UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico in Giurisprudenza

ARBITRATO E PROCEDURE CONCORSUALI MINORI

Relatore: Chiar.mo Prof. Angelo CASTAGNOLA

Correlatore: Dott. Alessio Filippo DI GIROLAMO

Tesi di Laurea di

Veronica LOMBARDINI

Matricola 880223

Anno accademico 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE 1

CAPITOLO I

ARBITRATO E CONCORDATO PREVENTIVO

1. Caratteri generali e funzione del concordato preventivo 8

2. Arbitrabilità in ambito concordatario 19

3. Gli effetti del concordato preventivo sulla convenzione arbitrale: gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali precedenti al d.l. 22 giugno 2012, n. 83……. 24

4. La nuova disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo: l'art. 169-*bis* l. fall.. 30

5. La facoltà di scioglimento dalla convenzione arbitrale. 37

5.1 (*Segue*): lo scioglimento dalla convenzione di arbitrato ad arbitrato in corso. 44

6. Il contraente *in bonis* e la sua tutela..... 48

7. Gli effetti del concordato preventivo sul procedimento arbitrale pendente. .. 53

8. Legittimazione a compromettere del debitore concordatario. 59

9. Gli effetti della mancanza o di un vizio dell'autorizzazione con riferimento alla convenzione di arbitrato e/o al procedimento arbitrale avviato. 63

10.Concordato con cessione dei beni: le questioni relative alla figura del liquidatore ed alla sua legittimazione. 68

CAPITOLO II

ARBITRATO E CONCORDATO FALLIMENTARE

1. Caratteri generali e funzione del concordato fallimentare. 79

2. Efficacia ed effetti del concordato fallimentare. 86

3. Il rapporto tra il concordato fallimentare e l'arbitrato: il superamento della tesi dell'inammissibilità dell'arbitrato nella procedura concordataria e il riacquisto della capacità del debitore di definire le controversie con lo strumento arbitrale a seguito del passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione del concordato fallimentare…… 91

4. Effetti del concordato fallimentare sul procedimento arbitrale pendente. 96

CAPITOLO III

ARBITRATO E LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

1. Caratteri generali e funzione della liquidazione coatta amministrativa. 102

2. Limiti al ricorso all'arbitrato. 109

3. Effetti della l.c.a. nei confronti dei rapporti giuridici preesistenti: il rinvio dell'art. 201, comma 1, l. fall. agli artt. 72-83-*bis* l. fall. dettati in tema di effetti del fallimento sui "contratti pendenti". 114

4. Effetti della l.c.a. sul procedimento arbitrale pendente. 126

4.1(*Segue*) Effetti del concordato di liquidazione sul procedimento arbitrale pendente…..... 135

5. Il potere del commissario liquidatore di stipulare convenzioni di arbitrato: il rinvio dell'art. 206 l. fall. all'art. 35 l. fall..... 138

CAPITOLO IV

ARBITRATO E AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA

1. Caratteri generali e funzione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270). 148

2. Caratteri generali e funzione dell'amministrazione straordinaria "speciale" (c.d. "legge Marzano" e successive modificazioni). 157

3. Controversie arbitrabili e non arbitrabili. 162

4. Gli effetti dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria sui contratti in corso di esecuzione. 166

5. Gli effetti dell'apertura della procedura di amministrazione straordinaria sul procedimento arbitrale pendente. 171

5.1(*Segue*) Gli effetti del concordato sul procedimento arbitrale pendente…..... 174

6. Stipulazione di convenzioni arbitrali durante la procedura concorsuale. ……...176

CAPITOLO V

ARBITRATO, ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E PIANI DI RISANAMENTO

1. Caratteri generali e funzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti……..182

2. Convivenza tra strumento arbitrale e accordi di ristrutturazione dei debiti. ……...193

3. I piani di risanamento: struttura e compatibilità con lo strumento arbitrale. ……...199

CONCLUSIONI.....203

BIBLIOGRAFIA.....210

INTRODUZIONE

Le ragioni che si trovano alla base di uno studio dei rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali minori hanno il loro fondamento nell'attualità.

Da un lato, non si può non constatare l'imponente sviluppo dell'utilizzo dell'arbitrato che si è registrato negli ultimi tempi, in particolare a seguito della riforma operata dal d.lgs. n. 40/2006, a livello sia nazionale che internazionale. Sviluppo che si è verificato non solo nei settori economici di grande rilevanza, ma anche in quell'ambito ben più limitato che riguarda controversie anche di modesta entità.

Ciò è accaduto anche perché, del resto, come la dottrina non ha mancato di sottolineare, è cambiato il modo di concepire lo strumento arbitrale, il quale, mentre in origine era inteso come uno strumento "elitario", ora viene considerato come l'affermazione del potere del cittadino di accedere ad una giustizia privata nel tentativo di evitare l'eccessiva durata dei processi, i costi elevati, la rigidità delle forme. Il ricorso all'arbitrato, infatti, assicura una maggiore flessibilità nell'attività istruttoria e nello svolgimento, in generale, del giudizio arbitrale.

Dall'altro lato, la crisi degli ultimi anni ha determinato un progressivo incremento nell'utilizzo delle procedure concorsuali, con ripercussioni sulle stesse modalità di approccio al diritto dell'insolvenza. Da un ricorso prevalente al fallimento, infatti, si è sviluppata una tendenza progressiva a preferire procedimenti di gestione (e di risoluzione) della crisi ad esso alternativi, in linea con l'obiettivo che il legislatore ha inteso perseguire nei più recenti interventi normativi, ossia quello di considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori e "sanzionatori", quanto, piuttosto, come procedure destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa.

Nell'attuale contesto dell'economia globale, retta dalle regole del mercato, infatti, quel che interessa è che l'impresa non venga esclusa – salvo, ovviamente, che ciò non sia assolutamente inevitabile – dal tessuto produttivo e l'intento che si

persegue, anche in presenza dell'insolvenza, è, possibilmente, quello di conservare la vitalità dell'impresa; interesse quest'ultimo da contemperare con quello primario volto al soddisfacimento dei creditori.

Da ciò deriva che quelle che, nel sistema riformato, sono considerate come una via privilegiata per la soluzione della crisi sono le procedure concordatarie: il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ma anche il concordato fallimentare e, seppure di diversa natura, i piani di risanamento attestati. Strumenti che si fondano su accordi privatistici conclusi tra debitore e creditori, favorendo così la prosecuzione delle attività di impresa; che consentono un soddisfacimento non necessariamente in termini monetari, ma anche sotto altre forme; e nelle quali il giudice – ove il suo intervento sia previsto – si presenta come garante della legalità per il rispetto delle norme di legge a tutela degli interessi generali e per decidere su eventuali opposizioni o controversie che ne derivino.

In definitiva, occorre tenere presente che la tendenza alla valorizzazione dell'autonomia privata è un fenomeno che ha investito compiutamente anche il sistema riformato delle procedure concorsuali, che si caratterizzano, oggi, per l'affievolimento del ruolo dell'Autorità giudiziaria a favore della libertà delle parti.

A fronte degli odierni dati normativi, dunque, non si può non osservare che il tema dei rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali ha assunto una nuova e più ampia rilevanza, nel senso che si assiste ad un accrescimento delle occasioni in cui tali istituti sono destinati ad incontrarsi.

È bene anticipare che, nella legge fallimentare, per lungo tempo, non vi sono state previsioni riguardanti i rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali e l'assenza di una disciplina in merito ha fatto addirittura dubitare della stessa compatibilità concettuale tra i due istituti. Tuttavia, con successivi interventi, il legislatore ha provveduto all'inserimento di due specifiche norme: dapprima, l'art. 83-*bis* l. fall., inserito dal d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, concernente i rapporti tra arbitrato e fallimento; poi, l'art. 169-*bis* l. fall., introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, concernente i rapporti tra arbitrato e concordato preventivo.

Come si vedrà, però, tali disposizioni prendono in considerazione solo alcuni profili specifici, mentre manca ancora oggi una disciplina complessiva che tratti in modo organico i rapporti tra lo strumento arbitrale e le procedure concorsuali.

Dal momento che, a fronte di un probabile aumento della casistica in ordine all'interferenza del sistema arbitrale con quello delle procedure concorsuali, gli strumenti giuridici per affrontarlo sono rimasti pressoché invariati, è compito dell'interprete e dell'operatore del diritto ricostruire i rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali sulla base delle poche norme di riferimento e dei principi desumibili dal Codice di procedura civile e dalla legge fallimentare.

In tale ottica, bisogna sottolineare che, mentre il rapporto tra arbitrato e fallimento è stato ampiamente preso in considerazione sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, quello tra arbitrato e procedure concorsuali c.d. minori è stato oggetto di un interesse molto inferiore da parte degli interpreti e degli operatori del diritto.

Alla luce di tali premesse, scopo del presente lavoro è quello di analizzare le varie questioni che sorgono dall'analisi dei rapporti intercorrenti tra arbitrato e procedure concorsuali c.d. minori.

In particolare, questo elaborato è strutturato in cinque capitoli, ciascuno dei quali si occupa dei vari aspetti che connotano il rapporto tra arbitrato ed una specifica procedura concorsuale minore, presentando ognuna profili diversi da considerare: il primo capitolo ha ad oggetto il concordato preventivo; il secondo il concordato fallimentare; il terzo la liquidazione coatta amministrativa; il quarto l'amministrazione straordinaria (sia quella "comune" che quella "speciale"); il quinto gli accordi di ristrutturazione dei debiti, con un accenno ai piani di risanamento attestati.

Per quanto riguarda il primo capitolo, dopo aver esposto, in termini generali, i caratteri e la funzione che connotano il concordato preventivo, ci si chiede, innanzitutto, se la proposizione della domanda concordataria implichi una riduzione delle controversie arbitrabili.

Si passa, poi, ad affrontare uno dei principali problemi che interessano, in generale, il rapporto tra arbitrato e procedure concorsuali, ovvero quello che consiste nel comprendere se la convenzione arbitrale già stipulata dalle parti conservi la propria vincolatività anche a seguito della proposizione della domanda concordataria.

A tal proposito, è solo nel 2012 che il legislatore ha introdotto nella legge fallimentare una norma dedicata nello specifico alla disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo, all'interno della quale si trova, al terzo comma, una disposizione rivolta appositamente a disciplinare la sorte della clausola compromissoria: si tratta, come accennato, dell'art. 169-*bis* l. fall., il quale viene analizzato dopo essersi soffermati sui tre principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali relativi agli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti anteriori a tale novella normativa.

Affrontato il problema circa la sorte della convenzione di arbitrato stipulata dalle parti prima dell'apertura della procedura concordataria, si intende rivolgere l'attenzione ad un'ulteriore questione, oggetto di opinioni contrastanti da parte degli interpreti: capire se sia possibile per il debitore concordatario sciogliersi dalla convenzione di arbitrato, ottenendone la caducazione in via autonoma, ricorrendo al meccanismo dello scioglimento del contratto in corso di esecuzione previsto dall'art. 169-*bis*, comma 1, l. fall.. La stessa questione, relativa alla possibilità per il debitore di sciogliersi dalla convenzione arbitrale, viene analizzata anche con riferimento al caso in cui l'arbitrato sia già in corso.

Di notevole importanza, poi, è il meccanismo di tutela previsto dal secondo comma dell'art. 169-*bis* l. fall. per il contraente *in bonis*: tale disposizione, a fronte dello scioglimento o della sospensione del contratto pendente, gli garantisce il diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, soddisfatto come credito chirografario anteriore al concordato. Si analizzano, dunque, le implicazioni che lo scioglimento del contratto pendente può comportare in relazione alla convenzione di arbitrato in esso contenuta, soprattutto per la rilevanza che la questione assume nella pratica: ci si

chiede, in particolare, se la controversia circa l'indennizzo spettante al contraente *in bonis* possa essere comunque risolta di fronte agli arbitri.

Il presente elaborato, poi, si occupa del tema concernente gli effetti del concordato preventivo sul procedimento arbitrale pendente: dato che, riguardo a tale questione, il legislatore nulla ha previsto, si tenta di risolverla alla luce delle regole generali previste per i rapporti processuali pendenti nel concordato preventivo, al fine di comprendere se la domanda concordataria risulti indifferente o meno per le sorti dell'arbitrato in corso.

Dopo aver esaminato i vari aspetti del rapporto tra arbitrato e concordato preventivo relativi ai casi di convenzione arbitrale già stipulata dalle parti e di procedimento arbitrale già instaurato al momento dell'apertura della procedura concordataria, si analizza il profilo inerente alla facoltà, per il debitore, di stipulare convenzioni di arbitrato durante la procedura stessa. A tal proposito, è imprescindibile il riferimento all'art. 167, comma 2, l. fall., che richiede l'autorizzazione scritta del giudice delegato per la stipulazione da parte del debitore degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione; tra gli atti per i quali è prevista tale formalità, si collocano anche i compromessi. Quel di cui ci si occupa, in particolare, è capire se anche per la clausola compromissoria e per la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, le quali non sono espressamente previste dalla norma, si renda necessaria l'autorizzazione del giudice delegato.

Inoltre, si prende in considerazione la sorte della convenzione di arbitrato conclusa dal debitore senza la necessaria autorizzazione del giudice delegato e si valutano i possibili rimedi a cui si può ricorrere in tale circostanza.

Infine, una trattazione più approfondita si rende necessaria rispetto all'ipotesi di concordato preventivo con cessione dei beni, poiché, in tale ipotesi, si deve tenere conto della presenza della figura del liquidatore. Nel presente elaborato, dunque, si vogliono esaminare i poteri spettanti al liquidatore per valutarne la rilevanza rispetto alla legittimazione a stipulare la convenzione arbitrato e, sotto il profilo processuale, ad essere parte nell'arbitrato pendente.

Nel secondo capitolo, relativo al concordato fallimentare, dopo aver messo in luce che i profili problematici inerenti alla convenzione di arbitrato di norma dovrebbero aver già trovato una loro stabilizzazione nella procedura fallimentare (all'interno della quale il concordato in questione si inserisce come fase), si esaminano le implicazioni derivanti nello specifico dalla relazione tra arbitrato e concordato fallimentare.

In particolare, in primo luogo, l'intento è quello di dimostrare l'infondatezza dell'orientamento, sostenuto in passato da una parte della dottrina, secondo cui l'utilizzo dello strumento arbitrale sarebbe stato assolutamente inammissibile nella procedura di concordato fallimentare per le stesse ragioni che ne impedivano l'applicazione in seno a quella fallimentare.

In secondo luogo, tenendo conto degli effetti prodotti dall'omologazione del concordato fallimentare, si intende, da un lato, chiarire da quale momento il fallito, riacquistando la piena disponibilità dei propri diritti di natura patrimoniale, possa efficacemente compromettere in arbitri le controversie che lo riguardano e, dunque, stipulare convenzioni arbitrali; dall'altro lato, esaminare la questione relativa agli effetti prodotti dall'omologazione del concordato fallimentare sul procedimento arbitrale pendente che potrebbe essere stato avviato dal curatore durante il fallimento, oppure nel quale il curatore stesso potrebbe essere subentrato al fallito prima del concordato fallimentare.

Il terzo e il quarto capitolo, dedicati, rispettivamente, alla liquidazione coatta amministrativa e all'amministrazione straordinaria (sia quella di cui alla legge Prodi-*bis*, sia quella di cui alla legge Marzano e successive modificazioni), seguono il medesimo schema, in base al quale si analizzano alcune delle principali questioni che interessano il rapporto tra le predette procedure e lo strumento arbitrale: i limiti al ricorso all'arbitrato; gli effetti dell'ammissione alla procedura sulla convenzione arbitrale già stipulata e gli effetti della stessa sul procedimento arbitrale pendente; la facoltà di stipulare convenzioni di arbitrato durante la procedura concorsuale e gli eventuali limiti a tale facoltà.

Inoltre, dato che entrambe le procedure si possono concludere con un concordato, si analizzano gli effetti prodotti dal passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione del concordato nei confronti del procedimento arbitrale pendente che aveva come parte il commissario liquidatore o il commissario straordinario.

Nel quinto e ultimo capitolo, relativo agli accordi di ristrutturazione dei debiti ed ai piani di risanamento attestati, si analizza, innanzitutto e con riferimento ai primi, il dibattito che ha interessato la dottrina subito dopo l'introduzione di tali accordi, ovvero quello relativo all'inquadramento sistematico dell'istituto, dato che non appariva chiarissimo se la fattispecie in esame avesse una sua autonomia o fosse, piuttosto, una particolare ipotesi di concordato preventivo. Inoltre, prima di affrontare la questione concernente la compatibilità di tali accordi con lo strumento arbitrale, si intende trattare un altro tema molto controverso: capire se l'istituto in commento sia, o meno, catalogabile nell'ambito delle procedure concorsuali vere e proprie.

Il capitolo termina con un accenno alla struttura e alla compatibilità con l'arbitrato dei piani di risanamento attestati.

Per concludere, non si può ignorare la prossima entrata in vigore del nuovo "Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza", attualmente prevista per settembre 2021. Tale Codice, tuttavia, non sembra incidere in maniera significativa sull'oggetto di questo lavoro, ossia sul rapporto tra arbitrato e procedure concorsuali. È stato osservato, infatti, che la materia arbitrale di cui qui ci occupiamo avrebbe forse potuto essere oggetto di qualche intervento di più ampio respiro; si è preferito, invece, mantenere sostanzialmente inalterate le regole vigenti, salva la mera variazione del numero di articolo (così gli artt. 25, 35, 83-*bis*, 167 e 169-*bis* l. fall. diventano, rispettivamente, artt. 123, 132, 192, 94 e 97 CCII). È stata inserita una sola nuova disposizione di scarsa rilevanza relativa, *inter alia*, alla stipulazione di "patti compromissori" nel tempo occorrente al passaggio in giudicato della sentenza di revoca della liquidazione giudiziale (art. 53, comma 2, CCII).

CAPITOLO I

ARBITRATO E CONCORDATO PREVENTIVO

SOMMARIO: 1. Caratteri generali e funzione del concordato preventivo. - 2. Arbitrabilità in ambito concordatario. - 3. Gli effetti del concordato preventivo sulla convenzione arbitrale: gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali precedenti al d.l. 22 giugno 2012, n. 83. - 4. La nuova disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo: l'art. 169-*bis* l. fall. - 5. La facoltà di scioglimento dalla convenzione arbitrale. – 5.1 (*Segue*): lo scioglimento dalla convenzione di arbitrato ad arbitrato in corso. – 6. Il contraente *in bonis* e la sua tutela. - 7. Gli effetti del concordato preventivo sul procedimento arbitrale pendente. - 8. Legittimazione a compromettere del debitore concordatario. - 9. Gli effetti della mancanza o di un vizio dell'autorizzazione con riferimento alla convenzione di arbitrato e/o al procedimento arbitrale avviato. - 10. Concordato con cessione dei beni: le questioni relative alla figura del liquidatore ed alla sua legittimazione.

1. Caratteri generali e funzione del concordato preventivo.

Il Titolo III della legge fallimentare[1] (artt. 160-186) contiene la disciplina relativa al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione.

Nell'ordinamento italiano, il concordato preventivo è stato introdotto per la prima volta, su esempio della legislazione francese, dalla legge 24 maggio 1903 n. 197, che contemplava solo la forma del concordato preventivo con garanzia, la cui finalità era quella di conservare l'impresa, offrendo al debitore la possibilità di evitare la distruzione del proprio complesso aziendale in virtù di un accordo con la totalità dei suoi creditori[2].

In effetti, già sotto la vigenza dell'abrogato codice di commercio del 1882, per mitigare gli effetti del fallimento, si ricorreva all'istituto della "moratoria", che poteva essere sia anteriore che posteriore al fallimento, in quest'ultimo caso

[1] R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e successive modifiche.

[2] Per un approfondimento sull'evoluzione normativa del concordato preventivo, v., tra gli altri, A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, 2006, p. 511; S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2011, p. 515; V. IORIO, *Ammissione alla procedura di concordato preventivo*, in A. CAIAFA – S. ROMEO (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, tomo III, Padova, CEDAM, 2014, p. 3.

risolvendosi in una definizione amichevole dei rapporti tra il debitore e i suoi creditori sotto il controllo del tribunale.

Con la legge fallimentare del 1942, accanto al concordato con garanzia, è stato introdotto il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori. La Relazione del Guardasigilli al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 affermava che la finalità di tale concordato era quella di "offrire al debitore onesto, ma sfortunato il mezzo per evitare l'inesorabile distruzione della sua impresa per sé stessa vitale, con danno della pubblica economia".

Fin da subito, però, è stata rilevata l'inadeguatezza della legge fallimentare del 1942, che non era in grado di tutelare né l'impresa nel suo tentativo di risanamento, né i creditori nel loro tentativo di ottenere il soddisfacimento delle relative pretese in tempi ragionevoli.

Di conseguenza, il nostro legislatore è intervenuto più volte con lo scopo di riformare il sistema delle procedure concorsuali. Tali interventi hanno progressivamente ed incisivamente modificato l'istituto del concordato preventivo, che oggi risulta complessivamente delineato come uno strumento volto a trovare una composizione negoziale della crisi, benché sotto il controllo del Tribunale, il quale deve verificare che la continuazione dell'attività aziendale risulti effettivamente funzionale alla preservazione del valore dell'impresa e alle aspettative di realizzo dei creditori[3].

Il primo intervento fondamentale si è verificato con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge il 14 maggio 2005, n. 80, che ha modificato, in particolare, i presupposti necessari per proporre una domanda di concordato preventivo: l'art. 160 comma 1 della legge fallimentare stabilisce che "l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo […]". Per quanto riguarda il presupposto soggettivo, tale norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 1 l. fall. e con l'art. 2221 c.c., i quali dispongono espressamente che sono assoggettabili a fallimento e a concordato preventivo gli imprenditori

[3] cfr. V. IORO, *Ammissione alla procedura di concordato preventivo*, in A. CAIAFA – S. ROMEO (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., p. 6.

(individuali o collettivi) commerciali di natura privata che presentino determinati requisiti dimensionali[4]. Sono, quindi, esclusi dalla procedura di concordato preventivo gli imprenditori agricoli di cui all'art. 2135 c.c., le società semplici di cui all'art. 2251 c.c., gli enti pubblici non esercenti attività commerciale, le associazioni non riconosciute di cui all'art. 36 c.c., i consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi di cui all'art. 2602 ss. c.c., salvo non siano stati costituiti con la forma delle società commerciali od organizzati ad impresa[5].

Prima della riforma del 2005, si richiedevano ulteriori condizioni soggettive di ammissibilità al concordato preventivo: che il debitore fosse iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa aveva avuto una minore durata; che il debitore avesse tenuto una regolare contabilità per lo stesso periodo; che nei cinque anni precedenti il debitore non fosse stato dichiarato fallito o non fosse stato ammesso ad una procedura di concordato preventivo; infine, che il debitore non fosse stato condannato con sentenza definitiva per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio[6].

Per quanto riguarda il presupposto oggettivo, mentre secondo la precedente disciplina esso era individuato, come per il fallimento, nello stato di insolvenza, la l. n. 80/2005, modificando l'originario art. 160 l. fall., ha introdotto il concetto di "stato di crisi". Tale novità ha suscitato un vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza, poiché si tratta di un requisito privo di qualsiasi riferimento normativo, in quanto concetto meramente economico. In particolare, si discuteva

[4] v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, il Mulino, Bologna, IV ed., 2017, p. 358.

[5] In altri casi, l'ammissibilità al concordato preventivo ha dato luogo a soluzioni discordi. Ci si riferisce a: a) il socio illimitatamente responsabile; b) il socio receduto; c) la piccola società commerciale; d) la società inattiva; e) l'imprenditore cessato; f) l'imprenditore defunto; g) l'impresa familiare. Per approfondimenti, v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, II ed., 2016, p. 706; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, L. PANZANI (diretto da), Torino, UTET giuridica, II ed., 2014, p. 539;

[6] Per ulteriori approfondimenti relativi ai presupposti di ammissibilità al concordato preventivo *ante* riforma, v. S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *op. cit.*, p. 524; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 699; Id., *Il concordato preventivo*, cit. p. 530.

se il legislatore avesse voluto riaffermare lo stato di insolvenza quale presupposto indifferenziato di apertura di una procedura concorsuale; oppure, se avesse inteso accreditare una fenomenologia differenziata rispetto a quella tipizzante il concetto d'insolvenza[7]. La *ratio* della distinzione tra insolvenza e stato di crisi sembrava risiedere nella volontà del legislatore di concedere un'esclusiva all'iniziativa del debitore, che era il primo a poter cogliere i segnali della difficoltà finanziaria in atto ed aveva a disposizione maggiori informazioni, che gli permettevano di presentare una domanda di concordato che fosse vantaggiosa per lui e per i suoi creditori. La situazione è stata parzialmente risolta con l'aggiunta dell'ultimo comma dell'art. 160 apportata dal d.l. n. 273/2005 (conv. in l. n. 51/2006), ai sensi del quale "ai fini di cui al primo comma, per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". A questo punto, lo stato di crisi deve essere considerato come un concetto ad ampio raggio, che "ingloba" lo stato di insolvenza, oltreché fenomeni di minore gravità che sono potenzialmente idonei a sfociare nell'insolvenza medesima[8].

Rimangono, peraltro, dubbi circa la situazione economico-finanziaria del debitore che può integrare lo stato di crisi. A tal proposito, è condivisibile l'opinione di chi ritiene che la differenza tra i due concetti stia nel fatto che lo stato di insolvenza deve essere attuale, mentre lo stato di crisi comprende anche la situazione in cui vi sia il pericolo di insolvenza, ossia l'oggettiva probabilità di non riuscire, nel breve periodo, ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni[9]. In realtà, una definizione di stato di crisi, che ha confermato tale opinione, è contenuta nel Titolo I Capo I del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza[10]: "lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate".

[7] E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 711; Id., *Il concordato preventivo*, cit., p. 556.

[8] Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 570.

[9] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 359.

[10] D.lgs. n. 14/2019.

L'imprenditore che si trovi in uno stato di crisi, a partire dalla riforma del 2005, può presentare una domanda di concordato caratterizzata da flessibilità e duttilità di contenuto. Ai sensi dell'art. 160 l. fall., infatti, la proposta di concordato si deve basare su un piano che può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma; l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; la suddivisione in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; trattamenti differenziati tra i creditori appartenenti a classi diverse. Fondamentale per l'ammissione al concordato preventivo è il piano, che, ai sensi dell'art. 161, comma 3, l. fall., deve essere accompagnato dalla relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. La legge stabilisce, inoltre, che "in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dei crediti chirografari", salvo l'ipotesi di concordato con continuità aziendale[11].

Tuttavia, bisogna tenere presente che la "miniriforma" del 2015 (d.l. n. 83/2015, conv. dalla l. n. 132/2015) ha inciso in modo significativo sulla disciplina della proposta di concordato, prevedendo la possibilità per i creditori, a determinate condizioni[12], di presentare proposte di concordato preventivo concorrenti a quella presentata dal debitore.

Un'ulteriore importante modifica apportata dal legislatore del 2005 è inerente alla fase del concordato preventivo definibile come "negoziale"[13], ossia quella in cui si raggiunge l'accordo tra il debitore e i creditori, che segue la fase di apertura della procedura dichiarata con decreto ad opera del tribunale (art. 163 l. fall.). In particolare, tale intervento ha variato la regola della maggioranza per l'approvazione del concordato: non è più richiesta la maggioranza per numero di creditori, mentre quella per ammontare dei crediti viene ridotta alla maggioranza

[11] Tale soglia di soddisfacimento minimo è stata reintrodotta dal d.l. n. 83/2015, conv. in l. n. 132/2015. Infatti, in origine, la legge fallimentare richiedeva un soddisfacimento di almeno il 40% dei creditori chirografari, poi eliminato dalla riforma del 2005.

[12] La norma principale che disciplina le proposte concorrenti è l'art. 163, commi 4-7, l. fall.. Della figura trattano anche gli artt. 165, 172, 175, 177, 185 l. fall..

[13] cfr. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 357.

assoluta dei crediti ammessi al voto (prima, era prevista la maggioranza dei due terzi). Ove siano previste varie classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi (art. 177, co. 1, l. fall.).

È doveroso richiamare l'attenzione sul fatto che, con la sopraccitata riforma del 2015, è venuto meno il principio del silenzio assenso, che era stato introdotto dalla riforma operata dalla l. n. 134/2012, e si è tornati alla regola che impone ai creditori, che vogliano aderire ad una proposta, di manifestare espressamente il loro voto.

Raggiunto l'accordo sulla proposta di concordato, si apre la fase cosiddetta "istituzionale", nella quale il tribunale è chiamato ad omologare (oppure respingere) il concordato approvato. Anche per quanto riguarda le valutazioni da parte del tribunale, la riforma del 2005 ha apportato un significativo cambiamento: in origine, il tribunale, oltre a dover accertare la regolarità formale dell'*iter* concordatario, poteva e doveva entrare nel merito della proposta, in relazione sia alla fattibilità sia alla convenienza dell'offerta, nonché valutare la "meritevolezza" del debitore. Oggi, l'art. 180, co. 1, l. fall. stabilisce che "se il concordato è stato approvato a norma del primo comma dell'art. 177, il giudice delegato riferisce al tribunale il quale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato […]".

A questo punto, la fase di omologazione del concordato preventivo può percorrere itinerari diversi a seconda del fatto che vengano o meno presentate opposizioni all'omologazione.

Se non ci sono opposizioni all'omologazione, il tribunale, ai sensi dell'art. 180, comma 3, l. fall., verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto non soggetto a gravame. In tal caso, dunque, basandosi sul contenuto letterale della disposizione, il controllo d'ufficio del tribunale si riduce ad una verifica della regolarità formale dell'*iter* concordatario e del rispetto delle maggioranze di cui all'art. 177 l. fall.. In realtà, bisogna precisare che, seppure debba ritenersi escluso che il tribunale possa verificare la fattibilità economica del piano concordatario e la convenienza, per i creditori concorsuali,

della proposta rispetto all'alternativa fallimentare, non è escluso, invece, che il tribunale, in sede di omologazione, debba, da un lato, verificare la c.d. fattibilità giuridica della proposta e/o del piano, con tale espressione intendendosi la non contrarietà delle clausole concordatarie a norme imperative; e, dall'altro lato, negare l'omologazione, pur in difetto di contestazioni specifiche sul punto da parte degli interessati, qualora la proposta appaia *prima facie* palesemente irrealizzabile. Tali principi sono stati, di recente, affermati anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 9935/2015[14].

Nel caso in cui, invece, vengano presentate opposizioni, il tribunale, ai sensi dell'art. 180, comma 4, primo periodo, l. fall., deve assumere i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio. In questa fase, può aver luogo il cosiddetto "*cram down*"[15], fenomeno per cui, se un creditore appartenente ad una classe dissenziente, ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti, che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il

[14] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 414.

Riguardo al ruolo attribuito all'autorità giudiziaria in ordine al potere di sindacare il merito della proposta, erano già intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 1521/2013, limitando il sindacato del tribunale, appunto, alla fattibilità "giuridica", demandando, invece, esclusivamente ai creditori quello sulla fattibilità "economica". La delicata problematica, oggetto di differenti orientamenti giurisprudenziali, era, così, approdata all'indirizzo secondo cui il sindacato del tribunale deve intendersi quale prognosi circa la possibile realizzazione della proposta e deve tenere conto della sua idoneità a realizzare la "causa concreta" del concordato, che non ha un contenuto fisso, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata. Bisogna sottolineare che, per alcuni, alla luce della riforma del 2015, il controllo del tribunale sembra implicare un'indagine anche di merito, in quanto la legge richiede che il tribunale controlli la sussistenza della soglia minima di soddisfacimento del 20% dei crediti in ipotesi di concordato liquidatorio, nonché delle soglie del 30% e del 40%, il cui mancato raggiungimento rappresenta la condizione di proposizione delle proposte concorrenti: v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 750.

[15] L'espressione anglosassone "*cram down*" fa riferimento alla circostanza per cui i creditori si vedono costretti ad "inghiottire" la decisione del giudice, nonostante siano in disaccordo.

Prima della modifica intervenuta ad opera del d.l. n. 83/2012, l'art. 180, comma 4, l. fall. attribuiva espressamente ai soli creditori dissenzienti inseriti in una classe a sua volta dissenziente il potere di opporsi per motivi attinenti alla convenienza della proposta, non considerando l'ipotesi della mancata suddivisione dei creditori in classi. Questa nuova formulazione dimostra la volontà del legislatore di non riconoscere al creditore dissenziente un potere individuale di opposizione per motivi di convenienza. Ciò, secondo autorevole dottrina, rappresenta un grave ed ingiustificato *vulnus* ai diritti dei creditori concorrenti e, inoltre, può condurre a risultati paradossali. Anche per tali motivi, la disposizione solleva seri dubbi di legittimità costituzionale, in particolare sotto l'aspetto della sua assoluta irragionevolezza: v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 416.

tribunale può omologare il concordato soltanto qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

In sede di opposizione, il sindacato del tribunale non può, comunque, andare *extra petita*, qualunque sia il motivo di opposizione, che può essere attinente al procedimento, alla non fattibilità economica del piano o alla sua non convenienza; il suo giudizio, infatti, deve limitarsi a valutare i motivi di opposizione, senza poter estendere il proprio giudizio a profili non evidenziati dalle parti[16].

Numerose novità sono state introdotte dal d.l. approvato il 15 giugno 2012 (conv. in l. 134/2012), c.d. "Decreto Sviluppo", le quali esprimono una dichiarata preferenza, nella regolazione della crisi dell'impresa, per quelle soluzioni che premiano la continuità aziendale, tenendo conto delle priorità dichiarate dall'Unione Europea, che sono quelle di favorire "la ripresa economica, la crescita sostenibile e la conservazione dei posti di lavoro"[17].

In tal senso, il legislatore ha introdotto nella legge fallimentare l'art. 186-*bis*, che disciplina la figura del concordato in continuità aziendale, dettando una disciplina specifica per l'ipotesi in cui il piano di concordato preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società anche di nuova costituzione, seppure si preveda la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa. In questo modo, il concordato in continuità aziendale si distingue nettamente dal concordato con cessione dei beni ai creditori (definito anche liquidatorio), l'altra tipologia di concordato preventivo espressamente prevista nella legge fallimentare.

Ulteriore rilevante novità è costituita dall'introduzione del cosiddetto concordato "con riserva" o "in bianco", grazie al quale è stata concessa al debitore la possibilità di depositare la domanda di concordato preventivo, riservandosi di presentare la proposta contenente il piano e la relativa documentazione in un

[16] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p 416.

[17] Raccomandazione della Commissione europea 12.03.2014, su un nuovo approccio alla crisi d'impresa e alla insolvenza. Sul punto, v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. ult. cit.*, p. 685.

termine fissato dal giudice. La *ratio* dell'istituto consiste nel garantire al debitore la possibilità di beneficiare degli effetti protettivi del patrimonio[18] fin dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, ossia in un momento antecedente al deposito del piano e della proposta di concordato. Anche per limitare l'uso improprio di questa tipologia di concordato, il legislatore ha effettuato una rilevante revisione dell'istituto con il d.l. n. 69/2012 (conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98), c.d. "Decreto del fare", prevedendo, in particolare, la nomina di un commissario giudiziale e incrementando l'apporto documentale richiesto per la presentazione della domanda.

Gli interventi legislativi che, nel corso del tempo, hanno inciso significativamente sull'istituto del concordato preventivo sono, quindi, i seguenti: d. l. n. 35/2005 (conv. in l. n. 80/2005); d.lgs. n. 5/2006, che ha apportato lievi modifiche alla disciplina; d.lgs. n. 169/2007 (decreto correttivo del 2007), che, tra le altre variazioni, ha eliminato la dichiarazione d'ufficio di fallimento nel corso della procedura; d.l. n. 83/2012 (conv. in l. n. 134/2012); d.l. n. 69/2013 (conv. in l. n. 98/2013); d.l. n. 83/2015 (conv. in l. n. 132/2015).

Tale quadro normativo non è, però, definitivo, in quanto è stato, di recente, approvato il nuovo "Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza" (d.lgs. n.

[18] Il debitore, con la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, consegue l'effetto inibitorio, sotto pena di nullità, di qualsivoglia iniziativa esecutiva o cautelare dei suoi creditori; le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano. I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice, e le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato. Si verifica, inoltre, il blocco degli interessi, così come l'applicabilità della regola dell'opponibilità degli atti *ex* art. 45 l. fall.: v. P. VELLA, *L'ammissione al concordato preventivo "con riserva"*, in *Fall*., 2013, p. 73. Inoltre, se il debitore è una società, sino all'omologazione non si applicano le norme sulla riduzione del capitale per perdite (artt. 2446, commi 2 e 3, e 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, c.c.) e sulla riduzione al di sotto del minimo legale (artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.), non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale *ex* artt. 2484, n. 4, e 2545-*duodecies* c.c. e resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'art. 2486 c.c. con limitazione del potere di gestione degli amministratori ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (art. 182-*sexies*, l. fall.): v. A. FITTANTE, *Il concordato "in bianco": rassegna sintetica sui profili sostanziali dell'istituto e sulle problematiche emerse in sede applicativa*, focus del 18.09.2015, in *www.ilfallimentarista.it*.

14/2019)[19], che, secondo le recenti disposizioni, entrerà in vigore a partire da settembre 2021.

Tra i principi e le regole enunciate dall'art. 2 della Legge delega (n. 155/2017), è prevista l'adozione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore: procedimento nel quale devono essere trattate tutte le domande proposte dai soggetti legittimati, qualunque ne sia l'oggetto, e in cui viene perseguita la finalità di dare priorità di trattazione alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano[20].

Il "nuovo" concordato preventivo è disciplinato agli artt. 84 ss. CCII, che confermano il favore del legislatore per questo istituto nei casi in cui persegua l'obiettivo della continuità aziendale. La riforma, tuttavia, non ha escluso ogni possibilità di concordato preventivo liquidatorio, ammettendo il ricorso a tale strumento di composizione della crisi ogniqualvolta lo stesso consenta di soddisfare le pretese dei creditori in misura apprezzabile rispetto all'alternativo scenario del fallimento (la cui denominazione è mutata in "liquidazione giudiziale").

L'istituto del concordato preventivo viene ampiamente modificato dal nuovo Codice, che, tra le novità più rilevanti, oltre ad introdurre, come sopra anticipato, una definizione di stato di crisi, ha previsto una nuova disciplina delle offerte concorrenti (art. 91 CCII), consentendo l'apertura di una procedura competitiva in relazione al bene (azienda, ramo d'azienda o cespite) che costituisca oggetto di una proposta formulata dal terzo prescelto dal debitore al momento della predisposizione del piano concordatario, e ha eliminato l'adunanza dei creditori, che viene sostituita da un procedimento di voto per via telematica (già possibile, ma solo eventuale, alla luce della vigente normativa).

[19] Con la l. 19/10/2017 n. 155 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 254 del 30/10/2017), il Governo è stato delegato ad adottare entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della stessa legge (14/11/2017) uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali e della disciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento, nonché per la revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie.

[20] v. AA.VV, *Fallimento e crisi d'impresa*, IPSOA InPratica, 2019, p. 1099.

È indubbio che le numerose modifiche legislative intervenute, in particolare a partire dalla riforma del 2005, abbiano inciso sull'interpretazione della finalità del concordato preventivo.

In passato, dopo l'abolizione dell'istituto della moratoria, il concordato preventivo, come già precedentemente accennato, era visto come un beneficio per l'imprenditore "onesto, ma sfortunato", che, mediante un accordo amichevole con i creditori, voleva evitare il fallimento e la cessazione della sua impresa.

In realtà, già fin dall'emanazione delle prime leggi che disciplinavano l'istituto, la dottrina classica, aderendo alla teoria elaborata da Carnelutti, sosteneva che la finalità dell'istituto, oltre ad essere quella primaria di soddisfacimento dei creditori, doveva essere anche quella di tutela dell'interesse superiore dell'economia, della produzione e, più in generale, dell'interesse pubblico[21]. La teoria di Carnelutti si è, poi, rivelata lungimirante, in quanto dotata di molti punti in comune anche con i più attuali orientamenti sulla natura e sulla finalità del concordato preventivo.

Occorre ricordare, tuttavia, che non è mancato chi ha assunto una posizione contraria rispetto alla teoria individuante nel concordato preventivo la finalità di evitare la distruzione dell'impresa del debitore. In particolare, la Cassazione[22] affermava che il concordato preventivo non persegue la finalità di conservazione dell'impresa, ma quella di tutela dell'interesse dei creditori, la cui natura andava considerata prettamente liquidatoria.

Come accennato, l'attuale concezione della funzione del concordato preventivo è frutto dei numerosi interventi legislativi che lo hanno interessato, in particolare a partire dalla riforma fallimentare del 2005. La spinta innovativa è scaturita anche dall'adeguamento alle Direttive dell'Unione Europea, favorevoli al mantenimento in vita dei complessi aziendali, al fine di salvaguardare i posti di lavoro. Il concordato preventivo ha, così, definitivamente perduto l'originario

[21] Per un approfondimento circa la finalità del concordato preventivo *ante* riforma, v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 688; Id., *Il concordato preventivo*, cit., p. 517.

[22] cfr. Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Dir. Fall.*, 1991, p. 1248.

carattere liquidatorio per assumere, invece, la struttura di procedimento, nel quale, con la valorizzazione dell'autonomia privata, la finalità di tutela dei creditori può essere realizzata anche mediante strumenti di conservazione e risanamento dell'impresa in crisi, che non escludono strumenti di natura liquidatoria, se questi siano ritenuti idonei per il conseguimento in tempi rapidi di liquidità[23]. Si è attuata, dunque, una svolta epocale nel sistema di tutela dei creditori, che ha portato ad un nuovo modo, anche in sede giudiziale, di gestire la crisi dell'impresa, anche perché, in un'economia regolata dalle leggi del mercato di massa, che per sostenersi richiede un numero sempre maggiore di consumatori, si vuole scongiurare l'esclusione dell'impresa dal mercato ed evitare, quindi, la dispersione dei valori aziendali e dei livelli occupazionali[24].

La finalità di salvaguardia dell'impresa che caratterizza l'istituto del concordato preventivo influenza, come vedremo in seguito, anche la disciplina relativa ai contratti pendenti e, in particolare, il suo rapporto con l'istituto dell'arbitrato, oggetto di questa tesi.

2. Arbitrabilità in ambito concordatario.

Sono diverse le ragioni per cui è interessante approfondire la questione relativa al rapporto tra arbitrato e concordato preventivo, il quale è oggetto di scarso interesse da parte della dottrina, che si è sempre occupata maggiormente dei rapporti intercorrenti tra arbitrato e fallimento. Da un lato, infatti, l'attuale tendenza a preferire procedure concordatarie comporta anche un aumento delle occasioni di interazione con l'arbitrato, fenomeno, a sua volta, in progressiva espansione; dall'altro lato, il concordato preventivo è l'unica tra le procedure concorsuali minori per la quale il legislatore, dopo aver inserito l'art. 83-*bis* nella disciplina relativa al fallimento[25], ha introdotto, con il d.l. n. 83/2012 (conv. in l. n. 134/2012), una norma specifica su tale tema, ossia l'art. 169-*bis,* comma 3, l. fall..

[23] v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 525.

[24] v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 692.

[25] Articolo aggiunto dal d.lgs. n. 5/2006.

Bisogna tenere presente che la riforma della legge fallimentare contenuta nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza non incide in maniera significativa sul rapporto tra arbitrato e concordato preventivo: l'art. 169-*bis* l. fall. è rimasto immutato (art. 97, commi da 8 a 13, del nuovo Codice), così come l'art. 167 l. fall. (art. 94, "Effetti della presentazione della domanda di concordato"; è presente, poi, l'art. 46, rubricato "Effetti della domanda di accesso al concordato preventivo"). Inoltre, anche con questa riforma, il legislatore non ha in alcun modo chiarito i vari aspetti problematici che interessano il rapporto tra i due istituti[26].

Prima di esaminare le varie questioni che interessano il rapporto tra arbitrato e concordato preventivo, è, però, fondamentale chiedersi se la proposizione della domanda di concordato comporti una riduzione delle controversie arbitrabili.

A tal proposito, è necessario fare riferimento all'art. 806 c.p.c., nella formulazione riveniente dalla riforma del 2006[27], il quale stabilisce che le parti non possono devolvere ad arbitri le controversie, tra di loro insorte, che abbiano ad oggetto diritti indisponibili e quelle per le quali vi sia un espresso divieto previsto dalla legge[28]. In questo caso, si parla di "indisponibilità sostanziale", ossia l'indisponibilità del diritto sostanziale che costituisce oggetto della decisione arbitrale: senza dubbio, tale limite sussiste anche per il debitore concordatario[29]. Peraltro, è condivisibile l'opinione di chi sostiene che la procedura concordataria non determini alcuna compressione dei diritti disponibili, per cui, da tale punto di vista, la compromettibilità delle liti risulterebbe indifferente all'apertura della procedura di concordato preventivo[30].

---

[26] v. G. CANALE, *Arbitrato, concordato preventivo e procedure concorsuali minori*, in *Dir. Fall.*, 3-4, 2019, p. 787.

[27] Il testo della norma è stato riformato dal d.lgs. n. 40/2006, "*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di Cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato*".

[28] Per quanto riguarda il concetto di arbitrabilità, v., tra gli altri, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 83; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, V*, IX ed., Milano, 2017, p. 117; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 51 e p. 73.

[29] v. G. CANALE, *op. cit.*, p. 789.

[30] v. L. GALANTI, *Profili processuali ancora incerti nel sistema dei rapporti tra arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1141.

