatto nel procedimento pendente per far valere l'improcedibilità.

Se il curatore interviene in giudizio dovrà, a mio parere, accettare, al contempo, anche la decisione degli arbitri in ordine alla procedibilità o meno dello stesso. Ad esempio la controparte *in bonis* potrebbe contestare il diritto del curatore di sciogliersi dal contratto al quale si riferisce la convenzione arbitrale e in questo modo contestare anche l'improcedibilità, oppure gli arbitri potrebbero dichiarare l'improcedibilità e la controparte impugnare il lodo.

Sebbene una dottrina²³⁴ abbia sostenuto in riferimento al caso dello scioglimento dal contratto che l'improcedibilità operi *ex*

²³² Così, FRANCESCO TEDIOLI, già cit., p. 531 e FRANCESCO DE SANTIS, *Le riforme della legge fallimentare*, già cit., p.523 e p.524.

²³³ Vedi FRANCESCA TIZI, già cit., p.443, la quale, nel commento a Cass., 4 settembre 2004, n.17891, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 2005, tomo I, parte seconda, p.430 (nel caso di specie, al momento del fallimento, era pendente un procedimento arbitrale, il lodo, pronunciato dopo la dichiarazione di fallimento, è stato impugnato dal curatore; la Corte d'appello ha annullato il lodo, la controparte ha quindi impugnato la sentenza con ricorso per Cassazione) si è giustamente chiesta: "*quali sono i risultati che il curatore intende conseguire con la rimozione di una tale pronuncia? La risposta al quesito può forse essere rinvenuta nella possibilità di desumere dal contenuto della sentenza, emessa in epoca successiva al fallimento, elementi di giudizio sulla fondatezza della domanda, elementi idonei, in qualche modo, a condizionare il giudizio di verifica del credito e, quindi, a produrre un vincolo - almeno potenziale - per il giudice fallimentare*". A mio parere il curatore, intervenendo nel giudizio arbitrale al fine di chiedere la dichiarazione di improcedibilità o impugnando il lodo, non può ottenere nessun risultato utile per il fallimento. L'unico ad avvantaggiarsi dell'iniziativa del curatore potrebbe essere il fallito, il quale, tornato *in bonis*, non si ritroverebbe con una pronuncia arbitrale a lui opponibile. Nello stesso senso, ILARIA DELLA VEDOVA, nota senza titolo sempre a Cass., 4 settembre 2004, n.17891, già cit., p. 871.

²³⁴ FRANCESCO DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito alla luce delle riforme della legge concorsuale*, già cit., p. 364.

lege impedendo agli arbitri ogni valutazione riguardo la legittimità o meno dello stesso, ritengo sia più giusto (art. 817 c.p.c.²³⁵) che il curatore, una volta intervenuto in giudizio, se non vuole che il lodo sia opponibile al fallimento, abbia l'onere di impugnarlo per nullità.

Esigenza che non si presenta se il curatore rimane estraneo al giudizio arbitrale²³⁶.

Se l'improcedibilità non viene eccepita da nessuno, né dichiarata d'ufficio, il lodo di merito sarà comunque inopponibile al fallimento, mentre potrà essere opposto al fallito una volta tornato *in bonis*²³⁷.

Se la controparte del fallito chiedesse l'ammissione a stato passivo di un credito (o di un'altro diritto) in quanto accertato dal suddetto lodo il curatore potrebbe far valere in questa sede l'inopponibilità del lodo stesso ai creditori concorsuali²³⁸.

Procedimenti arbitrali in corso nella disciplina del regolamento (CE) n.1346 del 2000 – L'insolvenza non riguarda sempre imprese che operano in una dimensione meramente nazionale; è molto più facile, anzi, che la crisi si proietti al di fuori dei confini nazionali di un certo Stato.

Recentemente il fenomeno ha condotto all'emanazione di un regolamento comunitario in tema di procedure di insolvenza

²³⁵ Art. 817 c.p.c. “*Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza. Questa disposizione si applica (ecco il punto) anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”.

²³⁶ L'art. 96 comma 3 n.3 l.fall. prevede che il curatore, se non vuole ammettere al passivo il credito o diritto accertato con sentenza non passata in giudicato, deve impugnare la sentenza; questa disciplina, però, riguarda solo le pronunce precedenti la dichiarazione di fallimento, non le pronunce successive come in questo caso.

²³⁷ Si tratta dell'orientamento prevalente. Così, PIETRO RUGGIERI, già cit., p.687;FRANCESCA TIZI, già cit., p.439; ROBERTA TISCINI, già cit.;FRANCESCA VESSIA, già cit., p.802; FRANCESCA M. MAMMONE, già cit., 359. Così, Cass., 28 maggio 2003, n. 8545, già cit.

²³⁸ Così ROBERTA TISCINI, già cit.

transfrontaliere²³⁹, il Regolamento (CE) n. 1346/2000, approvato dal Consiglio dell'Unione Europea il 29 maggio 2000, in vigore dal 31 maggio 2002²⁴⁰.

Fra le norme di questo regolamento ce n'è una, l'art. 15 RI²⁴¹, che disciplina gli effetti delle procedure di insolvenza sui procedimenti pendenti.

La domanda da porsi è se questa disposizione si applichi anche ai procedimenti arbitrari, e con quali conseguenze.

Prima di entrare nel merito, tuttavia, occorre che io descriva, molto brevemente, la disciplina dettata dal Regolamento²⁴².

²³⁹ Secondo la prevalente dottrina (vedi CARLO VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 185) la qualificazione come "transfrontaliera" di una certa procedura di insolvenza è da considerare un requisito di applicabilità del Regolamento, escludendo quindi le procedure meramente interne; coloro che, invece, sono favorevoli ad un'applicazione generalizzata dello stesso (in particolare dell'art. 16 sul riconoscimento automatico) ritengono sia sufficiente che l'insolvenza, potenzialmente ed in astratto, possa produrre effetti oltre confine, ed essendo sempre possibile che questo avvenga (basta ad es. che vengano presentate domande di insinuazione al passivo da parte di creditori con sede o residenza abituale in un altro Stato, oppure che il debitore possieda dei beni all'estero) occorrerà riconoscere al Regolamento un'applicazione generalizzata (EDOARDO F. RICCI, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il Regolamento CE n.1346/2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 391). Prospettive che, in concreto, dovrebbero finire per convergere. La disciplina del Regolamento è utile solo se le procedure presentano profili di estraneità, anche se emersi solo dopo l'apertura delle stesse, rispetto ad un certo ordinamento nazionale. Il riconoscimento automatico, negli altri Stati membri, delle decisioni relative a procedure di insolvenza, così come le altre norme del Regolamento, sono, a mio parere, funzionali ad una gestione unitaria e coordinata della crisi a livello europeo. Quanto alla qualifica di "transfrontaliera" è oggetto di interpretazione. Il Regolamento non fornisce alcuna definizione, ma concordo con CARLO VELLANI, appena cit., p. 186 e ss., nel ritenere che il fine di assicurare il buon funzionamento del mercato interno suggerisca una lettura assai lata del concetto.

²⁴⁰ Vedi, *Gazz. Uff. delle Comunità europee*, 30 giugno 2000, n. L 160, p. 1 e ss. Il Regolamento è stato tradotto in tutte le lingue dell'Unione e ogni versione è da considerare ugualmente autentica. Per ragioni di comodità richiamerò quella italiana.

²⁴¹ Nel presente scritto le lettere RI stanno a significare "Regolamento sulle procedure di insolvenza (CE) n. 1346/2000". L'Art. 15 "*Gli effetti della procedura di insolvenza su un procedimento pendente relativo a un bene o a un diritto del quale il debitore è sprossessato sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale il procedimento è pendente*".

²⁴² Più ampiamente vedi, CARLO VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, già cit., p. 135 e ss.; PATRIZIA DE CESARI, GALEAZZO MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004; CARMINE PUNZI, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. di dir. proc.*, 2003, II, p. 997; LUIGI FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. di dir. proc.*, 2001, II, p. 677; e in lingua inglese, MIGUEL

Questa normativa è volta a “*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)*”²⁴³.

Più in generale, assicurare l’efficienza e l’efficacia delle procedure di insolvenza è funzionale all’istituzione “*di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*” ed al buon funzionamento del mercato interno²⁴⁴; vista la diversità delle discipline nazionali in materia, nell’impossibilità di dettare una disciplina comune delle stesse, è stata introdotta una normativa uniforme in tema di giurisdizione, riconoscimento delle decisioni e legge applicabile²⁴⁵.

E’ previsto il riconoscimento automatico negli altri Stati membri delle decisioni di apertura delle procedure d’insolvenza non appena divenute efficaci nello Stato d’origine (art. 16 RI)²⁴⁶.

VIRGÓS, ETIENNE SCHMIT, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*, doc. Consiglio n. 6500/96/EN (questa relazione ufficiale è universalmente considerata uno strumento interpretativo particolarmente autorevole in quanto la Convenzione sulle procedure di insolvenza del 1995, mai entrata in vigore, è identica, salvo lievissime differenze di testo, al Regolamento del 2000); MIGUEL VIRGÓS, FRANCISCO GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: law and practice*, Kluwer Law International, 2004; GABRIEL MOSS, IAN F. FLETCHER, STUART ISAACS, *The EC Regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated Guide*, Oxford University Press, 2009.

²⁴³ Così il punto n. 4 del preambolo al RI.

²⁴⁴ Così i punti n. 1, 2, 3 e 4 del preambolo al RI.

²⁴⁵ Secondo l’articolo 1 comma 1 RI (Campo d’applicazione) il Regolamento “*si applica alle procedure concorsuali fondate sull’insolvenza del debitore che comportano lo spossamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore*”; sono escluse (così l’art.1 comma 2 RI) solo le procedure relative ad imprese assicuratrici, enti creditizi, imprese d’investimento che detengono fondi o valori mobiliari di terzi e organismi d’investimento collettivo. Si giustifica l’esclusione (punto n. 9 del preambolo al RI) in ragione del regime particolare a cui sono soggette queste procedure che comporta, in alcuni casi, poteri di intervento delle autorità nazionali molto ampi.

²⁴⁶ Il riconoscimento automatico si estende anche alle decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza, nonché all’approvazione del concordato, alle decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse, e ai provvedimenti conservativi presi successivamente alla richiesta di apertura di una procedura di insolvenza. L’esecuzione di queste decisioni avverrà a norma degli articoli da 31 a 51 ad eccezione dell’art. 34, secondo comma, della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Gli Stati membri non sono obbligati a riconoscere e a rendere esecutive le decisioni che hanno come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale (art.25 RI) oppure che possono produrre effetti palesemente contrari all’ordine pubblico, “*in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla costituzione*” (art. 26 RI).

La procedura nazionale aperta nello Stato membro²⁴⁷ in cui si trova il “*centro degli interessi principali del debitore*”²⁴⁸ è la procedura principale; successivamente possono essere aperte, anche su iniziativa del curatore della procedura principale, solo procedure secondarie a carattere liquidativo negli Stati in cui si trova una “*dipendenza*”²⁴⁹ del debitore; prima dell’apertura della procedura principale, invece, l’apertura di una procedura secondaria è possibile solo in alcuni casi eccezionali²⁵⁰.

A differenza delle eventuali, ulteriori, procedure secondarie, con effetti limitati ai beni che si trovano nel territorio dello Stato in cui vengono aperte (per questo chiamate anche “*territoriali*”), la procedura principale ha carattere universale, cioè riguarda tutti i beni e i rapporti del debitore ovunque si trovino²⁵¹.

La legge dello Stato in cui è aperta la procedura “*principale*” regolerà, salvo eccezioni²⁵², l’intera procedura e i suoi effetti²⁵³.

²⁴⁷ Debbo segnalare che la Danimarca “*non è vincolata al regolamento, né è soggetta alla sua applicazione*” (punto 33 del preambolo al RI). A questo proposito vedi CARLO VELLANI, *L’approccio giurisdizionale all’insolvenza transfrontaliera*, già cit., p.138.

²⁴⁸ Vedi punto n. 13 del preambolo al RI, “*Per «centro di interessi principali» si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi*”. Per ogni approfondimento rinvio a CARLO VELLANI, *L’approccio giurisdizionale all’insolvenza transfrontaliera*, già cit., p. 142 e ss.

²⁴⁹ Art. 2 RI “*Ai fini del presente regolamento, s’intende per: (...); lett. h) «Dipendenza», qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un’attività economica con mezzi umani e con beni*”.

²⁵⁰ Art. 3 comma 4 RI “*Una procedura d’insolvenza territoriale di cui al paragrafo 2 può aver luogo prima dell’apertura di una procedura principale d’insolvenza di cui al paragrafo 1 soltanto nei seguenti casi: a) allorché, in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro di interessi principali del debitore, non si può aprire una procedura d’insolvenza di cui al paragrafo 1; ovvero b) allorché l’apertura della procedura territoriale d’insolvenza è richiesta da un creditore il cui domicilio, residenza abituale o sede è situata nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza in questione, ovvero il cui credito deriva dall’esercizio di tale dipendenza*”.

²⁵¹ Vedi l’art. 17 RI (Effetti del riconoscimento) e, nel capitolo III dedicato alle procedure secondarie di insolvenza, l’art. 27 RI (Apertura).

²⁵² Le eccezioni sono state introdotte, come risulta dal punto 24 del preambolo al RI, “*a tutela delle aspettative legittime e della certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta*”.

²⁵³ Così l’art. 4 RI, il quale, al comma 2, precisa che “*la legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare: a) i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura di insolvenza; b) i beni che sono oggetto di spossessamento e la sorte dei beni acquisiti dal debitore dopo l’apertura della procedura di insolvenza; c) i*

Fra le eccezioni, a parte il caso dell'apertura di una procedura secondaria territoriale²⁵⁴, figurano sia disposizioni che rinviano alla normativa nazionale di uno Stato diverso da quello di apertura della procedura, sia norme che fanno salvi certi diritti dagli effetti dell'apertura delle procedure di insolvenza, sia norme dettate direttamente dal regolamento.

Fra le deroghe del primo tipo troviamo l'art. 15 RI (Effetti della procedura di insolvenza sui procedimenti pendenti) il quale stabilisce che *“Gli effetti della procedura di insolvenza su un procedimento pendente relativo a un bene o a un diritto del quale il debitore è sprossessato sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale il procedimento è pendente”*.