Tuttavia, il concetto di indisponibilità deve essere preso in considerazione anche dal punto di vista processuale: si tratta del limite che deriva dalla disponibilità del processo, al quale quel diritto sarebbe soggetto proprio per l'esistenza della procedura concorsuale. In questi casi, quindi, il diritto è, e rimane, sostanzialmente compromettibile: l'indisponibilità della materia rispetto alla via arbitrale non costituisce un problema di compromettibilità o no della materia, quanto piuttosto un problema relativo alla specialità del rito.

Sotto tale profilo, bisogna ricordare che il procedimento arbitrale costituisce uno strumento alternativo al solo processo ordinario di cognizione e ai procedimenti ad esso assimilabili. Di norma, quando il nostro ordinamento prevede un rito sommario o semplificato, esso è alternativo al rito ordinario, per cui, in questi casi, non sussiste un limite all'arbitrabilità, siccome il titolare del diritto, potendo optare per il procedimento ordinario o per quello speciale, può presentare agli arbitri una domanda che, davanti all'A.G.O., sarebbe caratterizzata dal rito ordinario. Il limite, dunque, sussiste solamente quando la tutela con il rito sommario o semplificato sia prevista come esclusiva dal legislatore[31].

Anche in pendenza del concordato preventivo, le controversie, per le quali il processo innanzi all'autorità giudiziaria sia configurato dal legislatore quale unico mezzo di tutela per il conseguimento di un determinato effetto, non sono arbitrabili[32]. Di conseguenza, non possono essere deferiti ad arbitri i procedimenti qualificabili come mezzi di impugnazione contro atti aventi natura decisoria (come, ad esempio, il reclamo contro la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato, la pronuncia di revoca all'ammissione alla procedura *ex* art. 173 l. fall. e l'impugnazione del provvedimento, positivo o negativo, che conclude il giudizio

[31] v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 454; G. CANALE, *op. cit.*, p. 790.

[32] v. G. CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, tomo II, Padova, CEDAM, 2010, p. 1511; F. GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Buonfrate e Giovanucci Orlandi, Torino, 2006, p. 323: "così come in ambito fallimentare, deve ritenersi operante il principio in base al quale i procedimenti interni alla procedura, rispetto ai quali la soluzione in ambito endoprocedimentale rimane inevitabile, rimangono esclusi da possibili procedure arbitrali".

di omologa) e i procedimenti con carattere esclusivo volti alla eliminazione o modifica di atti privi di natura decisoria (ad esempio, i rimedi impugnatori contro i provvedimenti del giudice delegato, anche volti alla gestione della procedura)[33].

Oltre a tali "ovvie" limitazioni[34], nel caso del concordato preventivo non sono rinvenibili particolari ostacoli alla possibilità di devolvere controversie ad arbitri.

Innanzitutto, manca, nella disciplina del concordato preventivo, una norma quale l'art. 24 l. fall., che disponga una competenza funzionale ed inderogabile del tribunale fallimentare per le controversie che nascano dalla procedura. Rispetto al concordato, dunque, non si pongono questioni di competenza, che, in passato, hanno indotto parte della dottrina ad avere dubbi sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento, anche se è ormai assodato che tali questioni sono inidonee ad incidere sulla facoltà di avvalersi dello strumento arbitrale. È stato sottolineato, infatti, che l'art. 24 l. fall. non riveste alcuna generale efficacia preclusiva e ciò in quanto tale norma opera su piani diversi rispetto alla disciplina dell'oggetto del giudizio arbitrale, poiché riguarda la divisione del lavoro tra giudici incardinati nell'ordinamento giudiziario e gli arbitri non appartengono all'organizzazione giudiziaria. L'esclusività della competenza, dunque, non è una ragione plausibile che può giustificare la restrizione della capacità negoziale in ordine all'opzione arbitrale[35].

---

[33] G. CANALE, *op. cit.*, p. 790.

[34] v. A. NIGRO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, 3-4, p. 678.

[35] v., tra gli altri, E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 452; U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 275; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 1; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, II ed., Padova, CEDAM, 2000, p. 13 e p. 59, il quale ha messo in luce che "tra le materie compromettibili in arbitri possono essere ricomprese quelle oggetto di competenza funzionale di un determinato giudice, dato che i limiti oggettivi dell'arbitrato sono dati sia dall'elencazione di ipotesi specifiche, come le controversie di lavoro non considerate dall'art. 808, comma 2, c.p.c. e quelle di stato o di capacità delle persone, sia dalla natura indisponibile dei diritti litigiosi, la quale nulla ha a che vedere con la competenza inderogabile". In giurisprudenza, Cass. ord. S.U., 3 novembre 2002, n. 14223, in *Rep. Foro it.*, 2002, Arbitrato, n. 08, secondo cui "lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o sia deferibile agli arbitri - i quali, anche nell'arbitrato rituale, non svolgono comunque una forma sostitutiva della giurisdizione né sono qualificabili come organi giurisdizionali dello Stato - costituisce una questione, non già di competenza in senso tecnico, ma di merito".

Soprattutto, però, sono assenti, tra le disposizioni relative al concordato preventivo, norme analoghe agli artt. 92 ss. l. fall., che prevedono un procedimento necessario per l'accertamento del passivo fallimentare. Al contrario di quanto accade nel fallimento, dunque, in mancanza di un procedimento con carattere di esclusività, sono arbitrabili le controversie in materia di accertamento dei crediti concorsuali e quelle in materia di distribuzione ai creditori, che sono devolute, per regola generale, al giudice ordinario[36].

Infine, deve essere escluso un ulteriore ostacolo all'utilizzo dell'arbitrato nell'ambito del concordato preventivo: la legge fallimentare non prevede alcuna preclusione alle azioni di cognizione esperibili in area concordataria. L'unico limite è stabilito dall'art. 168 l. fall., il quale sancisce che i creditori anteriori alla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese non possono proporre o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, a pena di nullità. Tale divieto, riferendosi esclusivamente alle azioni esecutive e cautelari, si pone su un piano assolutamente estraneo rispetto a quello dell'arbitrato, che ha una funzione solamente di tipo cognitivo[37]. Di conseguenza, anche sotto tale aspetto, la procedura concordataria non incide sulla possibilità di proporre domande arbitrali.

In conclusione, è evidente che l'area dell'arbitrabilità, salve le eccezioni marginali che si sono viste, risulta indifferente all'apertura del concordato preventivo.

Una attenta dottrina sottolinea che tali considerazioni circa l'arbitrabilità in ambito concordatario sono valide anche se si tiene conto delle novità introdotte dal nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza. In particolare, come accennato nel paragrafo precedente, il Codice elaborato dalla commissione Rordorf, agli artt. 44 ss., introduce un procedimento unitario che, riguardando ogni iniziativa

[36] v. G. CANALE, *op. cit.*, p. 791; L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1142; G. CABRAS, *op. cit.*, p. 1511; F. GHIGNONE, *op. cit.*, p. 322; E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 460.

[37] v. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1144; A. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arb.*, II fascicolo, 2016, p. 240: "non essendovi accertamento del passivo in senso proprio nulla è precluso alla cognizione ordinaria o arbitrale circa i rapporti fra debitore e terzi (fermo restando il divieto di azioni esecutive e cautelari, divieto che ovviamente con l'arbitrato in quanto cognizione ha ben poco a che fare)".

processuale volta ad accedere alla regolazione della crisi o dell'insolvenza, consente di accorpare l'intera materia, la cui competenza a decidere è attribuita dall'art. 31 CCII al tribunale concorsuale. Sono due i motivi per cui tale previsione non comporterebbe alcun limite alla possibilità di ricorrere allo strumento arbitrale: da una parte, l'accentramento di competenza in capo al tribunale concorsuale riguarda il procedimento unitario e, quindi, non coinvolgerebbe anche le successive controversie connesse, rispetto alle quali l'art. 36 CCII prevede una competenza funzionale per la sola ipotesi di liquidazione, sul modello dell'art. 24 l. fall.; dall'altra parte, come sottolineato poc'anzi[38], le disposizioni relative alla competenza, anche se prevista come funzionale ed inderogabile, operano su piano diverso rispetto alla scelta arbitrale adottata dalle parti[39].

3. Gli effetti del concordato preventivo sulla convenzione arbitrale: gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali precedenti al d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

Come abbiamo già visto, prima del d.l. n. 83/2012, la legge fallimentare, nella parte dedicata al concordato preventivo, non conteneva né una disciplina specifica volta a regolamentare gli effetti della procedura concordataria sui rapporti pendenti né un rinvio generale agli artt. 72 ss. l. fall., regolanti, invece, tali rapporti nel fallimento.

Uno dei principali problemi che interessano il rapporto tra arbitrato e concordato preventivo consiste nel comprendere se la convenzione arbitrale già stipulata dalle parti conservi la propria vincolatività anche a seguito della proposizione della domanda di concordato[40], ossia capire quali siano gli effetti della procedura concordataria sulla convenzione arbitrale già stipulata dal debitore.

---

[38] Sull'argomento, vedere nota 35.

[39] v. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1143.

[40] v. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1140: "gli effetti rilevanti in tema di arbitrato si verificano a partire dalla domanda concordataria (non dall'apertura della procedura concordataria) ed è rispetto alla stessa che si deve stabilire se ci si trovi in presenza di un procedimento o di un semplice patto arbitrale". Infatti, "è la proposizione della domanda concordataria a determinare la cristallizzazione delle situazioni giuridiche, nonché la consistenza della massa attiva e passiva […]; e sempre con

Prima di esaminare l'art. 169-*bis* l. fall. (rubricato "Contratti pendenti"), introdotto dal legislatore del 2012, è interessante soffermarsi sugli orientamenti di dottrina e giurisprudenza precedenti alla novella normativa[41]. In particolare, tre possono definirsi gli schieramenti della dottrina, seguiti in parte dalla giurisprudenza.

La prima teoria, non recente ma comunque autorevole, sostenuta principalmente da Renzo Provinciali[42], si basava sulla concezione secondo cui, in tutte le procedure concorsuali, è possibile individuare un principio unitario, con la conseguenza che gli effetti sono gli stessi, variando solo la loro intensità[43]: tale unitarietà consisterebbe nella presenza di un fine comune valido per tutti i procedimenti concorsuali, ossia quello della rimozione del dissesto. Partendo da tale principio, secondo Provinciali, andrebbe respinta l'interpretazione in base alla quale il mancato richiamo, nell'art. 169 l. fall., alla disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti pendenti (artt. 72 ss. l. fall.) dovrebbe far concludere che questi ultimi non siano toccati dalla procedura concordataria. Tale interpretazione, infatti, sarebbe "quanto mai semplicistica e superficiale", poiché la legge fallimentare è notoriamente lacunosa e difettosa, motivo per cui, nell'interpretazione di una singola norma o istituto, non si può tener conto delle sue eventuali omissioni, bensì bisogna procedere alla luce dei principi generali. Così, "le norme sullo scioglimento, o prosecuzione, dei contratti, in caso di insolvenza giudizialmente accertata di una delle parti, sono dettate a proposito del fallimento, che è l'archetipo dei procedimenti concorsuali, ma sono applicabili in ogni

riguardo ad essa si valuta se siano state compiute le formalità necessarie per rendere gli atti opponibili ai terzi, in virtù del rimando delle norme operanti per il fallimento".

[41] Per l'esposizione delle varie teorie dottrinali e giurisprudenziali, v. E. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 1996, 5, p. 420; V. PETTIROSSI, *Sorte dei "contratti pendenti" nella disciplina del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, 1, p. 103.

[42] v. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974; Id., *Effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti e in tema di compensazione*, nota a Cass. 3 dicembre 1968, n. 3868, in *Dir. fall*. 1969, II, p. 933.

[43] v. R. PROVINCIALI, *ult. op. cit.*, p. 937: "la concezione unitaria dei procedimenti concorsuali, per cui gli stessi effetti si hanno in tutti i procedimenti, variandone solo il grado di intensità, è un punto assodato nel moderno diritto concorsuale, che non concepisce più il concordato preventivo come un beneficio concesso al debitore sventurato e incolpevole, piuttosto che un procedimento esecutivo".

procedimento di siffatto tipo e di tali caratteristiche"[44]. In definitiva, secondo questa tesi, l'ammissione al concordato preventivo influenza i rapporti preesistenti, nel senso che proseguono esclusivamente quelli che sono preordinati alla conservazione dell'attività e rispondono alle primarie esigenze del concorso, mentre quelli che sono neutri o indifferenti a queste ultime, o addirittura vi si oppongono, possono essere sciolti o risolti di autorità, venendo così riconosciuto un potere di scelta al debitore concordatario.

In base al secondo orientamento[45], che potremmo definire intermedio, si riteneva che non risultano applicabili al concordato preventivo le norme del fallimento, le quali prevedono lo scioglimento automatico del mandato, della spedizione, della commissione e dei contratti a questi riconducibili, come conto corrente e contratto di borsa a termine e, infine, dell'associazione in partecipazione, sia perché tali norme, con la loro efficacia ablativa, impedirebbero la gestione dell'impresa in pendenza del concordato preventivo, sia perché il controllo sulla gestione fa venir meno l'*intuitus personae*, che è alla base di tali negozi e, di conseguenza, viene meno la ragione dello scioglimento. Ad analoga conclusione si è giunti per il contratto di società, riguardo al quale la dottrina in esame sosteneva che la società stessa non viene posta automaticamente in stato di scioglimento a seguito della sua ammissione al concordato preventivo, poiché manca la *ratio* che sorregge l'art. 2308 c.c., consistente, appunto, nello scopo liquidatorio, che risulta estraneo al concordato preventivo, almeno nella fase che precede l'omologazione, a differenza del fallimento.

A maggior ragione, secondo tale tesi, risulta applicabile al concordato preventivo la disciplina dei contratti insensibili alla dichiarazione di fallimento, tra i quali sono da ricomprendere la locazione, nel caso di fallimento del locatore, la vendita, nel caso in cui la proprietà sia già stata trasferita all'acquirente all'apertura

[44] v. R. PROVINCIALI, *ult. op. cit.*, p. 935.

[45] Sostenuto in particolare da A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, p. 189. Contro tale teoria, v. A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIII vol., CEDAM, Padova, 1997, p. 181, il quale ha evidenziato che si tratta di "un'originale ricostruzione dell'istituto".

del procedimento concorsuale nei confronti del venditore e, infine, l'assicurazione contro i danni[46]. Si tratta di ipotesi di inefficacia del concordato preventivo, alle quali si può aggiungere anche il contratto di lavoro, il quale, sia in base all'art. 2119 c.c., sia alla luce delle leggi speciali successive, resta indifferente rispetto all'apertura del fallimento; ne consegue che, a maggior ragione, lo è riguardo al concordato preventivo, nel quale non si prevede l'arresto dell'attività imprenditoriale.

La dottrina in esame sosteneva, poi, che gli atti di straordinaria amministrazione, in esecuzione di tali contratti, dovrebbero essere autorizzati dal giudice delegato, in quanto il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni, ma sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato. Veniva effettuata, così, una distinzione tra gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, questi ultimi previsti dal secondo comma dell'art. 167 l. fall.[47]. Secondo tale indirizzo, si potrebbe impedire l'automatica prosecuzione del contratto pendente ancora parzialmente ineseguito, quantomeno nell'ipotesi in cui si tratti di un atto di straordinaria amministrazione, facendo ricorso al meccanismo autorizzatorio di cui all'art. 167 l. fall.[48]. A parere della dottrina in esame, la

[46] Infatti, riguardo alla locazione, il concordato preventivo tende a conservare e non a liquidare i beni del debitore; in secondo luogo, se la proprietà del bene è stata trasferita all'acquirente, anche se il bene non è stato ancora consegnato, è estraneo all'oggetto del fallimento, per cui lo deve essere anche nell'ipotesi in cui il debitore può amministrare i propri beni; infine, è stato osservato che non vi sono ragioni per cui, nel concordato preventivo, dovrebbe valere una disciplina più sfavorevole all'assicurato di quella disposta per il fallimento.

[47] Autorevole dottrina ha fortemente criticato la distinzione tra atti di esecuzione di contratti pendenti di ordinaria e atti di esecuzione di contratti di straordinaria amministrazione, sulla quale poggia la teoria esposta di Jorio: "infatti, tale dicotomia si sostanzia nella trasposizione, priva di qualunque sostegno esegetico e sistematico, ai rapporti giuridici pendenti di norme che, nell'art. 167, comma 2, l. fall., si riferiscono a nuovi contratti, posti in essere durante la procedura di concordato, ma non già ai contratti in precedenza stipulati, come si vorrebbe dal punto di vista qui censurato. Né varrebbe osservare, come pure si è fatto, che, nell'art. 167, si indicano, tra gli atti bisognosi di autorizzazione, alcuni comportamenti del debitore, non implicanti necessariamente disposizione autonoma di diritti, e qualificabili come atti dovuti, perché gli stessi esempi addotti, quali la ricognizione di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, e la restituzione di pegni, non hanno alcun riferimento ai contratti pendenti, almeno nell'accezione in cui si intendono le fattispecie regolate dagli artt. 72 ss. l. fall.": per l'esaustiva critica alla tesi di Jorio, v. A. BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 183.

[48] G. PARISI, *Profili processuali della disciplina dei contratti pendenti nell'ambito del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, 3-4, p. 959.

mancata autorizzazione del giudice delegato, dunque, costituirebbe il motivo impeditivo dell'adempimento: in difetto di autorizzazione, non ne seguirebbe uno scioglimento automatico del rapporto, ma un semplice inadempimento imputabile al debitore, producendo, quindi, un'obbligazione di risarcimento del danno, eccettuato il caso in cui l'imprenditore non abbia determinato per fatto proprio l'insolvenza che ha portato all'apertura della procedura concorsuale. Al di fuori della sfera degli atti di straordinaria amministrazione, invece, l'imprenditore concordatario sarebbe libero di adempiere anche senza autorizzazione ed avrebbe, quindi, un potere di scelta[49].

Bisogna, infine, esporre l'indirizzo seguito dalla prevalente dottrina[50] e giurisprudenza[51], secondo il quale il concordato preventivo è totalmente indipendente dalla disciplina prevista per il fallimento agli artt. 72 e ss. l. fall. e, di conseguenza, l'apertura della procedura concordataria è ininfluente rispetto ai contratti non ancora compiutamente eseguiti dalle parti. Tale orientamento era fondato su due argomenti: da un lato, quello letterale, per cui è assente qualunque statuizione normativa. Il legislatore, infatti, nel rinvio alla disciplina del fallimento contenuto nell'art. 169 l. fall., ha richiamato solo la sezione II, intitolata "gli effetti del fallimento per i creditori", mentre non ha richiamato le norme della sezione IV,

---

L'art. 167 l. fall. sancisce che gli atti di straordinaria amministrazione devono essere compiuti dal debitore concordatario con l'autorizzazione scritta del giudice delegato.

[49] È stato sottolineato che "per quanto riguarda gli atti di ordinaria amministrazione, si tende a sottovalutare l'importanza di un eventuale contrasto tra la decisione del debitore e quella degli organi della procedura, poiché si reputa che ben difficilmente il debitore deciderebbe di assumere iniziative contrarie alle direttive del giudice delegato, compiendo operazioni che potrebbero portarlo alla dichiarazione di fallimento": E. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, cit., p. 421.

[50] A. BONSIGNORI, *op. cit.,* p. 184; G. RAGUSA-MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1994, p. 835; A. DIMUNDO – A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 269; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Milano, 1993; F. FIMMANO', *Effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Fall*., 2006, 9, p. 1050: "né di certo può ipotizzarsi l'applicazione analogica, od estensiva, della compiuta normativa dettata per il fallimento a cominciare dalla disposizione di carattere generale e sistematico introdotta dalla riforma con il nuovo testo dell'art. 72 l. fall., come non poteva condividersi tale applicazione nel vecchio regime"; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 2006, p. 554.

[51] Tra le altre, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 12 gennaio 2007, n. 578, in *Foro italiano*, 2007, I p. 2466; nella giurisprudenza di merito, Trib. Genova, 11 gennaio, 1996, in *Fall*., 1996, p. 954; Trib. Milano, 20 aprile 1989, in *Fall*., 1989, p. 954.

intitolata "gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti". Dall'altro lato, quello secondo cui il debitore, nel concordato preventivo, è sottoposto al cosiddetto "spossessamento attenuato", secondo cui egli mantiene l'amministrazione dei suoi beni e conserva l'esercizio dell'impresa, pur sotto la vigilanza e la direzione degli organi della procedura. Di conseguenza, il debitore conserva anche le sue posizioni giuridiche, facenti capo al rapporto pendente, senza mutamento nei suoi diritti o doveri, salvo che il contraente *in bonis* si avvalga della facoltà di sospendere l'esecuzione della prestazione a norma dell'art. 1461 c.c., in considerazione del fatto che l'insolvenza dell'altro contraente mette in pericolo il conseguimento della prestazione[52]. Tale facoltà è riconosciuta esclusivamente al contraente *in bonis*, poiché, in forza del fatto che la prosecuzione dei contratti è intesa quale effetto naturale dell'ammissione alla procedura di concordato, si nega che il debitore abbia facoltà di scelta tra l'esecuzione e l'inesecuzione della prestazione da lui dovuta, in relazione alla maggiore o minore convenienza economica del contratto rispetto agli interessi di massa. Oltre a tali due argomenti, i sostenitori di tale indirizzo facevano riferimento ad una differenza finalistica tra l'istituto del fallimento e quello del concordato preventivo, per cui, dato che quest'ultimo persegue l'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa, andrebbe favorita la conservazione dei rapporti piuttosto che la loro interruzione[53].

In conclusione, l'indirizzo prevalente prima della novella apportata dal legislatore del 2012[54] era nel senso della prosecuzione dei rapporti pendenti al momento dell'ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo. Seguendo tale orientamento, la procedura concordataria non poteva produrre alcun effetto

[52] A. BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 185.

[53] v. D. MAZZOCCA, *Brevi osservazioni in tema di concordato preventivo e rapporti giuridici pendenti*, nota a Trib. Napoli 29 gennaio 1982, in *Dir. fall*., 1982, II, p. 1241: "il secondo orientamento sembra più conforme all'innegabile distinzione tra le due procedure sul piano finalistico. In realtà, senza negare l'esistenza di un carattere comune delle procedure concorsuali e la conseguente enucleabilità di alcuni principi generali, non può ridursi la rilevanza della sostanziale diversità di scopi tra il fallimento ed il concordato preventivo, liquidatorio nel primo caso e di continuazione e, possibilmente, di miglioramento, dell'attività dell'impresa nel secondo. Se, quindi, il legislatore ha voluto salvare il momento dinamico dell'impresa […], è palese che non avrebbe poi potuto contraddittoriamente interrompere la prosecuzione di quei rapporti a mezzo dei quali avveniva l'esercizio dell'impresa".

[54] Indirizzo condiviso da E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 421.

estintivo sulla convenzione arbitrale pendente al momento dell'ammissione al concordato.

4. La nuova disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo: l'art. 169-*bis* l. fall..

È solo con l'art. 33, comma 1, lett. d), del d.l. n. 83/2012 (convertito in l. n. 134/2012) che è stata introdotta nella legge fallimentare, all'art. 169-*bis*, una disciplina specificamente dedicata ai contratti pendenti nel concordato preventivo. La *ratio* ispiratrice della riforma si può ravvisare nella volontà di superare l'incertezza applicativa che era conseguita alla deregolamentazione, come sottolineato anche nella Relazione Illustrativa al "Decreto Sviluppo" (n. 83/2012)[55], la quale aveva rappresentato, in passato, un ostacolo alla prosecuzione dei rapporti nelle more della procedura, con evidenti riflessi negativi sulla conservazione dell'impresa. La rubrica dell'articolo, originariamente "Contratti in corso di esecuzione", è stata modificata dal d.l. n. 83/2015 (conv. in l. n. 132/2015) in "Contratti pendenti"; è stata, così, equiparata la terminologia a quella utilizzata in ambito fallimentare e sono state superate le perplessità che erano state prospettate circa l'unitarietà della nozione. A seguito del predetto intervento normativo, quindi, il legislatore ha posto fine al dibattito relativo all'interpretazione del significato dell'espressione "contratti in corso di esecuzione", non solo adottando la stessa terminologia in uso all'art. 72 l. fall., ma anche esplicitando la relativa definizione, chiarendo che la norma in esame si applica ai contratti "ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso". Ancora una volta, però, il legislatore non ha utilizzato un'unica locuzione per l'art. 72 e per l'art. 169-*bis* l. fall., in quanto non ha inserito l'inciso "da entrambe le parti", anche se non può più sussistere alcun dubbio sulla circostanza che la nozione si riferisca, anche

[55] Art. 33 della Relazione Illustrativa al Decreto Sviluppo: "i più grandi disincentivi al tempestivo accesso delle imprese in crisi alle procedure di concordato preventivo e ai procedimenti di omologazione degli accordi di ristrutturazione possono essere così riassunti: […] la mancanza di una disciplina specifica che faciliti il concordato con continuità aziendale, soprattutto prevedendo la continuazione dei contratti in corso. […] Con la lettera d) dell'articolato si introduce nel sistema del concordato preventivo una disciplina dei contratti in corso di esecuzione, finora assente".

nel concordato preventivo, ai contratti bilaterali a prestazioni corrispettive non ancora compiutamente eseguiti da entrambe le parti[56].

La norma (letta in combinato disposto con l'art. 186-*bis*, comma 3, l. fall., che ne estende l'ambito applicativo anche al concordato in continuità aziendale) prevede che, all'apertura del concordato, tutti i contratti proseguono, mentre viene espressamente contemplata la possibilità che essi vengano sciolti o sospesi a fronte della richiesta del debitore, la quale, al fine di essere autorizzata, deve essere sottoposta preventivamente al vaglio di un organo della procedura, ossia del tribunale, se la richiesta del debitore è inserita nel ricorso introduttivo, o del giudice delegato, nel caso in cui questa sia effettuata dopo il decreto di ammissione[57]. In realtà, bisogna tener presente che, nella lettera dell'art. 169-*bis*, la prosecuzione *ex lege* dei contratti pendenti è desumibile soltanto in via indiretta, partendo dalla constatazione che si riconosce al debitore il diritto di chiedere di essere autorizzato allo scioglimento del contratto, ma non quello di chiedere la prosecuzione del rapporto, che si presume, pertanto, quale effetto fisiologico[58].

È doveroso sottolineare che il comma 4 prevede delle eccezioni alla regola introdotta dall'art. 169-*bis*, comma 1, l. fall., non potendo il debitore richiedere l'autorizzazione per lo scioglimento o la sospensione dei contratti: di lavoro subordinato; preliminari aventi ad oggetto la vendita di immobile destinato a costituire o l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, oppure la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente; di finanziamento destinato ad uno specifico affare; di locazione di immobili.

Si ritiene che la richiesta formulata dal debitore non possa essere generica, ma debba essere riferita a singoli e specifici contratti, dallo stesso discrezionalmente

[56] v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, II ed., 2016, p. 753. Per quanto riguarda il dibattito circa il significato di "contratti in corso di esecuzione", v. V. PETTIROSSI, *Sorte dei "contratti pendenti" nella disciplina del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, 1, p. 104.

[57] La riforma del 2015 ha apportato un correttivo al comma 1 dell'art. 169-*bis*, prevedendo espressamente che la richiesta può essere presentata dal debitore anche "successivamente" al deposito del ricorso.

[58] v. V. PETTIROSSI, *op. cit.*, p. 107. Tuttavia, ciò è chiarito dall'art. 97 del "nuovo" CCII, il quale prevede espressamente che "i contratti […] proseguono anche durante il concordato".

individuati, e che la domanda debba essere accompagnata dalle ragioni giustificatrici a fondamento della pretesa, nell'ottica del piano di concordato e della sua migliore fattibilità[59].

La regola della prosecuzione dei rapporti giuridici preesistenti introdotta dal legislatore del 2012 nella disciplina del concordato preventivo è diversa rispetto a quella prevista in ambito fallimentare, in cui la regola generale, prevista dall'art. 72 l. fall., è la sospensione del contratto pendente al momento dell'apertura della procedura, dalla quale deriva la caduta del rapporto in uno stato di quiescenza, cui può porre termine solo la scelta del curatore di subentrare nel contratto o di sciogliersi da esso[60]. Le norme successive prevedono disposizioni *ad hoc* per singole tipologie contrattuali, per le quali il legislatore ha sancito la prosecuzione automatica oppure lo scioglimento *ipso iure* per il solo fatto che una delle parti viene dichiarata fallita.

Peraltro, quanto dettato a norma del comma 1 dell'art. 169-*bis* è in linea con quanto disposto in caso di esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento, ai sensi dell'art. 104, comma 7, l. fall.[61]: in tal caso, la prosecuzione dei contratti pendenti è un effetto legale automatico, salvo che il curatore non intenda scioglierli o sospenderli. Ciò evidenzia che la regola di trattamento dei rapporti giuridici pendenti differisce radicalmente nelle ipotesi di soluzione della crisi di impresa nel senso della sua liquidazione ovvero della prosecuzione della sua attività[62].

Al comma 3 dell'art. 169-*bis*, il legislatore ha introdotto una disposizione relativa alla convenzione arbitrale. Essa, tuttavia, si limita a regolare una specifica

[59] v. A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, 3, p. 263; C. ASCIUTTO, *Art. 169-bis l. f. Contratti in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, A. CAIAFA – S. ROMEO (a cura di), tomo III, Padova, CEDAM, 2014, p. 60.

[60] In realtà, è doveroso ricordare che, secondo quanto stabilito dall'art. 72, comma 2, l. fall., nel caso in cui il curatore rimanga inerte, il soggetto *in bonis* ha la facoltà di metterlo "in mora", facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, entro il quale l'organo della procedura dovrà decidere se subentrare o meno nel contratto.

[61] P. F. CENSONI, *La prosecuzione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e Fallimento*, pubbl. 11 marzo 2013.

[62] v. A. PATTI, *op. cit*., p. 261; v. V. PETTIROSSI, *op. cit*., p. 106.

questione, in quanto si riferisce solamente alla clausola compromissoria, non considerando le diverse tipologie di accordo arbitrale.

Inoltre, pure rispetto alla clausola compromissoria, non introduce una regola vera e propria, ma si limita ad introdurre una deroga. Infatti, tenendo conto della regola generale introdotta al primo comma dell'art. 169-*bis* sopra esposta, la norma pone un correttivo per la clausola compromissoria, escludendo che a quest'ultima si estenda l'eventuale scioglimento del contratto. Le disposizioni sulla questione rimangono immutate nel "nuovo" Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza[63].

In ambito concordatario, dunque, il legislatore ha voluto ribadire il principio di autonomia della clausola compromissoria, così confermando quanto previsto dall'art. 808, comma 2, c.p.c.[64], il quale sancisce che "la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce".

Di conseguenza, "giusta il principio sancito dal codice di rito (art. 808 c.p.c.) di sopravvivenza della clausola alle vicende estintive del contratto nel quale è contenuta, rivelatore dell'autonoma efficacia della stessa rispetto alle vicende del contratto medesimo, nonché (soprattutto) giusta il principio espresso dall'art. 169-*bis*, comma 3, l. fall., che fa testualmente salva la clausola compromissoria anche a seguito dello scioglimento del contratto sostanziale pendente, risulterebbe *contra legem* prospettare la caducazione della convenzione arbitrale nel momento in cui il

[63] L'art. 102 CCII, a fronte della regola della prosecuzione dei contratti pendenti, prevede che il debitore possa chiedere l'autorizzazione a scioglierli o sospenderli, qualora la prosecuzione "non sia coerente con la programmata esecuzione del piano né ad essa funzionale, impedendo o rendendo difficoltosa o antieconomica la continuazione dell'attività o la liquidazione dei beni, in pregiudizio della fattibilità del concordato". Il comma 9 dell'articolo prevede che lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria.

[64] v. L. GALANTI, *Profili processuali ancora incerti nel sistema dei rapporti tra arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1149; A. PENTA, *Concordato preventivo e scioglimento dai rapporti in corso di esecuzione*, nota a Trib. Rovigo Decreto 6 marzo 2014, in *Dir. fall*., 2014, 6, p. 20735: "in tema di scioglimento di un contratto nell'ambito di un concordato preventivo, il legislatore ha inteso nuovamente equiparare la disciplina della clausola compromissoria e del compromesso, stabilendo anche per la prima l'autonomia rispetto al contratto all'interno del quale è inserita".

debitore concordatario scelga, con l'autorizzazione giudiziale, di far cessare nei suoi confronti il contratto sostanziale a cui la prima formalmente accede"[65].

Sotto tale profilo, il comma 3 dell'art. 169-*bis* si pone in netto contrasto con l'art. 83-*bis* l. fall.[66], inserito nella sezione relativa alla disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti e rubricato "Clausola arbitrale", a norma del quale "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". Le due disposizioni, pur attenendo alla stessa materia, sono portatrici di due principi opposti: l'art. 169-*bis* rispetta, appunto, la regola generale dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto in cui è inserita, che si traduce anche nell'insensibilità della clausola al venir meno di quel contratto; l'art. 83-*bis* accoglie la regola dell'accessorietà della clausola compromissoria rispetto al contratto, al punto tale da eliminare retroattivamente l'effetto già prodotto dalla esecuzione della clausola, ossia l'instaurazione del giudizio arbitrale, al quale viene in tal modo tolto il fondamento stesso[67].

Si può, comunque, concludere che la novella legislativa ha confermato che la convenzione arbitrale non si scioglie per effetto dell'ammissione di una delle parti alla procedura di concordato preventivo, come la prevalente dottrina e giurisprudenza[68] sostenevano già in passato.

Ferma restando la perdurante efficacia dell'accordo compromissorio precedente alla procedura concordataria, si pone il problema se a tale perdurante

---

[65] v. B. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, in *www.ilfallimentarista.it*, focus del 02.10.2013.

[66] Articolo aggiunto dal d.lgs. n. 5/2006. La disposizione è rimasta invariata per il procedimento di liquidazione giudiziale introdotto in sostituzione del fallimento ed è contenuta nell'art. 197 del nuovo Codice.

[67] v. A. NIGRO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, 3-4, p. 679; A. BRUGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arb*., II fascicolo, 2016, p. 240: "Le disposizioni sul fallimento applicabili al concordato sono quelle elencate puntualmente dall'art. 169 l.fall.. E fra queste non vi è l'art. 83-*bis*. Anzi il legislatore del 2012 […] ha dettato a scanso di equivoci (ma la cosa, a mio avviso, era chiara anche prima) una esplicita disposizione di segno diametralmente opposto: l'art. 169-*bis*, c. III".

[68] v. in particolare Cass., 10 marzo 1995, n. 2802, in *Fall.*, 1995, 10, p. 1045 e *Mass. Giur. It*., 1995: "L'ammissione alla procedura di concordato preventivo di uno dei contraenti non comporta l'automatica caducazione dell'accordo stipulato, prima dell'apertura della procedura, per deferire ad arbitri la composizione della vertenza in atto tra le parti".

operatività della convenzione arbitrale consegua automaticamente la possibilità per il debitore di avviare un giudizio arbitrale. Sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene che a tale quesito dovrebbe rispondersi affermativamente[69], anche perché l'ammissione al concordato preventivo non comporta limitazioni alla capacità di agire in giudizio (l'art. 167 l. fall., infatti, non contiene rinvii all'art. 43 l. fall.) e, inoltre, non è prevista, nell'ambito della sua disciplina, una disposizione simile a quella contenuta nell'art. 25, n. 6, l. fall., che richiede l'autorizzazione del giudice delegato al curatore per stare in giudizio come attore o come convenuto.

Tuttavia, a tal proposito, è interessante fare riferimento ad una sentenza della Corte di Cassazione del 2006[70], resa in un caso molto particolare di concordato con cessione dei beni e rimasta isolata, che, invece, sembra richiedere l'autorizzazione del giudice delegato per l'"accettazione" dell'arbitrato da parte del debitore concordatario, nel senso che quest'ultimo dovrebbe rivolgersi al giudice delegato al fine di ottenere l'autorizzazione per "aderire" ad una convenzione di arbitrato già stipulata e poter, così, avviare un giudizio arbitrale, ovvero parteciparvi in qualità di convenuto. Di conseguenza, l'"accettazione attiva o passiva" dell'arbitrato sarebbe un atto di straordinaria amministrazione. Tale argomento non è, però, condivisibile, già alla luce del fatto che l'art. 167 l. fall. considera tale solamente la stipulazione di un nuovo accordo compromissorio, fattispecie ben diversa dall'"accettazione" dell'arbitrato fondato su una convenzione arbitrale pregressa.

È da sottolineare il fatto che il caso sottoposto alla decisione della Suprema Corte era del tutto peculiare, in quanto la situazione era in realtà assimilabile più alla stipula di un nuovo accordo compromissorio che ad una semplice "adesione" all'arbitrato nel rispetto di un patto arbitrale preesistente. Infatti, la fattispecie era caratterizzata dal potere delle parti di opporsi alla procedura arbitrale avviata sulla base della clausola compromissoria, contenuta all'interno di un contratto collettivo di lavoro, e, quindi, dalla possibilità di individuare una manifestazione di volontà

[69] v. A. NIGRO, *op. cit*., p. 678; A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 242; G. CANALE, *Arbitrato, concordato preventivo e procedure concorsuali minori*, in *Dir. fall.*, 3-4, 2019, p. 802.

[70] Cass., Sez. Lav., 27 luglio 2006, n. 17159, in *DeJure*. Per l'esaustiva critica a quanto affermato dalla sentenza: A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 242.

distinta dalla stipula della convenzione arbitrale, per cui "l'accettazione in concreto dell'arbitrato altro non era che il completamento di una incompleta volontà compromissoria"[71].

Tra le argomentazioni addotte dalla Cassazione del 2006, poi, vi è quella secondo cui l'arbitrato è atto a realizzare una "ricognizione di diritti di terzi". Secondo la dottrina, tale affermazione corrisponde ad una "ovvietà irrilevante", anche perché "la ricognizione dei diritti di terzi", menzionata dall'art. 167 l. fall. come atto di straordinaria amministrazione, è la ricognizione negoziale, non quella giustiziale, altrimenti la conseguenza sarebbe che anche l'azione in giudizio o la costituzione in giudizio ordinario del debitore ammesso al concordato preventivo sarebbero sempre atti di straordinaria amministrazione[72].

Sarebbe anche illogico ribattere che l'accettazione dell'arbitrato è diversa dall'azione o costituzione in giudizio in quanto, con lo strumento arbitrale, le parti decidono di sottomettere la lite alla giustizia alternativa di privati. Tale questione, infatti, come la dottrina in esame ha giustamente rilevato, è già stata risolta dal legislatore, prevedendo la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato per la conclusione di un nuovo accordo compromissorio da parte del debitore concordatario. Di conseguenza ed effettuando un ragionamento *a contrario*, la semplice esecuzione di quell'accordo non richiede apposita autorizzazione.

In definitiva, la sentenza della Cassazione n. 17159 del 2006 rappresenta un isolato precedente che non merita di essere condiviso e che può essere forse giustificato per la peculiarità della fattispecie. Resta, però, che, rispetto ad una normale convenzione arbitrale, agli atti con cui si dà avvio al giudizio arbitrale e, in particolare, alla domanda di arbitrato non possono essere attribuiti effetti diversi

[71] v. A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 243.

[72] L'affermazione della Cassazione è stata criticata anche da C. CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, blog del 22.07.2013: "il lodo rituale non è il frutto di una mera ricognizione contrattuale sullo schema del mandato agli arbitri, ma il frutto di una decisione su diritti soggettivi svolta secondo le regole del giusto processo, che, per legge, s'impone ai compromittenti e alla procedura alla stessa stregua della sentenza, di cui è in grado di produrre gli stessi effetti".

da quelli di una domanda giudiziale, che, come tale, è priva di effetti sostanziali sul piano concordatario[73].

Anche perché, nel caso in cui tale orientamento si consolidasse, assurde sarebbero le conseguenze[74]. Da un lato, il debitore concordatario attore in arbitrato, in base ad una convenzione arbitrale preesistente, dovrebbe farsi autorizzare dal giudice a proporre la domanda di arbitrato e, nel caso in cui volesse adire il giudice ordinario nonostante il patto arbitrale, potrebbe farlo semplicemente, rispondendo all'eventuale eccezione della controparte, la quale decida di far valere l'incompetenza del giudice ordinario, che ha scelto di non farsi autorizzare a dare esecuzione all'accordo compromissorio e che, di conseguenza, non ha potuto avviare il giudizio arbitrale. A questo punto, sarebbe più facile inserire una norma che preveda la possibilità per il debitore di svincolarsi liberamente dalla convenzione di arbitrato. Dall'altro lato, il contraente *in bonis*, per rivolgersi agli arbitri, non potrebbe fare altro se non interpellare formalmente il debitore chiedendogli di farsi autorizzare dal giudice.

5. La facoltà di scioglimento dalla convenzione arbitrale.

Una volta dimostrato che la procedura concordataria non produce effetti sulla convenzione arbitrale già stipulata dalle parti, si intende rivolgere l'attenzione su un'ulteriore questione, oggetto di opinioni contrastanti da parte degli interpreti: capire se sia possibile per il debitore sciogliersi dalla convenzione di arbitrato, ottenendone la caducazione in via autonoma, facendo ricorso al meccanismo di cui all'art. 169-*bis,* comma 1, l. fall..

Due sono le ricostruzioni del problema che, sulla base di valide argomentazioni, giungono a conclusioni diametralmente opposte: da un lato, chi sostiene che quanto previsto dall'art. 169-*bis*, comma 1, l. fall. sia applicabile anche all'accordo compromissorio; dall'altro, chi ritiene che non sia possibile chiederne lo scioglimento (né tantomeno la sospensione) in via autonoma.

[73] v. A. NIGRO, *op. cit*., p. 678.
[74] v. A. BRIGUGLIO, *op. cit.,* p. 244.

La prima tesi[75] è condivisa, in particolare, da Briguglio, il quale, alla domanda se la disposizione contenuta nel primo comma della norma in questione sia applicabile anche alla convenzione di arbitrato, replica che vi sono varie ragioni per rispondere affermativamente[76].

In primo luogo, egli fa riferimento al fatto che l'accordo compromissorio "è un contratto come un altro"[77]. Nonostante la sua funzione sia prettamente processuale, infatti, non viene meno "la sostanza economica delle cose" ed è a quest'ultima che fa riferimento l'art. 169-*bis* l. fall. quando prevede la facoltà del debitore concordatario di chiedere al giudice delegato l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti pendenti. In sintesi, l'autore fonda la sua prima argomentazione sulla natura contrattuale del patto arbitrale[78].

In secondo luogo, la risposta affermativa emergerebbe dallo stesso art. 169-*bis*, comma 3, l. fall., il quale, proprio per il fatto che si limita a prevedere che lo scioglimento del contratto principale non si estenda in modo automatico alla clausola compromissoria, non escluderebbe – e, anzi, intenderebbe implicare – anche la facoltà di chiedere un'apposita autorizzazione a svincolarsi da essa[79].

---

[75] v. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1150: "una risposta affermativa sembrerebbe emergere dalla prospettiva interpretativa che si mostra – quanto meno da un punto di vista letterale – come la più lineare".

[76] v. A. BRIGUGLIO, *op. cit.,* p. 244.

[77] Per la critica a tale affermazione, v. G. CANALE, *Arbitrato, concordato preventivo e procedure concorsuali minori*, in *Dir. fall.*, 3-4, 2019, p. 799: "l'assimilazione dell'accordo arbitrale ad un contratto non mi pare condivisibile, poiché esso non fa sorgere in capo alle parti un'obbligazione avente ad oggetto la cooperazione per la realizzazione della giustizia privata, ma un onere, il cui mancato assolvimento non può che andare a pregiudizio della parte che rimane inerte".

[78] v. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1151: "Tale interpretazione avrebbe dalla sua parte anche una certa omogeneità sistematica. Il medesimo argomento fondato sulla natura contrattuale dell'accordo arbitrale, infatti, potrebbe consentire di applicare la regola ad ogni tipologia di convenzione, *in primis* al compromesso; infatti, in mancanza di una diversa disciplina specifica, anche il compromesso dovrebbe essere ricondotto a quanto previsto in via generale per i contratti e, cioè, alla regola della possibilità di sciogliersi su autorizzazione del giudicante".

[79] v. anche B. ARMELI, *op. cit.*: "respingere l'applicazione del principio *simul stabunt vel simul cadent* nella ricostruzione del rapporto tra contratto sostanziale e clausola compromissoria, riconoscendo dunque la permanenza della seconda anche di fronte allo scioglimento del primo significa altresì affermare la necessità di un esercizio, in via autonoma ed espressa, del diritto potestativo del debitore concordatario, ai sensi dell'art. 169-*bis* l. fall., per far venir meno la vincolatività anche (o solo) della clausola, oltre (eventualmente) quella del contratto sostanziale a cui la stessa formalmente accede".

Inoltre, tale tesi parrebbe suffragata dalla circostanza che, nonostante la norma preveda, al comma 4, una serie di eccezioni alla regola, la convenzione arbitrale non figura tra i contratti per i quali è espressamente esclusa l'autorizzazione allo scioglimento[80].

Infine, alla medesima conclusione si perviene anche sulla base del principio di autonomia, in quanto "se la clausola è autonoma ciò vuol dire che da essa ci si può svincolare anche a prescindere dallo scioglimento o meno del contratto cui accede"[81].

È interessante il ragionamento di chi[82] ha fatto leva sulla necessità di un pregresso accordo tra le parti compromittenti affinché il debitore concordatario possa richiedere lo scioglimento della convenzione arbitrale, basandosi sull'affermazione secondo la quale la convenzione arbitrale non è validamente rinunciabile unilateralmente[83]. Dunque, nella specie, la scelta del singolo o, comunque, "privata" risulterebbe "responsabilizzata" dall'autorizzazione del giudice, che, in ogni caso, interverrà solo qualora lo scioglimento o la sospensione del contratto processuale rispondano ad una logica di funzionale attuazione del piano concordatario, vedendosi altrimenti l'altra parte tutelata dalla normale prosecuzione del rapporto preesistente. Ne consegue che il provvedimento autorizzatorio verrà concesso nella misura in cui il programma di concordato preveda la devoluzione ad arbitri di controversie riconducibili allo sviluppo della procedura, ovvero attinenti a beni e diritti nella stessa ricompresi[84]. In tal senso, si è concluso che il contenuto della proposta concordataria e del piano, che con l'omologazione sono destinati a vincolare tutti i creditori anteriori, prevale sulle pattuizioni pregresse, giustificando così il rilascio dell'autorizzazione giudiziale

[80] Come sottolineato, in particolare, da L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1150.

[81] v. A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 245. G. CANALE, *op. cit*., p. 799, non è d'accordo, poiché si tratta di "un'errata interpretazione del principio di autonomia, poiché in questo modo si finirebbe per consentire di incidere unilateralmente sulle singole clausole contrattuali".

[82] v. B. ARMELI, *op. cit*.

[83] v. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, tomo I, Padova, CEDAM, 2010, p. 475.

[84] v. anche A. BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, in *Riv. arb*., 1995, IV fascicolo, p. 677.

allo scioglimento del contratto processuale che, diversamente, sembrerebbe restare irrilevante ai fini della regolazione concordataria.

Il secondo approccio ricostruttivo[85] della questione relativa alla facoltà di scioglimento dalla convenzione arbitrale giunge, invece, alla conclusione per cui a quest'ultima non si estenderebbe la disciplina generale prevista dal primo comma dell'art. 169-*bis* l. fall., partendo dal presupposto che il legislatore ha deciso di dedicare alla clausola compromissoria una previsione specifica e derogatoria rispetto alla regola generale. Su tali basi, si potrebbe ritenere che, nell'ambito del concordato preventivo, la clausola compromissoria resti ferma a prescindere dalla sorte del contratto cui accede, tenendo conto del fatto che la *ratio* sottesa al comma terzo della norma in esame sarebbe quella di garantire la conservazione degli effetti della clausola compromissoria, a prescindere da quelli del rapporto sostanziale[86].

Tale regola dovrebbe essere applicata anche alle diverse tipologie di convenzione arbitrale, quale più ampio e unitario *genus* sottratto alle previsioni sui rapporti pendenti[87]. Ne deriva che la convenzione arbitrale rimarrebbe in ogni caso vincolante nonostante la domanda concordataria.

Anche tale tesi è avvalorata da vari argomenti, che evidenziano la difficoltà di applicare la disciplina dei rapporti pendenti anche alla convenzione arbitrale.

Innanzitutto, si fa riferimento al dato letterale: l'art. 169-*bis* l. fall. parla di contratti "in corso di esecuzione" e si potrebbe dubitare che tale nozione sia

---

[85] Per la completa esposizione di questa opzione ricostruttiva, v. L. GALANTI, *op. cit*., p. 1152.

[86] v. anche A. FITTANTE, *Concordato preventivo e contratti pendenti in corso di esecuzione: il punto sull'art. 169-bis l. fall*., in *www.ilfallimentarista.it*, focus del 19.11.2014, p. 5: la sopravvivenza della clausola compromissoria "trova la propria *ratio* nella esigenza di rispettare e mantenere la scelta delle parti a favore della giurisdizione arbitrale, con conseguente esclusione della possibilità di scioglimento tanto del compromesso arbitrale, quanto della clausola compromissoria che sia stata inserita nel contratto"; G. CANALE, *op. cit*., p.799: "è proprio la lettura dell'art. 169-*bis* a impedire un autonomo scioglimento della convenzione di arbitrato".

[87] L. GALANTI, *op. cit*., p. 1152; A. FITTANTE, *op. cit.,* p. 5; G. CANALE, *op. cit.*, p. 799: egli sottolinea che uno dei problemi dell'art. 169-*bis* è relativo alla sua ampiezza e, dunque, se possa essere riconosciuta al debitore concordatario la facoltà di sciogliersi dal compromesso, sottolineando che tale questione si è posta anche in caso di fallimento. L'opinione prevalente ritiene preferibile, in quella sede, l'interpretazione estensiva, anche perché il compromesso e la clausola compromissoria hanno l'identico effetto di sottrarre la controversia all'autorità giudiziaria, individuando nell'arbitrato lo strumento per la sua risoluzione.

applicabile alla convenzione arbitrale, poiché risulterebbe problematico riferire ad essa una "pendenza" dell'esecuzione. Dall'accordo compromissorio, infatti, non scaturiscono obbligazioni attive in capo alle parti, ma solo un vincolo in negativo, che impone il dovere di astenersi dal sottoporre la controversia alla cognizione del giudice. La "pendenza" della convenzione arbitrale, poi, non potrebbe riferirsi al successivo giudizio arbitrale, né alle obbligazioni eventualmente conseguenti al lodo, neppure in caso di condanna del debitore concordatario; a fronte del processo arbitrale e del lodo, infatti, sorgerebbe un rapporto distinto da quello nascente dalla convenzione arbitrale, che non potrebbe ritenersi, su tali basi, in corso di esecuzione[88].

C'è anche chi[89] ha sostenuto che la convenzione arbitrale rappresenti un contratto ad esecuzione istantanea ed immediata, poiché ad essere pendente sarebbe il contratto contenente la clausola compromissoria, ma non l'accordo arbitrale, che produce i suoi effetti nel momento stesso in cui è concluso; ne conseguirebbe, anche in questo caso, l'esclusione dalla disciplina di cui all'art. 169-*bis*.

In secondo luogo, a suffragare la tesi qui esposta sarebbe la portata dell'ambito di applicazione della norma in esame, ossia l'individuazione dei rapporti pendenti cui si riferisce. Si potrebbe sostenere che la nozione di rapporti pendenti debba essere riferita a contratti, nei quali debbano essere adempiute, in tutto o in parte, prestazioni corrispettive di natura sostanziale, mentre la convenzione arbitrale vincola le parti unicamente ad una diversa modalità di risoluzione delle controversie[90], producendo effetti soltanto processuali e situazioni neutre[91]. Dato che la convenzione non rappresenta un tipico rapporto di scambio e, quindi, non postula l'adempimento in senso stretto di prestazioni patrimoniali, non si vede come alla procedura possa essere funzionale lo scioglimento del patto arbitrale, se si tiene conto del fatto che, secondo l'orientamento prevalente, la *ratio* alla base dello

[88] v. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1153.
[89] v. C. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1999, p. 982.
[90] v. G. CANALE, *op. cit*., p. 800.
[91] Sul punto, v. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 63; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, tomo I, Padova, CEDAM, 2012, p. 333; L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1154, cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

scioglimento del contratto è quella di evitare che la sua esecuzione possa interferire con la realizzazione del piano o della proposta concordataria. L'attuazione della convenzione arbitrale, dunque, sarebbe semmai idonea a semplificare – e non a complicare – le prospettive concordatarie, siccome fornisce uno strumento volto alla risoluzione dei conflitti.

Infine, secondo i sostenitori di questa tesi, anche l'analisi delle disposizioni specifiche dell'art. 169-*bis*, porterebbe alla medesima conclusione: in particolare, ci si riferisce alla previsione di un indennizzo, pari al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, che l'art. 169-*bis*, comma 2, l. fall., garantisce al contraente *in bonis* in caso di scioglimento dal contratto pendente. In tal caso, infatti, è difficile comprendere quale possa essere il danno risarcibile equivalente al mancato adempimento della convenzione arbitrale[92]. Addirittura, tale problematica è riscontrata anche da coloro che sostengono la possibilità di sciogliere in via autonoma la clausola[93]. Analoghe considerazioni possono valere anche per la possibilità, concessa al debitore, di richiedere la sospensione del contratto: pare davvero insensato poter sospendere l'esecuzione della convenzione arbitrale, che non postula alcuna attuazione se non in negativo[94].

Tale orientamento, secondo il quale la regola generale sancita dall'art. 169-*bis*, comma 1, l. fall. non sarebbe applicabile anche alla convenzione di arbitrato, pare essere il più convincente.

A mio avviso, infatti, è decisivo il fatto che il legislatore abbia previsto, nella norma in esame, una disposizione – derogatoria rispetto alla regola generale – appositamente dedicata alla sorte della clausola compromissoria inserita nel contratto principale, oggetto dello scioglimento, a cui essa formalmente accede. L'intento del legislatore, in effetti, sembra essere stato quello di garantire, sempre

[92] v. L. GALANTI, *op. cit*., p. 1155.

[93] v. A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 245, il quale sottolinea che "sarà per altro difficile, perfino mediante scontato ricorso a criteri equitativi e forfettari, quantificare l'indennizzo anzi affermare *tout court* che un indennizzo da mancata operatività del patto di arbitrato sia dovuto"; G. CANALE, *op. cit.*, p. 800: "anche chi sostiene l'ammissibilità di uno scioglimento prende atto della sostanziale impossibilità di applicare la disciplina prevista per il riconoscimento di un indennizzo alla controparte; il che mi pare costituisca un ulteriore argomento per escluderne l'applicabilità".

[94] v. G. CANALE, *op. cit.,* p. 800; L. GALANTI, *op. cit*., p. 1155.

e comunque, la sopravvivenza della convenzione di arbitrato e ciò parrebbe trovare la propria *ratio*, in primo luogo, nell'esigenza di rispettare e conservare la scelta delle parti a favore della *potestas iudicandi* arbitrale e, in secondo luogo, nel fatto che risulta davvero complicato immaginare come la convenzione di arbitrato possa ostacolare l'attuazione del piano e della proposta concordataria, tenuto conto che, con il patto arbitrale, le parti si limitano ad individuare uno strumento alternativo per risolvere le controversie tra di loro insorte.

Inoltre, proprio alla luce della presenza di una disciplina specifica sancita per la clausola compromissoria, non mi sembra condivisibile l'opinione di chi ha fatto leva sulla disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 169-*bis* l. fall., la quale elenca una serie di contratti pendenti che non possono essere oggetto di scioglimento o sospensione, per sostenere la tesi dell'applicabilità della regola generale di cui al primo comma della norma in esame anche alla convenzione arbitrale: è vero che quest'ultima non è compresa tra i contratti per i quali è espressamente esclusa l'autorizzazione allo scioglimento, ma è altrettanto vero che il legislatore ha espressamente stabilito per la convenzione arbitrale stessa una regola *ad hoc*, derogatoria rispetto a quella generale.

Una conferma a favore dell'impossibilità di estendere alla convenzione di arbitrato il meccanismo di scioglimento previsto per i contratti pendenti dall'art. 169-*bis,* comma 1, l. fall. risiede, a mio parere, nella seria difficoltà di poter applicare alcune specifiche disposizioni sancite dalla norma in esame, come è stato correttamente osservato da alcuni interpreti.

In primo luogo, si vuole far riferimento alla previsione di un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento: risulta estremamente complesso poter affermare che un indennizzo da mancata operatività della convenzione di arbitrato sia dovuta alla controparte.

In secondo luogo, anche la facoltà del debitore di richiedere la sospensione del contratto in corso di esecuzione, contemplata dal primo comma dell'art. 169-*bis* l. fall., non sembra essere una disposizione che, ragionevolmente, possa essere applicata nel caso in cui ci si trovi in presenza di una convenzione arbitrale.

Si può, infine, sottolineare come la soluzione opposta si porrebbe pure in contrasto con le conclusioni che, come si vedrà al paragrafo 7, sembrano potersi trarre rispetto all'arbitrato pendente, in base alle quali il procedimento arbitrale può proseguire a seguito della domanda di concordato, a prescindere dallo scioglimento del contratto-base. Ritenere che, al contrario, la convenzione arbitrale possa essere caducata introdurrebbe un'aporia di sistema[95]; ne emergerebbe, infatti, una nuova versione della teoria dicotomica[96], in passato applicata al fallimento e già superata in quella sede dalla dottrina[97], che ne ha messo in risalto i profili di irragionevolezza.

5.1 (*Segue*): lo scioglimento dalla convenzione di arbitrato ad arbitrato in corso.

Un'ulteriore questione di cui si ritiene fondamentale la trattazione è quella relativa allo scioglimento dalla convenzione di arbitrato a seguito della proposizione della domanda arbitrale: ci si è chiesti, appunto, se sia possibile sciogliersi dalla convenzione arbitrale ad arbitrato in corso, ed entro che limiti.

Anche in tal caso, le risposte della dottrina hanno preso strade diverse.

C'è chi ritiene che dovrebbe escludersi che la richiesta per ottenere l'autorizzazione allo scioglimento della convenzione arbitrale sia ammissibile a seguito della proposizione della domanda arbitrale: in tal caso, infatti, ci si troverebbe di fronte ad un arbitrato pendente, e non più ad un mero contratto in

[95] v. L. GALANTI, *op. cit*., p. 1155.

[96] In base ad essa, gli effetti dell'apertura della procedura si ritenevano divergenti a seconda che si fosse in presenza di un giudizio arbitrale già in corso (del quale si affermava la prosecuzione), oppure di una convenzione arbitrale (che ne sarebbe, invece, rimasta caducata, in quanto priva di effetti nei confronti del curatore). In giurisprudenza, v. Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Fall*., 1993, p. 475.

[97] v. M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb*., 2012, p. 293. L'Autore ha messo in luce che vi è un parallelismo tra vincolatività della convenzione arbitrale e procedibilità dell'arbitrato: "il problema della sopravvivenza della via arbitrale scelta dall'imprenditore è unico e la sua soluzione prescinde dal trovarsi […] di fronte ad un giudizio arbitrale già pendente o solo ad una convenzione di arbitrato ancora da attivare. Insomma, non si danno ipotesi in cui potrebbe proseguire il giudizio arbitrale là dove, se non fosse già pendente detto giudizio, cadrebbe, invece, il patto compromissorio".

corso di esecuzione, con la conseguenza che sarebbe pure esclusa l'applicazione della relativa disciplina di cui all'art. 169-*bis* l. fall.[98].

Secondo tale orientamento, alla domanda arbitrale si potrebbe efficacemente opporre un'eccezione fondata sulla non più persistente *potestas iudicandi* arbitrale solo laddove lo scioglimento del patto di arbitrato sia già perfezionato al momento dell'instaurazione del giudizio. Bisogna capire quando la fattispecie autorizzativa possa essere considerata realizzata: secondo l'opinione più condivisibile, che trova conferma nel "nuovo" Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza[99], il perfezionamento della caducazione della convenzione arbitrale non avviene soltanto con la richiesta di autorizzazione a sciogliersi dal contratto, ma è necessaria anche la comunicazione recettizia dell'intervenuta autorizzazione al contraente *in bonis*[100]. Attenendosi a tale conclusione, dunque, per i sostenitori della teoria secondo cui non è possibile ottenere l'autorizzazione allo scioglimento a seguito dell'instaurazione del giudizio arbitrale, l'istanza di scioglimento non sarebbe sufficiente a paralizzare la domanda di arbitrato, ma sarebbe necessario il compimento di entrambe le attività prima della sua proposizione.

Secondo una diversa interpretazione, nel caso in cui il debitore abbia attivato la clausola o abbia già risposto all'altrui domanda di arbitrato accedendo a quest'ultimo, allora la convenzione arbitrale sarebbe già eseguita con riferimento a quella determinata lite. Ne consegue che il debitore potrà sciogliersi dal patto arbitrale soltanto *pro futuro* (ossia in relazione alle altre controversie derivanti dallo stesso contratto principale cui la convenzione di arbitrato accede), "ma non si potrà ripetere l'esecuzione compiuta"[101]. Se si adotta tale soluzione, il debitore

[98] L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1151.

[99] L'art. 102 comma 6 CCII prevede espressamente che la sospensione o lo scioglimento del contratto abbiano effetto dalla data di notifica del provvedimento autorizzativo all'altro contraente effettuata a cura del debitore. Già l'attuale art. 169-*bis*, a seguito della novella del 2015, stabilisce che sospensione o scioglimento hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento all'altro contraente.

[100] v. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1151; A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 247.

[101] A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 246. Egli analizza anche il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, che potrebbe essere utilizzato come argomento per escludere la possibilità di scioglimento della convenzione arbitrale ad arbitrato in corso. Secondo l'a., facendo ricorso a tale soluzione, si "rischia la petizione di principio". Infatti, "se le parti in corso di arbitrato risolvono consensualmente l'accordo compromissorio, nessuna *perpetuatio iurisdictionis* può certo valere a

concordatario potrà chiedere l'autorizzazione allo scioglimento ed impedire l'arbitrato anche a seguito della domanda arbitrale; non più, invece, una volta che vi abbia aderito. Secondo parte della dottrina, questa interpretazione risulta essere la più equilibrata, poiché è in grado di tutelare in maniera adeguata e ragionevole il debitore concordatario dai rischi dell'arbitrato, in quanto egli non è obbligato a chiedere subito scioglimenti dalla convenzione arbitrale in via preventiva.

Altro tema, pure affrontato dalla dottrina in esame, è quello relativo al problema del rapporto con l'art. 817, comma 2, c.p.c.[102], che, secondo la maggior parte degli interpreti, deve essere letto nel senso che il "convenuto in arbitrato" non ha in assoluto l'onere di "costituirsi" nel giudizio arbitrale per eccepire l'inefficacia o l'invalidità della convenzione di arbitrato, ma solo di proporre subito tale eccezione nel caso in cui decida di costituirsi. Ne deriva che il debitore concordatario potrà decidere di restare fuori dal procedimento arbitrale e di farsi rilasciare l'autorizzazione allo scioglimento da parte del giudice delegato; non potrà, però, farla valere solo in sede di impugnazione del lodo, in quanto, come abbiamo già anticipato, la fattispecie di scioglimento è composta da due distinti adempimenti (l'autorizzazione del giudice delegato e la comunicazione di essa all'altro contrante). Il debitore concordatario, dunque, dovrà comunicare all'attore in arbitrato di essere stato autorizzato a sciogliersi dalla convenzione e di volersi sciogliere.

In conclusione, seguendo tale orientamento, è possibile per il debitore concordatario sciogliersi dalla convenzione anche a seguito della domanda arbitrale[103] (laddove egli non abbia ancora aderito all'arbitrato), ma, ad ogni modo, si deve escludere la possibilità di avvalersi di "condotte extravaganti e più o meno

far proseguire il procedimento arbitrale. E se, dunque, il potere di scioglimento è affidato dalla legge, a certe condizioni, alla volontà di una sola parte, la conseguenza non può che essere la medesima".

[102] La norma stabilisce che "la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile".

[103] Anche secondo B. ARMELI, *op. cit.*, "la clausola compromissoria può essere sciolta in virtù di un autonomo esercizio del diritto potestativo di cui all'art. 169-*bis* l. fall. da parte del debitore concordatario, paralizzando dunque la domanda di arbitrato già formulata".

scorrette", come, ad esempio, la "comunicazione ad orologeria subito prima dell'emanazione del lodo o ad arbitrato avanzato"[104].

Questo orientamento sembra essere poco convincente, in quanto, nonostante assicuri all'imprenditore la possibilità di non chiedere lo scioglimento dalla convenzione arbitrale in via preventiva, a mio avviso, non è in grado di garantire adeguata tutela alla posizione del contraente *in bonis*, che potrebbe essere esposto a comportamenti poco corretti da parte del debitore concordatario, il quale, senza aderire all'arbitrato, potrebbe chiedere lo scioglimento dalla convenzione arbitrale anche ad arbitrato inoltrato.

Inoltre, pare essere valido il ragionamento secondo cui, a seguito della proposizione della domanda arbitrale, non si sarebbe più in presenza di un contratto "in corso di esecuzione" (sempre che, in generale, la convenzione di arbitrato possa essere considerata alla stregua di un contratto in corso di esecuzione[105]), bensì di un arbitrato pendente e, di conseguenza, la disciplina contemplata dal primo comma dell'art. 169-*bis* l. fall. non potrebbe, comunque, più essere applicata.

La questione relativa allo scioglimento dalla convenzione ad arbitrato in corso, ovviamente, non si pone per coloro che sostengono la tesi, esposta nel precedente paragrafo, secondo la quale non è possibile estendere la disciplina di cui al primo comma dell'art. 169-*bis* anche alla convenzione di arbitrato. In tal caso, infatti, il patto compromissorio si imporrebbe al debitore concordatario, a condizione che esso sia opponibile secondo i consueti principi, a prescindere dal rilievo che l'arbitrato sia già pendente ovvero debba ancora avere inizio. Per chi condivide, dunque, l'idea a mente della quale lo scioglimento della convenzione di arbitrato non è consentito in caso di concordato preventivo, il problema dello scioglimento ad arbitrato iniziato non ha ragione di esistere e può essere accantonato[106].

[104] A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 247.
[105] A tal proposito, vedere il paragrafo precedente.
[106] G. CANALE, *op. cit*., p. 804.

6. Il contraente *in bonis* e la sua tutela.

Il secondo comma dell'art. 169-*bis* l. fall. prevede, a fronte dello scioglimento o della sospensione del contratto pendente, il diritto del contrante *in bonis* ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, soddisfatto come credito chirografario anteriore al concordato[107]. Il legislatore del 2015 ha precisato che, in ogni caso, resta ferma la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali dopo la pubblicazione della domanda di concordato e prima della notificazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente sull'istanza di sospensione o richiesta di scioglimento del contratto.

L'art. 97 del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, che contiene la disciplina relativa ai contratti pendenti, chiarisce[108] che, contestualmente all'istanza di sospensione o scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, il debitore può proporre anche una quantificazione dell'indennizzo dovuto alla controparte, della quale si tiene conto nel piano per la determinazione del fabbisogno concordatario; tuttavia, la controparte può opporsi alla richiesta del debitore, depositando una memoria scritta entro sette giorni dall'avvenuta notificazione dell'istanza[109]. Decorso il termine di sette giorni, fino al deposito del decreto di apertura del concordato preventivo, su tale istanza provvede il tribunale in composizione collegiale con decreto motivato e reclamabile; al contrario, dopo il decreto di apertura del concordato, provvede il giudice delegato. In caso di mancato accordo sulla misura dell'indennizzo, la determinazione dello stesso è rimessa al giudice

[107] "Trattasi di una vera e propria anomalia, se solo si considera che l'intendimento di sciogliersi non potrebbe in ogni caso retroagire ad un momento anteriore tale da giustificare la natura concorsuale del credito": v. A. PENTA, *Concordato preventivo e scioglimento dai rapporti in corso di esecuzione*, in *Dir. fall.*, 2014, 6, nota 33.

[108] v. AA. VV., *Crisi d'impresa e fallimento*, IPSOA InPratica, 2019, p. 1161.

[109] La questione relativa alla necessità di instaurare il contraddittorio con il contraente *in bonis* è stata oggetto di orientamenti giurisprudenziali contrastanti. Per un approfondimento circa tali orientamenti, v. A. FITTANTE, *Concordato preventivo e contratti pendenti in corso di esecuzione: il punto sull'art. 169-bis l. fall.*, in *www.ilfallimentarista.it*, 9.11.2014, p. 5. A favore della necessità dell'instaurazione con la controparte contrattuale, v. A. PENTA, *op. cit.*, p. 20731; C. MANCUSO, *Concordato preventivo e contratti in corso di esecuzione. Il contraddittorio con il contraente in bonis – autorizzazione allo scioglimento del contratto in corso di esecuzione e principio del contraddittorio*, in *Fall*., 2014, 5, p. 555, nota a sent. Corte d'Appello Venezia, sez. 1, 20 nov. 2013.

ordinariamente competente e il giudice delegato provvede alla quantificazione del credito ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze per l'approvazione del concordato[110].

A seguito di questa breve premessa circa il meccanismo di tutela previsto per il contraente *in bonis*, è necessario analizzare quali siano, a tal proposito, le implicazioni che possono sorgere nell'ambito del rapporto tra arbitrato e concordato preventivo, oggetto di questa tesi.

In particolare, la questione si pone nel momento in cui il debitore concordatario si è svincolato da un contratto pendente nel quale era stata inserita una clausola compromissoria, mentre quest'ultima rimane valida[111]. In altri termini, il problema riguarda l'ambito oggettivo della clausola compromissoria precedente il concordato e dalla quale il debitore non si sia sciolto, essendosi, però, sciolto dal contratto cui quella clausola accede.

Innanzitutto, ci si deve chiedere se la controversia circa l'indennizzo spettante all'altro contraente (o anche quella sul credito corrispettivo che deve andare in prededuzione) sia arbitrabile. È pienamente condivisibile la tesi di chi ritiene che la risposta sia positiva, in quanto non sussistono ragioni che siano in grado di giustificare una conclusione in senso contrario[112].

---

[110] La dottrina era già giunta a tale conclusione: v. A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall*., 2013, 3, p. 265: "nel caso di disaccordo, la determinazione dell'indennizzo non può che essere compiuta, in via provvisoria dal tribunale fallimentare (o dal giudice delegato, qualora la richiesta di scioglimento sia successiva al provvedimento di ammissione), ma in via definitiva dal tribunale, nell'ambito di un giudizio ordinario". In tal senso, anche A. PENTA, *op. cit.*, p. 20731: "premesso che, non essendovi nel concordato preventivo uno stato passivo, il tribunale o il giudice delegato non devono provvedere sulla liquidazione, se il terzo contraente non sarà soddisfatto dell'appostazione fatta dal debitore, potrà adire il giudice ordinario competente. Pertanto, la determinazione dell'indennizzo sarà rimessa, in caso di contrasto, al giudice del giudizio ordinario se del caso promosso dall'interessato"; A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 248: "l'altro contraente che non ci sta se la potrà e dovrà vedere in sede di ordinaria cognizione".

[111] La clausola non è sciolta in quanto, come suesposto, lo scioglimento del contratto principale non si estende alla convenzione arbitrale, ai sensi dell'art. 169-*bis*, comma 3, l. fall.. Inoltre, se si aderisce all'orientamento secondo cui la disciplina di cui al primo comma della medesima norma è applicabile anche alla convenzione arbitrale, la clausola non è sciolta anche perché il debitore ha deciso di non svincolarsi da essa in quanto negozio autonomo.

[112] A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 248.

A tal proposito, mi pare doveroso richiamare l'art. 806 c.p.c., il quale, come già ricordato, stabilisce che le parti possono devolvere ad arbitri le controversie tra loro insorte, a patto che non abbiano per oggetto diritti indisponibili e che non siano previsti espressi divieti di legge. Dal momento che è assente un esplicito divieto da parte del legislatore circa la possibilità di far decidere ad arbitri liti relative all'indennizzo, l'unico limite che, in tal caso, potrebbe sussistere è dato dall'eventuale indisponibilità del diritto.

Per quanto riguarda l'arbitrabilità della lite, tenendo presente che gli interpreti, impegnati nel definire i confini del concetto di disponibilità, non hanno mancato di evidenziarne le incertezze, sia sul piano generale che su quello applicativo[113], è stato osservato che non è rilevante la rinunciabilità o trasferibilità del diritto, quanto l'esistenza, rispetto ad esso, del potere negoziale, ossia del potere di darsi regole di condotta, che l'ordinamento recepisce e garantisce come vincolanti. Ove non c'è potere negoziale, non c'è neppure arbitrabilità: se le parti non hanno il potere negoziale, non hanno la possibilità di darsi, in generale, regole di condotta vincolanti e, quindi, neppure la possibilità di darsi, in particolare, regole di condotta vincolanti al fine di risolvere una controversia. Correlativamente, non hanno la possibilità di devolvere a terzi questo loro potere[114].

Sulla base di detta premessa, dunque, mi pare si possa pacificamente concludere nel senso che non vi sono argomenti che possano far ritenere che la lite relativa all'indennizzo spettante al contraente *in bonis* non possa essere devoluta ad arbitri per la sua risoluzione.

Inoltre, bisogna chiedersi se la lite sia ricompresa nell'ambito oggettivo della clausola compromissoria rimasta in vita, ossia se sia comunque una controversia riconnessa al contratto principale oggetto dello scioglimento. Tale questione si pone anche con riferimento all'ambito oggettivo del compromesso, dato che, come già

[113] v. F. SPATTUZZI, *L'indisponibilità del diritto soggettivo quale limite all'arbitrabilità delle controversie*, in *Riv. arb.*, IV, 2014, p. 771, a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

[114] F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, V, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 118.

sottolineato[115], la regola di cui all'art. 169-*bis*, comma 3, l. fall. dovrebbe essere applicabile anche alle diverse tipologie di convenzione arbitrale, quale più ampio e unitario *genus* sottratto alle previsioni sui rapporti pendenti, per cui la convenzione arbitrale rimane in ogni caso vincolante nonostante la domanda concordataria e lo scioglimento del contratto principale.

Anche a questo ulteriore quesito, la risposta è affermativa, in virtù, in particolare, dell'art. 808 *quater* c.p.c.[116], il quale stabilisce che "nel dubbio, la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce". La regola, introdotta dal legislatore del 2006, infatti, è chiaramente ispirata al *favor arbitrati* e ha la funzione di incentivare l'interpretazione estensiva delle convenzioni arbitrali, ove risulti incerto il loro ambito operativo, per garantire il soddisfacimento di esigenze di economia processuale e, soprattutto, per tutelare la volontà delle parti.

L'obiettivo è stato quello di superare un orientamento diametralmente opposto affermatosi, in passato, in seno alla giurisprudenza di legittimità, in base al quale, considerato l'arbitrato una deroga alla giurisdizione generale dello Stato, in caso di dubbio, il patto compromissorio doveva essere interpretato restrittivamente, in modo tale da favorire la giurisdizione statale[117]. La volontà di compromettere per arbitri veniva fatta salva solo se espressa, cosicché le controversie espressamente rientranti nell'ambito di applicazione dell'accordo arbitrale si portavano all'attenzione dell'arbitro e le altre, seppur relative al medesimo contratto, all'attenzione della autorità giudiziaria ordinaria[118].

La Suprema Corte, tuttavia, per scardinare tale interpretazione, già prima della riforma aveva talora fatto riferimento alla necessità di considerare ricomprese nella

[115] Vedere nota n. 89.

[116] Articolo aggiunto dal d.lgs. n. 40/2006.

[117] Vedere, tra le altre, Cass., 26 aprile 2005, n. 8575, in *DeJure*; Cass., 23 luglio 2004, n. 13830, in *DeJure*; Cass., 4 giugno 2003, n. 8910, in *DeJure*.

[118] A. ATTERITANO, *Sub Art. 808-quater*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo II, Padova, CEDAM, 2009, p. 568.

cosiddetta "competenza arbitrale" tutte le controversie che avessero la loro *causa petendi* nel contratto principale a cui si riferisse la clausola compromissoria.

Soltanto l'introduzione dell'art. 808-*quater* c.p.c. ha contribuito alla definitiva soluzione della questione: alla luce di tale disposizione, la preferenza nei confronti dell'arbitrato quale mezzo di risoluzione delle future ed eventuali liti, ricavabile dal fatto che le parti abbiano deciso di stipulare una convenzione arbitrale, unitamente allo scopo, tendenzialmente perseguito, di una celere soluzione delle controversie, porta a concludere nel senso che, in mancanza di una specifica esclusione, le parti abbiano inteso devolvere ad arbitri tutte le liti derivanti, in modo diretto o indiretto, dal contratto.

La disposizione è applicabile a tutte le *species* di convenzione di arbitrato, vuoi che si tratti di compromesso, vuoi che si tratti di clausola compromissoria. Bisogna sottolineare che, nel caso del compromesso, l'interpretazione sarà agevolata dal fatto che, essendo l'indicazione della controversia richiesta sotto pena di nullità dall'art. 807, comma 1, c.p.c., della lite dovranno già essere noti i limiti. Non può escludersi, però, che le parti facciano menzione di taluni profili tra di loro controversi in riferimento ad un certo rapporto e che, soltanto in seguito, ne emergano di nuovi. Proprio per questi casi, si è affermato che si dovrebbe richiedere particolare rigore nell'interpretazione, onde evitare di desumere una volontà delle parti che sia esorbitante dalla realtà[119].

Oltre a tale motivo, è chiaro che la riconducibilità della controversia in esame all'ambito oggettivo della convenzione arbitrale rimasta in vita sia implicitamente confermata dal significato della regola contenuta nell'art. 169-*bis*, comma 3, l. fall., in cui è sancito che lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta: la *ratio* di tale disposizione, in effetti, non può essere diversamente intesa se non nel senso che permane la devoluzione ad arbitri delle controversie inerenti al rapporto-base, che, però, può essere sospeso o sciolto

[119] A. FABBI, *Sub Art. 808-quater*, in *Commentario del codice di procedura civile*, vol. VII, tomo IV, UTET giuridica, 2014, p. 144.

con il meccanismo di cui al primo comma[120]. È stato, infatti, sottolineato che "l'utilità della permanenza della clausola compromissoria può, in particolare, essere letta anche e soprattutto con riguardo alle controversie che dovessero sorgere per effetto dello scioglimento o della sospensione, prima fra tutte quelle relative alla determinazione dell'indennizzo dovuto per legge al contraente *in bonis*"[121]. Tale autorevole dottrina, a sostegno di detta affermazione, ha fatto riferimento ad una sentenza della Suprema Corte, risalente al 1993[122], la quale ha sancito che "qualora una clausola compromissoria devolva al collegio arbitrale la cognizione delle controversie attinenti all'esecuzione e all'interpretazione di un contratto, il predetto collegio è competente a conoscere anche della controversia sull'inadempimento e sulla risoluzione del contratto medesimo, perché anche queste attengono al suo aspetto esecutivo". Siffatto enunciato è stato, poi, corroborato dall'introduzione del sopraccitato art. 808-*quater* c.p.c..

Ne deriva che il contraente *in bonis*, nel caso in cui non sia d'accordo con l'entità dell'indennizzo prospettata dal debitore concordatario, dovrà rivolgersi agli arbitri per risolvere la lite.

7. Gli effetti del concordato preventivo sul procedimento arbitrale pendente.

Il legislatore nulla ha previsto riguardo agli effetti del concordato preventivo sull'arbitrato in corso, al contrario di quanto ha fatto per gli effetti della procedura concordataria sulla clausola compromissoria. Nell'ambito del concordato, infatti, non è presente né una norma dedicata alla regolazione di tale aspetto, né un rinvio generale alle norme e ai principi che regolano il rapporto fra arbitrato e fallimento[123].

[120] F. PETRUCCO TOFFOLO, *Sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, 5 settembre 2013.
[121] B. ARMELI, *op. cit*., p. 7; F.
[122] Cass. civ., 22 febbraio 1993, n. 2177, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 472.
[123] v. L. GALANTI, *op. cit.,* p. 1156; A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 241.

È necessario, perciò, tentare di ricostruire la questione alla luce delle regole generali previste per i rapporti processuali pendenti nel concordato preventivo[124]. Per fare ciò, è doveroso richiamare alcuni principi generali della disciplina già esposti nei paragrafi precedenti[125].

In primo luogo, la domanda concordataria non determina l'improcedibilità dell'arbitrato, in quanto la legge fallimentare nulla prevede in tal senso. Come già ricordato, l'unico divieto conseguente alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese riguarda la proposizione e la prosecuzione di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore. Si tratta di un limite circoscritto, in quanto, da una parte, non riguarda le azioni rivolte contro terzi e, dall'altra parte, non investe neanche quelle di cognizione fatte valere contro il debitore concordatario. Ne consegue che, dall'art. 168 l. fall., non può derivare alcun effetto nei confronti dell'arbitrato in corso, poiché tramite lo strumento arbitrale si svolge un giudizio esclusivamente di cognizione[126].

In secondo luogo, il processo arbitrale può proseguire anche laddove abbia ad oggetto l'accertamento dei crediti concordatari[127], dato che, in sede concordataria, manca un procedimento di accertamento del passivo analogo a quello fallimentare, caratterizzato da esclusività ed inderogabilità. L'unico limite sarà l'impossibilità di ottenere un risultato satisfattivo superiore alla percentuale stabilita in via concordataria.

---

[124] Per una completa ricostruzione della questione, v. L. GALANTI, *op. cit*., p. 1155.

[125] Vedere il secondo paragrafo di questo capitolo.

[126] v. A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 240; L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1156.

[127] A. DIMUNDO – A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 425: "l'inesistenza di un procedimento speciale per la verificazione dei crediti concorrenti davanti al giudice delegato e l'attribuzione di essi al giudice individuato secondo le comuni regole sulla ripartizione della competenza consente di concludere che i patti compromissori ed il giudizio arbitrale, pur riguardando l'accertamento dei crediti concorrenti, continuano a vincolare le parti anche dopo l'ammissione di uno dei compromittenti alle procedure minori, mancando in queste procedure la situazione che rendeva non arbitrabili le relative controversie nella procedura fallimentare"; in tal senso, v. P. FUSAI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, cap. IX, in AA. VV., *L'arbitrato* (a cura di C. Cecchella), Torino, 2005, p. 578.

Dalla proposizione della domanda concordataria o dall'apertura della procedura, inoltre, non deriva l'automatica interruzione dei giudizi in corso[128], come, invece, l'art. 43, comma 3[129], l. fall. prevede per il fallimento (anche se, comunque, a tal proposito, è indispensabile tenere presente che non è affatto pacifico che la norma in esame si applichi all'arbitrato)[130]: manca, nella disciplina

[128] L. GALANTI, *op.cit.*, p. 1157; A. NIGRO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, 3-4, p. 678: "l'ammissione a concordato preventivo non tocca i giudizi pendenti, anche quelli concernenti la sfera patrimoniale, che quindi del pari proseguono normalmente".

[129] Comma aggiunto dal d.lgs. n. 5/2006.

[130] Dichiarato in giudizio l'avvenuto fallimento, infatti, si discute se debba farsi applicazione dell'art. 816-*sexies* c.p.c. o dell'art. 43, comma 3, l. fall., con diverse conseguenze: eventuale sospensione del processo, nel primo caso; interruzione obbligatoria, nel secondo caso. Secondo parte della dottrina, dovrebbe preferirsi la prima soluzione, in quanto l'art. 816-*sexies* c.p.c. è dettato specificamente per l'arbitrato e riguarda tutti i casi in cui la parte "viene meno", accezione generica che sarebbe in grado di ricomprendere anche il caso *de quo*; in presenza di una disciplina dettata appositamente per l'arbitrato e tesa evidentemente ad escludere l'istituto dell'interruzione, i sostenitori di tale orientamento sono favorevoli a ritenere che l'art. 43, comma 3, l. fall. sia rivolto alle sole liti davanti al giudice: v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 14; M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 293. Secondo altra parte degli interpreti, il procedimento arbitrale sarebbe soggetto all'interruzione automatica prevista dall'art. 43, comma 3, l. fall.. Innanzitutto, si fa leva sul fatto che, in mancanza di indicazioni contrarie provenienti dalla legge, dal sistema o dagli interessi in gioco, se all'arbitrato si applica pacificamente il primo comma dell'art. 43 l. fall., ai sensi del quale nell'arbitrato sta in giudizio il curatore, allora non vi sarebbe motivo per cui non applicare anche il terzo comma della norma in esame; di conseguenza, nel momento in cui l'arbitrato incontra sulla sua strada il fallimento, il processo dovrebbe subire la sorte che la medesima norma prevede. In secondo luogo, non sarebbe condivisibile l'argomento per cui l'interruzione sarebbe un istituto estraneo e sconosciuto all'arbitrato: almeno dal 2006 non è più così, in quanto esiste il terzo comma dell'art. 43 l. fall., che disciplina espressamente l'interruzione dei processi pendenti aventi ad oggetto rapporti patrimoniali ricompresi nel fallimento; e, se questo processo è un arbitrato, ciò significherebbe che, nel 2006, l'arbitrato ha fatto conoscenza dell'istituto dell'interruzione. Inoltre, bisogna tenere presente che l'interruzione di cui all'art. 43 l. fall., diversamente da quella prevista dal codice di rito, è un'interruzione automatica, che prescinde dalla dichiarazione in udienza dell'evento interruttivo. È stato messo in luce, quindi, che il legislatore ha ritenuto necessario che l'interruzione non sia subordinata ad attività o condizioni di sorta, perché evidentemente non desidera che il processo possa proseguire indisturbato malgrado il fallimento, nel caso in cui queste attività non vengano compiute. Di conseguenza, secondo i sostenitori di tale orientamento, l'esigenza che giustifica l'interruzione automatica dei processi statali varrebbe allo stesso titolo per i processi arbitrali; e, se anche si potesse ritenere che il terzo comma riguardi solo i primi, una applicazione analogica ai secondi sarebbe necessitata: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*. Partendo da tale presupposto, dunque, si giungerebbe, a maggior ragione, anche a negare l'applicabilità dell'art. 816-*sexies* c.p.c. – pretesa da parte di coloro che escludono l'istituto dell'interruzione dall'area dell'arbitrato –, in quanto non potrebbe corrispondere alla volontà del legislatore che la tutela degli interessi pubblicistici sottesi al fallimento sia rimessa alla diligenza degli arbitri, i quali dovrebbero assumere "le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio". Inoltre, secondo la dottrina in esame, l'art. 816-*sexies* c.p.c. non potrebbe trovare applicazione perché si tratta di una disposizione dettata per casi generali, che deve cedere di fronte alla disposizione di settore dettata per il caso specifico in cui si verifichi l'evento fallimento. Per l'approfondita esposizione di tale orientamento, v. A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la*

del concordato preventivo, sia un rinvio a tale norma, sia un principio generale che affermi l'interruzione dei giudizi pendenti. Allo stesso modo, non vi sono previsioni limitative della capacità processuale del debitore concordatario, rispetto alle quali potrebbero sorgere questioni interruttive dei giudizi in corso; anche in tal caso, infatti, l'art. 43 l. fall. non è richiamato[131] e la legge fallimentare non prevede una disposizione analoga in ambito concordatario. L'ammissione alla procedura di concordato, dunque, non produce effetti sulla capacità processuale attiva e passiva del debitore, che può legittimamente stare in giudizio in tutte le controversie relative ai beni compresi nel suo patrimonio. Egli, infatti, è sottoposto unicamente ad uno spossessamento "attenuato", nel senso che conserva l'esercizio dell'impresa e non perde la capacità di amministrare i propri beni, ancorché sotto la vigilanza e la direzione degli organi concorsuali[132]; tale spossessamento, dunque, comporta solo una parziale limitazione dei poteri sostanziali e non ha riflessi diretti sulla posizione processuale ricoperta dal debitore[133]. Ne consegue che, con l'ammissione alla procedura concordataria, non si pongono nemmeno problemi legati alla necessità di integrare il contraddittorio, in quanto, non venendo meno la capacità della parte, l'art. 816-*sexies* c.p.c.[134] risulta essere inapplicabile.

Bisogna anche sottolineare che il permanere della capacità processuale in capo al debitore esclude anche problemi legati all'integrazione del contraddittorio nei confronti del commissario giudiziale. A quest'ultimo, infatti, è attribuita, da un lato, la funzione di vigilanza sull'amministrazione del patrimonio e sulla gestione dell'impresa e, dall'altro, la funzione di accertamento, valutazione ed

---

clausola compromissoria, in AA.VV., *Sull'arbitrato – Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra e N. Rascio, Napoli, 2010, p. 357; Id., *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, in *Riv. arb*., 2016, II, p. 229.

[131] v. E. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall*., 1996, 5, p. 420: "l'art. 167 non richiama l'art. 43 l. fall., che concerne la perdita della legittimazione processuale da parte del fallito per le controversie relative a rapporti patrimoniali compresi nel fallimento. Ne consegue che la capacità processuale del debitore non è posta in discussione"; Id., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, II ed., Padova, CEDAM, 2016, p. 462.

[132] cfr. articolo 167, primo comma, l. fall.

[133] v. L. GALANTI, *op. cit*., p. 1157.

[134] Esso prevede che "se la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio. Essi possono sospendere il procedimento".

informazione[135]; non è dotato di diversi poteri sostanziali e, soprattutto, processuali, analoghi a quelli che, nel fallimento, spettano al curatore[136]. Il commissario giudiziale, dunque, non si configura come soggetto legittimato a stare in giudizio al posto del debitore, mentre quest'ultimo resta il legittimato processuale esclusivo anche a seguito dell'ammissione alla procedura. Inoltre, non sembra nemmeno che l'intervento del commissario giudiziale si renda necessario al fine di determinare l'opponibilità del lodo ai creditori[137].

A una diversa conclusione non pare potersi pervenire in ragione dell'art. 169-*bis* l. fall..

A ben guardare, l'improcedibilità dell'arbitrato pendente potrebbe discendere dallo scioglimento in via autonoma dalla convenzione arbitrale ad opera del debitore concordatario, per coloro che sostengono la tesi precedentemente esposta[138] in base alla quale sarebbe possibile per quest'ultimo sciogliersi dalla convenzione anche a seguito della domanda arbitrale: sulla scorta di tale orientamento, la convenzione "può essere sciolta in virtù di un autonomo esercizio del diritto potestativo di cui all'art. 169-*bis* l. fall. da parte del debitore concordatario, paralizzando dunque la domanda di arbitrato già formulata dall'altro compromittente"[139]. Ciò, comunque, potrebbe accadere, come sottolineato anche da tale dottrina, soltanto nel caso in cui il debitore non abbia ancora aderito

[135] v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, IV ed., Bologna, il Mulino, 2017, p. 382: "al commissario giudiziale, peraltro, né spetta un potere di veto sugli atti del debitore né compete una qualche forma di legittimazione sostitutiva del debitore o dei creditori".

[136] "Il commissario giudiziale ha una mera funzione di vigilanza e di controllo sull'adempimento del concordato e sul compimento di atti potenzialmente pregiudizievoli per la massa, ha compiti informativi ed ha compiti di ausilio del tribunale, ma non ha il potere di disporre e gestire i beni del debitore in concordato, né durante la procedura, né dopo l'omologazione": G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. società*, fasc. I, 2015, p. 30.