L'ipotesi da considerare, in particolare, riguarda il caso di una procedura principale aperta in Italia mentre sono pendenti procedimenti arbitrali con sede in un diverso Stato membro²⁵⁵.

poteri, rispettivamente, del debitore e del curatore; d) le condizioni di opponibilità della compensazione; e) gli effetti della procedura di insolvenza sui contratti in corso di cui il debitore è parte; f) gli effetti della procedura di insolvenza sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per i procedimenti pendenti; g) i crediti da insinuare nel passivo del debitore e la sorte di quelli successivi all'apertura della procedura di insolvenza; h) le disposizioni relative all'insinuazione, alla verifica e all'ammissione dei crediti; i) le disposizioni relative alla ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni, il grado dei crediti e i diritti dei creditori che sono stati in parte soddisfatti dopo l'apertura della procedura di insolvenza in virtù di un diritto reale o a seguito di compensazione; j) le condizioni e gli effetti della chiusura della procedura di insolvenza, in particolare, mediante concordato; k) i diritti dei creditori dopo la chiusura della procedura di insolvenza; l) l'onere delle spese derivanti dalla procedura di insolvenza; m) le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori”.

²⁵⁴ Art. 28 RI *“Salvo disposizioni contrarie del presente regolamento, si applica alla procedura secondaria la legge dello Stato membro nel cui territorio questa è aperta”*. Vedi al riguardo, ANTONIO LEANDRO, *Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, Cacucci Editore, Bari, 2008.

²⁵⁵ In ordine al significato da attribuire, in questo caso, all'espressione “Stato membro” vedi CARLO VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, già cit., p. 140, anche per ogni riferimento bibliografico. In particolare è dubbia l'inclusione nel concetto della Danimarca. Quest'ultima, come ho già detto, non è vincolata al regolamento comunitario, ma se la procedura principale viene aperta in un diverso Stato membro (nel nostro caso l'Italia) e il criterio di collegamento (in questo caso la legge dello Stato membro in cui il procedimento è pendente) richiama la legge danese, questa è da equiparare alla legge di uno Stato terzo con piena applicazione della legge dello Stato di apertura (in questo caso con l'applicazione esclusiva della legge italiana) o, trattandosi comunque di uno Stato membro, va inclusa nel concetto indipendentemente dal fatto che il regolamento non sia ad essa vincolante? La dottrina appena richiamata sottolinea come la prima soluzione (l'applicazione

Due recenti pronunce si sono occupate del problema, sebbene non in relazione all'Italia. Dato che sono state le prime, ritengo che vadano osservate con particolare attenzione²⁵⁶.

In estrema sintesi, nel caso di specie due società, Vivendi Universal S.A. e Vivendi Telecom International S.A. (d'ora in poi semplicemente Vivendi), nel 2001 hanno stipulato una serie di accordi con Elektrim S.A. (impresa polacca).

Nel 2003 Vivendi ha dato avvio ad un giudizio arbitrale presso la LCIA (in base alla convenzione arbitrale la sede dell'arbitrato era Londra e la legge inglese era espressamente indicata come legge applicabile al procedimento arbitrale) facendo valere l'inadempimento di Elektrim e chiedendo la sua condanna al risarcimento dei danni; nelle more del procedimento (nell'agosto 2007) Elektrim è stata dichiarata fallita ed è stato nominato un curatore (Josef Syska).

La legge polacca in tema di fallimento e riorganizzazione, invocata da Elektrim, stabilisce (art.142) che le clausole arbitrali perdono efficacia per effetto del fallimento di una delle parti e ogni procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito.

Contrariamente a quanto sostenuto da Elektrim, nel 2008, il tribunale arbitrale ha pronunciato un lodo parziale in cui gli arbitri hanno affermato che la legge applicabile al procedimento arbitrale non era quella polacca ma quella della sede dell'arbitrato, la legge inglese; siccome quest'ultima non prevede l'improcedibilità del giudizio, è stato altresì accertato l'inadempimento di Elektrim rimettendo ogni ulteriore questione ad una successiva pronuncia.

Elektrim ha quindi impugnato il lodo, prima davanti alla High Court, poi, di fronte al rigetto della relativa istanza, davanti alla Court of Appeal.

della sola legge dello Stato di apertura con equiparazione della Danimarca ad uno Stato terzo) *“vuole evitare che si possa profittare dei soli vantaggi posti dalla posizione di Stato membro, senza essere poi soggetti ai meccanismi di tutela generali previsti dal Regolamento”*.

²⁵⁶ La prima è High Court of justice [Gran Bretagna], 2 ottobre 2008, in Int'l Lis, 2010, p. 128, n. WIDMANN; [2008] EWHC 2155 (Comm). La seconda pronuncia è stata emessa nel giudizio di impugnazione contro la precedente pronuncia della High Court, si tratta di Court of appeal [Gran Bretagna], 9 luglio 2009, Int'l Lis, 2010, p. 128, n. WIDMANN; [2009] EWCA Civ 677.

Entrambe le pronunce hanno fatto riferimento, sul piano normativo, al Regolamento (CE) n. 1346/2000²⁵⁷.

Dato che nessuna norma del regolamento è dedicata espressamente all'arbitrato l'individuazione della disciplina applicabile è stata oggetto di discussione.

Come ho già accennato, in base all'art. 4 comma 1 RI la regola generale è quella dell'applicazione della legge dello Stato in cui è stata aperta la procedura (*lex fori concursus*).

Il secondo comma dell'articolo contiene un elenco non tassativo di materie soggette a questa disciplina tra cui (lett. F) “*gli effetti della procedura di insolvenza sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per i procedimenti pendenti*”.

Quest'ultima espressione “*salvo che per i procedimenti pendenti*” richiama la disciplina derogatoria di cui all'art. 15 RI che prevede l'applicazione della legge dello Stato in cui si svolge il procedimento (*lex fori processus*).

Elektrim per prima cosa ha sostenuto che gli articoli appena richiamati (l'art. 4 comma 2 lett. F, RI e l'art. 15 RI) con l'espressione “*procedimenti pendenti*” intendono riferirsi ai soli procedimenti di tipo esecutivo per i quali è richiesta l'assistenza di giudici, quindi non riguardano l'arbitrato. In questo senso i procedimenti esecutivi sarebbero disciplinati dalla *lex processus* se già pendenti, e dalla *lex concursus* nell'altro caso .

La tesi, tuttavia, è stata rigettata. L'opinione prevalente ritiene che l'art. 4 comma 2 lett. F, RI, parlando di “*azioni giudiziarie individuali*”, vada inteso in senso lato, inclusivo di ogni tipo di procedimento cognitorio ed esecutivo²⁵⁸; quanto

²⁵⁷ Per l'analisi della medesima problematica in un caso in cui il Regolamento non è applicabile vedi Trib. Federale Svizzero, 31 marzo 2009, sempre Elektrim v. Vivendi, in relazione ad un procedimento arbitrale con sede a Ginevra. Per un commento della sentenza in parallelo con le pronunce inglesi appena cit., vedi PAOLA WIDMANN, *Il caso Vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente all'estero tra lex concursus e lex loci arbitri*, in Int'l Lis, 2010, p. 128. In particolare in questo caso è stata applicata in base al sistema svizzero di diritto internazionale privato la legge polacca.

²⁵⁸ Il giudice Clarke della High Court richiamò la sentenza, Commissione v. AMI Semiconductor Belgium e altri, 17 marzo 2005, caso C-294/02. La pronuncia riguardava un contratto concluso dalla Commissione per conto della Comunità Europea con alcune società; il contratto conteneva una clausola compromissoria che deferiva al Tribunale di primo grado

all'espressione "*procedimenti pendenti*", va riferita ai soli procedimenti di tipo cognitorio, fra cui quelli arbitrari, i procedimenti esecutivi, invece, anche se pendenti, restano soggetti sempre alla *lex concursus*²⁵⁹.

delle Comunità Europee e, in secondo grado, alla Corte di Giustizia la decisione delle controversie derivanti dal contratto (art. 238 TCE). Tre società convenute contestarono la ricevibilità del ricorso in quanto presentato dopo che le stesse erano state dichiarate insolventi. La Corte richiamando l'art. 4 comma 2 lett. F del Regolamento (CE) n. 1346/2000 dichiarò irricevibili i ricorsi in quanto la legge applicabile era la *lex concursus* (in quel caso la legge tedesca e la legge austriaca) non essendo il procedimento pendente. Questo richiamo suggerisce che per la Corte di Giustizia "*azioni giudiziarie individuali*" si riferisce anche al procedimento arbitrale pendente presso la stessa. Così PAOLA WIDMANN, *Il caso Vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente all'estero tra lex concursus e lex loci arbitri*, già cit., per maggiori riferimenti bibliografici vedi in particolare n.16 del suo scritto.

²⁵⁹ Così, MIGUEL VIRGÓS, ETIENNE SCHMIT, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*, già cit., paragrafo 91 in relazione alla previsione di cui alla lett. F si dice che tratta "*the effects of the insolvency proceedings on executions brought by individual creditors, their suspension or prohibition after the opening of collective insolvency proceedings. However, the effects of the proceedings on lawsuits pending remain subject to the law of the Contracting State where the lawsuit is pending, ex Article 15 RI*", da notare, in particolare, i diversi termini impiegati (executions e lawsuits pending); nel paragrafo 142, ancor più chiaramente, si afferma che "*The effects on individual enforcement actions are governed by the law of the State of the opening (...) so that the collective insolvency proceedings may stay or prevent any individual enforcement action brought by creditors against the debtor's assets. Effects of the insolvency proceedings on other legal proceedings concerning the assets or rights of the estate are governed (ex Article 15) by the law of the Contracting State where these proceedings are under way. The procedural law of this State shall decide whether or not the proceedings are to be suspended, how they are to be continued and whether any appropriate procedural modifications are needed in order to reflect the loss or the restriction of the powers of disposal and administration of the debtor and the intervention of the liquidator in his place*". In aggiunta vedi anche MIGUEL VIRGÓS, FRANCISCO GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: law and practice*, già cit., p. 76, i quali a proposito dell'art. 4 comma 2 lett. F, RI, dicono "*The term "proceedings" is broad enough to encompass all kinds of procedures brought about by individual creditors, including arbitration proceedings and enforcement measures initiated by creditors outside the court system, where allowed. (...) To understand this provision and its exception (art. 15 RI), a distinction must be made between individual enforcement actions and lawsuits. (...) (i) The effects on individual enforcement actions, both pending or future, are always determined by the lex fori concursus, including preservation measures. (...) (ii) The effects on the continuation of lawsuits pending at the moment of the opening of the insolvency proceedings, are, by way of exception, determined by the law of the State where the lawsuit is pending*". Tra gli argomenti a favore dell'inclusione fra i procedimenti pendenti anche dei procedimenti arbitrari gli autori richiamano la Guida UNCITRAL to the enactment of the Model Law on cross border insolvencies, n. 145 (in questa sede viene sottolineato tuttavia che "*it might not always be possible, in practical terms, to implement the automatic stay of arbitral proceedings. For example, if the arbitration does not take place in the enacting State and perhaps also not in the State of the main proceeding, it may be difficult to enforce the stay of*

La ragione del diverso trattamento è legata al diverso tipo di effetti che si riconnettono ai due tipi di azione. Nel caso delle azioni esecutive l'interesse del creditore viene soddisfatto in via immediata, mentre nel caso delle azioni di cognizione il creditore ottiene semplicemente un titolo per concorrere insieme agli altri creditori²⁶⁰. Solo nel primo caso un creditore verrebbe privilegiato a danno degli altri²⁶¹.

Elektrim, in subordine, ha sostenuto che l'art. 15 RI si applica solo ai procedimenti pendenti davanti a giudici statali invocando il fatto che alcune versioni linguistiche del Regolamento rinviano chiaramente a procedimenti davanti a giudici, non ad arbitri.

Contro una simile conclusione sono state citate tutte le 21 differenti versioni linguistiche del Regolamento. E' risultato che solo le versioni Finlandese e Lettone sono riferibili solo a procedimenti davanti a giudici statali; dato che tutte hanno il medesimo valore, la High Court ha ritenuto necessario verificare alla luce dell'impianto complessivo del Regolamento quale fosse la soluzione migliore.

Considerati i fini della normativa (assicurare un efficiente e efficace amministrazione dell'insolvenza e proteggere le aspettative legittime e la certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta) la

the arbitral proceedings. Apart from that, the interests of the parties may be a reason for allowing an arbitral proceeding to continue, a possibility that is (...) left to the provisions of law of the enacting State”).

²⁶⁰ Così, MIGUEL VIRGÓS, FRANCISCO GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: law and practice*, già cit., p.140, “*The difference (...) is sufficiently explained if we consider the different consequences of each on the insolvent debtor’s estate. In the first case, the creditor satisfies his interest directly. In the second case, he obtains a decision on the merits which does no more than allow him to join the body of creditors with an established claim*”.

²⁶¹ Così PAOLA WIDMANN, *Il caso Vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente all'estero tra lex con cursus e lex loci arbitri*, già cit., “*l’art. 15 assicura la prosecuzione del giudizio pendente, a tutela delle aspettative dei litiganti, ogniqualevolta le lex fori (arbitri) non preveda l’arresto del medesimo quale conseguenza della dichiarazione di concorso ed a prescindere da quanto disposto sul punto dalla legge dello “Stato di apertura”; ciò, tuttavia, con esclusivo riferimento a quelle tipologie di giudizi il cui proseguimento non sia suscettibile di pregiudicare – per lo meno direttamente – gli interessi della massa dei creditori*”.

conclusione è stata che non c'è nessuna ragione che giustifichi un diverso trattamento dei procedimenti pendenti a seconda che si svolgano davanti a giudici piuttosto che ad arbitri.

La prosecuzione dei procedimenti già pendenti, senza ledere l'efficienza e l'effettività della procedura di insolvenza, serve a tutelare le aspettative di coloro che hanno avviato gli stessi. Questa esigenza si presenta negli stessi termini anche in caso di procedimenti arbitrari²⁶².

Elektrim ha sostenuto che la ragione del diverso trattamento andrebbe individuata nel fatto che solo in caso di procedimenti pendenti davanti a giudici statali l'interruzione determinerebbe una lesione della sovranità dello Stato membro, lesione che non si verifica in caso di arbitrato in quanto, essendo basato su di un contratto, non costituisce esercizio del potere giurisdizionale dello Stato.

Al contrario la Corte ha sottolineato che l'arbitrato internazionale è tutelato dai trattati, in particolare dalla Convenzione di New York del 1958 alla quale hanno aderito tutti gli Stati membri, e che altri provvedimenti normativi europei, per escludere l'arbitrato dal loro ambito di applicazione, lo hanno fatto esplicitamente²⁶³.

Da quanto detto risulta che l'articolo 15 del Regolamento va applicato anche ai procedimenti arbitrari²⁶⁴. La conseguenza, in

²⁶² Nella pronuncia della High Court si osserva, in particolare, che *“if the draftsman intended only to exclude lawsuits pending in court, he could easily have used phraseology which was unequivocally clear when translated into each of the languages of the Community. (...) The Regulation is part of the legal framework of the Community designed to establish a common internal market. Thousands of commercial transactions within that market will be the subject of arbitration agreements. It would border on the irrational to protect the legitimate expectations of those who had commenced an action against the insolvent but not those who had initiated a reference”*.

²⁶³ Ad es. vengono richiamati l'art.1, comma 2, lett.D del Regolamento (CE) n.44/2001; e l'art. 1, comma 2, lett. D, della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

²⁶⁴ La massima espressa nella pronuncia della High Court recita: *“la previsione di cui all'art. 15 reg. n. 1346/2000, la quale, in deroga alla regola generale dell'applicazione della lex concursus «alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti», rimette alla legge dello stato membro ove il procedimento pende la disciplina degli effetti prodotti dalla apertura del concorso sul procedimento stesso, va intesa come riferita ai procedimenti di cognizione, in contrapposizione a quelli di esecuzione forzata; non v'è ragione di escludere l'arbitrato*

caso di fallimento dichiarato in Italia, è che i procedimenti arbitrali pendenti in un altro Stato membro saranno disciplinati solamente dalla legge dello Stato in cui ha sede l'arbitrato.

Le pronunce richiamate, tuttavia, non si limitarono a statuire solo su questo aspetto.

Elektrim ha sostenuto, inoltre (e direi che questa è stata l'argomentazione principale) che quand'anche il procedimento fosse disciplinato dalla legge inglese, in base all'art. 4 comma 2 lett. E, RI, i contratti in corso sono disciplinati dalla legge polacca; tra questi vanno incluse le convenzioni arbitrali le quali, per effetto di una esplicita previsione della legge fallimentare polacca, sono divenute inefficaci a partire della dichiarazione di insolvenza.

Nel lodo impugnato gli arbitri affermarono che in questo caso si assiste ad un conflitto tra disposizioni, l'art. 4 comma 2 lett. E, RI, da un lato, e gli articoli 4 comma 2 lett. F e 15 RI, dall'altro; le conseguenze della dichiarazione di insolvenza sui procedimenti arbitrali pendenti devono, proseguirono gli arbitri, essere le stesse sia se si guarda agli effetti sui contratti in corso, sia se si guarda agli effetti sui procedimenti pendenti, per questo, per evitare risultati contraddittori, gli arbitri ritennero che andasse applicata solo una serie di norme, gli articoli 4 comma 2 lett. F e 15 RI.

I motivi furono: 1) che questa disciplina è dettata specificamente per i procedimenti pendenti e deve prevalere rispetto a quella più generale dell'art. 4 comma 1 RI; e 2) che l'art. 15 RI stabilisce che venga applicata "esclusivamente", quindi non in concorso con altre, la legge dello Stato membro in cui il procedimento è pendente.

Elektrim criticò la soluzione in quanto tra le disposizioni non c'è un rapporto da genere a specie; quelle norme, disse,

dall'ambito di applicazione della suddetta norma, in quanto le legittime aspettative di coloro che hanno devoluto la loro controversia ad un collegio arbitrale alla prosecuzione del procedimento sino al suo esito naturale sono meritevoli di una tutela altrettanto incisiva di quella accordata alle analoghe aspettative di coloro che hanno instaurato un giudizio avanti all'autorità giudiziaria". In questo senso anche CARLO VELLANI, *L'art. 83 bis l.fall. e l'art. 15 Regolamento CE n.1346 del 2000*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di FERRUCCIO AULETTA, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 861, in particolare p. 867; MARIA ROSARIA GROSSI, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 706.

disciplinano aspetti che vanno tenuti distinti, non è detto, quindi, che la disciplina applicabile alla convenzione arbitrale debba essere la stessa di quella del procedimento. Altri contratti, aggiunte, sono stati esplicitamente sottratti, nel Regolamento, agli effetti della dichiarazione di insolvenza, se il legislatore avesse voluto un simile effetto anche per le convenzioni arbitrali l'avrebbe previsto, in mancanza di esplicite eccezioni, invece, va applicata la disciplina generale ²⁶⁵.

La tesi fu contrastata da Vivendi sia per i motivi indicati nel lodo, sia in ragione della natura delle convenzioni arbitrali, le quali producono solo effetti processuali e per questo sono escluse dalla disciplina dettata per i contratti sostanziali dall'art. 4 comma 2 lett. E, RI.

La decisione finale dell'High Court fu che: *“le disposizioni di cui agli art. 4/2 e) e 15 reg. n. 1346/2000, se lette con specifico riferimento all'arbitrato, risultano essere potenzialmente confliggenti; tale conflitto va risolto nei seguenti termini: qualora, al momento dell'apertura della procedura di insolvenza, non vi siano procedimenti arbitrali pendenti, gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla convenzione di arbitrato, quale «contratto in corso», sono disciplinati dalla legge dello «stato di apertura» in virtù della previsione di cui all'art. 4/2 e); qualora invece, come nel caso di specie, vi siano a quel tempo arbitrati in corso, trova applicazione la disposizione di cui all'art. 15; più precisamente, spetta in quest'ultimo caso alla legge dello stato ove il procedimento pende la disciplina degli effetti della dichiarazione di concorso sul procedimento pendente, nonché sulla stessa convenzione di arbitrato per quanto attiene al procedimento in corso; infatti, se si ritenesse che le sorti del patto arbitrale siano rimesse alla lex concursus anche qualora vi siano procedimenti arbitrali pendenti, la previsione di cui all'art. 15 rimarrebbe di fatto disapplicata, con riferimento a questi ultimi, ogniqualvolta la*

²⁶⁵ Elektrim sottolineò anche che la soluzione indicata nel lodo crea seri problemi se le parti hanno scelto, per ipotesi, di applicare all'accordo arbitrale la legge di uno Stato diverso da quello in cui ha sede il procedimento. Quale legge andrebbe applicata? Quella della sede del procedimento o quella che disciplina la convenzione arbitrale?

legge dello stato di apertura preveda il venir meno della convenzione di arbitrato quale conseguenza della dichiarazione di concorso; ciò in quanto all'annullamento del patto arbitrale consegue necessariamente l'arresto dei procedimenti di arbitrato pendenti”.

Come ho anticipato, Elektrim impugnò la pronuncia della High Court.

Il giudizio davanti alla Court of Appeal fu incentrato tutto su questo secondo aspetto del problema.

Elektrim ribadì che l'inefficacia della convenzione arbitrale, da considerare un contratto in corso ai sensi dell'art. 4 comma 2 lett. E, RI, impedisce la prosecuzione del giudizio arbitrale anche se questo, in quanto tale, è regolato dalla legge inglese.

La pronuncia della Court of Appeal invece ha confermato la correttezza della sentenza impugnata. Non solo; i giudici hanno negato perfino che l'art. 4 comma 2 lett. E, RI, potesse rivestire una qualche rilevanza nel caso di specie affermando che *“non v'è alcun conflitto tra le disposizioni di cui agli art. 4 e 15 reg. n. 1346/2000; piuttosto, ciascuna di tali norme ha il proprio specifico e diverso campo di applicazione; in particolare, se si riconosce che il procedimento di arbitrato in corso è un «procedimento pendente» ai sensi dell'art. 15 reg., è alla legge dello Stato ove il procedimento pende che occorre guardare quanto alla disciplina di tutte quelle questioni, ancorché riguardanti la validità della convenzione di arbitrato, che siano tali da incidere sulla possibilità di prosecuzione del procedimento arbitrale stesso; la sola distinzione tracciata - peraltro espressamente - dall'art. 15 è tra i procedimenti pendenti e quelli futuri; sarebbe invece irrealistico ritenere che il reg. abbia inteso prevedere un trattamento diversificato dei vari procedimenti sulla base del fondamento legislativo ovvero negoziale dei procedimenti stessi”.*

Temo di essermi soffermata fin troppo su queste pronunce, soprattutto sulla parte relativa agli effetti del fallimento sulle convenzioni arbitrali, credo però che ne sia valsa la pena.

Il dubbio se applicare o meno alle convenzioni arbitrali stipulate dal fallito, vista la peculiare natura dei loro effetti, le

norme in tema di contratti in corso è comune al dibattito sul punto che si è svolto con riferimento al nostro ordinamento interno.

Per parte mia direi che la natura contrattuale delle stesse le rende astrattamente assoggettabili a questa disciplina (l'art. 4 comma 2 lett. E, RI)²⁶⁶. Ho trovato convincente la posizione di Elektrim sul punto; se in base alla *lex concursus* le convenzioni arbitrali sono divenute invalide o inefficaci la prosecuzione del procedimento arbitrale non è possibile, o quantomeno sarà necessario verificare cosa dispone la *lex processus* in ordine agli effetti sul procedimento arbitrale della sopravvenuta inefficacia o invalidità delle convenzioni arbitrali. Devo tuttavia avvertire che la soluzione data dalle corti inglesi ha riscosso l'adesione della prevalenza degli interpreti²⁶⁷.

²⁶⁶ Quando ho negato l'applicazione dell'art. 72 l.fall. agli accordi arbitrali l'ho fatto perché non credo che siano qualificabili come “*contratti pendenti*” nel modo in cui sono descritti in questa norma, ovvero come contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti dalle parti. Se la nostra disciplina interna fosse stata diversa, se avesse dettato una disciplina generale per i contratti in corso anche se non suscettibili di “esecuzione in senso stretto” avrei sostenuto il contrario. Diversa la posizione di PAOLA WIDMANN, già cit., la quale, d'accordo con i giudici della Court of Appeal, afferma: “*pare che il dato normativo rilevante sia in tal caso la sola disposizione generale di cui all'art. 4 comma 1 (RI). Ed invero, è ragionevole ritenere che le esigenze di tutela che vengono in gioco con riferimento alla convenzione d'arbitrato siano (almeno in parte) diverse da quelle che hanno indotto il legislatore comunitario a rimettere alla legge dello “Stato di apertura” le sorti dei “contratti in corso”; occorre infatti tener conto della peculiarità del compromesso in arbitri, il quale è un accordo di diritto sostanziale i cui effetti si producono essenzialmente sul piano processuale (...)*”.

²⁶⁷ Al riguardo rinvio a PAOLA WIDMANN, già cit., la quale afferma che “*occorre anzitutto considerare che il necessario arresto del procedimento arbitrale quale conseguenza della sopravvenuta inefficacia del relativo compromissum non è affatto un dato costante nella disciplina prevista, in tema di arbitrato, dai vari ordinamenti nazionali. In particolare, con specifico riguardo agli effetti della apertura del concorso, vi sono ordinamenti che prevedono un regime differenziato per la convenzione di arbitrato e per il procedimento arbitrale pendente, sancendo la perdita di efficacia della prima e, al tempo stesso, la possibilità di prosecuzione del secondo*”, afferma inoltre che “*qualora si ritenga che con l'accordo compromissorio le parti costituiscano il collegio arbitrale, legittimandolo all'esercizio di una funzione al quale il medesimo è preposto ex lege, pare coerente ritenere che gli effetti del compromissum si esauriscano di fatto al momento dell'investitura dell'organo arbitrale e, conseguentemente, che la perdita di efficacia dell'accordo compromissorio non espliciti effetto alcuno sul procedimento già instaurato*”, per maggiori riferimenti bibliografici vedi n. 30 del suo scritto. Per parte mia vorrei solo dire, come del resto riconosce anche la dottrina appena cit. (n. 37), che nel nostro ordinamento la tesi “dicotomica” che attribuisce rilevanza all'avvenuta accettazione degli arbitri al fine di rendere l'arbitrato opponibile al fallimento è stata ormai abbandonata.

L'art. 4 comma 2 lett. E, RI, si applica alle convenzioni arbitrali solo se il procedimento non è ancora pendente.

Apro una parentesi. Con riferimento alla nostra disciplina fallimentare, l'applicazione dell'art. 72 l.fall. alle convenzioni arbitrali (diverse dalle clausole compromissorie) in caso di subentro del curatore nel sottostante rapporto sostanziale, sostenuta da una parte degli interpreti nazionali, dovrebbe essere valutata anche alla luce della tendenza a preservare le aspettative delle parti che hanno concluso accordi arbitrali. L'opposta soluzione, la piena opponibilità delle stesse, risulta essere, in questa prospettiva, preferibile.

Ciò detto tornerei a parlare del tema dal quale ero partita. Abbiamo visto che secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza l'art.15 del Regolamento è applicabile anche ai procedimenti arbitrali in corso. Per effetto di questa norma la disciplina applicabile è quella dello Stato membro in cui ha sede l'arbitrato, non quella dello Stato di apertura della procedura di insolvenza; nel caso che ci interessa, se il fallimento è stato dichiarato in Italia ma il procedimento pende in un diverso Stato membro, sarà alla legge di questo Stato che si dovrà guardare per stabilire quali siano le sorti del giudizio arbitrale.

Ciò che vorrei analizzare ora è quello che succede se la *lex processus* consente la prosecuzione di giudizi arbitrali che sarebbero improcedibili in base alla legge italiana.

Le ipotesi da considerare sono due: le domande aventi ad oggetto pretese nei confronti del fallito, se il procedimento arbitrale non si è concluso prima della dichiarazione di fallimento con la pronuncia del lodo (soggette al procedimento di accertamento dello stato passivo); e lo scioglimento del curatore dal contratto oggetto della convenzione arbitrale (art. 83 bis l.fall.).

Nel primo caso direi che la sola soluzione conforme alla *ratio* della disciplina del Regolamento (proteggere le aspettative legittime e la certezza delle transazioni) è quella di ritenere che l'art. 15 RI, in deroga agli articoli 93 e ss. l.fall. secondo i quali le pretese verso il fallito vanno fatte valere esclusivamente mediante il procedimento di accertamento dello stato passivo e la

prosecuzione del giudizio in sede extrafallimentare è possibile solo se le decisioni (lodi o sentenze) sono state pronunciate prima del fallimento, consenta la prosecuzione del giudizio in sede extrafallimentare anche se il procedimento non si è ancora concluso con la pronuncia di un lodo (o di una sentenza).