[137] L. GALANTI, *op. cit*., p. 1158; un profilo problematico viene, invece, messo in evidenza da E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare*, cit., p. 462: "non possono prodursi quegli effetti sostanziali che, scaturiti direttamente o indirettamente dal giudizio arbitrale, devono farsi rientrare nell'ambito della straordinaria amministrazione. In tal caso, gli effetti indicati sarebbero inopponibili ai creditori partecipanti al concordato. Per ovviare a tali inconvenienti si potrebbe, peraltro, ipotizzare un intervento volontario nel giudizio arbitrale da parte del commissario giudiziale, previa naturalmente autorizzazione del giudice delegato".

[138] La tesi è esposta al paragrafo 5.1 di tale capitolo.

[139] B. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, cit., p. 8.

all'arbitrato, ossia nell'ipotesi in cui non abbia notificato alla controparte la domanda di arbitrato o non abbia già risposto all'altrui domanda di arbitrato accedendo a quest'ultimo.

L'improcedibilità, invece, non potrebbe mai derivare dallo scioglimento della convenzione arbitrale eventualmente concesso sulla base della norma, se si aderisce alla tesi[140], che a me pare essere più convincente per le ragioni suesposte, secondo cui l'autorizzazione a svincolarsi dalla clausola compromissoria non potrebbe più essere richiesta una volta che l'arbitrato sia pendente.

Infine, è da escludere che l'improcedibilità dell'arbitrato possa derivare dall'eventuale scioglimento del contratto-base a cui acceda la convenzione arbitrale. Ciò in virtù del mancato rinvio all'art. 83-*bis* l. fall. (il quale prevede espressamente che, se il contratto in cui è contenuta la clausola compromissoria è sciolto per effetto del fallimento, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito), ma, soprattutto, è lo stesso art. 169-*bis* a legittimare tale soluzione: se la prosecuzione del contratto-base è irrilevante per la conservazione dell'efficacia della convenzione arbitrale, a maggior ragione sembra doversi ritenere indifferente per la prosecuzione dell'arbitrato in corso[141].

In conclusione, la soluzione maggiormente condivisibile per gli effetti dell'apertura della procedura di concordato preventivo su un giudizio arbitrale già in corso in quel momento è assimilabile a quella prevista per gli effetti della procedura concordataria sulla convenzione arbitrale già stipulata dalle parti: l'opinione più convincente, condivisa da gran parte della dottrina[142], è quella

[140] Per l'esposizione di tale tesi, si rimanda al paragrafo 5.1 di questo capitolo.

[141] Ovviamente, è corretto sottolineare che ciò non esclude che, in conseguenza di un'eventuale risoluzione del contratto, l'arbitrato possa arrestarsi in via anticipata sulla base dei principi generali, come, ad esempio, laddove venga meno anche l'interesse ad agire o cessi la materia del contendere: v. L. GALANTI, *op. cit.*, nota 67.

[142] L. GALANTI, *op. cit*., p. 1158; A. NIGRO, *op. cit*., p. 678: "il giudizio arbitrale in corso al momento dell'ammissione a concordato preventivo di una delle parti prosegue regolarmente"; U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall*., 2013, 2, nota 4: "eventuali giudizi, compresi quelli arbitrali, che dovessero vedere come parte un soggetto in concordato preventivo, continueranno a svolgersi tra le parti originarie e secondo le regole applicabili *ab origine*"; A. DIMUNDO – A. PATTI, *op. cit*., p. 426: dopo aver fatto riferimento al fatto che, nella procedura di concordato, manca la fase di accertamento del passivo ed il debitore mantiene l'amministrazione dei suoi beni, l'a. afferma che "sarebbe incongruo che mentre i procedimenti pendenti davanti al giudice

secondo cui la domanda concordataria risulta indifferente per le sorti dell'arbitrato pendente, che può proseguire tra le parti originarie.

8. Legittimazione a compromettere del debitore concordatario.

Dopo aver esaminato i vari aspetti del rapporto tra arbitrato e concordato preventivo relativi ai casi di convenzione arbitrale già stipulata dalle parti e di procedimento arbitrale già instaurato al momento dell'apertura della procedura concordataria, ora si vuole analizzare il profilo inerente alla facoltà del debitore di stipulare accordi compromissori successivamente alla presentazione della domanda di concordato.

A tal proposito, bisogna far riferimento all'art. 167[143], comma 2, l. fall., il quale richiede l'autorizzazione scritta del giudice delegato per la stipulazione da parte del debitore degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione; tra gli atti per i quali è richiesta tale formalità, si collocano anche i compromessi.

Considerando tale disposizione in combinato disposto con quanto previsto dal primo comma del medesimo articolo[144], ne deriva che il debitore concordatario mantiene la capacità contrattuale (in particolare, quella di concludere compromessi), e, dunque, con il correttivo dell'autorizzazione, la legittimazione a stipulare compromessi arbitrali resta in capo al debitore anche a seguito della domanda di concordato[145].

Anche sotto tale aspetto, la disciplina differisce rispetto a quanto si verifica nell'ambito del fallimento, in cui lo spossessamento subito dal fallito comporta l'insorgere della legittimazione a sottoscrivere accordi compromissori in capo al

---

statuale proseguono davanti allo stesso senza alcuna interruzione o sospensione, i procedimenti arbitrali dovessero, invece, divenire improseguibili, in assenza di una norma che stabilisca una competenza speciale ed assorbente di qualsiasi altra" e fa riferimento alla sentenza della Cassazione, 10 marzo 1995, n. 2802, in *Riv. arb*., 1995, p. 673.

[143] Il contenuto della norma è rimasto immutato nell'art. 94 del "nuovo" Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

[144] La norma sancisce, come anticipato precedentemente, che il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa durante la procedura di concordato.

[145] v. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1145; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 460; Id., *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, cit., p. 421; A. NIGRO, *op. cit*., p. 677; G. CANALE, *op. cit.*, p. 791; G. CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, tomo II, cit., p. 1513.

curatore[146], previa autorizzazione del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 35 l. fall.[147].

La capacità contrattuale che il debitore concordatario conserva in via generale si estende, senza alcun dubbio, anche alle tipologie di convenzione arbitrale diverse dal compromesso, nonostante la norma non lo preveda espressamente. Ciò che ci si deve chiedere è se, in assenza di una specifica previsione legislativa come quella relativa al compromesso, anche per la clausola compromissoria e per la convenzione in materia non contrattuale si renda necessaria l'autorizzazione del giudice delegato.

Con riferimento alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, c'è chi[148] ritiene che sia sempre necessaria l'autorizzazione, in quanto la decisione di sottrarre la lite alle regole decisorie per demandarla ad una soluzione di natura contrattuale appartiene, senza dubbio, alla categoria degli atti di straordinaria amministrazione. La conferma a tale affermazione deriverebbe dall'opinione della dottrina, secondo la quale a tale scelta è applicabile – in ambito contrattuale – la disciplina dettata dall'art. 1341 c.c..

Seguendo un ragionamento meno radicale, è stato sostenuto che l'autorizzazione del giudice delegato non sarebbe sempre indispensabile: essa sarebbe imprescindibile laddove la convenzione di arbitrato sia connessa a rapporti relativi al patrimonio soggetto al concordato, mentre non sarebbe necessaria nel caso in cui la convenzione sia attinente a rapporti estranei al patrimonio soggetto al concordato e, dunque, irrilevanti per la procedura. In tale ottica, la necessità di autorizzazione potrebbe escludersi per la convenzione arbitrale in materia non contrattuale *ex* art. 808-*bis* c.p.c., che, almeno rispetto alle controversie relative a rapporti disponibili non patrimoniali o, anche se patrimoniali, non inclusi nel

[146] Per un approfondimento circa il caso del giudizio arbitrale che abbia avvio per iniziativa del curatore o nei suoi confronti, v. G. CANALE, *L'arbitrato del curatore*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 17.

[147] Art. 137 nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

[148] G. CANALE, *op. cit.*, p. 793.

patrimonio concordatario, sarebbe tendenzialmente neutra per la procedura concordataria[149].

Per quanto riguarda la clausola compromissoria, non potrebbe valere il medesimo ragionamento, poiché essa, accedendo a contratti, riguarderebbe rapporti (contrattuali, appunto) di carattere patrimoniale tendenzialmente rilevanti per il concordato. Di conseguenza, è importante individuare la normativa applicabile.

Anche su tale questione, la dottrina non ha espresso lo stesso pensiero.

Se si ritiene che alla clausola compromissoria si estenda la disciplina prevista dalla legge fallimentare per il compromesso, allora ne deriverebbe la necessità di autorizzazione del giudice delegato per la relativa sottoscrizione da parte del debitore concordatario. Chi giunge a tale conclusione fa leva, in particolare, sul medesimo effetto prodotto tanto dal compromesso quanto dalla clausola compromissoria: se si parte dal presupposto per cui "il compromesso è qualificato dalla legge come atto in sé di straordinaria amministrazione per la peculiarità e la gravità della scelta di sottrarre la cognizione della controversia al giudice naturale, e cioè al giudice ordinario", allora la stessa disciplina deve essere applicata anche alla clausola compromissoria, che produce l'identico effetto e che necessita, dunque, dell'autorizzazione del giudice delegato[150].

La tesi opposta[151] si basa, invece, sulla normativa processuale, ossia l'art. 808, comma 2, c.p.c., il quale prevede un parallelismo tra il potere di stipulare la clausola compromissoria e quello di concludere il contratto a cui si riferisce[152]. Ne consegue che la necessità per il debitore di ricevere l'autorizzazione del giudice delegato verrebbe in rilievo soltanto laddove il contratto-base si configuri esso stesso come un atto eccedente l'ordinaria amministrazione (con l'autorizzazione alla

[149] L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1145.

[150] A. NIGRO, *op. cit*., p. 677.

Questa era l'opinione classica sostenuta anche in riferimento all'art. 35 l. fall. in merito ai poteri del curatore fallimentare: v., in particolare, S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, CEDAM, 1996, p. 49.

[151] Condivisa, in particolare, da G. CANALE, *op. cit*., p. 792.

[152] v. G. CANALE, *op. cit*., p. 792: "nel caso della clausola compromissoria, la scelta di sottrarre eventuali liti alla giurisdizione togata per affidarla a quella degli arbitri non è affatto svincolata dalla genesi del rapporto sostanziale; essa costituisce uno dei molteplici accordi che il debitore assume in occasione della stipula di un contratto a seguito della relativa negoziazione".

conclusione del contratto il debitore riceverà l'integrazione dei propri poteri anche per la sottoscrizione della clausola arbitrale), mentre, in caso contrario, nel suo autonomo potere contrattuale rientrerebbe anche la possibilità di inserirvi una clausola compromissoria.

L'autorizzazione sarebbe necessaria, invece, sempre e comunque, nel caso in cui il debitore intenda scegliere un arbitrato di equità, in quanto il giudizio di equità può portare ad una decisione non sempre coincidente con quella pronunciata secondo diritto; quindi, "la scelta è atta ad incidere sul diritto sostanziale e come tale deve essere autorizzata"[153]. Inoltre, si ritiene sia necessaria l'autorizzazione anche nel caso in cui il debitore voglia determinare all'estero la sede dell'arbitrato. In tal caso, il rilievo essenziale è costituito dalla distinzione tra ciò che può essere deciso solo dalle parti e ciò che, in assenza di una loro decisione, può essere deciso anche dagli arbitri. In assenza di un patto tra le parti, gli arbitri, ai sensi dell'art. 816 c.p.c., possono determinare la sede dell'arbitrato, per cui il debitore potrebbe convenire, senza alcuna autorizzazione, un patto, i cui effetti potrebbero prodursi anche a seguito di una scelta autonoma degli arbitri. La fissazione della sede all'estero, però, non rientra nei poteri degli arbitri. Ne conseguirebbe la necessità dell'autorizzazione per il debitore, poiché "la sottrazione dell'arbitrato e del lodo alla disciplina del nostro ordinamento e le molteplici criticità sottese ad una diversa disciplina sono elementi che inducono a qualificare la scelta come atto di straordinaria amministrazione"[154].

È interessante anche l'opinione di chi[155], partendo dal presupposto che i tempi celeri della "giustizia privata" possono favorire l'obiettivo della reale determinazione del patrimonio concordatario, rileva una "distonia normativa" nel fatto che l'art. 167, comma 2, l. fall. continui a prevedere che, per i contratti conclusi dopo la domanda di concordato preventivo, la stipulazione di compromessi sia

[153] v. G. CANALE, *op. cit*., p. 793.
[154] v. G. CANALE, *op. cit.*, p. 793.
[155] C. CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, 22.07.2013. Tale idea è stata definita "tutt'altro che trascurabile" da A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 242.

soggetta all'autorizzazione del giudice delegato. In particolare, venuto a mancare il riferimento al compromesso come atto di straordinaria amministrazione nella normativa processuale[156], l'art. 167 l. fall. "sarebbe stato ormai e progressivamente abrogato *in parte qua*"[157] e non si ravviserebbe più alcuna sostanziale ragione per continuare a subordinare l'opzione della giustizia arbitrale all'autorizzazione del giudice delegato.

Sembra più opportuno, però, per ragioni di prudenza, attenersi al dato letterale[158], provvedendo, quindi, a richiedere l'autorizzazione prima di vincolarsi ad un qualsiasi patto arbitrale, seguendo la tendenza della giurisprudenza, la quale è indirizzata a richiedere con larghezza l'autorizzazione del giudice delegato in materia arbitrale. È convincente il pensiero di chi[159] sottolinea che la specialità della materia concorsuale è tale da consentire di intendere l'elencazione specifica di cui all'art. 167, comma 2, l. fall. come prescindente dal *discrimen* generale fra ordinaria e straordinaria amministrazione, sebbene a quella elencazione si affianchi, poi, il riferimento "in genere" agli "atti eccedenti l'ordinaria amministrazione".

9. Gli effetti della mancanza o di un vizio dell'autorizzazione con riferimento alla convenzione di arbitrato e/o al procedimento arbitrale avviato.

Occorre anche prendere in esame la sorte del compromesso e/o della clausola compromissoria conclusi dal debitore senza la necessaria autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 167 l. fall.. A prescindere dalle conseguenze per il debitore, che potrebbe essere assoggettato alla procedura di revoca dell'ammissione al concordato preventivo prevista dall'art. 173 l. fall., la questione è quali siano gli effetti della mancanza dell'autorizzazione (ovvero di un suo vizio) sulla convenzione di arbitrato e/o sul giudizio arbitrale avviato. Il secondo comma della

[156] Già con la novellazione dell'art. 808 c.p.c. nel 1994 e, poi, con quella dell'art. 807 c.p.c. nel 2006.

[157] A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 242.

[158] L. GALANTI, *op. cit*., p. 1147; A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 242, che invita a rimanere "un po' più formalisti, ove il formalismo equivale a bilanciata prudenza".

[159] A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 242.

norma in questione prevede che gli atti compiuti in assenza di autorizzazione siano inefficaci nei confronti dei creditori anteriori all'apertura della procedura concordataria. Ciò significa che il lodo emanato sulla base dell'accordo compromissorio stipulato dal debitore concordatario senza autorizzazione è valido ed efficace *inter partes*, ma è inopponibile ai creditori anteriori.

Si è sostenuto che[160] il lodo è inopponibile ai creditori anteriori, terzi rispetto all'arbitrato, in sede concordataria e, dunque, ai fini del voto ed anche ai fini della soddisfazione in ambito concordatario, mentre ciò non si verificherebbe nel caso in cui parte dell'accordo compromissorio sia proprio uno dei creditori anteriori. Tale conclusione sarebbe giustificata dal fatto che, essendo l'inopponibilità di cui all'art. 167 l. fall. una prerogativa del creditore e non del debitore concordatario, se il creditore anteriore ha accettato la convenzione arbitrale non autorizzata successiva al concordato sarà in pieno vincolato dagli effetti di questa e dagli effetti del lodo, poiché, da un lato, è come se avesse rinunciato per fatti concludenti a quella prerogativa e, dall'altro lato, comunque l'efficacia di giudicato del lodo prevale sull'inopponibilità *ex* art. 167 l. fall.. Ne deriverebbe che quel creditore sarà soddisfatto in percentuale concordataria, sulla base di ciò che il lodo accerta con riferimento al suo credito.

Si è sottolineato[161], però, che tale teoria sia in aperto contrasto con il rilievo che la disposizione contenuta nell'articolo in esame è dettata a tutela della massa dei creditori concordatari, non di un interesse individuale; tale tutela, dunque, non costituisce una situazione disponibile dal debitore concordatario o dal singolo creditore, dovendo essere qualificata come indisponibile, in quanto è posta a tutela dell'interesse generale e dei diritti di tutti i creditori anteriori.

Secondo un'attenta dottrina, la convenzione di arbitrato stipulata in assenza di autorizzazione del giudice delegato è valida ma inefficace nei confronti della massa dei creditori concordatari, per cui il giudizio arbitrale avviato in base a tale convenzione potrà validamente procedere e giungere alla decisione finale, ma il

[160] A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 241.
[161] G. CANALE, *op. cit*., p. 795.

lodo sarà privo di effetti nei confronti della procedura[162], che si potrà comportare come se esso non fosse stato pronunciato. I suoi effetti, dunque, resteranno circoscritti nei confronti del solo debitore per l'eventualità di un suo ritorno *in bonis* (se si tratta di concordato con continuità).

A me pare che tale regola si applichi anche nel caso in cui parte della convenzione arbitrale sia un creditore anteriore all'apertura della procedura concordataria, in quanto, oltre ad essere d'accordo con chi sostiene che la disposizione in esame sia volta a salvaguardare l'intera massa dei creditori concordatari e non solo un interesse individuale, ritengo che tale soluzione sia in grado di tutelare maggiormente il contraente *in bonis*, che potrebbe non essere a conoscenza del fatto che il debitore concordatario abbia stipulato la convenzione di arbitrato in assenza dell'autorizzazione da parte del giudice delegato.

È interessante, poi, esaminare il profilo relativo ai rimedi esperibili nel caso in cui la convenzione arbitrale sia inefficace a causa della mancanza o dei vizi dell'autorizzazione del giudice delegato[163].

Nell'ipotesi di assenza di autorizzazione, il debitore concordatario e qualunque interessato (compresa, quindi, la controparte del giudizio arbitrale) può proporre ricorso al giudice delegato, ai sensi dell'art. 36 l. fall., al fine di ottenere una successiva autorizzazione che sani l'inefficacia della convenzione di arbitrato[164].

L'art. 36 l. fall., dedicato al reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori nell'ambito della procedura di fallimento, al comma 1, stabilisce che "contro gli atti di amministrazione del curatore, contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge […]". Secondo gli interpreti, anche in tale ipotesi vi sarebbe spazio per il reclamo

[162] Anche secondo A. NIGRO, *op. cit*., p. 678: "l'atto resta in sé valido, essendo soltanto inefficace nei confronti dei creditori anteriori. Questo significa che se, sulla base di tale convenzione, dovesse essere pronunziato un lodo, esso sarebbe inopponibile alla procedura e comunque ai creditori in un eventuale successivo fallimento".

[163] Per la trattazione dell'argomento, v. G. CANALE, *op. cit.*, p. 796.

[164] La possibilità di una sanatoria successiva non è pacifica già in caso di fallimento con riferimento all'art. 35 l. fall.; sul punto è favorevole l'opinione di S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 45 e alla nota 60 ulteriori riferimenti bibliografici.

al giudice delegato ai sensi della norma in esame, in quanto l'opinione del tutto prevalente ritiene applicabili in ambito concordatario le norme che governano i rimedi endoprocedimentali nei confronti degli atti del curatore e del giudice delegato previsti in caso in fallimento[165].

In tale sede, il giudice delegato, ai sensi dell'art. 173, comma 3, l. fall., potrebbe revocare l'ammissione alla procedura di concordato preventivo e dichiarare il fallimento. L'art. 173 l. fall., infatti, sancisce i casi in cui il tribunale può procedere alla revoca dell'ammissione al concordato e alla dichiarazione di fallimento nel corso della procedura, e il terzo comma comprende anche l'ipotesi in cui il debitore, durante la procedura, compia atti non autorizzati a norma dell'art. 167 l. fall.[166].

Nell'eventualità in cui non venga disposta la revoca dell'ammissione alla procedura concordataria, può accadere che il giudice delegato non conceda l'autorizzazione in sanatoria: in tal caso, il ricorso al giudice delegato può risultare insufficiente, poiché, qualora quest'ultimo ritenga di non autorizzare in sanatoria, non è possibile ottenere anche la declaratoria di invalidità della convenzione di arbitrato, a tal fine essendo necessaria un'autonoma domanda all'Autorità giudiziaria. Il debitore, quindi, potrebbe promuovere un'autonoma azione volta a lamentare il vizio che affligge la convenzione arbitrale. Bisogna, però, considerare il limite previsto dall'art. 819-*ter*, ultimo comma, c.p.c., secondo il quale l'azione avente ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato non può essere proposta ad arbitrato pendente. L'ipotesi, dunque, sarebbe circoscritta al solo caso in cui il debitore concordatario assuma tale iniziativa prima dell'inizio del giudizio arbitrale. In queste circostanze, nonostante sia ravvisabile un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra le due azioni[167], gli arbitri non potranno sospendere il giudizio, poiché i casi elencati all'art. 819-*bis* c.p.c. sono tassativi e non

[165] v. G. CANALE, *op. cit.*, nota 41.

[166] In tal caso, il problema della sorte della convenzione di arbitrato e del giudizio eventualmente già iniziato troverà la sua soluzione della disciplina del fallimento.

[167] Ai sensi dell'art. 295 c.p.c., il quale sancisce che il giudice deve sospendere il processo nei casi in cui egli stesso o un altro giudice deve risolvere una controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa.

estensibili analogicamente, secondo l'opinione prevalente della dottrina[168]. Di conseguenza, seguendo tale ragionamento, gli arbitri potranno conoscere della questione e risolverla ai fini della pronuncia del lodo, salvo il coordinamento tra i due giudizi secondo il principio "delle vie parallele", il quale, a seguito della riforma del 2006, regola il rapporto tra il giudizio arbitrale e quello che si svolge dinnanzi al giudice togato.

Il principio introdotto dal d.lgs. n. 40/2006 prevede che gli arbitri hanno il potere di decidere sulla validità, estensione ed efficacia dell'accordo compromissorio, per verificare la propria *potestas iudicandi*, anche se l'instaurazione del processo arbitrale sia stata preceduta dalla proposizione della medesima lite di fronte al giudice ordinario; e il giudice ordinario ha il potere di verificare la propria competenza, accertando la validità, l'efficacia e l'estensione dell'accordo compromissorio, anche se il giudizio arbitrale sia stato preventivamente proposto. In base al principio delle cc.dd. "vie parallele", dunque, nel caso di contemporanea pendenza della stessa domanda davanti all'arbitro e davanti al giudice, non è prevista una prevalenza né dell'una né dell'altra via[169].

Sulla base di tali premesse, è evidente che l'opinione della dottrina in esame si fonda sull'idea che anche le questioni attinenti alla "capacità" del debitore concordatario di concludere la convenzione di arbitrato debbano essere risolte nell'ambito dell'arbitrato medesimo. In conclusione, le parti della convenzione arbitrale, in mancanza dell'autorizzazione del giudice delegato, potrebbero contestare la validità dell'accordo compromissorio e richiederne la sanatoria[170], in

[168] v. L. SALVANESCHI, *Art. 819 e 819-bis*, in *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Zanichelli Editore, Bologna, 2014, p. 641.

[169] Per un approfondimento di tale principio, vedere F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p. 202; G. RUFFINI, *Art. 819-ter*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, p. 376; C. DELLE DONNE, *Art. 819-ter c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014, Vol. VII, Tomo IV, p. 585; B. CAPPONI, *Art. 819-ter*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Padova, Cedam, 2009, vol. III, tomo II, p. 880.

[170] È da sottolineare che le parti non sono legittimate a chiedere l'annullamento della convenzione per difetto di capacità del debitore concordatario, in virtù dell'art. 1441 c.c., il quale prevede che l'azione di annullamento può essere richiesta solamente dalla parte a favore della quale la protezione è disposta.

quanto sarebbero titolari dell'interesse a che sussistano tutte le condizioni e i presupposti per la valida instaurazione del giudizio arbitrale. Bisogna precisare che la relativa eccezione deve essere sollevata tempestivamente, come stabilito dall'art. 817, comma 2, c.p.c., in forza del quale essa deve essere sollevata nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri. Ne consegue che si potrà impugnare il lodo per questo motivo solo ove lo stesso sia stato tempestivamente eccepito nel giudizio arbitrale.

Infine, nel caso in cui il debitore concordatario abbia ottenuto l'autorizzazione da parte del giudice delegato, ma il procedimento – attraverso cui l'autorizzazione medesima viene concessa – sia afflitto da vizi, si è sostenuto che la soluzione sia sempre il reclamo al giudice delegato previsto dall'art. 36 l. fall. In caso di mancato reclamo, la conseguenza sarà il consolidamento dell'atto, con sanatoria dei relativi vizi e, dunque, la piena efficacia dell'autorizzazione[171].

10. Concordato con cessione dei beni: le questioni relative alla figura del liquidatore ed alla sua legittimazione.

Una trattazione più approfondita si rende necessaria rispetto all'ipotesi di concordato con cessione dei beni. In tale ipotesi, infatti, la ricostruzione del rapporto tra arbitrato e concordato preventivo deve tenere conto di alcune previsioni particolari e, soprattutto, della presenza di una figura fondamentale, ossia quella del

[171] G. CANALE, *op. cit.*, p. 797.

liquidatore[172], che, ai sensi dell'art. 182 l. fall.[173], viene nominato con il decreto di omologazione del concordato preventivo.

In questa sede, si vogliono esaminare i riflessi che la presenza del liquidatore determina rispetto alla convenzione di arbitrato e all'arbitrato pendente nel caso, appunto, di concordato preventivo con cessione dei beni; si tratta, dunque, di individuare quali siano i poteri spettanti al liquidatore per valutarne la rilevanza sotto il profilo processuale e, in particolare, rispetto alla legittimazione a stipulare la convenzione arbitrale e ad essere parte nell'arbitrato pendente.

Occorre fare una premessa: nel concordato con cessione dei beni, non si attua il trasferimento della titolarità dei beni in favore del liquidatore, ma soltanto della legittimazione a disporne. Si realizza, dunque, una dissociazione tra titolarità della proprietà del patrimonio, che rimane in capo al debitore concordatario, e legittimazione a disporne a fini liquidativi per la realizzazione delle pretese del ceto

[172] Rispetto alla qualificazione giuridica del liquidatore, sono state sostenute varie tesi: i) alcuni lo considerano un mandatario del debitore (Cass., 9 maggio 1958, n. 1519, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, p. 85); ii) secondo altri è un mandatario dei creditori (Cass., 3 aprile 2013, n. 8102, in *DeJure*; G. RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1996, p. 153); iii) un mandato irrevocabile, conferito anche nell'interesse dei creditori mandatari (mandato in *rem propriam*) a gestire e liquidare i beni del debitore (Cass., Sez. Un., 27 luglio 2014, n. 14083, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1031; Cass., 27 giugno 1981, n. 4177, in *Dir. fall*., 1981, II, p. 463); iv) infine, vi è chi lo qualifica come ausiliario del giudice o un organo della procedura (in particolare, G. BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2012, p. 767, per il quale, tuttavia, più che di un "organo della procedura concordataria (ormai chiusa con il decreto di omologazione)" si tratterebbe del "titolare di un ufficio pubblico, assimilabile al curatore, ma privo della qualifica di pubblico ufficiale"). G. CANALE, *op. cit.*, p. 805, ritiene che l'opinione preferibile sia quella per cui il liquidatore costituisce un organo della procedura, "dovendosi subito escludere l'idea che il liquidatore possa essere considerato un sostituto processuale del debitore o un suo rappresentante". *Contra* E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, 2016, p. 769: "il liquidatore non si può considerare né un organo, né un ausiliario di giustizia, né mandatario. Difatti, l'attribuzione del potere di disporre dei beni si ha direttamente in capo al liquidatore per effetto dell'omologazione senza il trasferimento immediato ai creditori, i quali, pertanto, sarebbero titolari solo del diritto di ottenere la percentuale. È, così, esclusa la possibilità di qualificare il liquidatore come mandatario vuoi del debitore, vuoi dei creditori".

[173] "Se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione". La disposizione è rimasta immutata nell'articolo 114 del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

creditorio[174]: il liquidatore ha la funzione di gestire e liquidare il patrimonio del debitore e di distribuire il ricavato ai creditori.

La prima questione da affrontare riguarda l'ampiezza dei poteri di gestone affidati al liquidatore, per capire se essi comprendano anche la facoltà di stipulare un accordo compromissorio.

Nella fase esecutiva del concordato con cessione dei beni, al liquidatore spetta il compimento degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione[175] e, come appena esposto, a lui è attribuita la disponibilità dei beni del debitore concordatario. La conclusione più convincente, dunque, è che, all'interno del potere dispositivo, sia compreso anche quello di stipulare convenzioni di arbitrato[176]. Il liquidatore risulta così investito della legittimazione a compromettere, secondo uno schema di "sostituzione sostanziale", che si verifica nei casi, come quello in esame, in cui vi è una dissociazione tra titolarità e disposizione del diritto. È stato osservato, infatti, che, laddove ad un soggetto sia dato il potere di disporre di una determinata situazione giuridica di titolarità aliena, gli sarà data altresì la legittimazione a compromettere, vale a dire il potere di rendere operativo il mezzo processuale arbitrale per la tutela di quel diritto[177]. Un'attenta dottrina, quindi, ha, messo in luce che, nonostante "il criterio normale di legittimazione consista nella coincidenza fra

[174] A. PATTI, *La legittimazione processuale del debitore nel c.p. con cessione dei beni tra titolarità (mantenuta) e disponibilità (trasferita) del patrimonio*, in *Fall*., 2001, p. 784; G. BOZZA, *op. cit.*, p. 768; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p 771.

[175] v. S. AMBROSINI, *L'esecuzione del concordato e i provvedimenti in caso di concordato con cessione dei beni*, in Vassalli-Luiso-Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, Giappichelli, p. 393: il liquidatore può "compiere tutti gli atti utili alla liquidazione dei beni ceduti, senza distinzione, in quest'ambito, fra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione".

[176] L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1162; A. NIGRO, *op. cit*., p. 678: la giurisprudenza tende ad affermare che spetti al liquidatore stipulare le convenzioni arbitrali per le controversie concernenti i beni oggetto della liquidazione e la soluzione per l'a. risulta "condivisibile, dal momento che è al liquidatore, e non al debitore, che compete il potere di disposizione dei suddetti beni"; A. AUDINO, *sub art. 182*, in Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, CEDAM, 2013, p. 1217.

[177] v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 302. A p. 309, l'a. prende in considerazione il caso specifico della "*cessio bonorum* come figura paradigmatica": in tal caso, è il cessionario ad avere la possibilità "di stipulare un patto compromissorio che abbia ad oggetto controversie riguardanti le sorti dell'atto di disposizione"; per l'approfondita trattazione della questione, si rimanda a Id., *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1176.

titolarità della situazione soggettiva pertinente all'atto e legittimazione al compimento dell'atto, nonché nella coincidenza fra legittimazione ad agire e legittimazione a ricevere", intese rispettivamente come "legittimazione a compromettere, a stipulare cioè l'atto in base al quale le parti si obbligano a far decidere controversie insorte o insorgende da arbitri e legittimazione a ricevere gli effetti che da questo patto derivano"[178], "vi sono casi [come questo] in cui la legge attribuisce la legittimazione ad agire ad un soggetto differente dal soggetto titolare della situazione giuridica posta in gioco"[179].

Una seconda questione che si pone è se il liquidatore sia vincolato dalla convenzione arbitrale precedentemente stipulata dal debitore concordatario.

Per dare una soluzione a tale quesito, si ritiene si debba far riferimento alle ordinarie regole processuali: in particolare, in base al principio generale che stabilisce la circolazione della convenzione arbitrale, la disciplina processuale del rapporto si trasferisce insieme a quest'ultimo; ne consegue che si verifica il subentro del "successore" nell'accordo compromissorio[180]. Partendo da tale presupposto, si è sostenuto che lo stesso principio sembrerebbe potersi applicare anche laddove, anziché la titolarità, sia trasferita la mera disponibilità dei rapporti, proprio come avviene nel caso di concordato preventivo con cessione dei beni. Ne deriverebbe che, a fronte della "sostituzione sostanziale" del liquidatore, potrebbe ipotizzarsi un fenomeno di atecnica successione idonea ad avere ripercussioni sulla convenzione arbitrale: "la sostituzione del liquidatore nella disponibilità del rapporto sostanziale a cui acceda una convenzione, cioè, determinerebbe altresì il

[178] E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. ult. cit*., p. 1161.

[179] E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. ult. cit.,* p. 1158; "dunque, la stipulazione del patto compromissorio, come atto negoziale che produce, tra gli altri, l'effetto immediato di impedire, tramite *l'exceptio compromissi*, la soluzione giurisdizionale della controversia, spetta al titolare della situazione sostanziale controversa, quello stesso che sarà legittimato a ricevere gli effetti dell'atto; ovvero, in casi eccezionali, al soggetto abilitato a compromettere legittimamente di quello stesso diritto": p. 1194.

[180] v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 415: "ove il diritto sostanziale sia oggetto di trasferimento (in quanto disponibile), la successione nel correlativo diritto di azione avviene *naturaliter*, è, cioè, la regola". Lo stesso avviene per il vincolo compromissorio "in caso di successione in un diritto assistito da convenzione arbitrale".

trasferimento della relativa disciplina processuale, con la conseguenza che la convenzione conserverebbe la propria vincolatività"[181].

Secondo un diverso orientamento[182], bisognerebbe distinguere a seconda che la convenzione di arbitrato sia stata stipulata dal debitore prima del deposito della domanda di concordato preventivo, ovvero successivamente. Nel primo caso, la convenzione di arbitrato sottoscritta dal debitore sarebbe inefficace nei confronti del liquidatore. Occorrerebbe, dunque, un'adesione di quest'ultimo al patto arbitrale, in mancanza della quale la controversia non potrà essere dedotta in arbitrato. Nel secondo caso, invece, la clausola si imporrebbe anche al liquidatore, sulla base del fatto che il provvedimento di omologa retroagisce alla data di presentazione della domanda di concordato e che gli atti legittimamente compiuti dal debitore in corso di procedura si impongono anche al liquidatore.

È interessante fare riferimento anche ad un approccio totalmente differente: c'è chi[183] ha ipotizzato che, nel caso in cui la controversia riguardi beni oggetto della cessione concordataria, sarebbe innegabile la presenza di un'inerenza diretta fra l'accordo arbitrale e il concordato, per cui bisognerebbe supporre che questa inerenza, da sola, possa provocare l'inefficacia dell'accordo arbitrale stesso. In altre parole, nel caso di concordato preventivo con cessione dei beni, la composizione della massa attiva sarebbe sottratta alla determinazione arbitrale, competendo, invece, al tribunale fallimentare[184], malgrado l'assenza, nella disciplina relativa al concordato preventivo, di un procedimento di verificazione dello stato passivo e di una forza attrattiva della competenza, analoga a quanto disciplinato dall'art. 24 l. fall.. Secondo il sostenitore di tale orientamento, il concordato con cessione dei beni dovrebbe assumere una struttura procedimentale più consona alla tutela dei

[181] L. GALANTI, *op. cit*., p. 1163. A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 240, invece, sottolinea che è "molto difficile attribuire [al liquidatore giudiziale] una successione sostanziale nella convenzione di arbitrato stipulata prima del concordato".

[182] G. CANALE, *op. cit*., p. 814.

[183] A. BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, nota a sent. Cass. Civ., 10 marzo 1995, n. 2802, in *Riv. arb*., 1995, IV, p. 677.

[184] v. anche *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di P. FUSAI, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, 2005, Torino, Giappichelli, p. 579: "la sussistenza di una controversia su un bene da cedere potrebbe provocare un voto contrario dei creditori alla proposta o il rifiuto dell'omologazione da parte del tribunale fallimentare".

creditori. Viene, tuttavia, messa in evidenza la seria difficoltà di poter ipotizzare, nel silenzio degli artt. 160 e ss. l. fall., una struttura processuale "così dissimile da quella espressamente disciplinata per il concordato preventivo con garanzie", nella quale la forza attrattiva del potere giurisdizionale sarebbe tale da comportare l'automatica caducazione del patto arbitrale riguardante beni oggetto della cessione.

Tale orientamento, in effetti, risulta essere poco convincente, in quanto, come messo in luce dall'Autore stesso, è difficile supporre che, in pendenza del concordato preventivo con cessione dei beni, possa esservi l'automatica caducazione della convenzione di arbitrato concernente beni oggetto della cessione, dal momento che il legislatore nulla ha previsto in tal senso.

Fermo restando che "è molto difficile attribuire [al liquidatore giudiziale] una successione sostanziale nella convenzione di arbitrato stipulata prima del concordato"[185], si potrebbe condividere il ragionamento elaborato da chi[186] ha fatto leva sull'ipotesi che si realizzi, in tal caso, un fenomeno di successione atecnica nei confronti del liquidatore, sulla base della regola, esposta da un'autorevole dottrina[187], secondo cui, laddove il diritto sostanziale venga trasferito (in quanto disponibile), si verifica la successione nel correlativo diritto di azione e lo stesso avviene per il patto arbitrale, in caso di successione in un diritto assistito da convenzione arbitrale. Nel caso di concordato con cessione dei beni, ciò avverrebbe in capo al liquidatore, nonostante egli non diventi titolare della proprietà dei rapporti, in virtù del fatto che viene investito della facoltà di disporre dei rapporti stessi. Secondo la stessa attenta dottrina, la legittimazione a disporre del diritto è "il requisito indispensabile per esercitare validamente i poteri arbitrali che il patto compromissorio ha costituito"[188] e, di conseguenza, si potrebbe concludere che la "sostituzione sostanziale" del liquidatore nella disponibilità del rapporto-base a cui acceda una convenzione arbitrale determinerebbe altresì il trasferimento della

[185] A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 240.
[186] L. GALANTI, *op. cit*., p. 1163.
[187] v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit*., p. 415.
[188] E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit*., p. 417.

relativa disciplina processuale, con la conseguenza che la convenzione stessa manterrebbe la propria vincolatività.

Si vogliono ora esaminare le ripercussioni che la nomina del liquidatore determina sull'arbitrato pendente: in tal caso, si pone il problema, assai controverso[189], relativo all'individuazione del soggetto legittimato a stare in giudizio.

Se si accoglie la teoria suesposta secondo cui, in caso di concordato con cessione dei beni, si realizza una scissione tra titolarità del patrimonio (che rimane in capo al debitore) e potere di gestione (attribuito al liquidatore), allora non potrebbe negarsi che il soggetto legittimato a stare in giudizio continui ad essere il debitore[190], dal momento che tale legittimazione si fonda sull'affermata titolarità del diritto oggetto del processo; egli, dunque, resta parte sostanziale dei giudizi in corso e anche dell'arbitrato pendente. Tuttavia, in virtù del trasferimento della disponibilità dei beni in capo al liquidatore, si rende necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti di quest'ultimo.

In particolare, il criterio di attribuzione della legittimazione al liquidatore viene fondato sulla natura e sull'oggetto della controversia: egli si configura come legittimato nei giudizi idonei ad incidere sul patrimonio da liquidare, ossia quelli che riguardano i beni oggetto della cessione. In questi giudizi, il liquidatore sarebbe

[189] Sulle varie teorie sostenute dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, v. G. CANALE, *op. cit*., p. 806; M. ADORNO, *La legittimazione passiva del debitore concordatario e del liquidatore giudiziale: un'ipotesi di litisconsorzio necessario processuale*, nota a sent. Cass. civ., sez, lav., 20 maggio 2004, n. 9643, in *Dir. fall.*, 2006, p. 2.

[190] v. Cass., 4 settembre 2015, n. 17606, in *DeJure*.

un litisconsorte necessario[191], con necessità, dunque, di un suo intervento al fine di integrare il contraddittorio[192].

Sebbene la tesi che riconosce un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra debitore concordatario e liquidatore sia affermata, con periodicità, dalla giurisprudenza di legittimità, non è condivisa da parte della dottrina[193], in quanto con essa si porrebbe sullo stesso piano il rapporto tra il debitore e il terzo e quello tra il liquidatore e il medesimo terzo, con la conseguenza che la decisione avrebbe ad oggetto entrambi i rapporti ed esplicherebbe i propri effetti diretti nei confronti sia del liquidatore sia del debitore.

Seguendo questo diverso ragionamento – critico nei confronti della configurazione del liquidatore come litisconsorte necessario – si dovrebbe pervenire alla conclusione per cui la legittimazione processuale va riconosciuta in via esclusiva al liquidatore.

In primo luogo, non si dovrebbero effettuare distinzioni in base all'oggetto della controversia per l'attribuzione della legittimazione al liquidatore, in quanto qualsiasi lite sui beni oggetto di cessione influirebbe, inevitabilmente, sulla liquidazione e sul successivo riparto, così come qualunque lite concernente la massa passiva influirebbe, a sua volta, sulla distribuzione dell'attivo.

---

[191] L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1163; E. FRASCAROLI SANTI, op. cit., p. 771: "il giudizio avente ad oggetto la natura concorsuale del credito o la richiesta di adempimento in esecuzione del concordato, deve instaurarsi in contraddittorio con il debitore e il liquidatore, dando luogo ad un litisconsorzio necessario". In giurisprudenza, v. Cass., Sez. Un., 28 maggio 1987, n. 4779, in *DeJure*, secondo la quale, in caso di domande riguardanti il patrimonio oggetto di cessione, si è in presenza di "una situazione di litisconsorzio necessario, tale da imporre al giudice di disporre, anche di ufficio, l'integrazione del contraddittorio nei confronti della parte pretermessa"; Cass., 29 settembre 1993, n. 9758, in *Dir. fall*., 1994, II, p. 226; Cass., 15 gennaio 1997, n. 363, in *Fall*., 1997, p. 959, con nota di G. B. NARDECCHIA, *Capacità processuale del debitore e del liquidatore giudiziale*; Cass., 26 luglio 2001, n. 10250, in *Fall*., 2002, p. 837, con nota di P. CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*.

[192] Chiaramente, "si porranno in questa particolare ipotesi tutti i problemi relativi alla necessità di adesione all'arbitrato del litisconsorte estraneo all'accordo compromissorio, a pena di improcedibilità, e poi comunque gli intricati problemi di costituzione del collegio (art. 816 *quater* c.p.c.) sempre col rischio della improcedibilità": v. A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 240. Sui problemi relativi alla partecipazione all'arbitrato di un litisconsorte pretermesso, v. G. CANALE, *op. cit.*, p. 816 e nota 102).

[193] v. in particolare G. CANALE, *op. cit*., p. 811.

Inoltre, tale orientamento fa riferimento al fatto che alla procedura di liquidazione dei beni ceduti si applicherebbero, da un lato, le regole dettate dal Codice civile agli artt. 1977 e ss. c.c. per la cessione dei beni ai creditori e, dall'altro, le regole protettive previste per i creditori in sede di espropriazione individuale e, per quanto possibile, quelle dettate a tutela dei creditori in sede di espropriazione concorsuale.

L'art. 1979 c.c. prevede che l'amministrazione dei beni ceduti e l'esercizio di tutte le azioni a carattere patrimoniale relative ai beni stessi spetta ai creditori cessionari, mentre l'applicazione delle regole proprie dell'espropriazione individuale e concorsuale consentirebbe di affermare che la lite nei confronti della procedura ha un oggetto diverso da quella verso il debitore, con la conseguenza che la sorte della lite con la procedura concordataria può essere diversa da quella della lite nei confronti del debitore concordatario.

La lite sull'oggetto della procedura, ossia sul patrimonio oggetto di cessione, infatti, ha ad oggetto la legittimità della pretesa espropriativa e non coinvolge il rapporto sostanziale tra il terzo e il debitore, che, invece, ha ad oggetto la titolarità del diritto in contesa. Da ciò deriverebbe che la sentenza sui beni oggetto della cessione si impone solamente alla procedura di liquidazione e al terzo, senza avere effetti diretti nei confronti del debitore concordatario. Sulla base di tale ragionamento, quindi, la legittimazione dovrebbe essere riconosciuta al solo liquidatore[194].

Tale orientamento, però, non mi sembra condivisibile, in quanto come è stato più volte sottolineato, a mio avviso correttamente, anche dalla Suprema Corte[195],

[194] G. CANALE, *op. cit.*, p. 810: le liti che hanno ad oggetto una pretesa creditoria del terzo rientrano nell'area definita come "diritto al concorso" e, per l'a., devono trovare applicazione gli stessi principi che regolano le analoghe controversie in caso di fallimento.

L'a. fa riferimento anche all'introduzione dell'art. 115 nel nuovo CCII, il quale prevede che il liquidatore giudiziale eserciti, o se pendente prosegua, ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore ed ogni azione diretta al recupero dei crediti, nonché l'azione sociale di responsabilità. Tale norma confermerebbe che la legittimazione è attribuita in via esclusiva al liquidatore e dovrebbe essere riferita non solo alle azioni volte al recupero della mera disponibilità, bensì "a tutte le azioni che abbiano ad oggetto la composizione del patrimonio attivo oggetto di cessione, anche se abbiano ad oggetto non solo la disponibilità del bene ma anche la sua titolarità": p. 812.

[195] v., in particolare, Cass. civ., Sez. Un., 28 maggio 1987, n. 4779, in *DeJure*.

non è possibile escludere la legittimazione a stare in giudizio spettante al debitore concordatario, dal momento che egli, con l'apertura della procedura di concordato preventivo, non perde la capacità processuale e conserva la titolarità dei rapporti obbligatori oggetto del concordato.

Una legittimazione del liquidatore sussisterebbe, in relazione ai suoi poteri dispositivi e solutori, nei giudizi relativi ai beni oggetto della liquidazione e alla distribuzione delle somme realizzate, ma essa non mi pare possa essere esclusiva, configurandosi, invece, un litisconsorzio necessario fra il liquidatore stesso ed il debitore concordatario, in quanto quest'ultimo non perde la proprietà dei beni ceduti. In relazione alle operazioni di liquidazione, infatti, si realizzerebbe una situazione unitaria, idonea ad incidere contestualmente tanto sulla posizione del debitore concordatario, quanto su quella del liquidatore, o, comunque, l'impossibilità di scindere il giudizio nei confronti di tali soggetti. Come è stato correttamente osservato[196], l'unitarietà del rapporto sostanziale controverso determina, in relazione alla sua idoneità ad incidere in modo diretto ed inscindibile sia nella sfera giuridica del debitore – titolare della proprietà del patrimonio ceduto –, sia nelle attività di riparto del ricavato delle quali è incaricato il liquidatore – titolare del potere di disposizione dei beni stessi –, l'esigenza che la pronuncia che intervenga su tale rapporto sia necessariamente resa in contraddittorio di entrambi i soggetti.

Nessun dubbio, invece, può sussistere nell'ipotesi di concordato con cessione liberatoria per il debitore (cosiddetta cessione *pro soluto*). In questo caso, infatti, la cessione ha un'efficacia immediatamente traslativa nei confronti dei creditori, per cui il debitore perde la proprietà dei beni oggetto della cessione con l'omologazione del concordato preventivo e, di conseguenza, viene privato, da un lato, della legittimazione a compromettere e, dall'altro, della legittimazione processuale[197]. In tale ipotesi, il liquidatore giudiziale è legittimato a stare in giudizio in via

[196] v., tra gli altri, P. CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., p. 841.

[197] L. GALANTI, *op. cit*., p. 1164.

esclusiva[198]. Peraltro, nel caso in cui l'arbitrato sia già in corso ed abbia ad oggetto il bene ceduto, si verificherebbe un fenomeno successorio a titolo particolare, per cui verrebbe ad applicarsi l'art. 111 c.p.c. richiamato dall'art. 816-*quinquies*, u.c., con la conseguenza che il processo arbitrale continuerebbe tra le parti originarie, salva la facoltà di intervento del successore a titolo particolare[199].

[198] A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 240; G. CANALE, *op. cit*., p. 812.

[199] A. BRIGUGLIO, *op. cit*., p. 240; L. GALANTI, *op. cit*., p. 1164: l'a. mette in luce i dubbi che possono sorgere anche da questa ricostruzione, dati dal fatto che non è chiaro "se il liquidatore debba partecipare al processo in qualità di rappresentante dei creditori, oppure con un ruolo "sostitutivo" di quello del debitore".

CAPITOLO II

ARBITRATO E CONCORDATO FALLIMENTARE

SOMMARIO: 1. Caratteri generali e funzione del concordato fallimentare. – 2. Efficacia ed effetti del concordato fallimentare. – 3. Il rapporto tra il concordato fallimentare e l'arbitrato: il superamento della tesi dell'inammissibilità dell'arbitrato nella procedura concordataria e il riacquisto della capacità del debitore di definire le controversie con lo strumento arbitrale a seguito del passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione del concordato fallimentare. – 4. Effetti del concordato fallimentare sul procedimento arbitrale pendente.

1. Caratteri generali e funzione del concordato fallimentare.

La disciplina del concordato fallimentare è contenuta nella sezione II del Capo VIII del Titolo II della legge fallimentare (artt. 124-141)[200].

Il concordato fallimentare è stato profondamente modificato dalla riforma del diritto fallimentare, sia nella struttura che nelle finalità, anche se alcuni aspetti sono rimasti immutati nel tempo. Come in passato, infatti, si presenta come un subprocedimento inserito all'interno del fallimento, in grado di determinare la cessazione formale della procedura fallimentare nel momento in cui diviene definitivo il decreto di omologazione del concordato stesso[201]; a differenza che in passato, però, si pone come un'alternativa alla liquidazione fallimentare che può essere praticata anche in via immediata, seppur nei limiti previsti dalla legge, senza, cioè, attendere i tempi lunghi necessari per la fase di verificazione del passivo, e può contare, quindi, su di un nuovo modello strutturale più agile che mira ad

[200] La disciplina "comune" è completata da quella, specifica, dettata in tema di concordato fallimentare delle società (artt. 152-153 l. fall.).

[201] D. BIANCARDI – R. CAVANA, *Il concordato fallimentare*, Padova, CEDAM, 1999, p. 1: "mentre il verificarsi di una situazione idonea alla chiusura del fallimento per il raggiungimento degli scopi della procedura concorsuale, ovvero per l'impossibilità di raggiungerli, *ex* art. 118 l. fall., comporta l'emanazione del decreto di chiusura del fallimento, nel concordato la cessazione della procedura fallimentare è una conseguenza indiretta dell'accordo intervenuto tra il fallito e i creditori chirografari ed omologato dal tribunale".

abbreviare i tempi della procedura per una più rapida chiusura del fallimento[202] e con il conseguente effetto liberatorio a favore del fallito[203].

Anche nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, l'istituto in esame conserva un preciso ruolo di strumento di accelerazione della chiusura della procedura: l'art. 7, lett. d) della l. n. 155/2017 prevede che, "[…] al fine di accelerare la chiusura della procedura di cui al presente articolo, sono adottate misure dirette a: […] disciplinare ed incentivare le proposte di concordato liquidatorio giudiziale da parte dei creditori e terzi, nonché dello stesso debitore, ove questi apportino risorse che incrementino in modo apprezzabile l'attivo"[204].

Il concordato fallimentare è caratterizzato da due elementi fondamentali: da un lato, vi è l'accordo tra la maggioranza dei creditori concorrenti e un soggetto proponente, attraverso il quale i primi rinunciano ai diritti che vantano sul patrimonio concorsuale a fronte dell'offerta contenuta nella proposta presentata dal secondo; dall'altro lato, vi è l'intervento istituzionale degli organi della procedura, che è volto a garantire la regolarità dell'*iter* concordatario e che consente l'estensione dell'efficacia dell'accordo anche nei confronti dei creditori non assenzienti[205].

Per quanto riguarda la presentazione della proposta di concordato, la riforma del 2005/2007 ha introdotto una grande novità, consistente nell'estensione della legittimazione attiva a proporre la domanda: non solo il fallito, ma anche i creditori e i terzi, ai sensi dell'art. 124, comma 1, l. fall., sono legittimati a presentare la

[202] E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 627; N. NISIVOCCIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 4, p. 969: il legislatore "ha voluto anche enormemente favorire la più rapida chiusura possibile della procedura fallimentare, una volta aperta".

[203] Al concordato fallimentare consegue, ad esecuzione avvenuta, l'esdebitazione del fallito, consistente nella liberazione dai debiti concorsuali residui non soddisfatti nel corso del fallimento. Inizialmente, l'espressione era stata adottata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per riferirsi esclusivamente all'effetto conseguente all'avvenuta esecuzione da parte del debitore degli obblighi assunti con il concordato preventivo e fallimentare. Solo con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, l'istituto dell'esdebitazione del fallito è stato introdotto nel sistema concorsuale italiano, inquadrandosi come procedimento disciplinato dagli artt. 142, 142, 144 l. fall., al quale può accedere il fallito persona fisica, che goda dei requisiti di meritevolezza ed ammissibilità previsti dall'art. 142.

[204] D. BURRONI – L. CASTELLI, *Il concordato fallimentare*, in AA. VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, cit., p. 610.

[205] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 2017, p. 281.

domanda. Con la previsione di tale facoltà in capo a creditori e terzi, il legislatore mostra di confidare nel fatto che proprio da costoro possano pervenire le proposte più attendibili e fattibili, piuttosto che dal fallito, il quale, spesso, è mosso soltanto dalla speranza di chiudere la procedura fallimentare il prima possibile[206].

Inoltre, è stato eliminato il vecchio limite secondo cui il fallito doveva attendere l'emanazione del decreto di esecutività dello stato passivo per la presentazione della proposta e ad esso si sostituisce, solo per il fallito (o società cui egli partecipi o società sottoposte a comune controllo), il termine iniziale di un anno dalla dichiarazione di fallimento e quello finale di due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo. L'individuazione del termine finale si giustifica considerando che il fallito, a differenza di creditori e terzi, conosce a fondo le condizioni dell'impresa e non necessita, dunque, di un periodo di tempo particolarmente ampio per decidere se ed in quali termini avanzare la proposta: il legislatore ha inteso evitare che, alla liquidazione fallimentare già in corso, vengano frapposti ostacoli ed imposti rallentamenti proprio ad opera del legittimato che, meglio e prima degli altri, avrebbe potuto attivare la soluzione concordataria[207]. Con la previsione di un termine iniziale, invece, si tende ad incentivare l'utilizzazione dello strumento del concordato preventivo[208], anche se, data la maggior accessibilità e convenienza per il fallito che caratterizza la nuova struttura

[206] v. E. BRIAN, A. MARCONE, G. GARESIO, *Il concordato fallimentare*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, cit. p. 97.

[207] Si è sottolineato che, per questo motivo, la posizione del fallito non può essere considerata deteriore rispetto a quella dei creditori e terzi, ma soltanto diversa, proprio come differenti sono l'entità e la quantità di elementi conoscitivi in possesso dell'imprenditore all'atto della dichiarazione di fallimento rispetto a quelli in possesso degli altri legittimati: v. E. BRIAN, A. MARCONE, G. GARESIO, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 99.

[208] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 293; E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 632: tale previsione "rispecchia chiaramente l'intento del legislatore di stimolare il debitore ad utilizzare preventivamente strumenti di rimozione della crisi, onde evitare il fallimento con l'avvio di procedure concordatarie preventive"; E. BRIAN, A. MARCONE, G. GARESIO, *op. cit.*, p. 99: "si è osservato che consentire al fallito di proporre il concordato fallimentare subito dopo la dichiarazione di fallimento – e comunque prima del decorso di un anno da essa – disincentiverebbe l'imprenditore in crisi a ricorrere al concordato preventivo: è infatti ipotizzabile che questi, sapendo di poter proporre subito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento il concordato fallimentare e di poter, quindi, perseguire con esso un risultato analogo a quello che si sarebbe potuto ottenere col concordato preventivo, eviterebbe di tentare la via della procedura preventiva, attendendo inerte di essere dichiarato fallito".

del concordato fallimentare, tale procedimento sembrerebbe ormai costituire una valida alternativa al concordato preventivo[209], in quanto la proposta di concordato fallimentare, a seguito dell'ampliamento del suo contenuto avvenuto con la riforma, può prevedere un vero e proprio programma di ristrutturazione dei debiti (come nel concordato preventivo), dalla cui attuazione può conseguire un effetto conservativo dell'attività dell'impresa del fallito.

Gli altri soggetti proponenti, invece, possono presentare la proposta di concordato in qualunque momento della procedura, anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, purché, in tal caso, sia possibile per il curatore predisporre una lista (provvisoria) di creditori da sottoporre all'approvazione del giudice delegato.

L'estensione della legittimazione per la proposizione della domanda costituisce un segnale forte di rafforzamento della probabilità di riuscita del concordato fallimentare[210] ed evidenzia un netto spostamento dell'attenzione dal fallito ad altri soggetti. Con la riforma, infatti, i creditori sono diventati i veri

[209] N. NISIVOCCIA, *op. cit*., p. 696: l'a. mette in luce che "il concordato fallimentare finirà per fare concorrenza sleale al concordato preventivo, dal quale ha assimilato le potenzialità espansive (ricalcandone la disciplina), ma non anche i limiti imbriglianti (grazie al fatto di aver fornito soluzioni molto più univoche a problemi sui quali invece la disciplina del concordato preventivo è più sfumata e lascia aperto il campo al dibattito della dottrina e della giurisprudenza)". Egli, dunque, osserva criticamente che il nuovo modello di concordato fallimentare si propone come una troppo comoda alternativa al concordato preventivo; E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 628: "caduto, infatti, il carattere rigidamente sanzionatorio del fallimento, si può presumere come, in molte situazioni di insolvenza, il fallito si possa liberare in tempi ragionevolmente brevi del debito concorsuale residuo, riprendendo un'attività imprenditoriale anche commerciale senza il disvalore sociale del persistente grave indebitamento".

[210] È importante sottolineare che, in realtà, questo ampliamento non costituisce una vera e propria novità, in quanto l'art. 831 del Codice di commercio attribuiva la facoltà di presentare la domanda di concordato al curatore, alla delegazione dei creditori e tanti creditori tali da rappresentare almeno un quarto del passivo. Tale pluralità era, in seguito, scomparsa nella legge del 1942, anche se vi era chi comunque riteneva ammissibile in via interpretativa anche una proposta proveniente da un terzo: v. P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 558: "mi sembra peraltro che una interpretazione logico-evolutiva consenta di superare la lettera della legge. Questa è chiaramente legata ad un aspetto statistico del problema, giacché ogniqualvolta viene in gioco il pagamento di un debito, il soggetto indicato non può che essere il debitore. Ma come la legge civile prevede la possibilità che il debito venga pagato da un terzo, anche senza il consenso ed addirittura contro la volontà del debitore e senza che il creditore possa opporsi (artt. 1180-1272 c.c.), ed anzi costruisce un istituto, quale la espromissione, regolato precipuamente per risolvere i rapporti tra terzo e creditore, così mi sembra attribuibile la legittimazione a proporre il concordato ad un terzo che si presenti come concordatario, a prescindere da qualsiasi accordo col fallito ed anche contro la volontà di questi".

protagonisti della procedura, sia in quanto possono essere proponenti, sia in quanto sono in grado, in seguito, di condizionare l'approvazione del concordato con il loro voto[211].

Si è superato, quindi, il principio su cui si basava la legittimazione del solo fallito a proporre il concordato, ossia quello secondo cui non è possibile dar corso ad un processo, salva l'istanza del pubblico ministero, senza che vi sia l'iniziativa del diretto interessato a cui sono destinati gli effetti del processo stesso. Tale principio, prima della riforma, si esplicava in relazione al concordato fallimentare nel senso che non era possibile estendere per analogia a terzi garanti o assuntori la legittimazione prevista dall'art. 124 l. fall., in quanto "alla luce degli effetti del provvedimento che conclude la fase di concordato, tali terzi non ne possono essere destinatari diretti"[212].

Si è giustamente sottolineato[213] che tali considerazioni erano corrette se riferite all'originario contenuto dell'art. 124 l. fall., ma non più adatte alla luce della nuova struttura della proposta di concordato fallimentare. Nella formulazione attuale dell'art. 124, è previsto, infatti, al comma 2, lett. c), che la proposta debba[214] prevedere la ristrutturazione dei debiti[215] e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma e, quindi, anche mediante operazioni straordinarie ivi compresa

[211] Il netto favore del legislatore verso la soluzione concordata della crisi emerge anche dalla disciplina in tema di votazione e approvazione della proposta. Ciò emerge, in particolare dal principio del silenzio-assenso (art. 128, comma 2, l. fall.), secondo cui i creditori sono chiamati a manifestare la loro volontà soltanto nel caso in cui intendano esprimere il loro dissenso rispetto alla proposta presentata.

[212] A. BONSIGNORI, *Concordato sub art. 124*, in *Commentario Scaloja-Branca*, Zanichelli e Società editoriale del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1977, p. 145: sarebbe mancata, infatti, "la necessaria correlazione tra azione della parte e provvedimento giurisdizionale, pur sempre necessaria anche se quest'ultimo è un atto a contenuto vincolato, in senso positivo o negativo, dove l'azione è meno in grado di influire sul contenuto del provvedimento".

[213] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 633.

[214] In realtà, la norma dispone che la proposta può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, ma esse rappresentano il contenuto necessario della proposta, ossia ciò che essa deve inevitabilmente prevedere: v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 284.

[215] "Quanto alla funzione del concordato, la riforma ha introdotto una rilevante novità […] prevedendo che essa non sia più limitata alla soddisfazione dei creditori, ma possa estendersi anche ad una soluzione della crisi non satisfattoria o, meglio, non immediatamente satisfattoria. Tale, infatti, è il significato dell'endiadi "ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti" […]": v. E. BRIAN, A. MARCONE, G. GARESIO, *op. cit.*, p. 26.

l'attribuzione ai creditori, nonché a società partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito. Tali operazioni, data la possibile conversione del capitale di credito in capitale di rischio, giustificano la posizione dei creditori come proponenti e il cui consenso sarebbe, comunque, necessario. Almeno in questo caso, infatti, non è possibile prescindere dalla partecipazione dei creditori al processo di concordato, in quanto sono destinatari del provvedimento conclusivo di omologazione, che è in grado di incidere sulle loro posizioni giuridiche, rinnovando integralmente i diritti di cui gli stessi sono titolari.

È stato messo, dunque, in evidenza che la chiave di lettura del nuovo concordato fallimentare è insita nel gioco di interessi equamente distribuiti tra debitore e creditori, ma rispetto ai quali questi ultimi si pongono in particolare evidenza nell'ottica sia della rimozione dell'insolvenza, sia di mantenimento dei valori del complesso aziendale.

Inoltre, come anticipato, può presentare domanda di concordato anche il terzo, la cui posizione è parificata a quella dei creditori, come emerge dal tenore letterale dell'art. 124 l. fall.: è caduto il riferimento *ante* riforma al terzo accollante o assuntore, e a questa espressione si sostituisce quella più generica di proponente che accomuna la posizione sia dei creditori, sia del terzo interessato alla soluzione concordataria[216].

Un'altra rilevante novità, introdotta dal decreto correttivo (d.lgs. n. 169/2007), è relativa al rapporto che si instaura tra i singoli organi nelle varie fasi della procedura concordataria. In particolare, il ruolo del comitato dei creditori è stato potenziato rispetto a quello del curatore e a quello del giudice delegato, che si

[216] Per quanto riguarda l'inquadramento del terzo proponente, l'art. 124, ultimo comma, l. fall. riprende la scarna disciplina che era prevista *ante* riforma per la figura del terzo assuntore, con due rilevanti novità: da un lato, il terzo proponente può limitare la propria responsabilità circa gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta; dall'altro lato, la proposta può prevedere la cessione al proponente che non sia il fallito non solo delle azioni revocatorie, ma anche dei crediti, dei beni compresi nell'attivo fallimentare e di tutte le azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato.

occupa del controllo sugli aspetti di legittimità della proposta[217]: il comitato dei creditori ha il potere di condizionare la procedibilità della proposta, per cui quest'ultima non può andare avanti nel caso in cui venga emesso un parere negativo da parte del comitato stesso. Al contrario, è stato fortemente ridimensionato il ruolo del curatore, che non ha il potere di influenzare la procedibilità della proposta di concordato[218]: nonostante il curatore debba obbligatoriamente esprimersi sulla proposta, con un parere da trasmettere al giudice delegato circa la sua fattibilità e convenienza rispetto ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte dal proponente, tale parere non condiziona la procedibilità della proposta né se positivo, né se negativo, per cui risulta anche complesso comprendere che significato debba essere attribuito ad esso, se non quello di orientare il successivo voto dei creditori[219]. Tuttavia, ai sensi dell'art. 129, comma 2, l. fall., il ruolo del curatore torna ad essere fondamentale se il comitato dei creditori, in sede di giudizio di omologazione, non provvede a stilare la relazione motivata e a redigere il parere definitivo nel termine fissato con decreto dal giudice delegato: in tale eventualità, la relazione motivata col parere definitivo dovrà essere redatta e depositata dal curatore nei sette giorni successivi.

In definitiva, si è sottolineato[220] che il nodo cruciale da sciogliere per il raggiungimento degli obiettivi e delle finalità previste dalla legge va individuato proprio nel rapporto che si instaura tra i ruoli esercitati dai singoli organi e nell'accentuazione del ruolo del comitato dei creditori. Tali rapporti, *prima facie*, non sembrano proporsi in termini di sicuro equilibrio; nella loro precarietà, potrebbe anche celarsi l'insidia di una soluzione concordataria non sempre

[217] Nel caso in cui il concordato contenga la suddivisione in classi dei creditori, viene attribuito al tribunale un controllo di legittimità preventivo, che consiste nell'esame della correttezza dei criteri con i quali le classi sono state create e che devono essere dettati dall'esistenza di interessi economici e dalla omogeneità giuridica degli stessi.

Inoltre, dato che il tribunale si avvale della relazione giurata dell'esperto, si reputa che, nel caso specifico, la sua funzione sia quella di valutare, oltre che la legittimità dell'ordine dei privilegi considerati, anche la convenienza dell'offerta: v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 637; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 692.

[218] Ciò, invece, era previsto dalla riforma entrata in vigore il 16 luglio 2006.

[219] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 637.

[220] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 638.

rispondente agli interessi della generalità dei creditori, ma vantaggiosa solamente per i creditori c.d. forti. La contrapposizione di poteri tra il comitato dei creditori e il curatore[221] si può manifestare nella diversa visione relativa al contenuto e alla sua proposta, rispetto alla quale manca l'intervento imparziale dell'Autorità giudiziaria quale elemento equilibratore.

Il vero banco di prova della nuova disciplina del concordato fallimentare è, dunque, rappresentato dal coordinamento di questi delicati equilibri di poteri, che si devono poter comporre almeno nella fase cruciale del concordato, ossia quella dell'omologazione.

2. Efficacia ed effetti del concordato fallimentare.

Il concordato fallimentare deve essere approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto (art. 128, comma 1, primo periodo, l. fall.). Nel caso in cui vi sia la suddivisione in classi (art. 128, comma 1, secondo periodo, l. fall.), per l'approvazione del concordato è richiesta una doppia maggioranza: quella assoluta dei crediti ammessi al voto e quella – da calcolare sulla base dei crediti ammessi al voto all'interno della singola classe – nel maggior numero di classi. Nel caso, infine, in cui siano state portate in votazione più proposte, ai sensi dell'art. 128, comma 4, l. fall., si considera approvata quella tra esse che ha conseguito il maggior numero di consensi e, in caso di parità, la proposta presentata per prima.

A seguito del raggiungimento della maggioranza, la legge richiede, all'art. 129 l. fall., il deposito di una relazione del curatore sull'esito della votazione e di quella del comitato dei creditori contenente il proprio parere definitivo circa la proposta di concordato avanzata dai legittimati.

Se viene raggiunta la maggioranza prescritta dalla legge e non ci sono opposizioni all'omologazione, entro il termine fissato dal giudice delegato, da parte

[221] Non bisogna sottovalutare la presenza di meccanismi con cui il comitato dei creditori può contrastare le decisioni del curatore, come, ad esempio, la possibilità di promuovere la sua sostituzione o di prospettare azioni di responsabilità, oppure, più semplicemente, di esercitare il potere con il voto.

degli aventi diritto, il tribunale deve verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologando il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame.

La proposta di concordato diviene efficace dal momento in cui scadono i termini per opporsi all'omologazione o dal momento in cui vengono decise le opposizioni, se presenti, come stabilito dall'art. 130, comma 1, l. fall.[222]. Non sembra, quindi, necessario attendere il provvedimento formale, ossia il decreto, con il quale il tribunale omologa il concordato[223]. Si tratta, comunque, di un'efficacia condizionata, in quanto, contro tale decreto, è possibile proporre, ai sensi dell'art. 131 l. fall., reclamo dinanzi alla corte d'appello, che, se accolto, comporta il venir meno dell'intero *iter* concordatario[224].

Ulteriore adempimento spetta, tuttavia, al curatore, il quale è tenuto a rendere conto della gestione, a norma dell'art. 116 l. fall.. Solo dopo tale adempimento, il tribunale dichiara chiuso il fallimento.

Per quanto concerne gli effetti del concordato, innanzitutto, va precisato che, ai sensi dell'art. 135 l. fall., il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori

[222] L'odierna formulazione dell'art. 130 l. fall. (rubricato "Efficacia del decreto") è stata dettata dal d. lgs. n. 5/2006, successivamente al quale non sono state apportate modifiche né dal decreto correttivo del 2007, né dalla legge integrativa del 2009.

[223] La norma ha presentato fin da subito difficoltà interpretative con riferimento alla previsione secondo cui la decorrenza dell'efficacia dell'accordo concordatario si produce "dal momento in cui scadono i termini per opporsi all'omologazione": è sorta, appunto, l'idea (in particolare, tra i sostenitori della natura privatistica del concordato fallimentare) che, in caso di assenza di opposizioni, l'accordo concordatario – ritenuto valido e vincolante per volontà di legge, senza necessità del controllo o dell'autorizzazione del tribunale – acquisterebbe efficacia prima della pronuncia del decreto di omologazione ed a prescindere da essa; il decreto avrebbe, quindi, l'utilità di soddisfare l'esigenza di una formale declaratoria di cessazione del fallimento e di giustificare la permanenza degli organi concorsuali, ma non quello di conferire efficacia all'accordo. Altra parte della dottrina, invece, ritiene si debba operare una forzatura al dato testuale: la locuzione "dal momento in cui scadono i termini per opporsi all'omologazione" andrebbe intesa come "dal momento in cui è pubblicato il decreto di omologazione di cui al comma quarto dell'art. 129"; a sostegno di tale tesi, si è osservato che all'accordo, anche se efficace tra le parti, non potrebbero conseguire gli effetti che la legge ricollega alla definitività dell'omologa (ossia l'annotazione nel registro delle imprese; la chiusura del fallimento; la permanenza degli organi concorsuali; l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento). Sul punto e per ulteriori riferimenti bibliografici, v. E. BRIAN, A. MARCONE, G. GARESIO, *op. cit*., p. 131.

[224] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 302.

all'apertura del fallimento[225], compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo, ai quali, però, non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi. I creditori conservano comunque la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso[226]. La norma in esame non è stata modificata né dalla riforma del 2006, né dal decreto correttivo nel 2007, né, infine, dai più recenti interventi legislativi, mantenendo inalterata la formulazione letterale *ante* riforma. La *ratio* di tale disposizione risiede nell'esigenza di estendere l'operatività del principio della *par condicio creditorum* anche oltre i confini della procedura concorsuale, in modo da impedire che i creditori non concorrenti possano eventualmente soddisfarsi in misura maggiore rispetto a quelli insinuati, che subiscono la c.d. falcidia concordataria (per cui il loro credito nei confronti del debitore o dell'assuntore del concordato sarà quello risultante dalla proposta accettata, con le decurtazioni e le dilazioni in essa previste)[227].

Con riferimento, poi, agli effetti che conseguono all'efficacia del concordato fallimentare in capo al fallito, all'esito della riforma del 2006, quest'ultimo conserva l'obbligo tanto di costituire le garanzie promesse (salvo vi abbia provveduto anteriormente all'omologazione), quanto di pagare la percentuale ai creditori chirografari alle scadenze prefissate.

---

[225] L'anteriorità del credito si riferisce al fatto costitutivo del credito medesimo, che deve essere antecedente all'apertura del concorso, a prescindere dal momento dell'inadempimento o dal prodursi del danno o della condanna del debitore.

Bisogna sottolineare che la regola dell'obbligatorietà del concordato per i creditori anteriori vale sia per i creditori chirografari sia per quelli privilegiati. Tuttavia, nel caso in cui il creditore privilegiato non sia menzionato nella proposta di concordato, lo stesso ha diritto al pagamento integrale: v. D. BURRONI – L. CASTELLI, *Il concordato fallimentare*, in AA. VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, cit., p. 623.

[226] Questo perché l'esdebitazione conseguente al concordato, come quella prevista dall'art. 142 l. fall., non comporta l'estinzione della parte non soddisfatta dei crediti, ma soltanto la sua inesigibilità.

Tali soggetti restano responsabili nei confronti dei creditori, a meno che non vi sia stata una rinuncia espressa da parte dei creditori; rinuncia che deve essere votata, approvata ed omologata insieme alla proposta di concordato.

[227] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 303.

Inoltre, con il decreto del tribunale cui all'art. 130, comma 2, l. fall.[228], cessano gli effetti scaturiti dalla dichiarazione di fallimento in capo al fallito, che ritorna *in bonis*, per cui vengono meno le limitazioni alle facoltà patrimoniali che gravavano sul debitore, così come "le conseguenti incapacità personali"[229] (articolo 120, comma 1, l. fall.). Con la chiusura del fallimento, quindi, il debitore viene reintegrato nell'amministrazione e nella disponibilità del suo patrimonio[230].

Infine, con l'omologazione, il concordato produce, nei confronti del fallito, un effetto esdebitatorio, per cui non sarà più possibile pretendere da quest'ultimo il pagamento della parte di credito eccedente la percentuale riconosciuta ai creditori in sede concordataria. Tale eccedenza è qualificabile come un'obbligazione naturale e, nel caso in cui dovesse essere spontaneamente pagata dal fallito, non sarà, comunque, ripetibile.

Il fallito, dunque, con il concordato fallimentare, coglie l'opportunità di regolare in modo definitivo i rapporti con i suoi creditori e, di conseguenza, potrà intraprendere qualsiasi ulteriore attività del tutto libero dalle obbligazioni prefallimentari, dato che i creditori non possono più agire *de residuo*, a differenza

[228] In vigenza della disciplina anteriore alla riforma del 2006, l'opinione prevalente era quella secondo cui lo spossessamento determinato dal fallimento avesse termine unicamente con il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, momento a decorrere dal quale il fallito riacquistava, inoltre, la propria legittimazione processuale: v. A. BONSIGNORI, *Concordato sub art. 124*, in *Commentario Scaloja-Branca,* cit., p. 352 e 424.

[229] A tal proposito, è rilevante una sentenza della Corte Costituzionale, la quale ha statuito che "in quanto in contrasto con l'art. 3 della Costituzione e con il combinato disposto degli artt. 117, comma 1, della Costituzione e 8 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, gli artt. 50 e 142 della legge fallimentare (nel testo anteriore all'entrata in vigore del d. lgs. 5/2006) sono costituzionalmente illegittimi in quanto stabiliscono che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale": Corte Cost. 27.02.2008, n. 39, in *Foro Italiano*, 2008, I, p. 1037.

[230] Ciò non vale in caso di concordato con assuntore e, quindi, con cessione a quest'ultimo dei beni compresi nell'attivo fallimentare, la quale produce i suoi effetti con l'omologazione del concordato, salvo che vi sia la clausola che subordina il trasferimento dei beni all'assuntore alla completa esecuzione del concordato. Si è sottolineato che, anche in assenza di un assuntore, dalle clausole concordatarie potrebbero sorgere delle limitazioni alle facoltà patrimoniali del debitore: ad esempio, ciò può accadere nel caso in cui venga previsto un mandatario *ad hoc* per procedere alle operazioni di vendita e/o al pagamento dei creditori. In tal caso, gli effetti dell'attività svolta ricadono comunque in capo al debitore, al quale va anche riconosciuta la legittimazione processuale nei giudizi che dovessero insorgere in relazione a tale attività: v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 303.

di ciò che accade nell'ipotesi di chiusura ordinaria del fallimento, per la parte di credito non soddisfatta (cfr. art. 120 l. fall.)[231].

Nel caso in cui fosse prevista la cessione dei beni ai creditori, con la chiusura del fallimento si trasferiscono i poteri di disposizione sui beni dell'ex fallito al soggetto che deve procedere alla liquidazione, in conformità con la proposta di concordato.

Quanto agli organi della procedura, essi non vengono meno con l'omologazione del concordato e la conseguente chiusura del fallimento (in deroga, quindi, alla regola generale sancita dall'art. 120, comma 1, l. fall., che prevede, tra gli effetti della chiusura della procedura fallimentare, la decadenza degli organi preposti al fallimento), bensì vedono solamente ridotte le loro prerogative: ai sensi dell'art. 136, comma 1, l. fall., il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori hanno il compito di sorvegliare l'adempimento del concordato, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione.

Per quanto concerne i contenziosi pendenti, l'omologazione del concordato fallimentare ha come conseguenza il subentro del fallito (o, per esso, dell'assuntore, insieme o meno al fallito a seconda che vi sia o no liberazione[232]) nelle cause civili pendenti, previa dichiarazione di interruzione della causa stessa, in base a quanto stabilito dalle regole processuali ordinarie. Il curatore che ha iniziato o proseguito le azioni in discorso non ha più la legittimazione processuale, motivo per cui la causa va riassunta da chi, fallito o assuntore, sia il nuovo legittimato[233].

---

[231] D. BIANCARDI – R. CAVANA, *op. cit.*, p. 134: "tale impedimento per i creditori deriva dall'impegno assunto di non richiedere nulla oltre la percentuale promesso, ossia dal *pactum de non petendo* intervenuto con il debitore".

[232] Il garante, invece, subentra solo se l'azione riguarda un bene a lui ceduto: E. BRIAN, A. MARCONE, G. GARESIO, *op. cit*., p. 143.

[233] Riguardo ai giudizi pendenti, in realtà, occorre distinguere tra le diverse situazioni configurabili, cui conseguono differenti soluzioni procedurali. Ad esempio, con riferimento ai giudizi di opposizione allo stato passivo, la giurisprudenza formatasi *ante* riforma ha affermato che questi devono essere riassunti innanzi al tribunale fallimentare, precisando che "la chiusura della procedura fallimentare per omologazione del concordato non fa venir meno la competenza del tribunale fallimentare in ordine al giudizio di opposizione allo stato passivo, il quale, per il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, deve essere riassunto, dopo la sua eventuale interruzione, davanti allo stesso tribunale e deve continuare con il medesimo rito con il quale si era iniziato, anche se riguarda l'accertamento di un credito di lavoro": Cass. 4 aprile 1996, n. 1351, in *Fall*., 1996, 11, p. 1099. Con riferimento al giudizio di revocazione dei crediti ammessi, occorre distinguere il caso in

3. Il rapporto tra il concordato fallimentare e l'arbitrato: il superamento della tesi dell'inammissibilità dell'arbitrato nella procedura concordataria e il riacquisto della capacità del debitore di definire le controversie con lo strumento arbitrale a seguito del passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione del concordato fallimentare.

Occorre, innanzitutto, premettere che, siccome il concordato si inserisce come fase della procedura fallimentare, a seguito della dichiarazione di fallimento, molte situazioni (anche processuali) hanno già subito sostanziali modifiche. Si deve fare riferimento, soprattutto, a quelle concernenti i rapporti pendenti, nel cui ambito potrebbe rientrare anche un accordo arbitrale. I profili problematici ad esso inerenti, dunque, di norma dovrebbero aver già trovato una loro stabilizzazione nelle fasi che hanno preceduto l'ammissione del fallito al concordato fallimentare, per cui è necessario fare riferimento alle previsioni e ai principi riguardanti il rapporto tra arbitrato e fallimento[234].

Per quanto riguarda, invece, nello specifico la relazione tra arbitrato e concordato fallimentare, il legislatore, a tal proposito, non ha inserito alcuna disposizione nella legge fallimentare.

Inoltre, mentre il rapporto tra arbitrato e fallimento è stato diffusamente preso in considerazione sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, all'ulteriore decorso della procedura fallimentare si sono fatti solamente dei brevi cenni.

A tal proposito, in passato, veniva sostenuto[235] che l'utilizzo dello strumento arbitrale fosse assolutamente inammissibile nella procedura concordataria per le stesse ragioni che ne impedivano l'applicazione in seno a quella fallimentare.

---

cui questo sia stato promosso dal curatore o da un creditore: nel primo caso, il giudizio si interrompe *ex* art. 300 c.p.c. e può essere riassunto innanzi allo stesso tribunale da parte del fallito o dell'assuntore; nel secondo caso, il creditore ha interesse a proseguire l'azione solamente per la pronuncia delle spese. Per un approfondimento sul punto, v. E. BRIAN, A. MARCONE, G. GARESIO, *op. cit*., p. 142; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 592; D. BIANCARDI – R. CAVANA, *op. cit*., p. 121.

[234] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 463.

[235] G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, III ed., Giuffrè, Milano, 1988, p. 150.

In particolare, si riteneva che, nonostante si facesse ricorso a questa peculiare modalità di chiusura della procedura concorsuale, il fallito resterebbe sempre tale, dal momento che non si potrebbe trascurare il fatto che il concordato, comunque, si innesta all'interno di una procedura fallimentare già in atto e, dunque, gli effetti di quest'ultimo opererebbero anche a seguito dell'omologazione della proposta concordataria, continuando così ad ostacolare la possibilità di ricorso all'arbitrato. Secondo la tesi in esame, la permanenza degli effetti del fallimento sarebbe comprovata dagli artt. 130 e 137 l. fall., in quanto l'art. 130 l. fall. dispone che, con il passaggio in giudicato del provvedimento che omologa il concordato, si chiude la procedura fallimentare, ma non che cessano gli effetti del fallimento e ciò sarebbe confermato anche dall'art. 137 l. fall., che disciplina la risoluzione del concordato fallimentare, la quale, determinando la riapertura del fallimento, dimostrerebbe che gli effetti di quest'ultimo non vengono meno con l'omologazione del concordato.

Come ulteriore motivo, veniva aggiunto che la risoluzione privata delle liti sarebbe contrastante con la finalità stessa del concordato fallimentare, avendo quest'ultimo il medesimo scopo del fallimento, cioè l'obiettivo della soddisfazione della massa dei creditori.

Tale orientamento è stato oggetto di critica, sotto più profili, da parte di autorevoli interpreti.

Per quanto riguarda il contrasto che esisterebbe tra arbitrato e concordato fallimentare per le finalità di quest'ultimo, è stato correttamente osservato che la funzione del concordato, ossia quella di chiudere il fallimento con una parziale esdebitazione dell'imprenditore e un correlativo soddisfacimento dei creditori, non ha alcuna implicazione con lo strumento arbitrale e, soprattutto, neppure può entrare in conflitto con gli accordi arbitrali[236].

[236] A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, II ed., Padova, CEDAM, 2000, p. 90: "non mi riesce comprensibile l'affermazione, secondo la quale il compromesso, la clausola compromissoria e l'arbitrato stesso contrasterebbero con le finalità del concordato fallimentare".

Inoltre, si è sottolineato che non è comunque possibile stabilire a priori se il subentro del contratto contenente la clausola compromissoria sia, oppure no, in contrasto con le finalità del concordato fallimentare[237].

A mio avviso, è, in effetti, irragionevole e privo di qualsiasi fondatezza sostenere che arbitrato e concordato fallimentare siano incompatibili sulla base delle finalità di quest'ultimo: ritengo, piuttosto, condivisibile il pensiero di chi ha evidenziato che le finalità del concordato divergono da quelle del fallimento e, di conseguenza, non è giustificata, con riferimento all'arbitrato, un'assimilazione che riconduca all'uno gli intendimenti e le cautele dell'altro[238]. La differenza tra le finalità del concordato e quelle del fallimento emerge chiaramente dagli effetti che le diverse procedure producono, in quanto, come già ricordato nel paragrafo precedente, il fallito, a seguito dell'omologazione del provvedimento di concordato, mantiene la capacità di amministrare i propri beni e l'esercizio dell'impresa, potendo anche stipulare nuovi contratti.

Inoltre, mi pare adeguato, a questo punto, porre l'attenzione sul fatto che, così come si è osservato nel primo capitolo in relazione alla procedura di concordato preventivo[239], anche nella procedura di concordato fallimentare manca una fase assimilabile alla verificazione del passivo che impone, nel fallimento, il trattamento unitario dei rapporti creditizi verso il fallito e per la quale è pacificamente esclusa la possibilità di ricorrere allo strumento arbitrale[240]. Ne consegue che, nell'ambito del concordato fallimentare, non vi sarebbe alcun ostacolo all'arbitrabilità nemmeno per le liti in materia di accertamento dei crediti concorsuali e per quelle in materia di distribuzione ai creditori.

Oltre a ciò, non può dirsi presente nemmeno una competenza funzionale ed inderogabile degli organi fallimentari equiparabile a quella prevista, per il

[237] E. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, cit., p. 419.

[238] v. A. BERLINGUER, *L'arbitrato nelle procedure concorsuali*, in AA. VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, tomo I, rassegna coordinata da G. Alpa, in *Giur. sist. di Dir. civ. e comm*., UTET, 1999, p. 999.

[239] Vedere, a tal proposito, il paragrafo 2 del primo capitolo.

[240] v. A. BERLINGUER, *op. cit*., p. 999.

fallimento, dall'art. 24 l. fall.[241]: norma che, in passato, veniva utilizzata dagli interpreti per argomentare a sfavore della compatibilità tra arbitrato e fallimento[242].

A mio parere, poi, la tesi oggetto di critica, risalente agli anni Ottanta del Novecento, dovrebbe considerarsi definitivamente superata anche in virtù dell'inserimento, ad opera del legislatore del 2006, dell'art. 83-*bis* l. fall.[243] nella disciplina del fallimento. A seguito della riforma delle procedure concorsuali (d.lgs. n. 5/2006), infatti, la compatibilità concettuale tra arbitrato e fallimento, precedentemente messa in discussione da una parte della dottrina[244], è stata confermata anche legislativamente[245]. Ne deriva che, assodata la conciliabilità tra questi due istituti, *a fortiori*, sulla base delle varie argomentazioni prima esposte, a me pare che non si possa in alcuna maniera contestare la compatibilità tra lo strumento arbitrale e il concordato fallimentare.

Altra questione affrontata dagli interpreti è stata quella di chiarire da quale momento il fallito, riacquistando la piena disponibilità dei propri diritti di natura patrimoniale, possa efficacemente compromettere in arbitri le controversie che lo riguardano e, dunque, stipulare convenzioni arbitrali.

---

[241] *Ibidem*.

[242] Anche riguardo a ciò, si rimanda al primo capitolo (sempre paragrafo 2).

[243] La norma in esame stabilisce che il procedimento arbitrale viene meno e non può essere proseguito qualora il curatore, ai sensi degli artt. 72 ss. l. fall., si sciolga dal contratto che contiene la clausola compromissoria, in forza della quale l'arbitrato ha avuto inizio.

[244] "Le riforme legislative intervenute in materia arbitrale e concorsuale nel 2006 hanno definitivamente colmato alcune carenze normative precedentemente esistenti, dalle quali alcuni autori ricavavano una sostanziale incompatibilità tra procedura arbitrale e fallimentare": M. NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, in *I contratti*, 8-9, 2012, p. 756.

In realtà, già prima della riforma, si desumeva la compatibilità tra arbitrato e fallimento sulla base dell'art. 35, comma 1, l. fall., che comprende i compromessi tra gli atti rispetto ai quali il curatore necessita dell'autorizzazione del comitato dei creditori, e dell'art. 25, n. 7, l. fall., il quale prevede che la nomina degli arbitri, su proposta del curatore, spetti al giudice delegato, ma non in senso univoco. Parte della dottrina, infatti, non era d'accordo: basandosi, in particolare, sull'art. 24 l. fall., che prevede la competenza funzionale ed inderogabile del tribunale fallimentare per le cause derivanti dal fallimento, un orientamento minoritario riteneva dovesse escludersi il ricorso alla giustizia privata, in quanto la disciplina dell'arbitrato non avrebbe potuto trovare spazio in una materia di carattere pubblicistico affidata alla competenza inderogabile del foro fallimentare: v., in particolare, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, cit., p. 1322. L'argomento basato sull'art. 24 l. fall., poi, come già visto per il concordato preventivo, si è prestato a forti critiche, in quanto si è correttamente sottolineato che la regola della competenza da esso previsto riguarda soltanto i rapporti tra giudici togati.

[245] v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 452.

La dottrina prevalente[246], come accennato, concorda nel ritenere che gli effetti del concordato fallimentare, principalmente dal punto di vista esdebitatorio e da quello del riacquisto della capacità di amministrare e di disporre, si producono col passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione del concordato stesso, tanto è vero che, come anticipato nel paragrafo precedente, gli organi della procedura permangono solo con compiti di sorveglianza, anche se permane il vincolo esecutivo gravante sui beni dell'ex fallito fino alla conclusione della fase di esecuzione del concordato stesso.

Ne consegue che il debitore, dopo il passaggio in giudicato di tale provvedimento, potendo assumere nuove obbligazioni, può parimenti definire con lo strumento arbitrale le controversie insorte, sottoscrivendo compromessi e clausole compromissorie, e iniziando *ex novo* arbitrati[247].

A tali osservazioni, va aggiunta quella relativa alla risoluzione del concordato fallimentare, istituto la cui disciplina era stata utilizzata a sostegno della tesi suesposta, secondo cui lo strumento arbitrale sarebbe stato inammissibile in ambito concordatario: è stato sottolineato che la questione è da risolvere semplicemente rilevando che né il giudizio di risoluzione, né quello di annullamento di cui, rispettivamente, agli artt. 137 e 138 l. fall. possono essere compromessi in arbitri, data la loro natura di giudizi sfocianti in una nuova pronuncia di fallimento[248].

In definitiva, in virtù delle varie argomentazioni appena illustrate, la tesi decisamente più convincente è quella secondo cui l'arbitrato non deve ritenersi apoditticamente escluso dall'ambito concordatario, salvo che per le controversie incidentali alla procedura o ad essa inscindibilmente connesse, in cui ragioni di

[246] A. BONSIGNORI, *ult. op. cit*., p. 89, il quale sottolinea che siccome gli effetti del concordato fallimentare "sono nettamente diversi da quelli del fallimento e per alcuni versi eguali e contrari, portano alla loro eliminazione"; E. FRASCAROLI SANTI, *ult. op. cit*., p. 419; Id., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 463.

[247] A. BONSIGNORI, *ult. op. cit*., p. 90; E. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, cit.; Id., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit.; A. BERLINGUER, *ult. op. cit*.; P. RUGGIERI, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Diritto & Formazione*, fasc. V, 2003, p. 687.