Una volta pronunciato e reso eseguibile in Italia²⁶⁸, il lodo dovrà essere fatto valere nelle forme dell'accertamento di stato passivo, in particolare mediante domanda, probabilmente tardiva, di ammissione al passivo. Se le cose stanno così, il procedimento e il lodo saranno opponibili al fallimento, quindi il curatore sarà tenuto, se vuole contestare la pretesa della controparte, a partecipare al procedimento e ad impugnare il lodo nello Stato in cui lo stesso ha sede.

La seconda ipotesi è diversa. In questo caso è il rapporto sostanziale sottostante la convenzione arbitrale che viene travolto dal fallimento. Anche ammettendo che il procedimento arbitrale sia soggetto alla *lex processus*, anche ammettendo che la stessa convenzione arbitrale sia soggetta alla *lex processus*, resta comunque fermo che gli effetti sui contratti e rapporti sostanziali oggetto degli accordi arbitrari sono soggetti alla legge italiana (art. 4 comma 1 e comma 2 lett. E, RI)²⁶⁹.

²⁶⁸ Prima dell'emanazione del Regolamento sulle procedure di insolvenza FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 306, affermò (giustamente) che “*in Italia la delibazione della sentenza arbitrale straniera sarebbe certamente negata (...) se la materia, oggetto dell'arbitrato, concernesse la pretesa di un credito nei confronti dell'imprenditore dichiarato fallito in Italia, dovendo in tal caso trovare applicazione la norma inderogabile dell'accertamento del credito mediante insinuazione nello stato passivo*”. Circa la delibazione di questi lodi alla luce del Regolamento n. 1346 del 2000 vedi, nuovamente, PAOLA WIDMANN, già cit., la quale sottolinea che “*la Convenzione di New York prevede che il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza arbitrale straniera possa essere negato, tra l'altro, allorché «le parti della convenzione di arbitrato erano incapaci secondo la legge applicabile loro» (art. V.1 lett. A) o allorché ciò comporti una violazione dell'ordine pubblico (art. V.2 lett. B)*”. Nel caso Vivendi, aggiunge questa dottrina, la Corte di Varsavia rifiutò di riconoscere il lodo definitivo pronunciato dagli arbitri inglesi invocando proprio l'art. V.1 lett. A della Convenzione di New York; soluzione poi ribaltata in quanto la capacità della parte era *ab origine* esistente ed è venuta meno solo in un secondo momento. Insomma la soluzione da me proposta va valutata con prudenza.

²⁶⁹ Così, CARLO VELLANI, *L'art. 83 bis l.fall. e l'art. 15 Regolamento CE n.1346 del 2000*, già cit., p. 869; e PATRIZIA DE CESARI, GALEAZZO MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, già cit., p.179.

Il venir meno del rapporto sostanziale sottostante impedisce la prosecuzione del giudizio perché le eventuali pretese derivanti dallo scioglimento del contratto, in quanto derivanti dal fallimento, sono da considerare estranee all'oggetto della convenzione arbitrale.

L'unica eccezione si ha se la controparte fa valere il mancato venir meno del rapporto sostanziale oggetto della lite; in questo caso, visto quanto dispone l'art. 15 RI, direi che il curatore è ugualmente tenuto a partecipare al giudizio o ad impugnare il lodo.

Lodo pronunciato prima della dichiarazione di fallimento.

L'opponibilità del lodo al fallimento – In questa parte conclusiva parlerò del caso in cui, al momento della dichiarazione di fallimento, sia già stato pronunciato un lodo nei confronti del fallito relativo a rapporti patrimoniali inclusi nel fallimento.

Il lodo si intende pronunciato prima del fallimento se ha data certa anteriore allo stesso.

Non essendo gli arbitri pubblici ufficiali né incaricati di un pubblico servizio, la sottoscrizione e datazione del lodo da parte degli stessi non implica la certezza della data. A questo fine sarà sufficiente la notifica o il deposito a fini esecutivi del lodo (art. 825 c.p.c.)²⁷⁰.

In mancanza, sarà necessario che il lodo abbia acquisito data certa anteriore al fallimento in qualche altro modo.

A questo proposito una (condivisibile) dottrina ha rilevato che, essendo prevista all'art. 824 c.p.c. la comunicazione del lodo a mezzo di plico raccomandato, si potrebbe considerare la data della spedizione "data certa" ai fini dell'opponibilità del lodo²⁷¹.

²⁷⁰ Così ALESSANDRO BOSSI, già cit.

²⁷¹ In questo senso, GIOVANNI CABRAS, già cit., p.1532. Vedi anche, LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 213 n.11, il quale rileva che la giurisprudenza ritiene sufficiente l'apposizione del timbro postale sul documento (non sulla busta in cui è inserito). In questo

Aggiungo solo che l'art. 45 l.fall. prevede che *“le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti (in questo caso il lodo) ai terzi, se compiute dopo la dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori”*. Fra queste formalità vanno incluse anche la trascrizione della domanda d'arbitrato e la trascrizione del lodo²⁷².

Se il lodo è stato pronunciato prima del fallimento è sempre opponibile al curatore, tuttavia occorre distinguere a seconda che si tratti di lodo rituale oppure di lodo irrituale.

In quest'ultimo caso il curatore si troverà davanti un lodo con valore meramente negoziale (art.808 ter c.p.c.)²⁷³.

Nonostante sia ugualmente opponibile al fallimento, al fine di mettere in discussione quanto in esso viene stabilito è sufficiente che il curatore intenti un'autonoma impugnativa negoziale²⁷⁴ o che si limiti ad eccepire in via incidentale, in sede di giudizio di verifica del passivo e a fronte della domanda di ammissione

senso vedi Cass., sez. trib., 29 marzo 2006, n. 7312, in *Rep. Foro it.*, 2006, Tributi in genere [6820], n. 1333, *“Nel processo tributario, per la notificazione a mezzo posta dell'appello secondo le modalità fissate dall'art. 20, 2° comma, richiamato dall'art. 53, 2° comma, d.leg. 31 dicembre 1992 n. 546 (plico raccomandato senza busta con avviso di ricevimento) la data di presentazione delle raccomandate, consegnate all'ufficio postale, risultante dal timbro apposto sulla distinta-elenco predisposta dall'avvocatura generale dello stato (e allegata agli atti) è certa e validamente attestata, risultando da atto equipollente a quelli pure contenenti lo stesso timbro, sia che questo sia stato apposto sul piego postale, sia che lo sia stato sulla busta della raccomandata, secondo una prassi adottata dagli uffici postali, di notoria conoscenza, e riconducibile ad una nozione costituzionalmente adeguata delle dette disposizioni, anche in rispondenza della nozione ristretta delle inammissibilità processuali, posta a cardine interpretativo del processo tributario dalla corte costituzionale”*.

²⁷² Vedi, SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p.115.

²⁷³ Il legislatore parla esplicitamente di “lodo contrattuale”.

²⁷⁴ L'azione di annullamento rientra tra queste ultime. Per approfondire vedi, GIOVANNI VERDE, già cit., p.190, *“il lodo rituale è disciplinato dalla legge come «contratto». L'art. 808 ter ha reso possibile l'impugnazione di tipo negoziale per far valere vizi del procedimento, ma (...) non ha escluso la possibilità di far valere errori di sostanza”*; e PAOLO BIAVATI, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, Zanichelli, Bologna, 2007, p.171 e ss., in particolare p. 172/3. Il legislatore prende in considerazione all'art. 808 ter c.p.c. solo i vizi di annullabilità del lodo, ma l'elenco lì previsto *“non esaurisce le possibilità di attacco al lodo irrituale. Infatti, non va esclusa per chi vi ha interesse la possibilità di proporre domande di accertamento della nullità o inesistenza della determinazione degli arbitri, in base al codice civile”*.

fondata sul lodo, l'invalidità dello stesso.

Il giudice, in sede di verifica del passivo, potrà negare l'esistenza del diritto accertato dal lodo, ma per farlo, essendo il lodo stesso opponibile al fallimento, dovrà ritenere fondata l'impugnativa negoziale fatta valere in via d'eccezione dal curatore, da uno degli altri interessati o rilevabile d'ufficio²⁷⁵.

Non mi soffermerò ulteriormente sul punto; in seguito mi riferirò al solo lodo rituale.

A questo proposito, trovo particolarmente significative le parole di Massimo Montanari: *“se non vogliamo ridurre il disposto del nuovo art. 824 bis c.p.c. a lettera morta e l'equiparazione ivi istituita tra effetti del lodo ed effetti della sentenza deve comunque rivestire un concreto significato precettivo, tale equiparazione (...) va risolta nell'assoggettamento del lodo allo stesso regime processuale della sentenza”*²⁷⁶.

Ho già parlato della complessa posizione del curatore, il quale, a seconda dei casi, rispetto agli atti e rapporti riguardanti il fallito, può agire in giudizio sia in luogo del debitore, sia in veste di terzo; ora devo specificare che, qualunque posizione scelga di assumere, il lodo produrrà comunque i propri effetti: diretti, sulla sfera patrimoniale del fallito, e riflessi, su coloro che siano titolari di situazioni giuridiche dipendenti dalla situazione dedotta in giudizio, inclusi i creditori del fallito stesso²⁷⁷.

²⁷⁵ Così, MASSIMO MONTANARI, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di FERRUCCIO AULETTA, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 529, in particolare, p. 536 e ss.

²⁷⁶ MASSIMO MONTANARI, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, appena cit., p. 539.

²⁷⁷ Il tema è quello dei limiti soggettivi del giudicato. Art. 2909 c.c. *“l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”*. Al riguardo vedi SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 112 per i numerosi riferimenti bibliografici. Per approfondire vedi, inoltre, CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 2011, p. 416 e ss., in particolare p. 426, in cui sottolinea che il lodo non può essere assimilato in tutto e per tutto alla sentenza, tuttavia, per gli effetti *inter partes* che produce fin dalla sottoscrizione e indipendentemente dal decreto di esecutività o dalla scadenza del termine di impugnazione, può risultare

A questo punto occorre differenziare il discorso a seconda che il lodo sia ancora impugnabile alla data della dichiarazione di fallimento, oppure non lo sia più.

Cominciando dalla prima ipotesi; l'art. 96, comma 3, n.3 l.fall. prevede che siano ammessi al passivo con riserva “*i crediti* (ma lo stesso vale per ogni altro diritto da far valere nelle forme dell'accertamento di stato passivo) *accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento*”; aggiungendo, inoltre, che “*il curatore può proporre o proseguire il giudizio di impugnazione*”²⁷⁸.

Visto quanto detto in precedenza, ritengo che questa disposizione, pur riguardando esplicitamente solo le sentenze, in virtù dell'equiparazione prevista all'art. 824 bis c.p.c., si applichi allo stesso modo ai lodi non definitivi²⁷⁹.

pregiudizievole, oltre che per il soccombente, anche per i terzi. E' per questo che il legislatore ha previsto la possibilità di impugnare il lodo non solo con l'impugnazione per nullità, ma anche con l'impugnazione per revocazione e per opposizione di terzo (art. 827 c.p.c.). Vedi anche, FEDERICO CARPI, commento all'art. 824 bis c.p.c., in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di FEDERICO CARPI, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 586 e MASSIMO MONTANARI, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, appena cit., p. 534, “*anche da parte (...) di chi non intenda disconoscere l'intima qualità negoziale dei lodi rituali, difficile sarebbe negare loro l'attitudine alla proiezione ultra partes dei propri effetti là dove un'identica attitudine sia legittimamente predicabile quanto alle sentenze di analogo contenuto*”.

²⁷⁸ E' da ritenere che si applichi l'art. 328 c.p.c. in forza del quale, se nelle more del termine per impugnare una parte perde la propria capacità (in questo caso il fallito) “*il termine è interrotto e il nuovo decorre dal giorno in cui la notificazione della sentenza* (in questo caso del lodo) *è rinnovata* (nel nostro caso nei confronti del curatore). (...) *Se dopo sei mesi dalla pubblicazione della sentenza* (nel nostro caso dalla sottoscrizione del lodo) *si verifica alcuno degli eventi previsti dall'art. 299 c.p.c.* (che provocano l'interruzione del processo come appunto il fallimento di una parte), *il termine di cui all'articolo precedente* (il termine lungo di un anno) *è prorogato per tutte le parti di sei mesi dal giorno dell'evento*”. Così, con riguardo all'arbitrato, ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, già cit., p. 693.

²⁷⁹ In questo senso ma con riguardo al vecchio art. 95 comma 3 l.fall., FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p.304; DEBORAH MORINI, già cit., p.787; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., 119; ANTONIO CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p.110, in particolare p.115; ADELMO CAVALAGLIO, già cit., p. 714; e con riguardo all'attuale art. 96 comma 3 n.3 l.fall., MASSIMO MONTANARI, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel*

Le conseguenze di una simile interpretazione sono molto significative.

A differenza del procedimento arbitrale in corso, improcedibile con riguardo alle domande oggetto di accertamento dello stato passivo, se il procedimento arbitrale si è concluso prima della dichiarazione di fallimento sarà possibile l'impugnazione del lodo nelle sedi ordinarie.

Contro una simile conclusione un autorevole dottrina ha fatto valere l'incompatibilità tra arbitrato e accertamento di stato passivo²⁸⁰.

Al riguardo, ritengo possibile obiettare che l'incompatibilità attiene esclusivamente allo svolgimento del procedimento arbitrale, non riguarda invece l'oggetto dell'accertamento (crediti e altri diritti verso il fallito).

Se prima del fallimento il procedimento arbitrale si è già concluso non si verifica nessuna incompatibilità²⁸¹.

fallimento dopo la riforma, già cit., p. 540 ; SERGIO LA CHINA, già cit., p.348; e GIOVANNI CABRAS, già cit., p. 1531. Così Cass., 26 agosto 1998, n. 8495, in *Riv. Arbitrato*, 1999, p.705, n. CAVALAGLIO, "La regola contenuta nel 3° comma dell'art. 95 legge fall. - secondo la quale, se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, è necessaria l'impugnazione nel caso che non si voglia ammettere il credito al passivo del fallimento - trova applicazione anche quando un lodo arbitrale abbia rigettato o accolto parzialmente la domanda di accertamento del credito, con la conseguenza che, sopravvenuto il fallimento del debitore nel corso del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale (che ha natura di un vero e proprio giudizio di appello rispetto a quello svoltosi dinanzi agli arbitri) promosso dal creditore, esso deve proseguire davanti al giudice naturale dell'impugnazione (la suprema corte ha così cassato la sentenza della corte d'appello che, sopravvenuto il fallimento del debitore nel corso dell'impugnazione del giudizio arbitrale che aveva respinto le pretese di alcuni creditori, aveva dichiarato improcedibile l'impugnazione, sull'errato presupposto che tutte le domande di accertamento di crediti verso il fallito dovevano affluire nel procedimento concorsuale in sede di verifica del passivo)".