[248] A. BONSIGNORI, *ult. op. cit.*, p. 90; l'a. fa riferimento anche all'impossibilità di compromettere in arbitri il giudizio di omologazione del concordato fallimentare per la necessaria partecipazione ad esso del pubblico ministero che era prevista dall'art. 132 l. fall., il quale, però, è stato abrogato dal d.lgs. n. 5/2006.

opportunità inducono a pensare il procedimento davanti all'Autorità giudiziaria come esclusivo ed inderogabile.

4. Effetti del concordato fallimentare sul procedimento arbitrale pendente.

Come in precedenza evidenziato, con l'omologazione del concordato fallimentare, il curatore perde la legittimazione processuale per i contenziosi pendenti di fronte all'Autorità giudiziaria, motivo per cui, previa interruzione della causa, quest'ultima deve essere riassunta dal fallito, il quale, oltre a venire reintegrato nell'amministrazione e nella disponibilità del suo patrimonio, riacquista la capacità di stare in giudizio[249].

Un'importante questione da esaminare in questa sede è, allora, quella relativa agli effetti prodotti dall'omologazione del concordato fallimentare sul procedimento arbitrale pendente che potrebbe essere stato avviato dal curatore durante il fallimento, oppure nel quale il curatore stesso potrebbe essere subentrato al fallito prima del concordato fallimentare.

Nel caso in cui si tratti di un procedimento arbitrale, infatti, la questione diventa più complicata, in quanto l'arbitrato non conosce l'istituto dell'interruzione del processo. È necessario, dunque, tentare di comprendere come il fallito possa subentrare nel procedimento in luogo del curatore, data, appunto, la perdita di legittimazione processuale in capo a quest'ultimo, che si verifica a fronte del riacquisto della capacità processuale da parte del fallito nel momento in cui diviene definitivo il provvedimento di omologazione del concordato fallimentare.

Secondo l'opinione della dottrina maggioritaria, che a me pare essere la più convincente, la questione andrebbe risolta facendo ricorso all'art. 816-*sexies*

[249] Mi pare corretto sottolineare che, comunque, con la dichiarazione di fallimento, il curatore subentra soltanto nelle controversie "relative a diritti patrimoniali del fallito compresi nel fallimento", secondo quanto stabilito dall'art. 43, comma 1, l. fall.. Ciò significa che, anche dopo l'apertura della procedura, il fallito conserva la capacità processuale, oltre che rispetto al giudizio avente ad oggetto l'impugnazione della sentenza di fallimento (ai sensi dell'art. 18 l. fall.), in relazione a tutti i giudizi relativi a beni e rapporti non compresi nella procedura: v. V. CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. fall*., 2015, 6, p. 10576.

c.p.c.[250], rubricato "Morte, estinzione o perdita di capacità della parte" e dettato dal legislatore appositamente per l'arbitrato.

È stato correttamente osservato, infatti, che la norma appena menzionata, oltre ad essere prevista specificamente per il procedimento arbitrale, può essere utilizzata in tutti i casi in cui la parte "viene meno": espressione caratterizzata da un significato generico, in grado di ricomprendere anche l'ipotesi in esame, ossia quella della perdita di capacità processuale di una parte (in questo caso, del curatore)[251].

I sostenitori di detta tesi, in sostanza, considerano fondamentale il fatto che le vicende "anomale", che determinano, nel processo ordinario, la sospensione, l'interruzione o l'estinzione, sono disciplinate in modo peculiare dalle norme che il Codice di procedura civile detta nello specifico per l'arbitrato, per cui, non essendo previsto, per l'arbitrato medesimo, l'istituto dell'interruzione, quest'ultima si potrà verificare solamente nelle liti pendenti di fronte al giudice ordinario[252].

Da ciò deriva che, in applicazione dell'art. 816-*sexies* c.p.c., saranno gli arbitri a dover assumere le misure necessarie per attuare il subentro del debitore al curatore nel procedimento arbitrale pendente: essi devono evitare che si verifichi un

[250] Norma introdotta con la riforma arbitrale del 2006. Essa prevede che "se la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contradditorio ai fini della prosecuzione del giudizio. Essi possono sospendere il procedimento" (comma 1). "Se nessuna delle parti ottempera alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio, gli arbitri possono rinunciare all'incarico" (comma 2).

[251] v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrale rituale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 15; G. CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, tomo II, cit., p.1528.

[252] v. M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb*., 2012, p. 314; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 15; G. CABRAS, *op. cit*., p. 1528: "la disciplina generale dell'arbitrato non prevede cause di interruzione del giudizio arbitrale, ma soltanto la sospensione, quando "la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale" (art. 816-*sexies* c.p.c., introdotto con la riforma arbitrale del 2006)". Vedi anche F. GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e delle altre adr*, cit., p. 320, il quale sottolinea che il processo subirebbe l'interruzione solo nel caso in cui si tratti di un normale processo ordinario; di fronte ad un procedimento arbitrale, "l'unica disposizione che può (*rectius*: poteva) risultare applicabile – seppur in via analogica – è l'art. 820, comma 3, c.p.c., il quale, nella formulazione precedente il d.lgs. 5/2006, stabiliva che, nel caso di morte di una delle parti, il termine per il deposito del lodo era prorogato di trenta giorni. […] Tale soluzione sembra essere preferibile all'applicazione della disciplina prevista per il processo ordinario. Non sussistendo – neppure nella disciplina riformata – una disposizione di legge che consenta di interrompere il procedimento arbitrale, si deve concludere che un simile evento processuale sia escluso dalle possibilità offerte dall'attuale dettato normativo".

possibile *vulnus* al principio del contraddittorio e, di conseguenza, devono prendere i provvedimenti che ritengono opportuni affinché ciò non accada, chiamando direttamente il debitore in giudizio o invitando le parti a farlo. Gli arbitri possono anche sospendere il procedimento arbitrale, ove le parti abbiano bisogno di tempo per attuare le loro diposizioni, ottenendo, così, anche la sospensione del termine per la pronuncia del lodo, secondo quanto stabilito dall'art. 820 c.p.c..

Non va esclusa, comunque, l'ipotesi in cui il debitore si costituisca spontaneamente, senza soluzione di continuità.

Inoltre, ai sensi del secondo comma dell'art. 816-*sexies* c.p.c., gli arbitri possono anche rinunciare legittimamente all'incarico, se le parti non dovessero adempiere alle indicazioni da loro impartite[253].

Una parte della dottrina, tuttavia, non concorda con tale soluzione e ritiene applicabile, anche nell'ambito del procedimento arbitrale, l'istituto dell'interruzione contemplato dalla legge fallimentare.

Precisamente, a seguito della riforma delle procedure concorsuali del 2006, il legislatore ha introdotto una peculiare forma di interruzione del processo nella legge fallimentare: si tratta di un'interruzione che opera automaticamente a seguito dell'apertura del fallimento, prevista per evitare le lungaggini della dichiarazione in udienza dell'evento interruttivo o della notifica di esso alle altre parti, attività richieste dall'art. 300 c.p.c.[254].

Con l'introduzione di tale disposizione, quindi, c'è chi ha messo in luce che non è più possibile sostenere che, in presenza di una procedura fallimentare, l'interruzione sia (ancora) un istituto sconosciuto all'arbitrato: se il legislatore ha introdotto una norma dedicata nello specifico all'interruzione nell'ambito del fallimento, ciò significa che il processo pendente si potrà e si dovrà interrompere, a prescindere dal fatto che si tratti di un processo ordinario o di un processo arbitrale.

---

[253] G. CABRAS, *op. cit*., p. 1529; M. BOVE, *op. cit*., p. 315; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 16.

[254] v. V. CARIDI, *op. cit.*, p. 10573, il quale sottolinea che il legislatore del 2006 "si è discostato nettamente da quanto previsto dall'art. 300 c.p.c., mediante il riconoscimento nella sentenza di fallimento di un evento *ex se* idoneo a determinare l'interruzione del processo, che dunque oggi si configura quale effetto automatico dell'aperura della procedura fallimentare".

Ciò sarebbe confermato dal fatto che l'interruzione in questione non corrisponde esattamente all'interruzione del codice di rito, in quanto dotata del requisito dell'automaticità, con il quale il legislatore avrebbe inteso tutelare gli interessi pubblicistici sottesi al fallimento. Ne deriva che tale esigenza, che giustifica l'interruzione automatica dei processi statali, allora, dovrebbe valere allo stesso modo per i processi arbitrali e, anche se si ritenesse che l'art. 43, comma 3, l. fall. riguardi solo i primi, si dovrebbe ricorrere, comunque, ad un'applicazione analogica della norma ai secondi, dato che la *ratio* della disposizione è sempre la medesima e vale alla stessa maniera per entrambi i processi[255].

Secondo i sostenitori della tesi in esame, da tale premessa consegue che non potrebbe corrispondere alla volontà del legislatore che la tutela degli interessi pubblicistici sottesi al fallimento sia rimessa alla diligenza degli arbitri, i quali dovrebbero assumere "le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio": ciò che accadrebbe, appunto, con l'applicazione del summenzionato art. 816-*sexies* c.p.c., al quale non si potrebbe ricorrere anche perché "si tratta di una disposizione dettata per casi generali, che deve cedere di fronte ad una disposizione di settore dettata specificamente per il fallimento"[256].

A mio avviso, comunque, è decisivo il fatto che la disciplina dell'arbitrato sia tesa evidentemente ad escludere l'istituto dell'interruzione e, perciò, ritengo che ai procedimenti arbitrali si debba applicare l'art. 816-*sexies* c.p.c., e che, di conseguenza, l'art. 43, comma 3, l. fall. sia rivolto alle sole liti davanti al giudice.

Peraltro, bisogna anche considerare il fatto che l'art. 43, comma 3, l. fall. non contempla espressamente l'ipotesi oggetto della questione in commento, ossia quella della chiusura del fallimento, a seguito della quale si realizza, a parti

[255] A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, in *Riv. arb*., 2016, II, p. 230, per il quale l'automaticità dell'interruzione si spiega perché, "in presenza di un evento interruttivo particolare come il fallimento, che investe un imprenditore commerciale, il quale è parte di una congerie di rapporti anche processuali, e che sarà una procedura nella quale dovranno confluire un vasto numero di processi, sia attivi che passivi, aventi ad oggetto beni compresi nel fallimento, il legislatore ha ritenuto necessario – e qui emergono le ragioni pubblicistiche alle quali accennavo più sopra – che l'interruzione non sia subordinata ad attività o condizioni di sorta".

[256] *Ibidem*.

invertite, la medesima situazione che consegue all'apertura della procedura: il curatore perde la capacità processuale, che viene riacquistata dal fallito.

In tal caso, infatti, in assenza di una disposizione che preveda un qualche automatismo parificabile a quello contemplato oggi dall'art. 43, comma 3, l. fall., si pone la questione se debbano valere le regole di diritto comune sull'interruzione dei giudizi in corso, di talché, in difetto di dichiarazione o notificazione ai sensi dell'art. 300 c.p.c., il giudizio è destinato a proseguire tra le parti originarie con effetti che si produrranno in capo all'ex fallito, ovvero se possa sostenersi che, pur in difetto di una previsione *ad hoc*, anche l'evento interruttivo conseguente alla chiusura del fallimento possa generare effetti automatici[257].

Nonostante l'opinione maggioritaria sia orientata nel secondo senso[258], merita, tuttavia, sottolineare che è stata sostenuta anche la tesi contraria, per la quale, in applicazione dell'art. 300 c.p.c., a seguito della chiusura del fallimento, si dovrebbe procedere alla dichiarazione in udienza dell'evento interruttivo o alla notifica alla controparte[259].

---

[257] V. CARIDI, *op. cit.*, p. 10576.

[258] *Ibidem*: secondo Caridi, anche a fronte della chiusura del fallimento, l'interruzione dei processi pendenti è automatica, in ragione della "*ratio* dell'interruzione in parola, la quale, esattamente come l'interruzione che consegue all'apertura della procedura, differisce da quella propria delle ipotesi disciplinate dal codice di rito, risolvendosi non già, come queste ultime, nella tutela del diritto di difesa della parte colpita dall'evento interruttivo, ma, secondo una logica uguale e contraria a quella sottesa all'interruzione disciplinata dall'art. 43, comma 3, l. fall., nella riconciliazione della qualità di legittimato processuale con quella di titolare del rapporto controverso e, dunque, di parte del giudizio"; P. GENOVIVA, *La chiusura del fallimento nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 15: "ai sensi dell'art. 43, comma 3, l. fall. novellato "l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo" *ipso iure*, senza bisogno che l'evento interruttivo, secondo la regola generale prevista dall'art. 300 c.p.c., venga dichiarato dal procuratore della parte costituita, facendosi riferimento al momento di tale dichiarazione per il verificarsi dell'efficacia interruttiva. Parallelamente, bisogna ritenere che la chiusura del fallimento determini automaticamente l'interruzione del processo ove è costituito il curatore a seguito della perdita, da parte di quest'ultimo, della legittimazione sostanziale e processuale rispetto al rapporto dedotto in giudizio".

[259] v. V. ZANICHELLI, *Chiusura del fallimento, processi pendenti e mutamento della domanda*, in *Fall.*, 2003, 2, p. 213: in tal senso, si afferma che l'effetto interruttivo "non è automatico quando vi è stata costituzione di almeno una delle parti", poiché, in applicazione dell'art. 300 c.p.c., "l'evento deve essere dichiarato dal procuratore costituito o accertato nei modi dalla stessa norma previsti"; in giurisprudenza, v. Cass. civ., 26 maggio 2003, n. 8327, in *Fall.*, 2004, 9, 1001: "il riacquisto della capacità processuale, allo stesso modo della perdita della medesima capacità, determina l'interruzione del processo soltanto a seguito di dichiarazione del procuratore costituito, in difetto della quale il giudizio prosegue tra le parti originarie, fino a quando non si verifichi la costituzione del soggetto legittimato. Pertanto, nel procedimento in cui sia parte il fallimento, in

Una conclusione in tal senso costituirebbe un ulteriore argomento a favore dell'inapplicabilità dell'istituto dell'interruzione ai procedimenti arbitrali pendenti a seguito dell'omologazione del concordato, in quanto, per l'ipotesi della chiusura del fallimento, non varrebbero i ragionamenti formulati dalla dottrina suesposta consistenti nella necessità di applicare, ad ogni tipo di processo, la peculiare interruzione automatica prevista dalla specifica norma di settore dettata per il fallimento, ossia l'art. 43, comma 3, l. fall., che, ad ogni modo, menziona soltanto l'apertura della procedura concorsuale, e non la sua chiusura.

persona del curatore, costituito a mezzo di procuratore, la sopravvenuta chiusura della procedura concorsuale nel corso di un grado del giudizio, implicando la cessazione dalla carica del curatore ed il conseguente venir meno della sua capacità processuale, con riacquisto della capacità processuale da parte del fallito, configura evento interruttivo regolato dal disposto dell'art. 300 c.p.c. ed è irrilevante ai fini della prosecuzione del giudizio nei confronti del curatore ove sia mancata la dichiarazione suddetta"; Cass. civ., 16 gennaio 2009, n. 979, in *Fall*., 2009, 8, 1000.

CAPITOLO III

ARBITRATO E LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Caratteri generali e funzione della liquidazione coatta amministrativa. – 2. Limiti al ricorso all'arbitrato. – 3. Effetti della l.c.a. nei confronti dei rapporti giuridici preesistenti: il rinvio dell'art. 201, comma 1, l. fall. agli artt. 72-83-*bis* l. fall. dettati in tema di effetti del fallimento sui "contratti pendenti". – 4. Effetti della l.c.a. sul procedimento arbitrale pendente. – 4.1. (*Segue*) Effetti del concordato di liquidazione sul procedimento arbitrale pendente. – 5. Il potere del commissario liquidatore di stipulare convenzioni di arbitrato: il rinvio dell'art. 206 l. fall. all'art. 35 l. fall..

1. Caratteri generali e funzione della liquidazione coatta amministrativa.

Vi sono imprese, o categorie di imprese, che, o per la particolare natura e dimensione dell'attività esercitata, o per la varietà e molteplicità degli interessi coinvolti dalla loro azione, o perché rientranti nell'ambito delle cc.dd. imprese-organo o degli enti economici, rivestono un notevole interesse per l'economia nazionale. Questi tipi di imprese sono, di norma, assoggettate a variegate forme di controllo ed intervento da parte della Pubblica Amministrazione (sia mediante la vigilanza sugli organi, sia mediante l'esplicazione di poteri di indirizzo e di coordinamento a fini sociali delle attività da esse esercitate), fino al punto di decretarne la cessazione coattiva tutte le volte in cui, per particolari vicende inerenti alla singola impresa, risulti che questa non sia più in grado di proseguire la propria attività o appaia comunque opportuna la sua eliminazione dal mercato[260]. La liquidazione coatta amministrativa, dunque, rappresenta una procedura concorsuale che si svolge nell'ambito dei controlli amministrativi dell'impresa, sulla base di

[260] v. E. STASI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, cit., p. 868. L'Autore rammenta anche che, "nel nostro ordinamento giuridico, l'ingerenza dello Stato nel sistema economico trova il suo fondamento, a livello costituzionale, nell'art. 43 Cost.".

varie situazioni di fatto determinate di volta in volta dalle leggi speciali in base alle caratteristiche delle diverse categorie di imprese, e prende il nome di amministrativa poiché, da un lato, si instaura in via coattiva e anche contro la volontà dell'imprenditore e dei creditori, a seguito di un provvedimento amministrativo; dall'altro, in quanto amministrativa è l'autorità che ad essa presiede.

Si è sottolineato che "la ragion d'essere dell'istituto della liquidazione coatta amministrativa risiede nella necessità di conciliare le esigenze di realizzazione degli interessi pubblicistici sottesi alla liquidazione dell'ente con quelle legate alla definizione di tutti i rapporti patrimoniali pendenti, secondo i principi della concorsualità e nel rispetto della *par condicio*"[261].

Il procedimento di liquidazione coatta amministrativa[262], dunque, è destinato a particolari entità imprenditoriali, non necessariamente commerciali, la cui attività riveste una rilevanza economica nazionale per la molteplicità degli interessi coinvolti che riguardano la collettività, e non solo singoli soggetti o creditori.

Le categorie di imprese assoggettate a l.c.a. sono molto numerose ed eterogenee tra di loro, accomunate, appunto, dal fatto di rivestire un particolare interesse per lo Stato. Tra le principali categorie di imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa possono essere ricordate le imprese bancarie, le fondazioni bancarie, i consorzi agrari, le imprese di assicurazione, le SIM, le SGR, le SICAV e le società fiduciarie[263]. La legge deve assoggettare espressamente tali imprese alla procedura di liquidazione coatta amministrativa[264], come si deduce dall'art. 2, comma 1, l. fall., ai sensi del quale "la legge determina le imprese soggette a

[261] E. STASI, *op. cit*., p. 868. L'Autore ha aggiunto, però, che lo scopo principale della liquidazione coatta amministrativa è la soppressione dell'impresa, mentre il soddisfacimento paritario dei creditori è soltanto la via attraverso la quale l'obiettivo primario viene raggiunto.

[262] Nel seguito, per brevità, anche "l.c.a.".

[263] Per un approfondimento, v. E. STASI, *op. cit*., p. 871.

[264] Bisogna porre in luce che alcune categorie imprenditoriali sono sottoponibili esclusivamente a liquidazione coatta amministrativa, mentre altre possono essere soggette sia a liquidazione coatta amministrativa, sia a fallimento, in relazione al particolare oggetto e alla natura dell'attività svolta. L'eventuale concorso tra fallimento e liquidazione coatta amministrativa è soggetto alla disciplina prevista dall'art. 196 l. fall., che stabilisce il principio di prevenzione.

liquidazione coatta amministrativa, i casi per i quali la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta e l'autorità competente a disporla".

Sempre a proposito del presupposto soggettivo, alcune ulteriori precisazioni sono necessarie. In primo luogo, la l.c.a. è l'unica procedura concorsuale applicabile agli enti pubblici economici. In secondo luogo, si ritiene che alla l.c.a. possano essere sottoposti, in virtù delle leggi speciali, solo gli imprenditori non persone fisiche[265]. Infatti, la l.c.a. è prevista per categorie di imprese che, in base alle leggi che le governano, non possono, ormai, avere la forma di imprese individuali e, anzi, normalmente devono avere la forma di società di capitali o cooperativa o ente pubblico. Per tale motivo, la legge fallimentare ha, in sostanza, modellato la disciplina della l.c.a., diversamente da quanto accade per il fallimento, proprio su questa configurazione del soggetto passivo.

Oltre al presupposto soggettivo, è necessario evidenziare che anche i presupposti oggettivi e le condizioni in presenza dei quali è possibile emanare il provvedimento di apertura della liquidazione coatta amministrativa sono contenuti nelle rispettive leggi speciali e, soprattutto, possono prescindere dall'esistenza di uno stato d'insolvenza dell'impresa, potendo consistere anche in semplici irregolarità, violazioni di legge o di regolamenti, perdite patrimoniali, o più in generale, in un'attività il cui svolgimento risulta contrario agli interessi della collettività[266].

---

[265] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 462. Secondo diversa opinione, anche le imprese individuali possono essere sottoposte a l.c.a., in quanto decisiva in tal senso sarebbe la previsione di cui al primo comma dell'art. 205 l. fall., secondo cui anche l'imprenditore persona fisica deve predisporre il conto della gestione per il periodo successivo a quello di chiusura dell'ultimo bilancio. Viene, comunque, sottolineato che si tratterebbe di un'ipotesi del tutto marginale: v. E. STASI, *op. cit.*, p. 871.

[266] E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 858. Nell'ipotesi di insolvenza dell'ente, si parla di crisi di solvibilità; in presenza di accertate irregolarità di gestione e/o violazione di norme legali e/o statutarie, si parla di crisi di legalità; infine, nel caso di mera rispondenza della soppressione dell'impresa all'interesse pubblico, si è in presenza della cosiddetta crisi di opportunità: E. STASI, *op. cit*., p. 868.

Nei casi di violazioni di leggi o di regolamenti, di irregolarità gestionali e di non conformità dell'attività esercitata all'interesse generale, si è in presenza di ipotesi di crisi non patrimoniale, mentre nel caso delle perdite patrimoniali, il presupposto oggettivo è rappresentato da una crisi di tipo patrimoniale. Ciò segna una profonda differenza rispetto al fallimento, che è strumento per la soluzione delle sole crisi patrimoniali: v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 463.

Relativamente all'accertamento dello stato d'insolvenza, poi, merita attenzione il fatto che esso può avvenire, da parte del tribunale competente, sia anteriormente al decreto di apertura della liquidazione *ex* art. 195 l. fall., sia successivamente *ex* art. 202 l. fall., dato che non costituisce una condizione per l'apertura medesima.

Per quanto riguarda l'inquadramento normativo di tale istituto, prima della legge fallimentare del 1942, vennero effettuati numerosi tentativi di risistemazione dei diversi testi di legge[267] che prevedevano le tante liquidazioni coatte amministrative destinate a sottrarre dissesti di grande rilievo o complessi imprenditoriali non regolarmente funzionanti all'autorità giudiziaria, per affidarli, invece, all'autorità amministrativa. Tale obiettivo, però, non venne raggiunto e, con la legge fallimentare del 1942, il legislatore decise di lasciare immutati i presupposti individuati nelle fonti legislative delle singole liquidazioni coatte amministrative, abbandonando l'idea di creare un nuovo ordinamento generale di tutte le procedure disciplinate nelle varie leggi speciali, come si desume dall'art. 2 l. fall., rimasto immutato anche a seguito della riforma fallimentare del 2006. L'intervento del legislatore del 1942 fu quello di disciplinare una parte generale del procedimento di liquidazione coatta amministrativa, introducendo un nucleo di norme valevole per tutte le procedure, anche se quella contenuta nella legge fallimentare è una disciplina assai scarna ed incompleta, in quanto si occupa soltanto degli aspetti procedurali (e neppure di tutti: ad esempio, non fa riferimento alla fase di apertura della procedura). Inoltre, si tratta di una disciplina intessuta di continui rinvii alle disposizioni dettate per il fallimento[268].

[267] In principio, la disciplina della l.c.a. era dettata soltanto dalla l. n. 5546/1888 per una categoria specifica di soggetti, ossia le Casse di risparmio. Con il passare del tempo, anche altri soggetti sono stati sottoposti, sempre da leggi speciali, alla l.c.a., sino a giungere alla legge bancaria del 1936-1938, nella quale la procedura amministrativa ha trovato una più completa sistemazione.

[268] Il frequente rinvio alle norme dettate per il fallimento ha sempre generato problemi di coordinamento, che si sono vistosamente aggravati a seguito dei profondi cambiamenti subiti dalle disposizioni sul fallimento ad opera delle recenti riforme. In particolare, tali disposizioni hanno subito cambiamenti nel segno di una progressiva "privatizzazione" della procedura: questo fa sorgere l'interrogativo se si debbano applicare alla lettera le norme richiamate – il che, evidentemente, condurrebbe ad una "privatizzazione" anche della liquidazione coatta amministrativa – oppure s'imponga un'interpretazione sistematica, che tenga conto della diversa

Ad alcune norme della legge fallimentare, poi, viene attribuita efficacia abrogativa delle disposizioni incompatibili contenute nelle leggi speciali, ai sensi dell'art. 194, comma 2, l. fall.: sono, in particolare, abrogate le disposizioni delle leggi speciali incompatibili con quelle degli artt. 195, 196, 200, 202, 203, 209, 211, 213 l. fall.. Altre norme della legge fallimentare, invece, hanno un valore meramente dispositivo (come, ad esempio, quelle sul provvedimento di apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa, sugli organi, o sulla liquidazione dell'attivo) e, di conseguenza, si limitano a colmare le eventuali lacune contenute nelle leggi speciali.

Le disposizioni generali sulla l.c.a. hanno subito significative modificazioni dall'intervento di riforma, ad opera, in particolare, del d.l. n. 169/2007[269]. Una prima rilevante innovazione è stata introdotta nella disciplina dell'accertamento giudiziario dello stato d'insolvenza anteriore alla liquidazione coatta amministrativa, da un lato, estendendo la legittimazione ad attivare la dichiarazione di tale stato all'autorità di vigilanza ed all'impresa stessa e, dall'altro lato, prevedendo che il tribunale provveda su istanza del commissario alla dichiarazione d'insolvenza quando, nel corso della procedura di concordato preventivo di un'impresa soggetta a liquidazione coatta amministrativa, con esclusione del fallimento, si verifica la cessazione della procedura e sussiste lo stato di insolvenza.

In secondo luogo, è stato interamente riformulato l'art. 213 l. fall., riguardante la chiusura della liquidazione, sia per recepire le statuizioni della sentenza della Corte Cost. 14.04.2006, n. 154, in tema di decorrenza dei termini per proporre contestazioni avverso il piano di riparto totale o parziale[270], sia per adeguare il

natura e struttura delle due procedure. È condivisibile l'idea di chi ritiene sia preferibile quest'ultima opzione: v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p.460.

[269] Vedere, a tal proposito, E. STASI, *op. cit*., p. 869.

[270] v. Corte Cost., 14 aprile 2006, n. 154, in *cortecostituzionale.it*: con tale sentenza era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 213 l. fall. nella parte in cui faceva decorrere nei confronti dei "creditori ammessi" il termine perentorio di venti giorni per proporre contestazioni avverso il piano di riparto totale o parziale, dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della notizia dell'avvenuto deposito in cancelleria, anziché dalla comunicazione dell'avvenuto deposito effettuata a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento, ovvero con altra modalità prevista dalla legge.

procedimento ivi disciplinato ai principi del giusto processo, uniformandolo allo schema del rito camerale.

Inoltre, sono stati riscritti sia l'art. 214 l. fall., in tema di concordato di liquidazione, modellandolo, nei limiti del possibile, sulle caratteristiche del concordato fallimentare e, al tempo stesso, rendendolo più rispettoso delle garanzie della difesa e del contraddittorio, sia l'art. 215 l. fall., in materia di risoluzione ed annullamento del concordato, apportando le modifiche necessarie ad allinearne il contenuto alle disposizioni dettate dagli artt. 137 e 138 per il concordato fallimentare[271].

Infine, è stato abrogato l'art. 211 l. fall. in tema di responsabilità sussidiaria, limitata o illimitata, dei soci, ed è stato modificato l'art. 209 l. fall. in materia di formazione dello stato passivo, in modo tale da rendere applicabili, anche in questo caso, le regole dettate dagli artt. 98, 99, 101 e 103 per l'accertamento del passivo fallimentare.

Le disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa sono state oggetto di ulteriori modifiche, ad opera del d.l. 18.10.2012, n. 179, convertito dalla l. 17.12.2012, n. 221 (successivamente modificata e integrata dalla l. 24.12.2012, n. 228), al fine di rendere più spedite e meno onerose le comunicazioni dei più importanti atti delle procedure[272].

---

[271] In particolare, ora è assicurato il diritto di difesa nella fase che porta all'eventuale sentenza di risoluzione del concordato (art. 215, comma 1, l. fall., che richiama l'art. 137, comma 2, l. fall., che, a sua volta, rinvia all'art. 15 l. fall.) ed è consentito, *expressis verbis*, il reclamo contro la sentenza che risolve il concordato (art. 215, comma 1, l. fall., che richiama l'art. 137, comma 5, l. fall., che, a sua volta, rinvia all'art. 18 l. fall.). Quanto all'annullamento del concordato, l'art. 215, comma 2, l. fall. rinvia interamente ai dettami dell'art. 138 l. fall.: nello specifico, si rileva che, anche in questo caso, si è disposto lo svolgimento del procedimento secondo lo schema uniforme del rito camerale nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa e che la sentenza che chiude il procedimento è reclamabile dinanzi alla corte d'appello a norma dell'art. 18 l. fall..

[272] Nel 2012, infatti, il legislatore ha introdotto nel sistema concorsuale nuovi obblighi volti ad attuare un sistema informatizzato e tendenzialmente telematico per la gestione degli adempimenti e il compimento degli atti delle procedure concorsuali. La *ratio* sottesa a tale intervento normativo era quella di favorire e velocizzare le comunicazioni e le notificazioni nell'ambito di tali procedure e, conseguentemente, di contenere i costi riguardanti la gestione di dette procedure ricorrendo alla tecnologia telematica. Per quanto riguarda specificamente la liquidazione coatta amministrativa, in estrema sintesi, il primo adempimento che è stato introdotto a carico del commissario liquidatore è la comunicazione al registro delle imprese del proprio indirizzo di posta elettronica certificata (p.e.c.) entro dieci giorni dalla nomina. Inoltre, ai sensi dell'art. 207 l. fall., l'avviso che il commissario liquidatore è tenuto ad inviare ai creditori e a coloro che possono far valere domande

È doveroso sottolineare che la recentissima riforma di cui al Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza ("CCII") ha interessato, soltanto in minima parte, la procedura della liquidazione coatta amministrativa[273].

In base a quanto previsto dalla legge delega n. 155/2017, all'art. 15, comma 1, lett. a), n. 1, in particolare, la l.c.a. è rimasta sostanzialmente invariata per tutte le imprese che sono regolate da norme di diritto speciale (banche, imprese di assicurazioni, intermediari finanziari, imprese assicuratrici, ecc.), mentre, per le altre imprese, il procedimento di insolvenza è regolato perlopiù dalle disposizioni ordinarie.

Inoltre, il nuovo CCII definisce in maniera molto netta i rapporti tra le varie procedure concorsuali. Il nuovo art. 295 CCII regola il concorso tra l.c.a. e la liquidazione giudiziale, stabilendo che le società sottoposte a l.c.a. non sono soggette alla liquidazione giudiziale e viceversa, a meno che la legge non disponga diversamente. Il nuovo art. 296 CCII disciplina anche il rapporto tra il concordato preventivo e la l.c.a., prevedendo che le società soggette alla l.c.a. possono sempre essere ammesse alla procedura del concordato preventivo, salvo che la legge non disponga diversamente. Per i soggetti sottoposti a l.c.a., non è previsto, invece, l'accesso all'accordo di ristrutturazione dei debiti.

---

di rivendicazione, restituzione e separazione su cose mobili possedute dall'impresa va effettuato prioritariamente a mezzo p.e.c.; i creditori e gli altri interessati che non abbiano ricevuto la comunicazione di cui all'art. 207 l. fall., possono chiedere mediante raccomandata, entro 60 giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del provvedimento di liquidazione, il riconoscimento dei propri crediti e la restituzione dei loro beni, comunicando un proprio indirizzo di p.e.c.: applicandosi l'art. 207, comma 4, l. fall., anche tutte le successive comunicazioni devo essere effettuate dal commissario liquidatore all'indirizzo di p.e.c. indicato; per quanto riguarda la formazione dello stato passivo, ai sensi dell'art. 209 l. fall., il curatore deve trasmettere l'elenco dei crediti ammessi o respinti a coloro la cui pretesa non sia in tutto o in parte ammessa a mezzo p.e.c.; dell'avvenuto deposito presso la cancelleria del tribunale del bilancio finale della liquidazione, autorizzato dall'autorità di vigilanza, il commissario liquidatore deve dare comunicazione ai creditori ammessi al passivo ed ai creditori prededucibili al loro indirizzo di p.e.c.; infine, anche la proposta del concordato di liquidazione deve essere comunicata dal commissario a tutti i creditori ammessi al passivo al loro indirizzo di p.e.c., sempre secondo le modalità di cui all'art. 207, comma 4, l. fall.: v. P. VELLA, *Brevi note sui nuovi adempimenti telematici nelle procedure concorsuali*, in *IlCaso.it*, 11 gennaio 2013.

[273] AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, cit., p. 1251.

2. Limiti al ricorso all'arbitrato.

Per quanto riguarda il rapporto tra l'arbitrato e la liquidazione coatta amministrativa, è fondamentale affrontare una questione preliminare, così come è stato fatto per il concordato preventivo, nel primo capitolo: si tratta di capire se vi siano delle controversie che, in seno a tale procedura concorsuale, non possono essere risolte attraverso lo strumento arbitrale.

Come già anticipato nel paragrafo precedente, la disciplina della liquidazione coatta amministrativa contenuta nella legge fallimentare è ricca di rinvii alla disciplina dettata dal legislatore per il fallimento. Oltre ai vari richiami sparsi negli articoli che regolano ogni fase della liquidazione coatta amministrativa, la legge, all'art. 201, comma 1, l. fall., rinvia all'intera sezione II ("Degli effetti del fallimento per i creditori") ed alla sezione IV ("Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti") del capo III, titolo II, l. fall.. Non sono richiamate, invece, le disposizioni dettate in materia di revocatoria fallimentare, le quali divengono applicabili soltanto in caso di dichiarazione dello stato di insolvenza (sia anteriore che posteriore all'apertura della l.c.a.), con esclusione delle disposizioni contenute nell'art. 66 l. fall., le quali sono, comunque, sempre applicabili, in virtù di quanto stabilito dall'art. 201, comma 1, l. fall..

Nello specifico, per quel che qui maggiormente interessa, bisogna sottolineare che, ad esempio, riguardo all'accertamento dello stato d'insolvenza[274], l'art. 195 l. fall., al terzo comma, richiama le stesse modalità previste dall'art. 15 l. fall., rubricato "Procedimento per la dichiarazione di fallimento", così come il quinto comma dell'art. 195 l. fall. rinvia agli artt. 18 e 19 l. fall., che disciplinano l'appello contro la sentenza dichiarativa di fallimento. Constatata, dunque, l'identità dei due istituti con riguardo al procedimento che conduce ad accertare l'insolvenza del soggetto da sottoporre alla procedura ed all'appello previsto contro detto accertamento, non si può far altro che richiamarsi alle conclusioni alle quali gli interpreti sono addivenuti con riferimento al fallimento.

[274] È utile ricordare che l'accertamento dello stato d'insolvenza, nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, è, però, soltanto eventuale, in quanto non è l'unico presupposto oggettivo da cui può scaturire l'apertura di tale procedura.

La dottrina prevalente ritiene che sia il procedimento per la dichiarazione di fallimento, sia l'impugnazione della sentenza dichiarativa non possano essere considerate materie compromettibili, in ragione delle seguenti argomentazioni.

A proposito del procedimento per la dichiarazione di fallimento, per la quale l'art. 15 l. fall. prevede espressamente che il tribunale decida "in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio", si è sottolineato che la preclusione all'arbitrabilità derivi, innanzitutto, dal fatto che bisognerebbe inibire l'accesso alla tutela arbitrale ogni volta in cui – come questa – sia disciplinata una forma processuale con cognizione sommaria[275]. Ne consegue che il procedimento di apertura del fallimento fuoriesce dall'alveo delle controversie compromettibili, dal momento che il procedimento arbitrale si configura come uno strumento alternativo al solo processo ordinario di cognizione e ai procedimenti ad esso assimilabili, in virtù dell'art. 824-*bis* c.p.c., secondo cui il lodo, dalla data della sua ultima sottoscrizione, produce gli stessi effetti della sentenza.

Comunque, al di là del tipo di cognizione, da un lato, si è affermata l'indisponibilità della materia in quanto inerente ad uno *status*[276], e, da un altro punto di vista, si è considerato determinante l'argomento secondo il quale l'apertura

[275] È stato osservato che "l'arbitrato dovrebbe cedere dinanzi a tutti i casi che non rientrano nella giurisdizione contenziosa, dinanzi a tutte le domande che non sono volte ad ottenere una cognizione piena in ordine a diritti disponibili e che, di conseguenza, non si concludono con un atto assimilabile, quanto agli effetti, ad una sentenza. Si pensi ai procedimenti esecutivi, di volontaria giurisdizione, camerali, cautelari, e, in generale, a tutti i procedimenti speciali che si caratterizzano per la cognizione sommaria": L. GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Fall.*, 2009, 2, p. 135.

[276] Cass. S.U., 17 agosto 1990, n. 8363, in *Fall.*, 1991, p. 247: "Il procedimento per la dichiarazione di fallimento, che inizia con la richiesta proposta a norma dell'art. 6 l. fall., pur se soggetto al rito camerale e pur se avente caratteri peculiari rispetto al procedimento contenzioso ordinario, ha intrinseca natura giurisdizionale, in quanto tende ad una pronuncia suscettibile di incidere, con autorità di giudicato, sullo *status* e sui diritti del fallito e delle persone che con questo hanno avuto rapporti". In dottrina, v. L. GROPPOLI, *op. cit.*, p. 135, la quale sottolinea che "al di là del tipo di cognizione, della circostanza che la domanda non presuppone una controversia e della complessità dell'esito di tale procedimento (che oltre alla pronuncia di fallimento prevede una serie di statuizioni di carattere ordinatorio, come la nomina del giudice delegato e del curatore) in questo caso, come anche nell'impugnazione alla sentenza dichiarativa di fallimento, la materia è sicuramente indisponibile perché inerente ad uno *status*".

del procedimento fallimentare interessa l'ordine pubblico e, quindi, non costituisce situazione disponibile[277].

Con riguardo all'impugnazione della sentenza, invece, nel passato (*ante* riforma), negandosi la rispondenza dell'intero concorso dei creditori ad un'ideologia pubblicistica e negandosi, inoltre, l'utilizzabilità del concetto di *status*, un'altra dottrina ritenne decisivo un argomento ispirato piuttosto alla tecnica normativa. L'insuscettibilità, infatti, di tale procedimento a costituire oggetto di arbitrato si faceva discendere dall'essere il giudizio di impugnazione alla sentenza dichiarativa di fallimento "inserito nella struttura elementare e indefettibile del processo di fallimento, anche se eventuale"[278].

A seguito della riforma delle procedure concorsuali, le varie argomentazioni utilizzate a sostegno della non arbitrabilità del procedimento di apertura del fallimento e del giudizio di impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento devono essere indubbiamente riesaminate.

L'argomento che sostiene l'indisponibilità della materia in quanto inerente ad uno *status* sembrerebbe perdere rilievo, in quanto tale qualificazione non è più idonea a seguito della radicale riforma che ha interessato il fallimento e la conseguente parziale caducazione degli effetti personali a carico del fallito, della soppressione dell'albo dei falliti e delle relative incapacità[279].

Per quanto riguarda l'argomento fondato sulle finalità pubblicistiche della procedura fallimentare, invece, si è sottolineato che non si può negare che la tutela di tali finalità sia rimasta invariata anche a seguito della riforma, "sia per il carattere parzialmente inquisitorio che ancora contraddistingue, non solo il procedimento di

[277] A. CASTAGNOLA, *Arbitrato e fallimento*, in *L'arbitrato: fondamenti e tecnica*, 2006, *www.cameraarbitrale.com*, p. 2 ss, il quale, nel definire i motivi di esclusione dell'arbitrato in materia fallimentare, afferma, tra gli altri, che "l'apertura del procedimento fallimentare è tema che interessa l'ordine pubblico, e quindi non costituisce una situazione disponibile. Ne consegue che il relativo procedimento non può essere sostituito con un arbitrato".

[278] A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 59.

[279] v. anche G. CANALE, *L'arbitrato del curatore*, in *Giur. comm*., 2019, I, p. 22, nota 26: "assai minor rilievo ha oggi la considerazione che la pronuncia di fallimento incide sullo *status* del fallito, poiché a seguito delle profonde riforme intervenute con la riforma (e quelle, *in itinere*, con la c.d. riforma Rordorf), le conseguenze sullo *status* dell'imprenditore si possono ormai ritenere sostanzialmente venute meno".

apertura del fallimento, che può essere attivato anche dal pubblico ministero, ma anche il giudizio impugnatorio, sia per la legittimazione all'impugnazione che è attribuita a qualunque interessato"[280].

Nonostante ciò, si ritiene che l'argomento decisivo per decretare l'esclusione dell'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento dall'area delle controversie arbitrabili sia quello secondo cui sono esclusi dall'ambito delle materie compromettibili tutti i procedimenti qualificabili *lato sensu* come impugnatori, in quanto non è possibile affidare agli arbitri il controllo su atti dei giudici statali aventi natura decisoria e poiché i processi di tipo impugnatorio sono costruiti "come fasi previste in via esclusiva per il raggiungimento di determinati risultati e legate in maniera particolare ad un più ampio procedimento"[281].

Se tali materie hanno richiesto una disamina che ha messo in luce impostazioni interpretative anche divergenti e che risentono in ogni caso delle modifiche della disciplina introdotta con la riforma delle procedure concorsuali, sono, invece, incontrovertibili e unanimemente riconosciuti i limiti all'esperibilità della via arbitrale qualora le controversie abbiano ad oggetto un credito concorsuale esistente al momento della dichiarazione di insolvenza, che deve sottostare alla verifica dei crediti, in forza del principio espresso negli artt. 52 e 92 l. fall.. Tale verifica costituisce una specifica fase del procedimento concorsuale e si svolge secondo il rito speciale che rappresenta l'applicazione del principio del concorso espresso dall'art. 52 l. fall., il quale consente di garantire la partecipazione al giudizio di tutti i creditori e, quindi, il rispetto della *par condicio*. Pertanto, ogni creditore che voglia partecipare al concorso deve sottostare alla disciplina della verificazione del passivo prevista dagli artt. 92 ss. l. fall. [282].

È da sottolineare che l'indisponibilità della materia rispetto alla via arbitrale non costituisce, in questo caso, un problema di compromettibilità o no della materia, quanto piuttosto un problema relativo alla specialità del rito prescritto dal

[280] E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 457.
[281] L. GROPPOLI, *op. cit.*, p. 135; G. CANALE, *op. cit.*, p. 22.
[282] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 458.

legislatore e, di conseguenza, l'attività giurisdizionale privata trova gli stessi limiti che, per una controversia di tal genere, trova la giurisdizione statuale.

Nonostante tale motivazione si presenti come assorbente, è stato evidenziato che la fungibilità del procedimento di verificazione dei crediti con l'arbitrato deve essere esclusa anche in forza del fondamento negoziale dell'arbitrato, stante la circostanza che la convenzione arbitrale stipulata solo da alcune parti non potrebbe misurarsi con il concorso di tutti i creditori che non abbiano manifestato *ab origine* la volontà di scegliere la via arbitrale[283].

Quanto detto vale anche per la liquidazione coatta amministrativa, in quanto, come prima ricordato, l'art. 201 l. fall. richiama il titolo II, capo III, sezione II, in cui è contenuta la regola del concorso formale di tutti i creditori, seppur l'accertamento verrà condotto secondo le regole proprie della procedura di liquidazione coatta amministrativa, ai sensi degli artt. 207 ss. l. fall.[284]. Nella liquidazione coatta amministrativa, infatti, la prima fase dell'accertamento dello stato passivo deve svolgersi dinanzi al commissario liquidatore, dando origine ad un procedimento di carattere amministrativo: anche in questo caso, comunque, la legge fallimentare prescrive un sistema di accertamento diverso dal processo civile di cognizione e ciò esclude la possibilità di ricorrere all'arbitrato per le liti concernenti l'accertamento dei crediti anche in tale procedura concorsuale. Va precisato, comunque, che, nell'eventualità in cui, nelle more della formazione dello stato passivo, sorgano controversie, ai sensi dell'art. 209, comma 2, l. fall., la loro risoluzione è rimessa al tribunale, nelle forme stabilite per le opposizioni e le impugnazioni dei creditori in sede di fallimento. In altre parole, in tal caso, si ha l'inserimento di una fase giurisdizionale nella fase prettamente amministrativa di accertamento del passivo, allo scopo di fornire ai creditori un'adeguata tutela.

---

[283] L. GROPPOLI, *"Indisponibilità" dell'accertamento del passivo: riflessi sull'arbitrato*, in *Fall.,* 2016, 3, p. 317, nota a Cass. civ., Sez. I, 24 giugno 2015, n. 13089.

[284] v. L. GROPPOLI, *op. ult. cit.*, p. 317: "l'ostacolo all'accertamento arbitrale dei crediti verso la parte messa in liquidazione si ritrova in ogni caso sul piano formale, stante il richiamo in tema di effetti decorrenti dalla data del provvedimento di apertura della liquidazione nell'art. 201 l. fall. agli artt. 51-63 l. fall.; vige anche in tale sede l'art. 52 l. fall., seppur con accertamento da condursi secondo le regole proprie della procedura di liquidazione coatta amministrativa ai sensi degli artt. 207 ss. l. fall.".