²⁸⁰ Così ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 65, "se si ammette (...) che in tema di verifica del passivo l'arbitrato è inammissibile, l'esclusione della necessità di proporre un'impugnazione, se non si vuole ammettere il credito al passivo, dovrebbe essere sicura"; e per la stessa ragione FILIPPO GHIGNONE, già cit., p.321.

²⁸¹ Così, SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p.119/120; e ANTONIO CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, già cit., p. 115. Un discorso simile si può fare anche con riguardo al procedimento di cognizione davanti a giudici statali. Se il processo ha ad oggetto pretese verso il fallito, il sopravvenuto fallimento, limitatamente alle stesse, impedisce l'ulteriore svolgimento del

Un'altra obiezione²⁸² contro l'applicabilità dell'art. 96 comma 3 n. 3 l.fall. in caso di lodi arbitrali è legata alla formulazione di questa norma.

La stessa si applica in presenza di una “sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato”; il problema è che anche se il lodo è equiparabile alla sentenza, gli arbitri non possono essere considerati dei giudici.

Capisco che l'applicazione ai lodi arbitrali di questo articolo possa apparire una forzatura del dato letterale, ma non credo che possa confliggere con la *ratio* della disposizione.

Se la giustificazione della deroga alla regola generale dell'accertamento in sede fallimentare è da rinvenire nell'interesse ad *“utilizzare ai fini del concorso fallimentare una attività processuale e decisoria svoltasi compiutamente, seppur non definitivamente in sede extrafallimentare ed evitare in tal modo una inspiegabile, inutile e dispendiosa duplicazione di giudizi con possibilità di contrasto tra loro”*²⁸³; se il fulcro della norma poggia soprattutto sull'esistenza di una pronuncia giurisdizionale con efficacia equivalente a quella delle sentenze (più che sul soggetto che la emette); allora l'art. 96 comma 3 n. 3 l.fall. può trovare applicazione anche in caso di lodi arbitrali.

A mio parere, la formula utilizzata dal legislatore, piuttosto

processo stesso; in questo caso l'attore dovrà presentare domanda di insinuazione al passivo e il giudice incaricato della formazione dello stato passivo potrà decidere liberamente in ordine alla domanda presentata. Al contrario, se prima del fallimento il procedimento si è concluso con la pronuncia di una sentenza, a meno che non consenta l'ammissione (seppur con riserva) allo stato passivo, occorrerà che il curatore impugni la sentenza o prosegua l'impugnazione già promossa. Vedi Cass., 27 novembre 2002, n. 16758, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 2003, p. 1276, *“In base all'art. 95, 3° comma, legge fall., (analogo all'attuale art. 96 comma 3 n.3 l.fall.) non si verifica l'improseguibilità della domanda giudiziaria avente ad oggetto un credito vantato nei confronti di un ente sottoposto a liquidazione coatta amministrativa, nel corso del giudizio, quando, prima che l'avvio della procedura di liquidazione coatta sia ritualmente comunicato e formalmente acquisito al processo, sia stata già pronunciata sentenza accertativa del credito, anche se non ancora passata in giudicato”*.

²⁸² Così, ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, già cit., p.118.

²⁸³ Così ADELMO CAVALAGLIO, già cit., p.715.

che limitare l'ambito di applicazione della norma, è stata pensata al fine di dare alla stessa la maggior estensione possibile, evitando che il principio in essa espresso trovi un limite nella natura speciale o ordinaria del giudice²⁸⁴.

Anche per questo rimango favorevole alla sua applicazione ai lodi arbitrali.

Quanto alle impugnazioni esperibili dal curatore, sono quelle previste dall'art. 827 c.p.c., cioè l'impugnazione per nullità (disciplinata agli art. 828, 829, 830 cp.c.), la revocazione e l'opposizione di terzo²⁸⁵.

Le prime due proponibili da chi è stato parte del giudizio arbitrale (in questo caso il curatore dovrà agire in luogo del debitore); l'ultima proponibile dai terzi.

Se il contratto al quale si riferisce il lodo era ancora pendente al momento della dichiarazione di fallimento, il curatore che ha scelto di non subentrare nello stesso potrà proporre solo quest'ultima impugnazione, sempre che sussistano i necessari presupposti; in questo caso, infatti, il curatore si presenta necessariamente come terzo.

La dottrina²⁸⁶ ha ricavato dall'art. 96, comma 3, n. 3 l.fall. due corollari: salvo non si accetti la statuizione sull'*an* e si discuta solo il *quantum*, è necessaria l'impugnazione anche del lodo di condanna generica; e, infine, nella misura in cui il lodo è favorevole al fallito, la controparte *in bonis* che intende contestarlo è tenuta anch'essa a proporre impugnazione²⁸⁷.

²⁸⁴ Così, GUIDO UMBERTO TEDESCHI, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di ANTONIO DIDONE, Utet, Torino, 2009, p. 991, "prevedendo espressamente la norma l'accertamento del credito con sentenza di giudice ordinario o speciale, si esclude ogni differenza tra le sentenze in riferimento al giudice che le abbia pronunciate".

²⁸⁵ Art. 827 c.p.c. "Il lodo è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo. I mezzi di impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo (...)". Al riguardo vedi ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, già cit., p.629 e ss.

²⁸⁶ Così LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 215.

²⁸⁷ Così, in riferimento al vecchio art. 95, comma 3 l.fall. (norma sostanzialmente conforme

Più in generale, concordo con Simonetta Vincre nel dire che l'art. 96, comma 3, n. 3 l.fall. è espressione “*di un principio generale di «conservazione» dell'attività giurisdizionale prefallimentare*”, e (stando così le cose) lo stesso principio deve trovare applicazione ogni volta che prima del fallimento sia stato emesso un provvedimento giurisdizionale; anche se si resta fuori dall'oggetto dell'accertamento di stato passivo; anche se si tratta di un lodo e non di una sentenza²⁸⁸.

Passiamo quindi al caso del lodo non più impugnabile alla data della dichiarazione di fallimento²⁸⁹.

all'attuale art. 96, comma 3, n.3 l.fall.) Cass., 13 dicembre 1986, n.7492, *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 1987, p. 473; e in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1987, II, p. 370, “*La norma dell'art. 95, 3° comma, l. fall., secondo la quale, se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, è necessaria l'impugnazione se non si vuole ammettere il credito al passivo del fallimento, trova applicazione tanto nell'ipotesi in cui sia il curatore a non accettare la sentenza di condanna, quanto nella diversa ipotesi in cui sia il creditore a dolersi del rigetto o dell'accoglimento parziale della domanda, con la conseguenza che il giudizio di appello deve essere proposto (o, se già proposto, proseguire), innanzi al giudice naturale dell'impugnazione*”; e Cass., sez. lav., 27 agosto 2007, n. 18088, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 1289, n. CORRADO, “*La norma dell'art. 95, 3° comma, r.d. 16 marzo 1942 n. 267 - la quale, in tema di formazione dello stato passivo nel procedimento fallimentare, stabilisce che, se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, è necessaria l'impugnazione per escluderne l'ammissione al passivo - va interpretata estensivamente e trova perciò applicazione (oltre che nel caso di pronuncia affermativa del credito) anche nel caso di sentenza, non ancora passata in giudicato, che abbia rigettato (anche solo in parte) la domanda del creditore, con la conseguenza che, intervenuto il fallimento del debitore successivamente a tale decisione, il creditore, per evitare gli effetti preclusivi derivanti dal passaggio in giudicato della medesima, deve proporre impugnazione in via ordinaria nei confronti del curatore del fallimento, che è legittimato non solo a proporre l'impugnazione ma anche (passivamente) a subirla*”.

²⁸⁸ Vedi, SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p. 119, anche per i riferimenti bibliografici. Vedi anche ADELMO CAVALAGLIO, già cit., p.718; GIUSEPPE SANTAGADA, *Sulle impugnazioni esperibili dal curatore fallimentare avverso un lodo rituale pronunciato anteriormente alla dichiarazione di fallimento e sulle possibili ripercussioni derivanti dal nuovo comma 5 dell'art.72 l.fall.*, in *Riv. arbitrato*, 2006, II, 712, in particolare p. 715, “*anche di fronte al fallimento i provvedimenti giurisdizionali non possono essere dichiarati inefficaci o inopponibili se non da una norma specifica*” e MASSIMO MONTANARI, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, già cit., p.541.

²⁸⁹ Il riferimento alla non impugnabilità non va inteso in senso assoluto, come se non fosse più possibile esercitare nessun tipo di impugnazione, va riferito alla sola impugnativa per nullità. Così ALESSANDRO BOSSI, già cit., il quale, pur dando atto della difficoltà di parlare di “lodo passato in giudicato”, considera l'impugnazione per nullità il mezzo ordinario di impugnazione. Sul punto vedi ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato, titolo VIII*,

Il lodo sarà pienamente opponibile al fallimento²⁹⁰.

Alla luce di quanto detto in ordine all'equiparazione del lodo alla sentenza (in questo caso passata in giudicato); in sede di verifica del passivo non potrà essere messo in discussione quanto risulti in esso definitivamente accertato²⁹¹.

Il credito o il diritto dovrà essere ammesso allo stato passivo, oppure l'ammissione potrà essere respinta, ma per ragioni estranee all'accertamento contenuto nel lodo²⁹².

Il curatore potrà in ogni caso, sempre che sussistano i necessari presupposti, esercitare contro il lodo le impugnazioni straordinarie (revocazione e opposizione di terzo)²⁹³.

libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840, già cit., p. 648, "... le singole impugnazioni sono idonee ad influire in maniera diversa sul regime di stabilità del lodo. Lo dimostra (...) l'art.829, n.8, in base al quale un lodo è annullabile se contrario ad un precedente lodo emesso tra le stesse parti e non più «impugnabile»: se, come è ragionevole ritenere, il legislatore si riferisce all'impugnativa per nullità, ne consegue che il mancato esperimento di quest'ultimo mezzo di impugnazione – nel termine previsto – (...) condiziona la possibilità di avvalersi della pronuncia arbitrale per togliere di mezzo una successiva decisione di segno contrario. Così opinando, dunque, il lodo non può essere suscettibile di declaratoria di nullità acquista una stabilità particolarmente intensa ...". I termini per presentare questa impugnazione sono: 90 giorni dalla notifica del lodo e un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione (art. 828 commi 1 e 2 c.p.c.).

²⁹⁰ Così anche ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p.66.

²⁹¹ Vedi, LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 213; in riferimento al caso di condanna generica passata in giudicato, Cass., 29 aprile 1999, n. 4317, in *Rep. Foro it.*, 1999, Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord. [3980], n. 39, "L'assoggettamento di una società alla procedura di liquidazione coatta amministrativa comporta (non il temporaneo difetto di giurisdizione del giudice ordinario a conoscere delle pretese creditorie, ma) la sola temporanea improponibilità delle domande individuali da parte dei creditori, con la conseguenza che, in presenza di una sentenza definitiva di riconoscimento dell'an del credito vantato, il cui presupposto logico e giuridico consiste, evidentemente, nell'affermazione della proponibilità della relativa domanda, deve riconoscersi la presenza di un giudicato interno implicito su tale punto, e ritenersi, per l'effetto, preclusa la riproposizione, nel successivo giudizio sul quantum, della questione relativa alla pretesa improponibilità della domanda".

²⁹² In particolare il curatore potrà far valere l'inefficacia o la revocabilità del titolo da cui deriva il diritto (art. 64 e ss. l.fall.). Per approfondire vedi LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 214.

²⁹³ Così GIOVANNI CABRAS, già cit., p.1532. A questo proposito, se l'oggetto del lodo attiene alla verifica di stato passivo, ritengo sia importante riflettere su quanto affermato da ADELMO CAVALAGLIO, già cit., p.715 e ss.

Il problema da lui segnalato attiene al coordinamento della verifica di stato passivo con la possibilità di esercitare un'impugnazione straordinaria contro il lodo che riconosce l'esistenza di crediti o altri diritti a favore del soggetto *in bonis*. In pratica, a suo giudizio, il giudice

L'azione revocatoria nei confronti dei lodi arbitrali – Per concludere resta da capire se il curatore possa esercitare l'azione revocatoria fallimentare nei confronti dei lodi arbitrali al fine di renderli inopponibili al fallimento²⁹⁴.

Prima di entrare nel merito vorrei premettere che essendo pacifica la revocabilità sia degli atti sostanziali oggetto della

delegato si trova di fronte ad una scelta: o autorizza il curatore a proporre l'istanza di revocazione o di opposizione di terzo contro il lodo, e allora ammette il credito con riserva in applicazione analogica dell'art. 96 comma 3 n.3 l.fall (p.715, in realtà questa dottrina richiama il vecchio art. 95 comma 3 l.fall. che prevedeva semplicemente la prosecuzione dell'impugnazione in sede ordinaria); o ammette senza riserva il credito al passivo (p. 716). Decisamente da escludere che possa limitarsi, a fronte della pronuncia non più impugnabile, ad escludere il credito costringendo il creditore a presentare opposizione allo stato passivo.

Ciò detto, prosegue la sua analisi ipotizzando che emergano solo in seguito, una volta divenuta definitiva l'ammissione del credito, dei vizi del lodo tali da giustificare la sua impugnazione straordinaria; l'unico mezzo per ottenere l'esclusione del credito dallo stato passivo sarà chiedere la revocazione del provvedimento di ammissione ai sensi dell'art. 98 l.fall. (in realtà il riferimento è al vecchio art. 102 l.fall.) Si tratta di un'impugnazione che, naturalmente, non può investire direttamente il lodo, quindi occorrerà che il curatore, oltre a impugnare il lodo nelle forme ordinarie, contemporaneamente e contestualmente, proponga anche l'istanza di revocazione ai sensi dell'art. 98 l.fall. Il risultato sarà, continua Cavalaglio, (vista la pregiudizialità del giudizio in sede extrafallimentare), la sospensione dell'impugnazione in sede fallimentare in attesa della definizione dell'impugnazione del lodo in sede extrafallimentare.

A mio parere, quest'ultima soluzione (l'impugnazione del provvedimento di ammissione del credito e contestuale impugnazione straordinaria in sede extrafallimentare con sospensione del procedimento in sede fallimentare) dovrebbe valere sempre. Non mi convince infatti, l'applicazione analogica dell'art. 96 comma 3 n.3 l.fall. Il legislatore parla esplicitamente di pronunce ancora impugnabili, ne deriva, a contrario, che se la pronuncia è definitiva il diritto va necessariamente ammesso allo stato passivo. Vedi, T. Mantova, 13 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II,625, in cui si afferma: a) *“La disciplina di cui all'art. 95, l. fall., trova applicazione anche nell'ipotesi di sentenze passate in giudicato nei confronti delle quali sia proponibile l'opposizione di terzo revocatoria”*; b) *“Non è applicabile la disciplina prevista per la continenza di cause, perché la competenza a giudicare su di essi ha carattere funzionale in entrambi i casi e non può darsi luogo all'assorbimento dell'uno davanti al giudice dell'altro. La “vis attractiva” del foro fallimentare non prevale sulla competenza funzionale del giudice dell'impugnazione”*; e c) *“Tra il giudizio di impugnazione del decreto ingiuntivo da cui risulta il credito - nella fattispecie, opposizione di terzo revocatoria - e il giudizio di opposizione allo stato passivo non sussiste litispendenza, perché il primo non è sostitutivo del secondo e perché quest'ultimo non ricomprende l'oggetto specifico dell'opposizione di terzo revocatoria”*.

²⁹⁴Il riferimento è all'azione revocatoria fallimentare perché, a differenza dell'azione revocatoria ordinaria, la revocatoria fallimentare non presuppone che l'atto sia compiuto dal debitore (ad es. è possibile la revoca dell'ipoteca giudiziale), né è impedita dal fatto che l'atto sia dovuto (ad es. è possibile revocare il pagamento di un debito scaduto). Vedi a questo proposito, in generale, LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p. 149 e ss., in particolare, p. 150.

pronuncia, sia degli atti esecutivi della stessa, queste vanno considerate le vie principali per rimuovere le conseguenze pregiudizievoli che possono derivare all'amministrazione fallimentare dalla pronuncia degli arbitri; il che dimostra la limitata rilevanza pratica del quesito inizialmente posto²⁹⁵.

Ciò detto, pur essendo tendenzialmente negata questa possibilità²⁹⁶, sul punto esistono opinioni discordanti²⁹⁷.

In caso di lodo irrituale la risposta favorevole è più facile da sostenere trattandosi, per espressa previsione di legge (art. 808 ter c.p.c.), di una determinazione avente valore contrattuale²⁹⁸.

Diverso discorso va fatto in caso di lodo rituale. Soprattutto la giurisprudenza nega in radice che l'azione revocatoria fallimentare possa avere ad oggetto una pronuncia giurisdizionale; dato che il lodo rituale in base all'art. 824 bis c.p.c. ha "*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*", la revoca dello stesso verrebbe probabilmente rifiutata.

Una dottrina²⁹⁹, dato che la revocatoria fallimentare può avere ad oggetto anche atti di terzi ed atti dovuti, ritiene che i lodi rituali (così come le sentenze) nella misura in cui producono effetti diretti sul patrimonio del fallito, siano astrattamente suscettibili di essere revocati tramite revocatoria fallimentare.

²⁹⁵ Aggiungo solo che se il pregiudizio deriva dalle dispendiose spese di svolgimento del procedimento arbitrale è pacifica la revocabilità, sempre che ci siano i necessari presupposti, dei relativi pagamenti (agli arbitri, ai difensori, all'ente gestore dell'arbitrato, ai consulenti ecc.).

²⁹⁶ Favorevole alla revocabilità qualora si ravvisi nel negozio compromissorio un atto di disposizione indiretta del diritto SALVATORE SATTA, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1990, p. 237; in questo senso FRANCESCA VESSIA, già cit., p.804, favorevole per questo motivo alla revocabilità dei lodi d'equità. A questo proposito (visto che il solo effetto degli accordi compromissori è la devoluzione di una lite agli arbitri invece che a giudici statali) ho già negato in precedenza questa possibilità.

²⁹⁷ In generale, vedi, SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p.122, anche per gli ampi richiami bibliografici; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 100; FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 305; DEBORAH MORINI, già cit., p.787; FRANCESCA VESSIA, già cit., p.804.

²⁹⁸ Così, FRANCESCA VESSIA, già cit., p. 804, la quale afferma inoltre che "*anche dalla nuova disciplina delle cause di annullamento si trae conferma dell'ammissibilità della revocatoria del lodo-contratto essendo l'annullamento equiparabile ai rimedi impugnatori avverso i contratti, per i quali non c'è ragione di escludere la revocabilità ...*".

²⁹⁹ Così SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit. p. 126.

La dottrina prevalente, invece, ritiene, a mio parere giustamente, che il solo modo per rimuovere gli effetti pregiudizievoli che derivano dalle sentenze e dai lodi rituali è esercitare una delle impugnazioni previste dall'ordinamento³⁰⁰.

Stando così le cose la revoca è pensabile solo in caso di lodi irrituali.

Ciò detto, altri dubbi sono stati avanzati in relazione al tipo di pronuncia contenuta nel lodo.

La suddetta dottrina³⁰¹, infatti, ha negato la revocabilità dei lodi a meno che non abbiano efficacia costitutiva perché negli altri casi (mero accertamento e condanna) *“la tutela offerta dal provvedimento è meramente dichiarativa, ed il lodo non provoca quindi quella modificazione patrimoniale, che l'utile esperimento della azione revocatoria rende inefficace per i creditori”*.

Si potrebbe opporre a questa argomentazione quanto affermato da un autorevole dottrina³⁰² circa l'efficacia dei *“fatti di accertamento”*³⁰³.

³⁰⁰ Così, FRANCESCA VESSIA, già cit., p. 804, la quale afferma che la revocatoria fallimentare non può essere assimilata ai mezzi di impugnazione delle sentenze *“che sono assolutamente tassativi ed incompatibili con altri rimedi processuali”*; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 100; e FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 305; in giurisprudenza, Cass., 16 gennaio 1992, n. 497, in *Vita notarile*, 1992, 558, *“L'azione revocatoria, di cui all'art. 2901 c.c., non è esperibile, da parte dei creditori del promittente venditore, contro le sentenze emesse, ai sensi dell'art. 2932 c.c., nei confronti del debitore e ricollegabili ad un preliminare stipulato preordinatamente o scientemente in loro danno: ciò in quanto detti creditori sono soggetti essi medesimi all'efficacia della sentenza, se non rimossa, in mancanza di intervento adesivo dipendente nel relativo giudizio, mediante esperimento dell'opposizione di terzo revocatoria ex art. 404, 2° comma, c.p.c.”*; la stessa decisione è stata riprodotta in altre pronunce successive, Cass., 11 ottobre 2006, n. 21813, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 2007, p. 277, n. TRENTINI; e Cass., 28 settembre 2011, n. 19804, in *Rep. Foro it.*, 2011, Revocatoria (azione) [5800], n. 16. In tutti questi casi ad essere esercitata è stata l'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.). Trovo sia significativo che la motivazione, invece di basarsi su altri aspetti, ad esempio che la pronuncia non possa essere considerata un atto del fallito o che è mancato un atto di disposizione del patrimonio, si basi principalmente sulla natura dell'atto (nei casi di specie una sentenza ma lo stesso varrebbe per un lodo rituale) per negare la sua soggezione all'azione revocatoria e per affermare l'esclusiva impugnabilità dello stesso tramite opposizione di terzo revocatoria. Mi sembra di leggere in controluce il netto rifiuto della giurisprudenza di usare questo strumento contro una pronuncia giurisdizionale.

³⁰¹ Così SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, già cit., p.126.

³⁰² ANGELO FALZEA, *Enciclopedia del diritto*, Accertamento (teoria generale), Annali I, 1958.

I fenomeni giuridici, secondo questa ricostruzione, possono avere tre diversi tipi di efficacia: *“efficacia costitutiva in cui la situazione giuridica statuita dalla norma diverge, in modo netto e giuridicamente apprezzabile, dalla situazione giuridica preesistente”*; *“efficacia dichiarativa in cui la situazione giuridica statuita dalla norma converge, nell’essenziale, con la situazione giuridica preesistente”*; e, infine, *“efficacia preclusiva in cui la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità) della situazione giuridica preesistente”*.

Quand’anche la struttura dei “fatti di accertamento” come i lodi *“fosse interamente del tipo dichiarativo, non per questo l’effetto giuridico dovrebbe appartenere al tipo dichiarativo”*.

Il loro scopo è *“superare, mediante una vincolativa determinazione della realtà giuridica, l’ostacolo frapposto alla realizzazione dei valori giuridici, dalla esistenza di una contestazione (...) da parte dei soggetti coimplicati da codesti valori”*; per fare ciò occorre che l’effetto dell’accertamento sia la *“preclusione di qualsiasi indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento”*.

Dato l’effetto preclusivo di ulteriori contestazioni, il curatore avrebbe interesse, per rimuovere il lodo e il pregiudizio che ne deriva, a chiedere la revoca dello stesso anche se la pronuncia che contiene è di mero accertamento o di condanna. In pratica, infatti, quanto accertato potrebbe anche divergere rispetto alla situazione giuridica preesistente rivelandosi, così, pregiudizievole per il patrimonio del fallito.

Il lodo, ad esempio, potrebbe aver escluso dal patrimonio del fallito, attribuendone la titolarità ad un terzo, un certo bene. Se le cose stanno così, occorre che il giudice, al fine di ritenere fondata la domanda di revoca del lodo, verifichi se il credito o il diverso diritto accertati in capo al terzo sono “derivati” dalla

³⁰⁵ Strutturalmente sono descritti come *“processi spirituali orientati verso la situazione spirituale della certezza”*.

pronuncia non corrispondendo alla situazione patrimoniale preesistente del fallito³⁰⁴.

Ammissa in questi termini la revocabilità, resta da capire come vada qualificato il lodo irrituale; va considerato un atto a titolo gratuito o un atto a titolo oneroso?

Una parte degli interpreti, dato che proviene da terzi imparziali, gli arbitri, lo considera un atto “neutro”; nega, quindi, che possa essere ricondotto all’una o all’altra categoria e che sia revocabile³⁰⁵.

Una dottrina³⁰⁶, invece, a mio parere forzando decisamente i dati normativi, trattandosi di un “*atto reciprocamente accettato dalle parti come fonte volontaria di obbligazioni*”, lo ha qualificato come atto a titolo oneroso.

Questa è la sola via per ritenere ammissibile la revoca dei lodi irrituali; come si può notare è irta di ostacoli.

Concludo ricordando che si ammette pacificamente la revoca dell’ipoteca giudiziale; lo stesso naturalmente deve valere se l’ipoteca è stata iscritta in base ad un lodo rituale divenuto esecutivo.

³⁰⁴ Affinché l’atto sia pregiudizievole per i creditori occorre alternativamente che comporti: o una diminuzione del patrimonio del debitore (atti direttamente pregiudizievoli); o un alterazione del patrimonio dal punto di vista qualitativo (es. la sostituzione con beni facilmente occultabili o di difficile realizzo); o, infine, la destinazione di alcuni beni al soddisfacimento preferenziale o esclusivo di determinati creditori (es. ipoteca). Così LINO GUGLIELMUCCI, già cit., p.149 e ss.

³⁰⁵ Così, FRANCESCO DEL VECCHIO, già cit., p. 305; e ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, già cit., p. 100.

³⁰⁶ Così, FRANCESCA VESSIA, già cit., p. 804.

CONCLUSIONI

Non c'è nulla di più tipicamente pubblico dell'esercizio della giurisdizione.

Il fenomeno arbitrale sfida il comune convincimento che la giustizia sia un'esclusiva del potere statale.

Difficile negare l'esistenza di un istintivo scetticismo di fronte a questo istituto.

Per quanto mi riguarda non ne sono certo immune.

Nel corso del presente scritto più volte mi sono trovata di fronte ad una scelta: se sia meglio applicare alla materia arbitrale le norme dettate per i rapporti sostanziali, oppure se non sia più giusto guardare all'arbitrato come al procedimento giurisdizionale che in effetti è, negando, quindi, rilevanza alle disposizioni dettate per i rapporti sostanziali.

Mi viene in mente, in particolare, la discussa applicazione dell'art. 72 l.fall. alle convenzioni arbitrali stipulate prima del fallimento.

E' davvero possibile considerarle "contratti pendenti" perché il procedimento arbitrale del quale pongono le premesse non è iniziato?

E prima ancora; se quella norma è volta a disciplinare situazioni di pendenza connesse a rapporti di carattere patrimoniale, si può applicarla alle convenzioni arbitrali che non producono effetti sul piano economico, ma solo sul piano della disciplina, per di più processuale, del rapporto?

Il fatto che siano strettamente legate alla valutazione

soggettiva dei compromittenti ³⁰⁷ può bastare a giustificare il potere di scelta del curatore tra subentro e scioglimento dalle stesse?

La stessa varietà di approcci in ordine a questo problema e, più in generale, riguardo ai rapporti fra arbitrato e fallimento, è piuttosto rivelatrice.

Il fatto è che l'arbitrato, come anche il fallimento, sono istituti che si collocano a cavallo tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Stando così le cose non esiste una prospettiva sempre preferibile, solo sostanziale o solo processuale.

Sarà compito dell'interprete, di volta in volta, stabilire quale sia la soluzione migliore. E non sono escluse neppure influenze trasversali tra i due piani.

Certo gli esiti di una simile riflessione non possono essere sempre omogenei.

L'introduzione dell'art. 83 bis l.fall. manifesta, indirettamente, un certo *favor* del legislatore nei confronti dell'arbitrato (se non altro perché chiarisce che l'arbitrato non è, come pure si sostenne, incompatibile con il fallimento), tuttavia non chiude certo il dibattito relativo ai rapporti tra arbitrato e fallimento.

Ancora oggi i dubbi sono molti e investono praticamente ogni aspetto del complessivo rapporto tra i due istituti.

Non solo. Spesso le risposte date, seppur convincenti se considerate singolarmente, non sono in armonia tra loro e il quadro complessivo può lasciare alquanto perplessi.