Vengono estromessi, poi, dall'area delle controversie compromettibili, così come nel fallimento, le opposizioni alla formazione dello stato passivo contemplate dall'art. 209 l. fall., che richiama, fra l'altro, le disposizioni contenute negli articoli da 98 a 103 l. fall., in quanto applicabili, dal momento che, anche in questo caso, il relativo procedimento è qualificabile *lato sensu* come impugnatorio.

3. Effetti della l.c.a. nei confronti dei rapporti giuridici preesistenti: il rinvio dell'art. 201, comma 1, l. fall. agli artt. 72-83-*bis* l. fall. dettati in tema di effetti del fallimento sui "contratti pendenti".

Come anticipato, l'art. 201, comma 1, l. fall. richiama in blocco anche le norme – contenute nella sezione IV, del capo III, del titolo II – dettate in tema di effetti del fallimento sui c.d. "contratti pendenti", per tali intendendosi quei contratti che, al momento dell'apertura della procedura, erano perfezionati ma ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti (artt. 72 – 83-*bis*).

Ciò significa che, anche rispetto alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, si applica la regola generale sancita dall'art. 72 l. fall., che consiste nella sospensione del rapporto pendente al momento dell'apertura della procedura, con scelta in capo al curatore di subentrare o meno nel contratto. Nel caso della l.c.a., ovviamente, la scelta non spetta al curatore, bensì al commissario liquidatore. Vi sono, poi, a norma degli articoli seguenti, contratti che si sciolgono *ope legis* o che, all'opposto, proseguono automaticamente per effetto dell'apertura della procedura[285].

Bisogna, però, mettere in luce che i numerosi rinvii alla disciplina del fallimento contenuti nelle norme che regolano la liquidazione coatta amministrativa hanno sempre generato problemi di coordinamento. Anche qui, non tutte le disposizioni richiamate possono essere applicate alla procedura amministrativa, data la non perfetta coincidenza tra i poteri esercitabili dall'autorità di vigilanza e quelli attribuiti, nel fallimento, all'autorità giudiziaria. Per fare degli esempi, è stato

[285] A. DIMUNDO, *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2018, p. 1085.

sottolineato che è escluso che la controparte *in bonis* possa far assegnare dall'autorità di vigilanza un termine al commissario liquidatore entro il quale decidere se subentrare o meno nel contratto, come previsto dall'art. 72, comma 2, l. fall.; oppure che sia l'autorità amministrativa a determinare, nel dissenso delle parti, l'importo dell'equo indennizzo da corrispondere al conduttore (art. 80, comma 2, l. fall.) o al locatore (art. 80, comma 3, l. fall.) per effetto dello scioglimento anticipato[286].

Oltre a tali problemi di coordinamento, vi sono quelli derivanti dall'impossibilità di assimilare il comitato di sorveglianza al comitato dei creditori.

Per quanto riguarda il parallelismo tra poteri degli organi del fallimento e poteri degli organi della liquidazione coatta amministrativa, bisogna premettere che l'art. 201, comma 2, l. fall. stabilisce che "si intendono sostituiti nei poteri del tribunale e del giudice delegato l'autorità amministrativa che vigila sulla liquidazione, nei poteri del curatore il commissario liquidatore e in quelli del comitato dei creditori il comitato di sorveglianza".

È stato, tuttavia, osservato che tale criterio di "sostituzione", se applicato alla lettera, condurrebbe ad attribuire in via esclusiva al comitato di sorveglianza il potere di autorizzare il commissario liquidatore a subentrare nei contratti in corso di esecuzione, sospesi per effetto dell'apertura della procedura. Un risultato di tal genere, però, porterebbe a stravolgere del tutto gli equilibri voluti dalla legge tra gli organi della l.c.a., nel modo in cui essi sono delineati, per di più, dall'art. 204 l. fall., il quale prevede che "il commissario liquidatore procede a tutte le operazioni della liquidazione secondo le direttive dell'autorità che vigila sulla liquidazione, e sotto il controllo del comitato di sorveglianza": si passerebbe da un sistema in cui il comitato di sorveglianza ha mere funzioni consultive e di controllo ad uno nel quale lo stesso dovrebbe svolgere, in sostituzione dell'autorità di vigilanza, funzioni di integrazione del potere di amministrazione del commissario liquidatore. È stato evidenziato che, allora, la soluzione più coerente sembra quella di mantenere comunque il potere autorizzatorio in capo all'autorità di vigilanza, come, tra l'altro,

[286] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 477.

avveniva prima della riforma, ma non si può trascurare il fatto che un simile espediente costituisce una significativa forzatura del dato positivo[287].

Per quanto riguarda nello specifico quel che a noi interessa, ossia il rapporto tra arbitrato e procedure concorsuali, tra le norme relative agli effetti del fallimento sui contratti pendenti cui rinvia l'art. 201, comma 1, l. fall., è compreso anche l'art. 83-*bis* l. fall.[288], rubricato "Clausola arbitrale". Come si è più volte ricordato, tale disposizione è stata introdotta dal legislatore della riforma fallimentare del 2006, a chiusura della sezione IV.

La norma stabilisce che, se il contratto in cui è contenuta la clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni di detta sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito. È stato correttamente sottolineato che, siccome la norma si occupa unicamente della sorte del giudizio arbitrale, la sezione sui rapporti giuridici pendenti si chiude con una disposizione in realtà più di natura processuale che sostanziale, la quale forse avrebbe avuto più idonea collocazione in altra sezione[289].

È chiaro, dunque, che il legislatore, con tale disposizione, ha risolto in maniera soltanto parziale il problema relativo al rapporto tra l'arbitrato e il fallimento e, di conseguenza, anche tra l'arbitrato e la liquidazione coatta amministrativa[290].

---

[287] *Ibidem.*

[288] Il cui contenuto è stato trasfuso, senza modifiche, all'interno dell'art. 192 del nuovo "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza".

[289] S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 332. Per un punto di vista differente, v. A. CASTAGNOLA – A. F. DI GIROLAMO, *Il curatore, il procedimento arbitrale pendente ed il lodo*, in *L'arbitrato*, L. Salvaneschi e A. Graziosi (a cura di), in *Forme e riforme del processo civile*, collana diretta da A. Didone, F. De Santis, e I. Pagni, Giuffrè, Milano, 2020, p. 566: "La norma in questione si colloca non sul piano dei rapporti processuali, ma su quello dei rapporti contrattuali: la sua funzione non è quella di disciplinare la sorte dei processi pendenti – i quali *ratione materiae* sono disciplinati altrove – ma di disciplinare la sorte della pattuizione contrattuale contenente la convenzione di arbitrato".

[290] È stato espressamente sottolineato che la regola introdotta nella disciplina fallimentare dal d.lgs. n. 5/2006 è da intendersi applicabile anche nella liquidazione coatta amministrativa: v. U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., nota 4; G. CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, tomo II, cit., p. 1519.

L'art. 83-*bis*, infatti, trattando espressamente delle sorti del solo arbitrato pendente, nulla dispone riguardo alla convenzione arbitrale laddove il giudizio di fronte agli arbitri non sia ancora stato instaurato[291].

Per quanto riguarda il problema della sopravvivenza delle convenzioni arbitrali precedentemente stipulate dal debitore a seguito dell'apertura della procedura concorsuale, vanno, innanzitutto, presi in considerazione i due principali orientamenti che, in passato, hanno avuto un grande seguito, soprattutto in giurisprudenza[292].

Il primo orientamento, più risalente nel tempo[293], era definito dicotomico, in quanto distingueva nettamente nell'arbitrato due fasi, ritenendo il contratto arbitrale perfezionato con l'accettazione degli arbitri e dunque insensibile, dal momento di tale accettazione, all'eventuale fallimento di una parte, in applicazione del principio di *perpetuatio iurisdictionis* previsto dall'art. 5 c.p.c.; e ritenendo, invece, inefficace per il curatore il compromesso o la clausola compromissoria, qualora non vi fosse stata ancora l'accettazione degli arbitri o, comunque, non fosse stato neppure avviato il procedimento.

Il secondo orientamento[294], più recente, equiparava la convenzione di arbitrato ad un rapporto giuridico pendente al momento della dichiarazione di fallimento,

---

[291] La norma regola "almeno *prima facie*, il processo", mentre "manca la regola del rapporto pendente": U. APICE, *op. cit*., p. 10264.

[292] Per quanto riguarda le varie tesi circa la sopravvivenza delle opzioni arbitrali prima della riforma fallimentare, v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., nota 13.

[293] v. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, p. 70. Più recentemente, v. U. APICE, *op. cit*., p. 10264: "l'applicabilità della regola di cui all'art. 83-*bis* andrebbe circoscritta alla sola residuale ipotesi di un procedimento arbitrale instaurato con la notifica della nomina di arbitro, ma senza che si sia formato il contratto di arbitrato, non essendo ancora avvenuta l'accettazione degli arbitri. Con l'accettazione sorge il rapporto processuale trilatero (a seguito di un mandato collettivo *in rem propriam*) e non sarà più possibile una paralisi del rapporto per una mera iniziativa di una parte". *Contra* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, nota 15: "a mio avviso, ove si accetti la premessa dell'estinzione della clausola arbitrale, anche il contratto di arbitrato verrebbe meno in quanto contratto dipendente dal primo, che è negozio di durata".

Per un'approfondita critica alla teoria dicotomica, v. M. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Riv. arb*., 2016, p. 217.

[294] Così A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 35: "si produce la sospensione del rapporto, e si realizza quella situazione di prevalenza, che consente all'ufficio fallimentare di potere effettuare la scelta fra scioglimento del contratto o la sua attuazione, con il solo correttivo della facoltà del contraente *in bonis* di mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice

rapporto da ritenersi proseguito o sciolto alla stregua delle regole sancite per i rapporti giuridici preesistenti dagli artt. 72 e ss. l. fall..

Si è, però, evidenziato[295] che l'art. 83-*bis* l. fall., da un lato, ha smentito la tesi della *perpetuatio iurisdictionis*, in quanto, anche se pendente, il giudizio arbitrale diventa improcedibile, a certe condizioni, ma, dall'altro lato, non ha seguito completamente neppure l'altra tesi, dal momento che le regole dei rapporti giuridici pendenti non si applicano alla convenzione arbitrale, bensì al contratto principale, le cui controversie siano devolute ad arbitri.

Attualmente, la soluzione maggiormente accettata è quella secondo cui dall'art. 83-*bis* l. fall. si può ricavare la regola secondo cui, in deroga al principio di autonomia della convenzione di arbitrato[296], si determina l'estinzione della convenzione arbitrale stessa nel caso in cui anche il contratto principale, cui essa accede, si estingua *ipso iure* o a seguito della scelta operata dal curatore.

Vi è, però, chi ha sostenuto che, dal punto di vista letterale, né l'art. 83-*bis* l. fall. né alcuna altra norma stabilisce che l'estinzione del contratto principale importi l'estinzione della clausola compromissoria, per cui ciò non può accadere, a meno che non venga effettuata una novazione. L'impossibilità di sostenere che la norma sancisca l'estinzione della clausola arbitrale in una con l'estinzione del contratto, poi, deriverebbe dal fatto che una siffatta interpretazione avrebbe come conseguenza quella di escludere una volta per tutte la scelta arbitrale in ordine ai rapporti tra fallito e terzo contraente che sopravvivano allo scioglimento del contratto e che derivino da quest'ultimo e tale conseguenza sarebbe irragionevole nell'eventualità in cui il fallito torni *in bonis*. In conclusione, secondo tale orientamento, l'art. 83-*bis* l. fall. non afferma che la convenzione arbitrale si

---

delegato un termine, decorso il quale il compromesso o la clausola compromissoria si intendono sciolti"; G. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, in *Dir. fall*., 2014, 2, p. 10272. In giurisprudenza, v. Cass., 18 agosto 1998, n. 8145, in *Fall*., 1999, 979.

[295] v. G. CABRAS, *op. cit*., p. 1519.

[296] A. CASTAGNOLA – A.F. DI GIROLAMO, *op. cit*., p. 566: "La norma non rappresenta altro che una conferma del principio di accessorietà della clausola compromissoria, poiché si limita a prevedere che, se il curatore si scioglie da un contratto contenente la pattuizione arbitrale, lo scioglimento dal contratto implica anche lo scioglimento della clausola compromissoria".

estingue con il contratto, ma più semplicemente stabilisce che il processo arbitrale non può essere proseguito[297].

Un particolare approccio ricostruttivo, partendo dal presupposto secondo cui "nessuna norma consente lo scioglimento dell'amministrazione fallimentare dalla convenzione di arbitrato precedentemente stipulata dall'imprenditore poi fallito"[298], propone di risolvere la questione ricorrendo all'applicazione dell'art. 1372 c.c., il quale, al primo comma, stabilisce che il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Da ciò deriverebbe che la scelta della via arbitrale sopravvive alla dichiarazione di fallimento, "sia che il giudizio arbitrale serva a far valere effetti principali derivanti da un rapporto sostanziale che sopravvive, sia che esso serva a far valere pretese restitutorie emergenti a favore del fallito dal venir meno di rapporti pendenti"[299].

Una conferma a favore di tale conclusione risiederebbe, secondo il sostenitore di detta tesi, nella disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 169-*bis* l. fall., norma inserita nella legge fallimentare dal legislatore del 2012, in tema di concordato preventivo. Secondo questo orientamento, infatti, non vi sono valide ragioni che dovrebbero consentire l'applicazione al fallimento di un principio opposto rispetto a quello esplicitamente canonizzato per il concordato preventivo, il quale prevede, come sappiamo, che lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.

A me sembra, però, che tale argomento sia poco convincente, in quanto, a mio avviso, il legislatore del 2012 è intervenuto appositamente ed unicamente per chiarire i termini del rapporto tra arbitrato e concordato preventivo, con l'intento di metterne in luce le differenze rispetto a quelli del rapporto tra arbitrato e fallimento. Il legislatore, dunque, non ha introdotto l'art. 169-*bis*, successivamente rispetto all'art. 83-*bis*, per illustrare una volta per tutte il problema dell'opponibilità alle procedure concorsuali in generale delle convenzioni arbitrali precedentemente stipulate dal debitore, bensì, al contrario, per mettere in chiaro che – considerati i

[297] E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 6.
[298] M. BOVE, *op. cit*., p. 225.
[299] *Ibidem.*

differenti effetti che si producono nei confronti del debitore medesimo con la dichiarazione di fallimento, da un lato, e con l'apertura della procedura di concordato preventivo, dall'altro lato – la soluzione da adottare in caso di concordato preventivo è opposta rispetto a quella sancita per il fallimento.

L'opinione più convincente mi pare, allora, essere quella, condivisa dalla maggior parte degli interpreti[300], secondo la quale, sulla base dell'art. 83-*bis*, l'opponibilità al fallimento della convenzione arbitrale si trovi a dipendere, anche prima dell'instaurazione del giudizio arbitrale, dalla scelta operata dal curatore in merito al subentro nel contratto principale. Di conseguenza, se il curatore subentra nel contratto, essa conserva la sua vincolatività anche se il procedimento non è iniziato.

Tale conclusione, a mio avviso, è deducibile dal dato normativo. Dall'analisi dell'art. 83-*bis* l. fall., infatti, sembra corretto, da un lato, ricavare una regola esplicita, ossia l'inefficacia della clausola compromissoria qualora il relativo contratto si sciolga dopo la dichiarazione di fallimento, in modo automatico o per decisione del curatore, e, dall'altro lato, trarre *a contrario* la regola implicita secondo cui la clausola compromissoria è efficace per il curatore, qualora questi prosegua il contratto contenente detta clausola. Partendo da tali premesse, pare inevitabile che, *a fortiori*, tali regole si applichino anche nel caso in cui l'arbitrato, al momento dell'apertura della procedura concorsuale, non sia stato ancora avviato.

Come sottolineato nel paragrafo precedente, l'art. 83-*bis* l. fall. ha una portata molto limitata, in quanto non disciplina – almeno direttamente – molti aspetti del rapporto intercorrente tra arbitrato e fallimento, tra i quali anche quello (molto discusso) dell'opponibilità della convenzione di arbitrato alla procedura nel caso di contratto già portato a termine ed "esaurito" prima della dichiarazione di fallimento di una delle parti, relativamente al quale, in questa sede, si può effettuare una breve disamina: innanzitutto, va chiarito che il curatore (nella l.c.a., il commissario

[300] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 415; U. APICE, *op. cit*., p. 10265; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 358; A. CASTAGNOLA – A. F. DI GIROLAMO, *op. cit*., p. 566.

liquidatore), in tale ipotesi, non ha la facoltà di scegliere se subentrare o meno nel contratto principale, perché ormai quest'ultimo non è più pendente.

Anche per i contratti già interamente eseguiti all'epoca dell'apertura della procedura concorsuale, comunque, "possono darsi rapporti sospesi, assistiti da clausola arbitrale, per i quali sia finanche già pendente il processo arbitrale"[301].

Una parte della dottrina ritiene che, anche in tale ipotesi – come in quella in cui il curatore (o il commissario liquidatore) scelga di subentrare nel contratto pendente –, la convenzione di arbitrato mantenga efficacia a seguito dell'apertura della procedura concorsuale; tuttavia, la perdurante efficacia della convenzione arbitrale viene giustificata dagli interpreti sulla base di differenti argomentazioni[302].

Alcuni, infatti, sostengono che il patto arbitrale continui ad essere vincolante attraverso il richiamo al principio di accessorietà della clausola compromissoria rispetto al contratto cui essa accede: è stato osservato che "la soluzione della

[301] E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 13. Per quanto riguarda, in questo caso, il problema della proseguibilità del giudizio arbitrale, è stato sottolineato che la disciplina dell'improseguibilità del giudizio arbitrale in caso di scioglimento dal contratto principale prevista dall'art. 83-*bis* l. fall., implicando un chiaro riferimento alla disciplina dei contratti pendenti, verrebbe ad applicarsi solo, appunto, ai "rapporti pendenti", ossia ai contratti rimasti inadempiuti da entrambe le parti, dovendosi ritenere che, per i procedimenti arbitrali relativi a contratti eseguiti, il dettato dell'art. 83-*bis* non sia operativo, per mancanza di un presupposto necessario: v. U. APICE, *op. cit*., nota 10.

[302] Ritengo doveroso mettere in luce che, comunque, la dottrina è concorde sul fatto che non è esatto giustificare la perdurante efficacia della convenzione di arbitrato sulla base dell'argomento maggiormente utilizzato dalla giurisprudenza e fatto proprio anche dalle Sezioni Unite, ovvero quello secondo cui la clausola arbitrale sarebbe riconducibile 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.), e, come tale, non sarebbe soggetta a scioglimento nel caso di fallimento di uno dei mandanti, in deroga al disposto dell'art. 78 l. fall.. È stato sottolineato, infatti, che, per questa via, vengono erroneamente sovrapposti due piani che devono essere tenuti distinti: il primo è quello della convenzione arbitrale, che è un accordo negoziale tra le sole parti e che certamente non ha la natura di mandato; il secondo è quello del rapporto tra parti ed arbitri, che può sì essere ricondotto nell'alveo del mandato, ma non rileva ai fini della soluzione del problema di cui ci stiamo occupando. Si veda, a tal proposito, F. CORSINI, *Arbitrato e fallimento – Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria sottoscritta dalla società fallita, quando era in bonis*, in *Giur. it*., 2017, 4, p. 927; L. BACCAGLINI, *Convenzione di arbitrato – Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria stipulata dal fallito, quando in bonis*, in *Giur. it*., 2019, 3, p. 638; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, in *Fall*., 2016, 7, p. 855. Per quanto riguarda la giurisprudenza, si veda, ad esempio, Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Fall.*, 1993, 474; Cass., 20 agosto 1993, n. 8806, in *Giur. it.*, 1994, 142; Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, in *Riv. Arb.*, 2004, 701 e ss., con nota cit. di A. LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*; Cass., 8 settembre 2006, n. 19298; Cass., 14 ottobre 2009, n. 21836; Cass., 17 febbraio 2010, n. 3803; Cass., Sez. Un., 25 maggio 2015, n. 10800, in *Giur. It.*, 2016, 1196; Trib. Torino, 10 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 854.

sopravvivenza della clausola compromissoria nelle due evenienze dianzi delineate – ovvero quella del subentro del curatore nel contratto pendente e quella in cui il rapporto non sia pendente in senso tecnico, perché già esaurito – deve essere fondata essenzialmente sulla necessaria corrispondenza tra la sorte del contratto e quella della clausola compromissoria in esso contenuta. La clausola compromissoria è, infatti, accessoria al contratto nel quale è inserita e, con esso, costituisce un unico fascio di rapporti negoziali, che non può essere separato dal curatore"[303].

Altri, invece, per rispondere al quesito, ritengono fondamentale verificare quale sia la posizione assunta dall'amministrazione fallimentare rispetto al fallito ed ai rapporti giuridici inerenti al suo patrimonio[304].

A tal proposito, è stato osservato che l'apertura della procedura concorsuale non costituisce una vicenda successoria rispetto alle convenzioni arbitrali o ai rapporti giuridici pregressi. In realtà, infatti, il curatore (così come il commissario liquidatore) acquisisce unicamente l'amministrazione e la disponibilità dei beni del debitore sottoposto a procedura, il quale corrispondentemente viene privato di tali facoltà, ai sensi dell'art. 42 l. fall., ma non subentra a quest'ultimo nella titolarità dei diritti e dei beni, che restano in capo al debitore medesimo, così come i rapporti giuridici pregressi[305].

---

[303] F. CORSINI, *op. cit.*, p. 927: "Né, in senso contrario, depone la regola dell'autonomia della clausola compromissoria consacrata nell'art. 808, comma 2, c.p.c., dato che tale regola riguarda soltanto la valutazione della validità della convenzione arbitrale rispetto al negozio al quale si riferisce e non pare dotata di una *vis expansiva* rispetto a tale ristretto ambito". L'Autore, comunque, come sottolineato, ritiene che, in caso di contratto già esaurito, il curatore dovrà avvalersi della clausola compromissoria per far valere le proprie ragioni e "ciò che rileva è unicamente che la *causa petendi* attenga al periodo in cui il contratto era in essere".

[304] *Contra* F. CORSINI, *op. cit*., p. 927: "la soluzione qui preferita (volta a configurare la perdurante efficacia della convenzione arbitrale nelle due ipotesi sinora considerate) prescinde dal dibattito circa la qualificazione del ruolo processuale del curatore e della natura della sua legittimazione ad agire".

[305] G. CABRAS, *op. cit*., p. 1523, il quale sottolinea che "per le convenzioni arbitrali, stipulate antecedentemente, si pone soltanto un problema di efficacia (nonché di opponibilità) per gli organi della procedura, non già di successione. In questa prospettiva, la questione circa l'efficacia della convenzione arbitrale riguarda anche i rapporti giuridici pregressi, che non siano più pendenti al momento dell'apertura della procedura concorsuale"; M. MACCHIA, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, in *Fall*., 2006, 7, p. 817, il quale evidenzia anche che il fatto che la titolarità dei beni resti in capo al fallito è comprovato dal fatto che, con la chiusura del fallimento, il debitore recupera pienamente i poteri sul suo patrimonio non liquidato, senza che occorra un qualche atto di ritrasferimento né comunque comportando la chiusura un ritrasferimento *ex lege*; L. BACCAGLINI, *op. cit.*, p. 638: "è da escludere che il curatore possa considerarsi un

Il curatore, dunque, come evidenziato dalla dottrina in esame, deve essere configurato come un soggetto dotato del potere di disporre del patrimonio altrui e, di conseguenza, quando egli agisce per realizzare diritti compresi in tale patrimonio, non assume la qualità di successore *ex* art. 111 c.p.c., ma, piuttosto, quella di soggetto legittimato ad esercitare in nome proprio diritti altrui, ai sensi dell'art. 81 c.p.c.[306].

Ove si accolga tale premessa, si deve concludere nel senso che "il curatore potrà e dovrà utilizzare la clausola compromissoria (come pure l'eventuale compromesso) già conclusosi dal fallito: egli, infatti, non si presenta come successore a titolo particolare del fallito, ma come *alter ego* dello stesso che opera nella medesima situazione di diritto sostanziale facente capo a quegli"[307].

D'altra parte, c'è chi sostiene che il curatore ricopra una posizione di terzietà sia rispetto alla convenzione arbitrale stipulata dal debitore quando era *in bonis*, sia rispetto all'eventuale processo arbitrale. Sulla base di tale premessa, dovrebbe ritenersi, allora, che il curatore non succeda nei rapporti scaturenti dai contratti già eseguiti e che, conseguentemente, non sia vincolato dal relativo patto compromissorio; comunque, "ciò non implica che quest'ultimo si sia estinto per ciò

---

rappresentante processuale, perché degli effetti della sentenza che *in thesi* condanni il terzo a pagare al fallito beneficia la massa fallimentare, non già il fallito; è parimenti da scartare l'idea che il curatore sia successore a titolo particolare nel diritto del fallito, perché il primo non diviene titolare del diritto del secondo".

[306] Art. 81 c.p.c. ("Sostituzione processuale"): "Fuori dei casi previsti espressamente dalla legge, nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui".

v. L. BACCAGLINI, *op. cit*., p. 638, la quale sottolinea che, in particolare, si è in presenza di una "surrogazione processuale forzata", "ad indicare il fatto che la legittimazione straordinaria ad agire del curatore, riconosciuta *ex* art. 43 l. fall., prescinde qui dalla inerzia del sostituito, che è invece presupposto dell'azione surrogatoria *ex* art. 2900 c.c. Oltretutto, proprio la circostanza che al fallito sia negato l'esercizio in giudizio dei propri diritti spiegherebbe perché, in questi casi, non vi sia la necessità di integrare il contraddittorio, come prevede invece l'art. 2900, 2° comma, c.c. Inoltre, l'idea di una "forzata" surrogazione processuale (*rectius*: di una legittimazione surrogatoria "speciale") ben si attaglia a descrivere la posizione processuale del curatore che - lungi dal far valere un proprio diritto soggettivo - esercita una potestà, un ufficio pubblico".

[307] M. MACCHIA, *op. cit*., p. 818; L. BACCAGLINI, *op. cit*., p. 639, la quale sottolinea che il curatore "lungi dall'esercitare un diritto proprio, deduce in giudizio una situazione giuridica altrui; egli non esercita un'azione autonoma ma si limita a proporre la stessa azione che il legittimato ad agire non ha voluto (o, nel nostro caso, potuto) proporre; per queste ragioni, chi agisce *ex* art. 81 c.p.c. non può sottrarsi al vincolo della clausola compromissoria inserita nel contratto che il sostituito ha concluso, posto che proprio quel contratto è *causa petendi* della domanda che egli propone".

solo dell'avvenuta estinzione del contratto: solo, non sarà opponibile al curatore"[308].

In definitiva, a me pare convincente il ragionamento di chi ha messo in luce che, partendo dal presupposto secondo cui, per le convenzioni arbitrali stipulate dal debitore antecedentemente all'apertura della procedura concorsuale, si pone un problema di efficacia (nonché di opponibilità) per gli organi della procedura e non di successione, la questione circa l'efficacia della convenzione di arbitrato, contenuta in contratti che non siano più pendenti al momento dell'apertura stessa, deve essere risolta in senso diverso rispetto a quanto previsto per i rapporti giuridici in corso dall'art. 83-*bis* l. fall., "essendo questa disposizione strettamente legata allo scioglimento del rapporto sostanziale in conseguenza della procedura"[309]. Più precisamente, siccome l'inefficacia disposta da tale norma per la convenzione arbitrale deriva dalla valutazione negativa connessa allo scioglimento del rapporto, essendo il suo assetto complessivo di interessi considerato in contrasto con la procedura, laddove una simile valutazione negativa non sia espressa, come avviene nei rapporti giuridici già esauritisi, la convenzione arbitrale (sia la clausola compromissoria, sia il compromesso) mantiene efficacia, se sussistono i requisiti per l'opponibilità alla stessa procedura[310].

---

[308] E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 13.

A favore dell'inopponibilità della convenzione di arbitrato al curatore, in caso di contratti già eseguiti, si veda anche C. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, cit., p. 980: "se il contratto è stato eseguito da una delle parti, il curatore non può, evidentemente, subentrare in un contratto non più pendente, ma, correlativamente, non può subentrare neppure nella clausola compromissoria ivi contenuta (la quale, a sua volta, ha esaurito i suoi effetti), così che egli si trova nella semplice condizione di dovere esigere un credito del fallito e di dovere promuovere, in caso di inadempimento, una ordinaria azione diretta ad ottenere la condanna del debitore; analoghe considerazioni valgono per il compromesso (con il quale le parti demandano agli arbitri la decisione su una controversia tra esse insorta e che può avere ad oggetto anche un rapporto sostanziale extracontrattuale): anche in questo caso, se si parte dalla premessa dell'inesistenza di un rapporto pendente, il curatore non trova nessun rapporto nel quale eventualmente subentrare, mentre l'accordo negoziale (che ha esaurito i suoi effetti), non sembra potere essere opponibile alla massa, riprendendo vigore la disciplina ordinaria dei rapporti negoziali, secondo la quale (art. 1372 codice civile) «il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge»".

[309] G. CABRAS, *op. cit*., p. 1523.

[310] *Ibidem*. L'Autore sottolinea che la posizione di terzietà della procedura concorsuale assume rilievo per l'accertamento circa l'anteriorità degli atti, rispetto alla stessa procedura, ai fini della loro opponibilità. Relativamente al tema in esame, dunque, è necessario verificare l'anteriorità della convenzione arbitrale rispetto alla dichiarazione di fallimento (o all'apertura di altra procedura concorsuale). Ne deriva che "la scrittura autenticata non è opponibile all'organo di gestione della

Ferma la breve digressione che precede, ne deriva, tornando al tema oggetto di questo elaborato, che una convenzione di arbitrato stipulata dal debitore poi sottoposto a liquidazione coatta amministrativa è opponibile alla procedura concorsuale nell'ipotesi in cui il commissario liquidatore decida di subentrare nel contratto principale (ma anche, come si è visto, nel caso in cui il contratto principale sia ormai esaurito), per cui il commissario che voglia iniziare o proseguire un'azione è tenuto a farlo davanti agli arbitri. In particolare, il subentro del commissario liquidatore in un contratto comporta il subentro in tutte le clausole del contratto, ivi compresa la clausola compromissoria. Al contrario, il vincolo non sussiste nel caso in cui il contratto cui accede la convenzione di arbitrato, per effetto della l.c.a., si sia sciolto *ipso iure*, oppure nell'ipotesi in cui il commissario liquidatore disponga della facoltà di cui all'art. 72 l. fall. e l'abbia esercitata decidendo di sciogliersi dal contratto stesso.

Una volta individuata la *ratio* della norma, è possibile ampliare la portata della stessa alle fattispecie analoghe.

L'art. 83-*bis*, infatti, tratta espressamente soltanto delle sorti della clausola compromissoria, senza considerare quelle del compromesso arbitrale. Come si è già visto per l'art. 169-*bis* l. fall., previsto in materia di concordato preventivo[311], è comunque pacifico che la medesima soluzione si applichi ad entrambe le ipotesi, sulla base della *ratio* che accomuna le due situazioni, in quanto sia il compromesso sia la clausola compromissoria, sin dalla loro stipulazione, producono l'identico effetto di sottrarre la controversia all'autorità giudiziaria[312].

Non sembra ammissibile, invece, pervenire alla medesima soluzione quando si sia in presenza di una convenzione di arbitrato in materia non contrattuale,

---

procedura concorsuale, se priva di data certa anteriore alla stessa procedura (art. 2704 c.c.), e le formalità per rendere opponibili gli atti ai terzi sono prive di effetto nei suoi confronti, se compiute dopo l'apertura della procedura (art. 45 l. fall.)".

[311] A tal proposito, si rimanda al primo capitolo, che tratta del rapporto tra arbitrato e concordato preventivo.

[312] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 415; U. APICE, *op. cit*., p. 10264: "la soluzione non può che essere identica a quella espressamente contemplata della clausola arbitrale. La clausola, anche se formalmente autonoma, è pur sempre integrativa della volontà negoziale e quindi non c'è ragione per non far valere il criterio del subentro nel contratto a cui accede. Insomma, nei limiti in cui la regola dell'art. 83-*bis* vale per la clausola, deve valere anche per il compromesso".

disciplinata dall'art. 808-*bis* c.p.c., non essendoci in tal caso un contratto sostanziale di riferimento, che possa risolversi in conseguenza della procedura concorsuale[313].

Infine, altra incompletezza è che la norma non specifica se è rivolta a disciplinare la proseguibilità dell'arbitrato rituale o di quello irrituale o di entrambi. In tal caso, però, sembra pacifico che il legislatore si sia voluto riferire sia all'uno sia all'altro, in quanto si distinguono solo sul piano degli effetti, mentre, in relazione alle esigenze che il legislatore della riforma ha inteso salvaguardare, non fa alcuna differenza che la clausola abbia ad oggetto un arbitrato rituale o un arbitrato irrituale[314].

4. Effetti della l.c.a. sul procedimento arbitrale pendente.

Anche in relazione agli effetti della liquidazione coatta amministrativa sul procedimento arbitrale pendente, è necessario analizzare l'art. 83-*bis* l. fall., che, come anticipato, si occupa espressamente della (sola) sorte del giudizio arbitrale a seguito della dichiarazione di fallimento di una parte[315] e a cui l'art. 201, comma 1, l. fall., appunto, rimanda. Ancora una volta, dunque, bisogna mettere in luce le

[313] G. CABRAS, *op. cit.*, p. 1520.

Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, II ediz., Bologna, 2007, p. 117, che in tale ipotesi ritiene applicabile l'art. 72 l. fall., nel senso che il curatore possa scegliere se sciogliersi o meno dal rapporto giuridico pendente. *Contra*: G. CABRAS, *op cit*., nota 43, il quale sottolinea che tale norma riguarda i contratti a prestazioni corrispettive, tra i quali non sembra rientrare la convenzione arbitrale di cui all'art. 808-*bis* c.p.c.; U. APICE, *op cit.*, p. 10264, il quale afferma che, in tal caso, "mancando un contratto di riferimento, non è possibile adottare il criterio del subentro nel contratto. Né si potrebbe attribuire al curatore un esorbitante potere di scelta, laddove il legislatore della riforma ha dimostrato una considerazione, maggiore che nel passato, delle esigenze dei terzi, cui ha cercato di evitare sacrifici aggiuntivi rispetto a quelli prodotti dall'insolvenza. Insomma, proprio oggi che si è affinata la sensibilità del legislatore a recepire specificità e differenziazioni di cui tener conto nel bilanciamento degli interessi, sarebbe veramente in controtendenza far soggiacere l'aspettativa del terzo alla unilaterale determinazione del curatore, a dispetto di un vincolo legittimamente creatosi (e che quindi si trova nel patrimonio del debitore) anteriormente all'apertura della procedura fallimentare".

[314] U. APICE, *op. cit.*, p. 10265.

[315] *Contra* A. CASTAGNOLA – A. F. DI GIROLAMO, *op. cit*., p. 567: "L'art. 83-*bis* risponde al quesito circa la sorte della clausola compromissoria; e, poiché questa è una pattuizione contrattuale, vi risponde mediante le norme dedicate agli effetti del fallimento sui contratti. Ma al diverso quesito circa la sorte dell'arbitrato pendente – che rientra invece tra i rapporti processuali – sono le norme dedicate a questi ultimi a dare risposta".

conclusioni raggiunte dagli interpreti riguardo a tale questione nell'ambito del fallimento per poi trasporle nell'ambito della l.c.a..

Come più volte sottolineato, il procedimento arbitrale avviato prima della dichiarazione di fallimento non potrà proseguire soltanto nel caso in cui il contratto che ha dato origine alla controversia venga sciolto di diritto o a seguito della scelta operata dal curatore (nel caso della l.c.a., dal commissario liquidatore), in quanto viene meno il fondamento del giudizio arbitrale stesso[316].

L'art. 83-*bis* l. fall., dunque, è la prova che la dichiarazione di fallimento di per sé non travolge un arbitrato promosso in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento. Come in precedenza chiarito, infatti, leggendo la norma *a contrario* emerge che l'arbitrato è proseguibile se il contratto principale non si scioglie e, quindi, è possibile ricavarne un principio generale che è quello secondo cui l'arbitrato, nell'ipotesi in cui la convenzione di arbitrato sia opponibile alla procedura, è insensibile al fallimento di una delle parti: "un procedimento arbitrale che nasce da una clausola compromissoria contenuta in un contratto che si è concluso ed ha esaurito i suoi effetti, ovvero da un compromesso, o, più in generale, da una convenzione arbitrale (anche *ex* art. 808-*bis*) prosegue dopo la dichiarazione di fallimento di una delle parti"[317].

Ovviamente, il processo di fronte agli arbitri potrà proseguire a patto che la controversia oggetto del giudizio resti arbitrabile dopo la dichiarazione di fallimento. Il riferimento è chiaramente a quelle pretese che, a seguito dell'apertura della procedura concorsuale, devono essere fatte valere all'interno del fallimento. Ciò vale, come in precedenza evidenziato[318], anche per la liquidazione coatta amministrativa, per la quale è previsto un sistema di accertamento dello stato

[316] A. F. DI GIROLAMO*, L'impatto dell'art. 43, comma 3, l. fall. sui procedimenti arbitrali pendenti: alcune riflessioni alla luce del c.d. "Decreto salva banche venete"*, in *Riv. arb*., IV, 2018, p. 783: "affinché il procedimento arbitrale resti proseguibile, è necessario anche che il curatore subentri nel contratto contenente la clausola compromissoria dal quale esso trae origine, dal momento che, ai sensi dell'art. 83-*bis* l. fall., diventano improseguibili tutti i procedimenti arbitrali pendenti che si fondano su una clausola compromissoria contenuta in un contratto che si sia sciolto automaticamente, oppure dal quale il curatore si sia sciolto volontariamente, ai sensi delle norme che regolano gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti".

[317] G. VONA, *op. cit*., p. 10275.

[318] Si rimanda al paragrafo 2 del presente capitolo.

passivo diverso dal processo civile di cognizione: l'accertamento deve svolgersi dinanzi al commissario liquidatore nell'ambito di un procedimento di carattere amministrativo (nel quale – come prima precisato – può eventualmente inserirsi una successiva fase giurisdizionale), essendo così esclusa la possibilità di promuovere un arbitrato per accertare un credito.

Qualora il giudizio arbitrale sia già pendente al momento dell'apertura della procedura concorsuale, ne deriva, quindi, l'improcedibilità dello stesso giudizio[319].

Qualora, però, il giudizio arbitrale prosegua tra le parti originarie fino alla pronuncia del lodo, questo è inopponibile alla procedura concorsuale, ma può spiegare efficacia nei confronti del fallito, una volta tornato *in bonis*. Il curatore, poi, può far valere l'inopponibilità del lodo pronunciato dopo la dichiarazione di fallimento, quando il creditore presenti domanda di ammissione al passivo sulla base della pronuncia arbitrale. Il curatore può anche, come osservato dalla Suprema Corte, "proporre impugnazione avverso la decisione non ancora passata in giudicato sia per impedire che il passaggio in giudicato della detta pronuncia produca effetti negativi nei confronti del fallito al momento della chiusura del fallimento e sia per ottenere comunque la dichiarazione di improcedibilità del giudizio"[320].

Chiarito quel che accade alle liti non arbitrabili nell'ambito del fallimento (e della l.c.a.), è bene ricordare che, per le controversie relative a beni e diritti compresi nel fallimento[321], il fallito perde la capacità processuale (con riferimento

[319] G. CABRAS, *op. cit*., p. 1510; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 57. Secondo un Autore, invece, "in questo caso, se non avrebbe alcun senso immaginare un subentro del curatore nel giudizio arbitrale, poiché, ai sensi dell'art. 52 l. fall., a seguito della dichiarazione di fallimento, i crediti nei confronti del fallito vanno accertati nel fallimento secondo le relative modalità, è anche vero che non ha senso immaginare una chiusura di quel giudizio. Starà all'attore scegliere. Egli può rinunciare agli atti e coltivare la sua pretesa solo nel fallimento. Ma, se egli vuole continuare il giudizio arbitrale potrà farlo, sapendo però che il lodo che otterrà sarà opponibile al debitore al di fuori del fallimento, una volta che questo sia tornato *in bonis*": M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., nota 18.

[320] Cass., 4 settembre 2004, n. 17891, in *Dir. fall*., 2005, 3-4, p. 430; v. anche R. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Fall*., 2005, 5, p. 623 (nota a detta sentenza).

[321] È chiaro che, come è giustamente stato sottolineato, se l'oggetto della controversia è costituito da un bene o diritto escluso dal fallimento ai sensi dell'art. 46 l. fall., l'apertura del fallimento non dovrebbe aver alcun effetto sul procedimento arbitrale, non impedendone la prosecuzione nei confronti del fallito stesso; e "la stessa soluzione dovrebbe valere con riferimento a processi che abbiano ad oggetto beni o diritti non esclusi dal fallimento *ex* art. 46 l. fall., ma

alle liti relative al patrimonio concorsuale), come previsto dall'art. 43 l. fall., per cui sta in giudizio il curatore, ai sensi del primo comma della norma in esame.

Una norma analoga è prevista anche per la liquidazione coatta amministrativa: l'art. 200, comma 2, l. fall. stabilisce che, nelle controversie anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa, sta in giudizio il commissario liquidatore.

È doveroso premettere che il termine "controversia" viene concordemente interpretato come ricomprendente anche gli arbitrati (rituali), sicché è pacifico che negli arbitrati, anche in corso, deve stare in giudizio il curatore (o il commissario liquidatore), tutte le volte in cui il procedimento abbia ad oggetto un rapporto patrimoniale dell'impresa sottoposta alla procedura concorsuale[322].

Nella misura in cui il giudizio arbitrale pendente già col debitore debba proseguire nei confronti dell'organo della procedura concorsuale, si pone il problema assai controverso del come questo subentri in luogo di quello[323].

Alcuni interpreti, infatti, ritengono che, anche all'arbitrato, si applichi l'istituto dell'interruzione del processo[324], previsto dal terzo comma dell'art. 43 l. fall., mentre altri sostengono che si debba ricorrere all'art. 816-*sexies* c.p.c.[325], il quale prevede che – eventualmente (ossia nel caso in cui gli arbitri convengano in tal senso) – il giudizio arbitrale possa essere sospeso.

---

investiti da derelizione da parte del curatore ai sensi dell'art. 104-*ter*, comma 8, l. fall.": A. CASTAGNOLA – A. F. DI GIROLAMO, *op. cit*., p. 558.

[322] A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, cit., p. 228.

[323] Problema che si è affrontato anche nel secondo capitolo "Arbitrato e concordato fallimentare" (paragrafo 4), in cui la questione si è, però, posta a parti invertite: il subentro del debitore in luogo del curatore nel procedimento arbitrale pendente.

[324] Si vedano in questo senso, A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, cit., 227 ss.; Id., *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 169 ss.; A. F. DI GIROLAMO, *L'impatto dell'art. 43, comma 3, l. fall. sui procedimenti arbitrali pendenti: alcune riflessioni alla luce del c.d. "Decreto salva banche venete"*, cit., 775; F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione di arbitrato stipulata dal fallito, alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 361; A. CASTAGNOLA – A. F. DI GIROLAMO, *Il curatore, il procedimento arbitrale pendente ed il lodo*, cit., al quale rimando per ulteriori riferimenti bibliografici. *Contra* F. TEDIOLI, *Appunti sul rapporto tra arbitrato rituale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Studium Iuris*, 2006, 5, p. 531.

[325] L'articolo è stato introdotto con la riforma arbitrale del 2006.

Questi ultimi fanno leva sul fatto che la disciplina generale dell'arbitrato non prevede cause di interruzione del giudizio arbitrale, ma soltanto la sospensione, quando "la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale" (art. 816-*sexies* c.p.c.)[326].

Pur non essendo la dichiarazione di fallimento (o l'apertura della liquidazione coatta amministrativa) assimilabile al venir meno dell'impresa insolvente, la perdita della sua capacità processuale sembrerebbe costituire una situazione analoga, tale da giustificare l'applicazione dell'art. 816-*sexies* c.p.c.[327]: siccome "il caso in cui la parte viene meno" costituisce un'accezione generica, quest'ultima sarebbe in grado di ricomprendere anche il caso *de quo*. In presenza, dunque, di una disciplina dettata appositamente per l'arbitrato e tesa evidentemente ad escludere l'istituto dell'interruzione, l'art. 43, comma 3, l. fall. sarebbe rivolto soltanto alle liti davanti al giudice.

D'altro canto, chi è a favore dell'applicabilità dell'interruzione anche al processo arbitrale sostiene che l'art. 43 l. fall. andrebbe letto in modo inscindibile, per cui se nell'arbitrato sta in giudizio il curatore ai sensi del primo comma della norma in esame (e questo è pacifico), "quando l'arbitrato incontra sulla sua strada il fallimento, deve subire la sorte che la medesima norma prevede, e quindi deve interrompersi ai sensi del terzo comma"[328].

Inoltre, sarebbe errato affermare che l'interruzione sia (ancora) un istituto estraneo e sconosciuto all'arbitrato, in quanto quest'ultimo avrebbe fatto la conoscenza dell'istituto dell'interruzione con la riforma delle procedure concorsuali del 2006: il terzo comma dell'art. 43 l. fall., prevedendo espressamente l'interruzione dei processi pendenti aventi ad oggetto rapporti patrimoniali

[326] G. VONA, *op. cit*., p. 10275.