Un esempio fra tutti riguarda il caso del procedimento arbitrale in corso al momento della dichiarazione di fallimento.

Il procedimento in sé può proseguire e il lodo, una volta pronunciato, essere opponibile al fallimento, ma l'incarico degli arbitri, trovando origine in un rapporto contrattuale ancora

³⁰⁷ Così ENZO CAPACCIOLI, già cit., p.550.

pendente, resta soggetto alla disciplina generale di cui all'art. 72 l.fall. col risultato che una delle parti, l'amministrazione fallimentare, ha il potere di scegliere se subentrare nel rapporto con gli arbitri oppure se sciogliersi dallo stesso e ottenere la loro sostituzione.

Non occorre essere particolarmente malfidenti per immaginare, soprattutto se il procedimento è ad uno stadio piuttosto avanzato, che il curatore e il comitato dei creditori nel decidere, più che agli aspetti economico/patrimoniali del rapporto con gli arbitri, faranno attenzione all'andamento del processo e a quale sia il possibile esito dello stesso.

Un risultato davvero difficile da accettare, soprattutto alla luce del principio che vuole gli arbitri imparziali durante tutto lo svolgimento del procedimento.

Sarà infatti loro interesse, mi sembra, che il rapporto prosegua (se non altro per vedersi pagare in prededuzione piuttosto che partecipare al concorso per chiedere il pagamento del compenso per l'attività svolta fino alla dichiarazione di fallimento).

Mi chiedo se la tutela dei principi del giusto processo non possa giustificare, se non altro *de iure condendo*, una deroga alla regola generale dell'art. 72 l.fall.

Sarebbe singolare, ma forse non così inconcepibile, che al fine di assicurare il corretto svolgimento del procedimento arbitrale si intervenga sulla disciplina sostanziale dei rapporti pendenti. Come ho detto i due piani, sostanziale e processuale, spesso finiscono per intrecciarsi fra loro.

Finora mi sono soffermata sugli aspetti, per così dire, più problematici.

Non vorrei dare, però, l'impressione che l'arbitrato sia un istituto da evitare o in cui è bene non imbattersi; e mi riferisco non solo ai curatori fallimentari, ma agli operatori economici in generale.

Al contrario, ritengo che sia uno strumento che può risultare, anche in caso di fallimento, vantaggioso ed efficiente.

E' inutile che mi dilunghi sui tempi della giustizia, è noto a tutti il problema.

L'arbitrato è un mezzo per accelerare la definizione delle controversie.

Attraverso questo istituto le parti otterranno un lodo contenente l'accertamento di uno o più diritti; un accertamento che, se rituale, potrà divenire definitivo, precludendo ulteriori contestazioni.

Per questa sua caratteristica può essere preferito ad altri strumenti (es. le transazioni) che, invece, richiedono alle parti di acconsentire a reciproche concessioni.

Occorre aggiungere, in secondo luogo, che l'arbitrato è diffuso soprattutto nelle liti transfrontaliere.

In questo ambito è apprezzato soprattutto per la sua versatilità.

Non sono le parti a doversi adattare alle realtà giurisdizionali dei diversi Stati, è l'istituto arbitrale che si uniforma alle esigenze delle parti.

Per non esagerare, sconfinando in una oltremodo noiosa apologia dell'arbitrato, mi limiterò a queste brevi osservazioni.

Sono convinta che gli operatori economici, se questo istituto riuscirà a dare buona prova di sé, non tarderanno ad usufruirne anche in caso di fallimento.

Le incertezze che, purtroppo, ancora circondano i rapporti tra arbitrato e fallimento potrebbero costituire una remora, tuttavia trovo incoraggiante la recente tendenza, sia dottrinale che giurisprudenziale, ad estendere l'area della compromettibilità delle liti fallimentari.

L'apertura nei confronti dell'arbitrabilità delle liti derivanti dal fallimento potrebbe suggerire un maggior impiego, in futuro, di

questo istituto.

Difficile, se non impossibile, fare delle previsioni.

Solo il tempo e il progressivo lavoro degli interpreti potranno fornire le risposte certe che, seppur necessarie, ancora mancano; nel frattempo occorre giudicare con prudenza ogni opzione ermeneutica proposta.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- ❖ ABETE LUIGI, in *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al D.L. 35, 2005 e al D. lgs. 5, 2006)*, a cura di JORIO ALBERTO, FABIANI MASSIMO, Zanichelli, Bologna, 2006/2007.
- ❖ APICE UMBERTO, *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, I, Giappichelli, Torino, 2010.
- ❖ BELLE' ROBERTO, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2011, p. 5.
- ❖ BERNINI GIORGIO, *L'arbitrato, diritto interno convenzioni internazionali*, Clueb, Bologna, 1993.
- ❖ BIANCO ROSANNA, *Questioni in tema di competenza del tribunale fallimentare e di azioni proposte dal curatore*, in *Giur. Merito*, 1989, I, p. 596, nota a Trib. Orvieto 4 novembre 1987.
- ❖ BIAVATI PAOLO, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di CARPI FEDERICO, Zanichelli, Bologna, 2007.
- ❖ BIAVATI PAOLO, *Arbitrato internazionale*, in *Arbitrati speciali*, a cura di CARPI FEDERICO, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 393.
- ❖ BONELLI GUSTAVO, *Del fallimento: commento al codice di commercio*, Vallardi, Milano, 1923.
- ❖ BONFATTI DAVIDE ALFONSO, *Versamenti dei soci e*

- competenza del giudice*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2000, pag. 771.
- ❖ BONSIGNORI ANGELO, *Il fallimento*, in *Trattato di dir. Pubbl. e dell'economia*, diretto da GALGANO FRANCESCO, Cedam, Padova, 1986.
 - ❖ BONSIGNORI ANGELO, *Arbitrati e fallimento*, Cedam, Padova, 2000.
 - ❖ BORGHESI DOMENICO, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di CARPI FEDERICO, Zanichelli, Bologna, 2007.
 - ❖ BOSCO MAURO, PAJARDI PIERO, *Il curatore del fallimento: ruoli, funzioni, compiti, facoltà, responsabilità del curatore e delle figure affini*, Giuffrè, Milano, 2000.
 - ❖ BOSSI ALESSANDRO, *Rapporti tra arbitrato e fallimento dopo le riforme*, consultabile al sito www.latribuna.corriere.it.
 - ❖ BOZZA GIUSEPPE, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1993, I, p. 477.
 - ❖ CABRAS GIOVANNI, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, a cura di RUBINO SAMMARTANO MAURO, Cedam, Padova, 2010, Tomo II, p. 1509.
 - ❖ CANALE GUIDO, commento art. 83 bis, in *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al D.L. 35, 2005 e al D. lgs. 5, 2006)*, a cura di JORIO ALBERTO, FABIANI MASSIMO, Zanichelli, Bologna, 2006/2007.
 - ❖ CAPACCIOLI ENZO, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1959, p. 537.
 - ❖ CARPI FEDERICO, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di CARPI FEDERICO, Zanichelli, Bologna, 2007.
 - ❖ CARRATTA ANTONIO, *Arbitrato rituale su credito e*

- interferenze con la verifica del passivo*, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 101.
- ❖ CARRATTA ANTONIO, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p.110.
 - ❖ CARRATTA ANTONIO, *Enciclopedia del diritto*, Processo sommario (dir. proc. civ.), Annali II-1, 2008.
 - ❖ CASELLI GIOVANNI, *Degli organi preposti al fallimento: art. 23-41*, Zanichelli, Bologna; Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1977, p. 59.
 - ❖ CASSESE FEDERICA, *Clausola compromissoria e fallimento*, in *Riv. Dott. Commercialisti*, 2003, p. 351.
 - ❖ CASTAGNOLA ANGELO, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di AULETTA FERRUCCIO, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 169.
 - ❖ CATTANEO ALBERTO, *Arbitrato e fallimento*, in *Impresa commerciale e industriale*, 2004, p. 629.
 - ❖ CAVALAGLIO ADELMO, *Sui rapporti tra clausola compromissoria, processo arbitrale, lodo rituale e giudizio fallimentare di verifica dei crediti*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 705.
 - ❖ CAVALLINI CESARE, *L'arbitrato rituale: clausola compromissoria e processo arbitrale*, Egea, Milano, 2009.
 - ❖ COLESANTI VITTORIO, *Giudizio arbitrale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1998, Parte prima, I, p.166.
 - ❖ DE CESARI PATRIZIA, MONTELLA GALEAZZO, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Giuffr , Milano, 2004.
 - ❖ DELLA VEDOVA ILARIA, nota senza titolo a Cass. 4

- settembre 2004 n.17891, in *La nuova giurisprudenza civ. commentata*, 2005, parte prima, tomo II, p. 868.
- ❖ DEL VECCHIO FRANCESCO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1986, I, p. 285.
 - ❖ DE SANTIS FRANCESCO, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di DIDONE ANTONIO, Utet, Torino, 2009.
 - ❖ DE SANTIS FRANCESCO, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di AULETTA FERRUCCIO, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 357.
 - ❖ DE SEMO GIORGIO, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1968.
 - ❖ FABIANI MASSIMO, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna, 2011.
 - ❖ FARINA MARCO, commento all'art. 83 bis l.fall., in *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. 2, a cura di GHIA LUCIO, PICCININI CARLO, SEVERINI FAUSTO, Utet, Torino, 2010, p. 627.
 - ❖ FAUCEGLIA GIUSEPPE, PANZANI LUCIANO, *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2009.
 - ❖ FERRARA FRANCESCO, voce «Curatore del fallimento», in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 523.
 - ❖ FERRARA Jr. FRANCESCO, BORGIOI ALESSANDRO, *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995.
 - ❖ FRASCAROLI SANTI ELENA, *Controversie relative a procedure concorsuali*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di RUBINO SAMMARTANO MAURO, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 185.

- ❖ FRASCAROLI SANTI ELENA, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di AULETTA FERRUCCIO, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 367.
- ❖ FUMAGALLI LUIGI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. di dir. proc.*, 2001, II, p. 677.
- ❖ FUSILLO ALESSANDRO, *Processo arbitrale e fallimento sopravvenuto*, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 327.
- ❖ GHIGNONE FILIPPO, *Arbitrato e fallimento*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di GIOVANNUCCI ORLANDI CHIARA, BUONFRATE ANGELO, Utet, Torino, 2006.
- ❖ GHIRGA MARIA FRANCESCA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI SERGIO, Cedam, Padova, 2010, p. 171.
- ❖ GIOVANNUCCI ORLANDI CHIARA, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di CARPI FEDERICO, Zanichelli, Bologna, 2007.
- ❖ GRIMALDI ILARIA, in *Le procedure concorsuali*, tomo 1, a cura di CAIAFA ANTONIO, Cedam, Padova, 2011, p. 583.
- ❖ GROPPOLI LUISA, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2009, p. 134.
- ❖ GROSSI MARIA ROSARIA, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule*, Giuffr , Milano, 2008, p. 706.
- ❖ GUGLIELMUCCI LINO, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2011.
- ❖ IMMORDINO MARIA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di FRANCO GAETANO SCOCCA, Giappichelli, Torino, 2011,

p. 446.

- ❖ ISDACI (Istituto scientifico per l'arbitrato, la mediazione, e il diritto commerciale), *Quarto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, disponibile sul sito www.isdaci.it.
- ❖ JORIO ALBERTO, FORTUNATO SABINO, *La riforma delle procedure concorsuali: i progetti*, Giuffrè, Milano, 2004.
- ❖ JORIO ALBERTO, voce «Fallimento (diritto priv. e proc. civ.)», in *Enc. Dir., Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010.
- ❖ JORIO ALBERTO, FABIANI MASSIMO (a cura di), commentario sistematico *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a 5 anni dalla riforma*, Zanichelli, Bologna, 2010.
- ❖ LA CHINA SERGIO, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè, 2011.
- ❖ LAZZARA MARGHERITA, commento all'art. 83 bis l.fall., in *Le nuove leggi civili, il nuovo fallimento: commentario al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, coordinato con le modifiche apportate dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5*, a cura di SANTANGELI FABIO, Giuffrè, Milano, 2006, p. 365.
- ❖ LEANDRO ANTONIO, *Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, Cacucci Editore, Bari, 2008.
- ❖ LIPPONI ANNA, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 2004, II, p. 705.
- ❖ LIPPONI ANNA, *Verifica fallimentare dei crediti e arbitrato: un rapporto non più tormentato*, in *Riv. Arbitrato*, 2005, p. 149.
- ❖ MACCHIA MASSIMO, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, in *Il fall. e le*

- altre proc. conc.*, 2006, p. 816.
- ❖ MAGNI FRANCESCO, nota senza titolo a Trib. Bergamo, 26 novembre 1994, in *Gius*, 1995, luglio agosto, p. 2067.
 - ❖ MAMMONE FRANCESCA M., *Gli effetti del fallimento sui procedimenti arbitrari in corso*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, a cura di SANZO SALVATORE, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 353.
 - ❖ MANDRIOLI CRISANTO, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2011, vol. I.
 - ❖ MARELLI FABIO, STUDIO NCTM., CIMETTI MAURIZIO, POTOTSCHNIG PAOLO, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Ipsoa, Milano, 2010.
 - ❖ MONTANARI MASSIMO, *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruzione e giudizio di fatto*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2007, p. 553.
 - ❖ MONTANARI MASSIMO, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di AULETTA FERRUCCIO, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 529.
 - ❖ MORINI DEBORAH, *Arbitrato e fallimento*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1995, parte seconda, II, p. 772.
 - ❖ MORTARA LODOVICO, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, Vallardi, Milano, 3^a ed., 1923, n. 61, p. 771.
 - ❖ MOSS GABRIEL, FLETCHER IAN F., ISAACS STUART, *The EC Regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated Guide*, Oxford University Press, 2009.
 - ❖ ODORISIO EMANUELE, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, I, p. 253.
 - ❖ PAJARDI PIERO, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1983.

- ❖ *Codice del fallimento*, a cura di PAJARDI PIERO, BOCCHIOLA MANUELA, PALUCHOSKI ALIDA, Giuffrè, Milano, 2009.
- ❖ PROFETA VINCENZA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1991, Parte prima, II, p. 1173.
- ❖ PROTO CESARE, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 1999, II, p. 980.
- ❖ PROVINCIALI RENZO, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1974.
- ❖ PUNZI CARMINE, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. di dir. proc.*, 2003, II, p. 997.
- ❖ PUNZI CARMINE, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, volume III, Giappichelli, Torino, 2010.
- ❖ PUNZI CARMINE, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 2011.
- ❖ RAGUSA MAGGIORE GIUSEPPE, *Diritto fallimentare*, Morano, Napoli, 1974.
- ❖ RAVIDA' FABRIZIO, *Il procedimento arbitrale e la procedura fallimentare: la difficile ricerca degli strumenti di coordinamento*, in *Temì romana*, 2000, II, p. 699.
- ❖ REDENTI ENRICO, voce "Compromesso" (diritto processuale civile), in *Noviss. Dig. ita.*, Utet, Torino, 1959, p. 797.
- ❖ RESTAINO LUCA, commento art. 83 bis, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, a cura di NIGRO ALESSANDRO, SANDULLI MICHELE, SANTORO VITTORIO, Giappichelli, Torino, 2010.
- ❖ RICCI EDOARDO F., *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il Regolamento CE n.1346/2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 391.

- ❖ RICCI GIAN FRANCO, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di CARPI FEDERICO, Zanichelli, Bologna, 2007.
- ❖ RUGGIERI PIETRO, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Diritto e formazione*, 2003, maggio settembre, p. 683.
- ❖ RUOTOLO ANTONIO, in *Commento alla riforma delle procedure fallimentari*, Ipsoa, Milano, 2008, a cura del Gruppo di studio sulla riforma del diritto fallimentare del CNN, AA.VV, commento art. 83 bis, p. 168.
- ❖ RUSSO VINCENZO, CASORIA FILIPPO *Effetti del fallimento su mandato e clausola compromissoria*, in *Impresa commerciale e industriale*, 2004, p. 81.
- ❖ *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, a cura di RUBINO SAMMARTANO MAURO, Cedam, Padova, 2010, Tomo I.
- ❖ SALETTI ACHILLE, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, in *Riv. Arbitrato*, 2002, p. 665.
- ❖ SANTAGADA GIUSEPPE, *Sulle impugnazioni esperibili dal curatore fallimentare avverso un lodo rituale pronunciato anteriormente alla dichiarazione di fallimento e sulle possibili ripercussioni derivanti dal nuovo comma 5 dell'art.72 l.fall.*, in *Riv. arbitrato*, 2006, II, 712.
- ❖ SATTA SALVATORE, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1990.
- ❖ SCHIZZEROTTO GIANNI, *Dell'arbitrato*, Giuffrè, Milano, 1988.
- ❖ SPARANO VINCENZO, *Convegno nazionale. Attualità e rilevanza della scelta arbitrale nei fallimenti*, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1996, p. 423.
- ❖ TEDIOLI FRANCESCO, *Appunti sul rapporto tra arbitrato rituale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Studium iuris*, 2006, p. 526.

- ❖ TISCINI ROBERTA, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 2005, p. 623.
- ❖ TIZI FRANCESCA, *Fallimento e giudizi arbitrali pendenti su crediti*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, tomo I, parte seconda, p. 430.
- ❖ UMBERTO TEDESCHI GUIDO, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2006.
- ❖ UMBERTO TEDESCHI GUIDO, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di DIDONE ANTONIO, Utet, Torino, 2009.
- ❖ VECCHIONE RENATO, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1971.
- ❖ VELLANI CARLO, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Giuffrè, Milano, 2006.
- ❖ VELLANI CARLO, *L'art. 83 bis l.fall. e l'art. 15 Regolamento CE n.1346 del 2000*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di FERRUCCIO AULETTA, Jovene Editore, Napoli, 2010, p. 861.
- ❖ VERDE GIOVANNI, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2010.
- ❖ VESSIA FRANCESCA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi arbitrali pendenti*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 2008, parte prima, p. 773.
- ❖ VINCRE SIMONETTA, *Arbitrato rituale e fallimento*, Cedam, Padova, 1996.
- ❖ VINCRE SIMONETTA, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, in *Il fall. e le altre proc. Conc.*, 2004, p. 523.
- ❖ VIRGÓS MIGUEL, SCHMIT ETIENNE, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*, doc. Consiglio n. 6500/96/EN.

- ❖ VIRGÓS MIGUEL, GARCIMARTÍN FRANCISCO, *The European Insolvency Regulation: law and practice*, Kluwer Law International, 2004.
- ❖ WIDMANN PAOLA, *Il caso Vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente all'estero tra lex con cursus e lex loci arbitri*, in *Int'l Lis*, 2010, p. 128.
- ❖ ZUCCONI GALLI FONSECA ELENA, *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p. 1127.
- ❖ ZUCCONI GALLI FONSECA ELENA, in *Arbitrato, titolo VIII, libro IV, codice di procedura civile, artt.806-840*, a cura di CARPI FEDERICO, Zanichelli, Bologna, 2007.
- ❖ ZUCCONI GALLI FONSECA ELENA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI SERGIO, Cedam, Padova, 2010.

Giurisprudenza

Giurisprudenza costituzionale.

- ❖ Corte Cost., 4 luglio 1977, n. 127.

Giurisprudenza di legittimità.

- ❖ Cass., 4 agosto 1958, n. 2866, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1958, II, p. 590.
- ❖ Cass., 23 gennaio 1964, n. 162, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1964, II, 36 e 359; in *Banca e borsa*, 1964, II, n. 162, n. GRAZIANI; in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 1160.
- ❖ Cass., 25 marzo 1966 n. 786, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1966, II, p. 487.
- ❖ Cass., 13 dicembre 1986, n.7492, *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 1987, p. 473; e in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*,1987,

- II, p. 370.
- ❖ Cass., 3 aprile 1991, n. 3478, *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 1991, p. 799; *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1703; *Vita notarile*, 1991, p. 990; *Il dir. fall. e delle soc. comm*, 1991, II, p. 752.
 - ❖ Cass., 16 gennaio 1992, n. 497, in *Vita notarile*, 1992, p. 558.
 - ❖ Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Foro it.*, 1993, I, p. 821, n. BARONE C. M.; in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1993, II, p. 601, n. BONSIGNORI; in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 1993, p. 475, n. BOZZA e in *Rep. Foro it.*, 1993, Arbitrato [0480], n. 84 e 1992, Fallimento [2880], n. 318.
 - ❖ Cass., 3 settembre 1996, n. 8053, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 1251 e in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1997, p. 598.
 - ❖ Cass., 26 agosto 1998, n. 8495, in *Riv. Arbitrato*, 1999, p.705, n. CAVALAGLIO.
 - ❖ Cass., 29 aprile 1999, n. 4317, in *Rep. Foro it.*, 1999, Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord. [3980], n. 39.
 - ❖ Cass., 14 settembre 1999, n. 9803, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 2000, p. 771, n. BONFATTI.
 - ❖ Cass., 16 giugno 2000, n. 8231, in *Riv. arbitrato*, 2001, 439, n. CAVALAGLIO e in *Rep. Foro it.*, 2001, Fallimento [2880], n. 382 - 2000, Arbitrato [0480], n. 135 - 2000, Arbitrato [0480], n. 173 e 2000, Arbitrato [0480], n. 204.
 - ❖ Cass., 4 luglio 2000, n. 8937, in *Rep. Foro it.*, 2000, Arbitrato [0480], n. 171.
 - ❖ Cass., 27 novembre 2002, n. 16758, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 2003, p. 1276.
 - ❖ Cass., 15 aprile 2003, n. 5950, in *Rep foro it.*, 2003, Arbitrato [0480], n. 128 e 2003, Fallimento [2880], n. 277.
 - ❖ Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2004, p. 523, n. VINCRE; *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2408; e in *Rep. foro it.*, 2004, Fallimento [2880], n. 321 e 2004,

Fallimento [2880], n. 322.

- ❖ Cass., 23 aprile 2003, n. 6475, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1158.
- ❖ Cass., 7 maggio 2003, n. 6933, in *Foro it.*, 2003, I, p. 3023.
- ❖ Cass., 28 maggio 2003, n. 8545, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 401; e in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2004, p. 739, n. MONTANARI.
- ❖ Cass., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Corriere giur.*, 2004, p. 320, n. MONTANARI; in *Giur. it.*, 2004, p. 964; in *Riv. arbitrato*, 2004, p. 299, n. SOTGIU e in *Rep. Foro it.* 2004, Arbitrato [0480], n. 140 e 2003, Arbitrato [0480], n. 72.
- ❖ Cass., 26 ottobre 2004, n.17003, in *Rep foro it.*, 2004, Arbitrato [0480], n. 194.
- ❖ Cass., 4 settembre 2004, n.17891, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 2005, tomo I, parte seconda, p. 430, n. TIZI; e in *La nuova giurisprudenza civ. commentata*, 2005, parte prima, tomo II, p. 868, n. DELLA VEDOVA.
- ❖ Cass., 20 gennaio 2006, n.1183, in *Rep foro it.*, 2006, Arbitrato [0480], n. 209.
- ❖ Cass., sez. trib., 29 marzo 2006, n. 7312, in *Rep. Foro it.*, 2006, Tributi in genere [6820], n. 1333.
- ❖ Cass., 8 settembre 2006, n.19298, in *Rep. Foro it.*, 2006, Fallimento [2880], n. 379.
- ❖ Cass., 11 ottobre 2006, n. 21813, in *Il Fall. e le altre proc. conc.*, 2007, p. 277, n. TRENTINI.
- ❖ Cass., sez. lav., 27 agosto 2007, n. 18088, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 1289, n. CORRADO.
- ❖ Cass., 17 febbraio 2010, n. 3803, in *Rep. foro it.*, 2010, Fallimento [2880], n. 443.
- ❖ Cass., 17 febbraio 2011, n. 3918, in *Rep.foro. it, Mass.*, 2011, 162.
- ❖ Cass., 28 settembre 2011, n. 19804, in *Rep. Foro it.*, 2011, Revocatoria (azione) [5800], n. 16.

Giurisprudenza di merito.

Corte d'appello.

- ❖ App. Messina, 12 febbraio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, p. 885.

Tribunale.

- ❖ Trib. Milano, 24 settembre 1981, in *Il Fall. e le altre proc. Conc.*, 1982, p. 286 e in *Rep. Foro it.*, 1982, Fallimento [2880], n. 202.
- ❖ Trib. Milano, 21 gennaio 1982, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1983, p. 843 e *Rep. Foro it.*, 1983, Fallimento [2880], n. 211.
- ❖ Trib. Milano, 28 maggio 1985, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1986, p. 1083 e in *Rep. Foro it.*, 1986, Arbitrato [0480], n. 29 e 1986, Arbitrato [0480], n. 50.
- ❖ Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. Merito*, 1989, I, p. 596, n. BIANCO.
- ❖ T. Mantova, 13 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 625.
- ❖ Trib. Torino, 25 luglio 1990, in *Giur. It.*, 1991, I, p. 520, n. SANZO.
- ❖ Trib. Verona, 28 febbraio 1991, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1991, 1189 e in *Rep. Foro it.*, 1991, Fallimento [2880], n. 276.
- ❖ Trib. Bergamo, 26 novembre 1994, in *Gius.*, 1995, 2067, n. MAGNI; e in *Rep. Foro it.* 1995, Fallimento [2880], n. 315.
- ❖ Trib. Napoli, 8 luglio 1996, in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 1997, p. 315 e *Rep. foro it.* 1997, Fallimento [2880], n. 354.
- ❖ Trib. Ravenna, 30 giugno 2001, in *Il dir. fall. e delle soc.*

- comm.*, 2001, II, 1444, n. INZITARI, IMBERTI e *Rep. Foro it.*, 2002, Fallimento [2880], n. 338.
- ❖ Trib. Milano, 19 giugno 2002, in *Riv. dott. commercialisti*, 2003, p. 351, n. CASSESE e in *Rep. Foro it.* 2003, Fallimento [2880], n. 312.
 - ❖ Trib. Nocera Inferiore, 14 giugno 2005, disponibile su *De Jure*.
 - ❖ Trib. Reggio Emilia, 2 dicembre 2005, in *Rep. Foro it.* 2006, Fallimento [2880], n. 378 e in *Il fall. e le altre proc. conc.*, 2006, p. 816, n. MACCHIA.
 - ❖ Trib. Terni, 1 febbraio 2011, in *Rep. Foro it.*, 2011, Merito extra, n. 2011.178.(1 e 2).
 - ❖ Trib. Udine, 15 febbraio 2011, in *Rep. Foro it.*, 2011, Merito extra, n. 2011.77.(1 e 5).
 - ❖ Trib. Roma, 13 giugno 2011, n. 12745, disponibile su *De Jure*.

Giurisprudenza arbitrale.

- ❖ Arb., 24 novembre 1993, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1995, II, p. 772, n. MORINI e in *Rep. Foro it.*, 1995, Fallimento [2880], n. 314.
- ❖ Arb. Genova, 20 febbraio 1997, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 101, n. CARRATTA e in *Rep. Foro it.* 1998, Arbitrato [0480], n. 122 e n.123.
- ❖ Arb. Roma 6 aprile 2000, in *Temi romana*, 2000, p. 694, n. RAVIDÀ; e in *Rep. foro it.* 2001, Fallimento [2880], n. 512.
- ❖ Arb., 10 settembre 2004, in *Riv. Arbitrato*, 2005, p. 149.
- ❖ Arb. Roma 16 giugno 2006, in *Rep. Foro it.* 2007, Contratti pubblici [1735], n. 1526.
- ❖ Arb. Firenze, 6 novembre 2007, in *Rep. Foro it.*, 2008, Contratti pubblici [1735], n. 1412; 2008, Contratti pubblici [1735], n. 1426 e 2008, Contratti pubblici [1735], n. 1427.

- ❖ Arb. Roma 28 febbraio 2008, in *Rep. Foro it.*, 2009, Appalto [0430], n. 51 e 2009, Fallimento [2880], n. 414.

Giurisprudenza comunitaria e estera.

- ❖ High Court of justice [Gran Bretagna], 2 ottobre 2008, in *Int'l Lis*, 2010, p. 128, n. WIDMANN; [2008] EWHC 2155 (Comm).
- ❖ Court of appeal [Gran Bretagna], 9 luglio 2009, *Int'l Lis*, 2010, p. 128, n. WIDMANN; [2009] EWCA Civ 677.
- ❖ Trib. Federale Svizzero, 31 marzo 2009, *Elektrim v. Vivendi*.
- ❖ Commissione v. AMI Semiconductor Belgium e altri, 17 marzo 2005, caso C-294/02.