[327] G. CABRAS, *op. cit.*, p. 1528; M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 314; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 15; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 138; G. GARGIULO, *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero per risoluzione contrattuale (e conseguente credito)*, in *Giur. it*., 2015, 2451; P. FUSAI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, in *L'arbitrato*, C. Cecchella (a cura di), cit., p. 572; S. A. CERRATO, *Procedure concorsuali e arbitrato*, in *Giur. arb*., 2019, 2, 339.

[328] A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, cit., p. 229.

compresi nel fallimento, dovrebbe essere applicato ad ogni genere di processo pendente, compreso quello arbitrale[329].

La tesi dell'applicabilità dell'art. 43, comma 3, l. fall. sarebbe avvalorata, poi, dal fatto che l'interruzione prevista dalla norma in esame è un'interruzione automatica, che prescinde, dunque, dalla dichiarazione in udienza dell'evento interruttivo o dalla notifica di esso alla controparte, differenziandosi, così, dalla figura dell'interruzione contemplata dal codice di rito. La caratteristica dell'automaticità si spiegherebbe con la volontà del legislatore di tutelare gli interessi pubblicistici sottesi al fallimento, motivo per il quale quest'ultimo vuole evitare che il processo possa proseguire indisturbato malgrado l'apertura della procedura concorsuale: ciò che, invece, avverrebbe nel caso in cui fossero previste particolari attività o condizioni per la dichiarazione dell'interruzione e queste non venissero compiute.

Ne consegue che l'esigenza che giustifica l'interruzione automatica dei processi statali dovrebbe valere allo stesso modo per i processi arbitrali; e, se anche si ritenesse che il terzo comma dell'art. 43 l. fall. riguardi solamente i primi, sarebbe necessaria un'applicazione analogica ai secondi, in base al principio "*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*"[330].

---

[329] *Ibidem*; A. CASTAGNOLA – A. F. DI GIROLAMO, *op. cit.*, p. 561, i quali sottolineano che l'art. 43, comma 3, l. fall. dispone l'interruzione dei "processi", e questo termine si riferisce tanto ai giudizi davanti a giudici togati, quanto ai giudizi arbitrali. Infatti, "se per processo intendiamo – come si deve intendere – un procedimento in contraddittorio, non si possono nutrire dubbi sul fatto che anche i procedimenti arbitrali siano tecnicamente processi. […] Del resto, appare singolare limitare l'estensione del termine "processo" usato nel terzo comma ai soli processi statali, quando si interpreta pacificamente l'espressione "controversia in cui si sta in giudizio" di cui al primo comma come ricomprendente anche i procedimenti arbitrali".

[330] *Contra* S. A. CERRATO, *op. cit*., p. 350: a fronte dell'affermazione secondo cui l'art. 43, comma 3, l. fall. è *lex specialis* e, quindi, deroga al regime generale dell'art. 816-*sexies* c.p.c., l'Autore replica che "vera la premessa, ci si scontra però ineluttabilmente con il divieto di applicazione analogica delle norme speciali (art. 14, disp. prel. c.c.), che osta sia ad includere nel «processo» il giudizio arbitrale sia ad estendere la disposizione in parola alla materia arbitrale invocando una qualche *eadem ratio*, che – detto per inciso – neppure sono certo vi sia". Relativamente a quest'ultimo aspetto, poi, l'Autore evidenzia che "se nel processo statale la mancata comunicazione dell'evento interruttivo consente la valida prosecuzione del giudizio (incluso il maturare di preclusioni) e rende opponibile la sentenza anche al terzo (e ciò giustifica esattamente l'esigenza di un automatismo nell'interruzione, che rende nulli tutti gli atti ad essa successivi), la perdita di legittimazione del fallito inficia fin da subito il contraddittorio in arbitrato – che è sostanziale e non formale –, rendendo senz'altro impugnabile il lodo da chi sarebbe stato legittimato a intervenire. Il diverso impatto dell'evento (il fallimento) sull'arbitrato rispetto al processo, in

Sulla base di tale ragionamento, allora, a maggior ragione, non potrebbe corrispondere alla volontà del legislatore che la tutela degli interessi pubblicistici sottesi al fallimento sia rimessa alla diligenza degli arbitri, i quali, ai sensi dell'art. 816-*sexies* c.p.c., dovrebbero assumere "le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio"[331].

I sostenitori di detto orientamento, infatti, non concordano con la pretesa applicabilità dell'art. 816-*sexies* c.p.c. al caso di specie, in quanto, da un lato, non sarebbe corretto affermare che l'imprenditore fallito perde la capacità legale[332] e, dall'altro lato, la norma in esame andrebbe applicata soltanto per casi generali, per cui dovrebbe cedere di fronte alla disposizione di settore dettata per il caso specifico in cui si verifichi l'evento fallimento (ossia l'art. 43, comma 3, l. fall.).

Infine, la dottrina in esame ha aspramente criticato l'argomento fondato sull'art. 83-*bis* l. fall.. Alcuni interpreti, infatti, hanno utilizzato anche un ragionamento fondato su tale disposizione per concludere a favore della mancata interruzione del giudizio arbitrale: dal momento che questa norma prevede che, se il contratto contenente la clausola compromissoria è sciolto per effetto delle norme sui contratti in corso di esecuzione, l'arbitrato pendente non può essere proseguito, si dovrebbe ricavare *a contrario* che, se il contratto prosegue, lo stesso debba accadere al procedimento arbitrale, che, quindi, non si interromperebbe[333].

È stato, però, osservato che il procedimento arbitrale dovrebbe interrompersi anche se il curatore è subentrato nel contratto, proprio in virtù dell'art. 43, comma 3, l. fall.[334] e che il senso dell'art. 83-*bis* l. fall. sarebbe "quello di dirci che cosa

---

ragione del diverso regime procedimentale, se da un lato conferma la *ratio* del terzo comma dell'art. 43, dall'altro induce a negare che sussista, in ambito arbitrale, la medesima esigenza che potrebbe giustificare, *in thesi*, il ricorso al meccanismo analogico".

[331] A. CASTAGNOLA – A. F. DI GIROLAMO, *op. cit*., p. 564: "le misure "discrezionali" possono non garantire il raggiungimento del risultato che la legge considera necessario, vale a dire una riassunzione nei confronti (o una prosecuzione ad opera) del curatore, unico soggetto legittimato a partecipare al giudizio dopo l'interruzione".

[332] *Contra* M. BOVE, *op. cit*., nota 35: "ma è evidente come con la dichiarazione di fallimento il fallito perda la capacità di disporre dei suoi beni", cosa che non si può non riconoscere, "altrimenti non troverebbe applicazione neanche il primo comma dell'art. 43 l. fall.".

[333] S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 332.

[334] "Non ho mai letto, né sentito, nessuno sostenere che un processo statale possa proseguire malgrado il fallimento, per il solo fatto che il curatore sia subentrato nel contratto di cui si tratta nel

accade, o può accadere, al processo arbitrale pendente, dopo che esso si è interrotto"[335].

Esposte le due tesi, a me pare che la questione debba risolversi facendo ricorso all'art. 816-*sexies* c.p.c., poiché, come è stato osservato, nulla impedisce che l'art. 43 l. fall. venga applicato parzialmente al giudizio arbitrale, anche perché il solo terzo comma dell'art. 43 non può fondare l'applicabilità di un istituto nell'ambito di un giudizio nel quale questo non è previsto come operante, come accade per l'interruzione nel campo dell'arbitrato[336].

A mio avviso, dunque, – come sottolineato anche nel precedente capitolo[337] – è determinante il fatto che, nel giudizio arbitrale, le cosiddette vicende anomale, che determinano nel processo statale la sospensione, l'interruzione o l'estinzione, sono disciplinate in modo peculiare rispetto a quanto previsto dalle norme che il codice di rito detta, appunto, per l'arbitrato[338].

---

processo; quindi non vedo motivi per sostenerlo con riferimento ad un procedimento arbitrale": v. A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, p. 231.

[335] A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, p. 231; A. F. DI GIROLAMO, *L'impatto dell'art. 43, comma 3, l. fall. sui procedimenti arbitrali pendenti*, cit., p. 791: "se l'art. 83-*bis* l. fall. sicuramente implica che, in caso di subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria, il procedimento arbitrale resta proseguibile, esso non esclude affatto che, per consentire la prosecuzione, il procedimento arbitrale, come qualsiasi altro "processo", debba transitare per l'interruzione di cui all'art. 43, comma 3, l. fall.".

[336] v. M. BOVE, *op. cit.*, p. 314; S. A. CERRATO, *op. cit*., p. 350, il quale fa una precisazione interessante: "Dato per certo che il primo comma dell'art. 43 si riferisce anche ai giudizi arbitrali poiché il sintagma «*controversie, anche in corso*» non lascia spazio a incertezze, e così pure il secondo comma, ove si legge il sostantivo «*giudizio*» senz'altra specificazione, lo stesso non vale per il terzo comma. Se infatti nel diritto le parole hanno un significato e un peso, il termine «*processo*» che *ivi* si legge («*L'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo*») non può che richiamare il solo giudizio di fronte a magistrati pubblici, in perfetta euritmia con la stessa legge fallimentare (si pensi al tenore dell'art. 83-*bis*) e – ben più importante – con il codice di rito che in materia di arbitrato (artt. 806 ss.) utilizza solo quattro volte questo sostantivo e sempre riferendosi al giudizio statale (artt. 819-*bis*, 819-*ter* e 831) e nelle prime due norme in chiara contrapposizione con il «*procedimento arbitrale*» e l'«*arbitrato*»".

[337] Si rimanda al paragrafo 4 del secondo capitolo.

[338] *Ibidem*.

La conclusione a favore dell'art. 816-*sexies* c.p.c. può essere avvalorata anche dal fatto che l'art. 820, comma 3, c.p.c., nella sua formulazione precedente il d.lgs. 5/2006, stabiliva che, nel caso di morte di una delle parti, il termine per il deposito del lodo era prorogato di trenta giorni, proroga finalizzata a garantire il subingresso nel giudizio del successore, senza alcuna interruzione. Se ne fa derivare la conseguenza che di interruzione, *a fortiori*, non si può parlare neppure in caso di fallimento di una parte: v. F. GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre adr*, cit., p. 320; R. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 632, a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

Tale conclusione mi pare soprattutto la più confacente al caso – oggetto del presente capitolo – della liquidazione coatta amministrativa, alla quale non sembrerebbe potersi applicare il terzo comma dell'art. 43 l. fall., in quanto non richiamato dalla disciplina relativa alla l.c.a. stessa[339]. Il secondo comma dell'art. 200 l. fall., infatti, che si occupa espressamente degli effetti del provvedimento di liquidazione sui giudizi pendenti, stabilisce unicamente che "nelle controversie anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa, sta in giudizio il commissario liquidatore", senza alcun rinvio all'interruzione automatica del processo prevista per il fallimento dall'art. 43 l. fall., il quale non è neppure richiamato dall'art. 200, comma 1, l. fall., che prevede l'applicabilità soltanto degli artt. 42, 44, 45, 46, 47 l. fall.[340].

[339] Tuttavia, è corretto sottolineare che buona parte della dottrina ritiene che tale disposizione, così come il secondo comma dell'art. 43 l. fall., sia applicabile anche alla l.c.a., in quanto "ancorché non richiamati espressamente", non vi è "alcuna valida ragione per addivenire ad una soluzione differente e, anzi, rispondendo queste norme a necessità comuni tanto al fallimento, quanto alla l.c.a.": A. F. DI GIROLAMO, *L'impatto dell'art. 43, comma 3, l. fall. sui procedimenti arbitrali pendenti*, cit., p. 777; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 475: anche il terzo comma dell'art. 43 "a parere di chi scrive, dovrebbe ritenersi applicabile alla l.c.a. Anzi, se è nell'ottica della tutela degli interessi ultraindividuali di cui è portare il fallimento che è stato concepito l'art. 43, comma 3, a maggior ragione la regola da esso posta deve poter essere operante anche nel caso di l.c.a., ove l'interesse pubblico perseguito può ben giustificare la compressione dell'interesse (privato) della controparte processuale dell'ente ad essa sottoposto".

[340] Vedere, a sostegno del ragionamento che ho esposto, Trib. Arezzo, 16 giugno 2014, n. 593, in *Guida al dir*., 2015, 2, 70; Trib. Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, in *Giur. it*., 2016, 89; Trib. Vicenza, 17 ottobre 2017, n. 2856, in *DeJure* (con specifico riferimento alla l.c.a. disciplinata dal T.U.B.): "In seguito alla messa in liquidazione coatta amministrativa di un Istituto Bancario, l'interruzione del processo non va dichiarata d'ufficio; pertanto, in difetto della dichiarazione da parte del procuratore finalizzata al conseguimento dell'effetto interruttivo oppure dei necessari requisiti formali previsti dall'art. 300 c.p.c. (ossia la formulazione in udienza o in atto notificato alle altre parti), il processo prosegue tra le parti originarie. L'articolo 43, comma 3, L.F., infatti, non viene espressamente richiamato dall'art. 80, comma 6, T.U.B., conseguentemente, essendo l'art. 43 cit. norma speciale e derogatoria della disciplina di cui agli articoli 299 e 300 c.p.c. non può trovare applicazione a preferenza della normativa generale"; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2004, n. 1010: "A seguito della sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa di una società si determina per un verso, la perdita della capacità (anche) processuale degli organi societari e per altro verso, la temporanea improcedibilità, fino alla conclusione della fase amministrativa di accertamento dello stato passivo, della domanda azionata in sede di cognizione ordinaria prima dell'inizio della procedura concorsuale; ne consegue che l'eventuale costituzione in giudizio del commissario liquidatore pone rimedio alla perdita di capacità della parte evitando l'interruzione del processo, ma non può influire sull'effetto impeditivo della proseguibilità del giudizio determinato dall'attivazione sulla procedura concorsuale, essendo tale effetto, posto a salvaguardia della *par condicio creditorum*, non disponibile dalle parti".

Detto ciò, in definitiva, ritengo che l'opinione più convincente sia quella a favore dell'applicabilità dell'art. 816-*sexies* c.p.c., per cui starà agli arbitri assumere le misure necessarie per attuare il subentro del curatore (o del commissario liquidatore) al debitore sottoposto alla procedura concorsuale.

Gli arbitri, infatti, secondo quanto stabilito dalla norma in esame, devono adottare le misure idonee per assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, ad esempio disponendo la notificazione degli atti all'organo della procedura, anche se va considerata anche l'ipotesi in cui il curatore (o il commissario liquidatore) si costituisca spontaneamente, senza soluzione di continuità. Inoltre, gli arbitri possono decidere di sospendere il procedimento, qualora lo ritengano opportuno, ove le parti abbiano bisogno di tempo per attuare le loro disposizioni (ottenendo, così, anche la sospensione del termine per la pronuncia del lodo, ai sensi dell'art. 820 c.p.c.).

Infine, se le parti non adempiono alle misure da loro indicate, possono legittimamente rinunciare all'incarico, non potendosi pretendere da essi di giungere alla pronuncia di un lodo annullabile perché assunto in violazione del principio del contraddittorio.

Qualora il commissario liquidatore si costituisca nell'arbitrato, "il procedimento prosegue con la procedura concorsuale, che si trova allora nella medesima posizione processuale del debitore"[341].

4.1 (*Segue*) Effetti del concordato di liquidazione sul procedimento arbitrale pendente.

Un'ipotesi di chiusura della procedura di liquidazione coatta amministrativa espressamente prevista dalla legge è il concordato di liquidazione, la cui disciplina è contenuta negli artt. 214 e 215 l. fall. e ha subito consistenti modifiche ad opera del decreto correttivo n. 169/2007, che ha provveduto a renderla più omogenea con la disciplina propria del concordato fallimentare[342].

[341] G. CABRAS, *op. cit*., p. 1529.

[342] Per un approfondimento, v., tra gli altri, F. TOMASSO, *La riforma del concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria ad opera del decreto*

In particolare, tra le novità più rilevanti introdotte dalla riforma, è stato eliminato il limite temporale stabilito dal previgente art. 214, comma 1, l. fall., il quale consentiva la presentazione della proposta soltanto dopo il deposito dell'elenco dei creditori di cui all'art. 209 l. fall. ed è stata ampliata la platea dei soggetti legittimati alla presentazione della proposta di concordato, in passato riservata alla sola impresa in liquidazione e, oggi, consentita anche ai creditori ed ai terzi.

Inoltre, è stato introdotto, anche per il concordato di liquidazione, il principio dell'autonomia delle parti nella formulazione della proposta, con la conseguente possibilità di suddivisione in classi dei creditori nonché di pagamento in percentuale dei privilegiati, stante il generico rinvio all'art. 124 l. fall. operato dall'art. 214, comma 1, l. fall.[343], e si è previsto che il commissario liquidatore, al fine di garantire la massima conoscibilità della proposta, debba provvedere alla comunicazione della stessa ai creditori ammessi al passivo, con le modalità di cui all'art. 207, comma 4, l. fall., alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e al deposito presso il registro delle imprese.

Infine, la disciplina del giudizio di omologazione del concordato è quella indicata mediante un integrale rinvio agli artt. 129, 130 e 131 l. fall., da applicarsi in quanto compatibili, e va segnalata anche l'estensione al concordato nella liquidazione coatta amministrativa degli effetti processuali e sostanziali del concordato fallimentare.

È corretto sottolineare che, comunque, nonostante questo intervento "armonizzatore", permangono rilevanti differenze tra il concordato di liquidazione e il concordato fallimentare.

In primo luogo, mentre nel concordato fallimentare i legittimati sono liberi di presentare la proposta di concordato, che soltanto in un secondo momento passerà al primo vaglio degli organi della procedura, nel concordato di liquidazione il

correttivo, in *Fall*., 2008, 1, 110; G. FAUCEGLIA, *Concordato fallimentare e liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. fall*., 2009, 2, 10201.

[343] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 486; E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 884.

deposito della proposta presso la cancelleria del tribunale è subordinato alla preventiva autorizzazione dell'autorità di vigilanza, che decide previo parere del commissario liquidatore e sentito il comitato di sorveglianza[344].

In secondo luogo, non è prevista alcuna votazione da parte dei creditori e, dunque, non è stabilita alcuna maggioranza ai fini dell'approvazione. I creditori possono solo manifestare il proprio dissenso mediante opposizione all'omologazione, ai sensi dell'art. 214, comma 3, l. fall., da presentare presso la cancelleria del tribunale nel termine di trenta giorni dalla comunicazione della proposta a cura del commissario liquidatore[345].

Per quel che interessa in questa sede, bisogna chiedersi quali siano gli effetti prodotti dal passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione del concordato nei confronti del procedimento arbitrale pendente che aveva come parte il commissario liquidatore.

Per risolvere tale quesito, bisogna tenere conto sia del fatto che il concordato di liquidazione comporta la chiusura della liquidazione coatta amministrativa e, di conseguenza, la cessazione di tutti gli effetti della procedura, sia del fatto che, a seguito del decreto correttivo del 2007, gli effetti sostanziali e processuali del concordato di liquidazione sono stati uniformati a quelli del concordato fallimentare.

Essenzialmente, da ciò deriva che, con l'omologazione del concordato di liquidazione, si realizza, a parti invertite, la medesima situazione che consegue all'apertura della procedura: il commissario liquidatore perde la capacità processuale, che viene riacquistata dal debitore[346].

---

[344] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 486.

[345] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 881, sottolinea che la mancanza di votazione dei creditori ha fatto attribuire al concordato di liquidazione la qualifica di concordato "coattivo", vista la natura non contrattuale ma pubblicistica; v. anche A. NIGRO – D. VATTERMOLI, op. cit., p. 487: "ciò dovrebbe escludere che si sia in presenza di un "accordo", in senso stretto, tra proponente e creditori e che possa giuridicamente trattarsi di una "proposta" di concordato"; inoltre, "non essendo richiesta alcuna maggioranza ai fini dell'approvazione è da ritenere che il tribunale possa procedere ad "omologare" (più esattamente: approvare) il concordato anche qualora tutti i creditori abbiano presentato opposizione".

[346] La situazione, dunque, è esattamente quella che si realizza a seguito dell'omologazione del concordato fallimentare, sostituito, ovviamente, il commissario liquidatore al curatore e l'impresa sottoposta a l.c.a. al fallito.

Anche in tal caso, dunque, il problema consiste nel cercare di comprendere come il debitore possa subentrare nel procedimento arbitrale pendente in luogo del commissario liquidatore, dato che, come più volte ricordato, l'arbitrato non conosce l'istituto dell'interruzione del processo.

Si presenta, quindi, ancora una volta, a fronte della perdita della capacità processuale di una parte, la dibattuta questione relativa all'applicabilità dell'art. 43, comma 3, l. fall. o dell'art. 816-*sexies* c.p.c., che a me pare preferibile per i motivi suesposti[347], con la conseguenza che saranno gli arbitri a dover adottare le misure necessarie per integrare il contraddittorio.

5. Il potere del commissario liquidatore di stipulare convenzioni di arbitrato: il rinvio dell'art. 206 l. fall. all'art. 35 l. fall..

In caso di liquidazione coatta amministrativa, il potere di stipulare convenzioni arbitrali spetta al commissario liquidatore ed è sottoposto, in relazione al valore (quando l'atto sia di valore indeterminato o superiore ad euro 1.032,91), all'autorizzazione dell'autorità di vigilanza, sentito il comitato di sorveglianza, ai sensi dell'art. 206, comma 2, l. fall..

Il secondo comma dell'art. 206 l. fall., infatti, richiama l'art. 35 l. fall., dettato in tema di fallimento, il quale richiede l'autorizzazione del comitato dei creditori per il compimento, da parte del curatore, degli atti di straordinaria amministrazione e di una serie di atti di disposizione molto rilevanti, tra i quali sono compresi i compromessi.

Bisogna sottolineare che la riforma della legge fallimentare non ha modificato l'art. 206 l. fall. e l'aver mantenuto il richiamo all'art. 35 l. fall. ha portato ad una nuova mappatura dei poteri del commissario liquidatore. Il vecchio art. 35, infatti, conteneva un'indicazione tassativa degli atti che andavano autorizzati e, di conseguenza, il commissario non aveva necessità di autorizzazione per gli atti diversi da quelli contemplati dalla norma. Viceversa, la novella ha inserito nell'art.

[347] Si rimanda al paragrafo 4 del presente capitolo e al secondo capitolo, sempre al paragrafo 4.

35 la previsione degli atti straordinari in genere e così, avendo lasciato intatto il richiamo dell'art. 35, il commissario deve chiedere l'autorizzazione per qualsivoglia atto eccedente l'ordinaria amministrazione[348].

Chiarito ciò, ancora una volta, è imprescindibile fare riferimento alle questioni sorte nell'ambito del fallimento, alla cui disciplina costantemente rinvia quella della liquidazione coatta amministrativa.

Innanzitutto, è pacifico che la mancanza di autorizzazione, in tutti i casi in cui questa sia richiesta per la stipulazione del compromesso, ne determina la mera annullabilità[349], vizio che, però, secondo l'opinione prevalente, può essere fatto valere soltanto dall'ufficio concorsuale, in applicazione analogica delle norme dettate dal Codice civile a tutela degli interessi degli incapaci, ed è rilevabile in sede di reclamo endofallimentare.

È bene osservare che, nel nostro ordinamento, l'annullabilità è la sanzione tipica prevista nei rapporti tra autorizzazione ed atto da autorizzare e che, secondo i principi generali, l'atto annullabile esplica i suoi effetti sino alla pronuncia di annullamento richiesta dalla parte legittimata, secondo quanto stabilito dall'art. 1441 c.c.[350].

Alcuni interpreti, però, hanno messo in luce che risulta difficile condividere la rigida applicazione della disciplina prevista dall'art. 1441 c.c., in quanto si è posta l'attenzione, da un lato, sulla necessità di consentire alla controparte di rilevare il vizio, al fine di evitare che essa sia costretta a proseguire un processo arbitrale che potrebbe essere caducato ad iniziativa del solo curatore e, dall'altro lato, sul carattere peculiare della convenzione di arbitrato, che ha ad oggetto l'accordo tra le parti di devolvere agli arbitri le controversie che tra di loro potrebbero insorgere[351].

---

[348] G. VONA, *La stipula del patto compromissorio e la nomina degli arbitri nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, 3-4, 10421, nota 32.

[349] G. CABRAS, *op. cit*., p. 1514; G. CANALE, *L'arbitrato del curatore*, p. 28; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 5; in giurisprudenza, v. Cass., 23 settembre 2002, n. 13825, in *Fall*., 2003, 837.

[350] G. CANALE, *op. cit.*, p. 28.

[351] *Ibidem*.

Premesso ciò, i rimedi prospettabili sono due, uno endofallimentare ed uno esterno al fallimento.

Per quanto riguarda il primo, non vi è dubbio che, al fine di far valere il fatto che la convenzione arbitrale è stata stipulata dal curatore (o dal commissario liquidatore) senza la prevista autorizzazione, vi sia spazio per il reclamo al giudice delegato previsto dall'art. 36 l. fall., che può essere proposto dal fallito e da qualunque interessato, sicché anche la controparte del giudizio arbitrale è legittimata all'iniziativa[352].

In secondo luogo, il curatore ha sempre la possibilità di far valere l'invalidità della convenzione di arbitrato[353], *sub specie* di vizio di capacità, secondo le norme di diritto comune che si ritrovano, innanzitutto, nel Codice di procedura civile, le quali contemplano sia la possibilità di sindacare l'esistenza di una valida convenzione arbitrale in via principale in un ordinario processo dichiarativo[354], sia la possibilità, più usuale, di sollevare una simile questione incidentalmente nell'ambito del processo instaurato sul diritto sostanziale controverso, e ciò mediante il rilievo di un'eccezione processuale d'incompetenza del giudice adito, che è disciplinata dall'art. 819-*ter* c.p.c., ove la causa penda di fronte al giudice ordinario, ovvero dall'art. 817 c.p.c., ove la causa penda di fronte agli arbitri[355], con conseguente possibilità di coltivare la questione, in quest'ultimo caso, in sede di impugnazione del lodo, alla luce dell'art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c.[356].

---

[352] M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 318; G. CANALE, *op. cit*., p. 29.

[353] È stato sottolineato, infatti, che il rimedio del reclamo al giudice delegato potrebbe non essere sufficiente, in quanto l'accoglimento del reclamo stesso non consente di ottenere anche la declaratoria di invalidità dell'atto concluso, a tal fine essendo necessaria un'autonoma domanda all'autorità giudiziaria: G. CANALE, *op. cit.*, 29.

[354] Tale eventualità è oggi ricavabile, mediante un ragionamento *a contrario*, dall'ultimo comma dell'art. 819-*ter* c.p.c.: M. BOVE, *op. cit*., nota 47. Secondo la detta disposizione, l'autonoma azione non può essere proposta ad arbitrato pendente, per cui l'ipotesi è circoscritta al solo caso in cui il curatore abbia assunto tale iniziativa prima dell'inizio del giudizio arbitrale.

[355] Ai sensi del secondo comma dell'art. 817 c.p.c., la relativa eccezione deve essere sollevata tempestivamente, ossia nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri. Di conseguenza, si potrà parlare della deducibilità del vizio in sede di impugnazione solo ove lo stesso sia stato tempestivamente eccepito nel giudizio arbitrale.

[356] M. BOVE, *op. cit.*, p. 319.

Altra questione, che la dottrina ha affrontato e ha risolto senza particolari problemi, è quella relativa al fatto che l'ampia formulazione dell'art. 35 l. fall. non specifica se il potere di stipulare compromessi, con le modalità ed i controlli sopra indicati, sia ravvisabile soltanto in relazione ai rapporti sorti nel corso della procedura concorsuale, ovvero anche in relazione ai rapporti precedentemente instaurati dal debitore. La dottrina maggioritaria ha correttamente ritenuto di aderire ad un'interpretazione estensiva della norma, ravvisando la possibilità per l'organo della procedura (curatore o commissario liquidatore) di stipulare compromessi non solo in relazione ai rapporti perfezionatisi durante l'esercizio dell'impresa, bensì anche per risolvere controversie scaturenti da rapporti pregressi[357].

Infine, la questione più rilevante è quella relativa al fatto che l'art. 35 l. fall., sia nella nuova versione che in quella previgente, così come l'art. 206 l. fall., parlano di compromesso e non di clausola compromissoria stipulata dal curatore (ovvero dal commissario liquidatore). Tale questione si è posta anche nell'ambito del concordato preventivo, dal momento che anche l'art. 167, comma 2, l. fall.[358], elencando i vari atti per il compimento dei quali il debitore concordatario necessita dell'autorizzazione del giudice delegato, menziona soltanto i compromessi.

Siccome la clausola compromissoria non è positivamente disciplinata, ci si deve chiedere se questa omissione vada intesa nel senso di una implicita equiparazione tra compromesso e clausola compromissoria, con conseguente applicazione anche a quest'ultima della normativa fissata dall'art. 35 l. fall., ovvero come facoltà di sottoscrivere la clausola senza necessità di una specifica autorizzazione *ad hoc*, essendo sufficiente l'autorizzazione a stipulare il contratto cui la clausola accede.

[357] G. CABRAS, *op. cit.*, p. 1514; F. GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre adr*, cit., p. 315; M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 317, il quale sottolinea che "a fronte di una lite connessa al fallimento che sia arbitrale, la scelta della giustizia privata, non effettuata in precedenza dall'imprenditore poi fallito, può essere effettuata dall'amministrazione fallimentare, scelta che, anzi, può riguardare, non solo un rapporto sostanziale preesistente, ma anche un rapporto sostanziale nato dopo l'apertura del fallimento".

[358] A tal proposito, si rimanda al paragrafo 8 del primo capitolo.

Per rispondere a questo interrogativo, bisogna, innanzitutto, tener presente che l'art. 35 l. fall., con riferimento agli atti che hanno bisogno di una specifica autorizzazione, riprende *tout court* la precedente formulazione, per cui il catalogo degli atti che vanno autorizzati è lo stesso di quello *ante* riforma della legge fallimentare. Ciò che è cambiato è solamente l'organo titolato alle autorizzazioni, che non è più il giudice delegato o il tribunale, ma il comitato dei creditori, con eventuale previa informativa al giudice delegato nel caso in cui l'atto superi un determinato valore (cinquantamila euro), ai sensi del terzo comma della norma in esame.

Nel vigore della vecchia normativa, il problema era stato risolto dalla dottrina equiparando sostanzialmente la clausola compromissoria al compromesso e, dunque, la clausola doveva essere debitamente autorizzata dal tribunale nelle forme dell'art. 35, comma 2, l. fall.. Questa soluzione, peraltro, non era frutto di un percorso argomentativo, ma rappresentava un vero e proprio postulato[359].

Tale conclusione è stata riproposta anche di recente[360]. Si è ipotizzato, infatti, che il riferimento al compromesso si estenda alla clausola compromissoria, dato che la capacità a compromettere, a seguito della riforma dell'arbitrato, è fissata in modo identico in ogni tipo di convenzione arbitrale e che, di conseguenza, sia necessaria anche per la clausola compromissoria l'autorizzazione del comitato dei creditori richiesta dall'art. 35 l. fall..

Alla medesima soluzione si perviene qualora la clausola compromissoria stessa sia considerata compresa negli atti di straordinaria amministrazione, per i quali gli artt. 35 e 206 l. fall. prevedono ugualmente l'autorizzazione, rispettivamente, del comitato dei creditori e dell'autorità di vigilanza.

In effetti, si è evidenziato[361] che non possono esservi dubbi sul fatto che la clausola compromissoria rientri nell'area degli atti di straordinaria amministrazione, in quanto l'arbitrato comporta un impegno di spesa maggiore

[359] v. G. VONA, *op. cit*., p. 10423.

[360] E. FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis l. fall. e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 369.

[361] G. VONA, *op. cit.*, p. 10424.

rispetto al ricorso all'autorità giudiziaria: l'inserimento di una clausola che preveda esborsi per il fallimento è da considerarsi come atto di straordinaria amministrazione, dato che il fallimento mira al recupero, al mantenimento e alla liquidazione del patrimonio del fallito al fine del soddisfacimento dei creditori. In base a tale ragionamento, dunque, la distinzione fra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione troverebbe il suo *discrimen* nel carattere conservativo o meno dell'atto che si vuole porre in essere[362].

Alla luce di tale criterio, qualunque atto che comporti, anche potenzialmente, un significativo esborso per la procedura, diminuendo, così, l'attivo da distribuire ai creditori, deve essere autorizzato. Ne deriva che la clausola compromissoria deve essere considerata un atto di straordinaria amministrazione, poiché può comportare significativi costi di gestione della controversia.

È stato osservato, tuttavia, che tali orientamenti lasciano alquanto perplessi, in quanto la soluzione della questione non può prescindere dall'analisi della vigente disciplina generale dell'arbitrato, dalla quale si traggono, in particolare, due considerazioni.

In primo luogo, un'attenta dottrina ha osservato che non è possibile automaticamente equiparare una clausola compromissoria ad un compromesso, in quanto, seppur abbiano identità di funzione, ossia quella di ottenere una tutela giurisdizionale privata invece che statale, nonché identità di effetti processuali,

[362] In giurisprudenza, è pacifico che, in tema di attività d'impresa, il criterio in base al quale distinguere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non è quello del carattere conservativo dell'atto stesso, in quanto quella imprenditoriale è attività che presuppone necessariamente il compimento di atti di disposizione dei beni, con la conseguenza che la distinzione va fondata sulla relazione in cui l'atto si pone con l'oggetto sociale e, dunque, è straordinario solo quell'atto suscettibile di modificare la struttura dell'impresa. Tuttavia, a conclusioni di segno opposto si deve giungere con riferimento a quei casi, come il fallimento, in cui prevale il carattere conservativo. In tali ipotesi, la distinzione fra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione è quella delineata dalla Suprema Corte in tema di amministrazione dei beni dei figli, secondo la quale sono ordinari gli atti che presentano tutte e tre le seguenti caratteristiche: i) devono essere oggettivamente utili alla conservazione del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio in questione; ii) devono avere un valore economico non particolarmente elevato sia in senso assoluto, sia in relazione al valore totale del patrimonio stesso; iii) devono comportare un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio. Tutti gli atti che non hanno, congiuntamente, tali caratteristiche, devono, invece, considerarsi atti di straordinaria amministrazione: v. Cass., 13 aprile 2010, n. 8720, in *Giur. it.*, 2011, 56, con nota di C. SGOBBO, *I criteri di distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione ex art. 320 c.c.*.

ovvero il rifiuto della giurisdizione ordinaria, clausola e compromesso divergono non solo perché il compromesso riguarda una lite già sorta mentre la clausola compromissoria una lite *nondum nata*, ma anche perché – secondo alcuni – avrebbero un regime di validità diverso: per il compromesso sarebbe richiesta la forma scritta *ad substantiam*, mentre per la clausola compromissoria semplicemente *ad probationem*[363]. Inoltre, il compromesso, a seguito della riforma del diritto dell'arbitrato del 2006, non è più un atto di straordinaria amministrazione: sarà atto di ordinaria piuttosto che di straordinaria amministrazione a seconda della natura e degli effetti della lite che viene compromessa in arbitri[364].

In secondo luogo, non si può non considerare l'art. 808, comma 2, c.p.c., il quale stabilisce che "il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria". Si è sottolineato, infatti, che, nel caso della clausola compromissoria, la scelta di sottrarre le eventuali liti alla giurisdizione togata per affidarla a quella degli arbitri non è affatto svincolata dalla genesi del rapporto sostanziale, in quanto essa costituisce uno dei molteplici accordi che il curatore assume in occasione della stipula di un contratto a seguito della relativa negoziazione[365].

Date le premesse, molti interpreti ritengono preferibile sostenere che l'organo della procedura concorsuale (curatore o commissario liquidatore) abbia il potere di

[363] È doveroso sottolineare che tale questione, in realtà, è molto dibattuta tra gli interpreti. La forma della clausola compromissoria è disciplinata dall'ultimo inciso del primo comma dell'art. 808 c.p.c., il quale prevede che "la clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso". Alcuni Autori, infatti, ritengono che la forma scritta sia richiesta *ad substantiam*, in forza del rinvio alla normativa del compromesso, per il quale l'art. 807 c.p.c. impone la forma scritta a pena di nullità: v., tra gli altri, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile,* V, cit., p. 131. Altra parte della dottrina, invece, sostiene che la forma scritta sia richiesta *ad substantiam* per il compromesso e *ad probationem* per la clausola compromissoria, facendo leva, in particolare, su due fattori: in primo luogo, sul fatto che la norma utilizza il termine "risultare", il che dimostrerebbe la pretesa da parte del legislatore di un minore rigore formale per la clausola compromissoria; in secondo luogo, sulla circostanza che, prima della modifica operata dalla legge n. 25/1994 all'art. 808 c.p.c., anche quest'ultima disposizione richiedeva per la clausola compromissoria la forma scritta "a pena di nullità", inciso poi eliminato dalla predetta legge e tuttora presente nell'art. 807 c.p.c., relativo al compromesso: v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 190; G. RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv. arb*., 2004, p. 429.

[364] G. VONA, *op. cit*., p. 10423.

[365] G. CANALE, *L'arbitrato del curatore*, cit., p. 25.

stipulare clausole compromissorie, senza necessità di integrare i suoi poteri con l'autorizzazione del comitato dei creditori o dell'autorità di vigilanza, qualora quei poteri siano assoluti per la stipulazione del contratto cui acceda la clausola[366].

Tale conclusione mi pare condivisibile, ma, anche per ragioni di prudenza, ritengo tutt'altro che infondata la tesi di chi[367] sostiene che il curatore, nel momento in cui chiede l'autorizzazione alla stipula di un determinato contratto, non debba richiedere un'autorizzazione specifica per la clausola compromissoria, essendo sufficiente l'autorizzazione a stipulare il contratto cui la clausola stessa accede, purché nella sua richiesta abbia espressamente indicato tra gli elementi del contratto anche la clausola compromissoria, motivando la convenienza ad inserire tale clausola. In altre parole, se nel richiedere l'autorizzazione per stipulare il contratto il curatore ha evidenziato che il contratto contiene anche la clausola compromissoria, evidenziando altresì le ragioni di questa scelta, l'autorizzazione a stipulare quel contratto vale anche per sottoscrivere la clausola compromissoria. Al contrario, una specifica autorizzazione sarà necessaria tutte le volte in cui il curatore non abbia indicato la convenzione arbitrale, oppure nei casi in cui, successivamente all'autorizzazione a contrarre, si reputi opportuno inserire nel contratto anche la clausola compromissoria.

Siffatta soluzione può essere avvalorata, da un lato, dal dettato dell'art. 808, comma 2, c.p.c., in virtù del quale, appunto, il potere di stipulare il contratto ricomprende il potere di convenire la clausola compromissoria e da quanto previsto dalla legge fallimentare, che, in generale, ha spostato il potere autorizzativo in capo al comitato dei creditori, riservando al giudice delegato il potere di autorizzare l'esecuzione degli atti conformi al programma di liquidazione approvato sempre

[366] G. CABRAS, *op. cit.*, p. 1515; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 5: "accedendo alla *ratio* dell'art. 35 l. fall., che è evidentemente quella di considerare la scelta arbitrale un atto di straordinaria amministrazione, si sarebbe tentati di estendere la norma alle fattispecie *de quibus*, se non fosse che nel frattempo, nel regime dell'arbitrato comune, il riferimento alla straordinaria amministrazione è stato definitivamente soppresso, ed è stato al suo posto introdotto il criterio di "neutralità" del patto compromissorio, vale a dire la regola per la quale quest'ultimo segue, quanto alla capacità a compromettere, il regime del rapporto cui si riferisce".

[367] G. VONA, *op. cit.*, p. 10424.

dal comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 104-*ter*, comma 8, l. fall.; dall'altro lato, dal fatto che il curatore, nel richiedere l'autorizzazione, deve formulare le proprie conclusioni anche in merito alla convenienza della proposta, ai sensi del secondo comma dell'art. 35 l. fall., indicando, dunque, tutti i termini e le clausole più significative del contratto, in modo tale da consentire a coloro che devono rilasciare l'autorizzazione di effettuare una valutazione compiuta sulla convenienza dell'atto, la sussistenza dei requisiti di legge e la rispondenza al programma di liquidazione[368].

Quanto detto vale anche con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa, per cui l'autorizzazione a stipulare la clausola compromissoria è ricompresa in quella a sottoscrivere il contratto, nel caso in cui la clausola sia stata chiaramente indicata nell'istanza del commissario liquidatore, mentre, negli altri casi, occorrerà un'autorizzazione specifica dell'autorità di vigilanza.

Oltre alla clausola compromissoria e al compromesso, vi è, come sappiamo, una terza tipologia di convenzione arbitrale, ossia quella in materia non contrattuale, disciplinata dall'art. 808-*bis* c.p.c., introdotto con l'ultima riforma dell'arbitrato (d.lgs. 40/2006). Anche questa convenzione di arbitrato deve ritenersi ammissibile, in pendenza di una procedura concorsuale, per le questioni compromettibili.

Gli interpreti hanno sottolineato che si dovranno seguire, in pendenza della procedura concorsuale, le regole per la stipulazione del compromesso e non quelle della clausola compromissoria, dal momento che essa "deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso"[369].

Un altro Autore[370] ha fatto leva principalmente (più che sulla forma) sul fatto che anche la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale deve essere

[368] Vedi sempre G. VONA, *op. cit*., p. 10424.

[369] G. CABRAS, *op. cit*., p. 1515.

[370] G. VONA, *op. cit*., p. 10424: "anche la convenzione *ex* art. 808-*bis* deve comunque considerarsi quale atto di straordinaria amministrazione perché comporta almeno *in thesi* l'impegno di spese che vanno ad incidere sull'attivo fallimentare […]. Pertanto, alla convenzione si applicherà, quale atto di straordinaria amministrazione, la disciplina prevista dall'art. 35 l. fall. […] Per il patto compromissorio in materia non contrattuale non emergono profili di incertezza, allineandosi alla disciplina prevista per il compromesso: siamo di fronte ad un singolo atto, la convenzione arbitrale,

considerata un atto di straordinaria amministrazione, comportando anch'essa costi significativi a carico della procedura, con la conseguenza che è necessario applicare la disciplina prevista dall'art. 35 l. fall..

Partendo da questa premessa, tale dottrina giunge, comunque, alla medesima conclusione, ossia all'applicabilità alla convenzione *ex* art. 808-*bis* c.p.c. della disciplina prevista per il compromesso, tenendo conto del fatto che, anche in questo caso, si tratta di un singolo atto e, di conseguenza, non sorgono profili di incertezza.

che abbisogna della previa autorizzazione da parte del comitato dei creditori su richiesta del curatore […]".

CAPITOLO IV

ARBITRATO E AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA

SOMMARIO: 1. Caratteri generali e funzione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270). – 2. Caratteri generali e funzione dell'amministrazione straordinaria "speciale" (c.d. "legge Marzano" e successive modificazioni). – 3. Controversie arbitrabili e non arbitrabili. – 4. Gli effetti dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria sui contratti in corso di esecuzione. – 5. Gli effetti dell'apertura della procedura di amministrazione straordinaria sul procedimento arbitrale pendente. – 5.1. (*Segue*) Gli effetti del concordato sul procedimento arbitrale pendente. – 6. Stipulazione di convenzioni arbitrali durante la procedura concorsuale.

1. Caratteri generali e funzione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270).

Con il d.lgs. n. 270 dell'8 luglio 1999 (c.d. "legge Prodi-*bis*"), dal titolo "Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi", fu abrogata la l. 3 aprile 1979, n. 95, istitutiva dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (c.d. "legge Prodi") ed introdotto, invece, un procedimento rivolto alla grande impresa insolvente, ma con potenzialità di recupero da realizzarsi mediante "prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali" (art. 1 del citato d.lgs. n. 270/1999)[371].

[371] E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 887. Già da tempo si erano manifestate spinte per la soppressione o la radicale revisione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ma l'impulso riformatore determinante venne fornito dagli Organi comunitari, i quali censurarono alcuni aspetti fondamentali della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, tra cui l'eccessiva discrezionalità dell'autorità amministrativa in relazione alla decisione di proseguire l'attività d'impresa, l'indiscriminata sospensione delle azioni esecutive comprese quelle di carattere fiscale e l'esonero dalle sanzioni relative al mancato versamento dei contributi previdenziali. In definitiva, la preoccupazione era quella per cui potesse essere garantita una permanenza artificiosa sul mercato ad imprese che, in ogni altro ordinamento, non esistendo un'equivalente normativa di salvataggio, verrebbero invece sottoposte all'applicazione delle disposizioni concorsuali. La conseguente apertura di un procedimento di infrazione da parte della Commissione Europea e la netta censura espressa dalla Corte di Giustizia indussero il legislatore ad abrogare l'originario procedimento di

Lo spirito di rinnovamento è percepibile sin dalla denominazione della disciplina, dato che, rispetto all'originario procedimento di amministrazione straordinaria, è stato sostituito il termine "crisi" con quello di "insolvenza": da tale modifica semantica è possibile cogliere la nuova impostazione voluta dal legislatore, che ha accostato la forma più grave di decozione, sino ad allora sinonimo di liquidazione concorsuale, ad una procedura dalla spiccata attitudine a salvaguardare e conservare i valori dell'impresa[372].

La modifica lessicale, tuttavia, è solo il primo sintomo di un generalizzato cambiamento, che raggiunge il suo apice con alcune significative innovazioni che interessano la procedura di amministrazione straordinaria sotto vari aspetti.

Sotto l'aspetto funzionale, ciò che maggiormente segna lo stacco della nuova amministrazione straordinaria rispetto alla precedente legislazione è la sua strumentalità alla conservazione del patrimonio produttivo, mediante "prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali" (art. 1) delle grandi imprese insolventi, individuate in base alla presenza di determinati requisiti soggettivi e oggettivi.

L'obiettivo della conservazione degli organismi produttivi di grandi dimensioni, tuttavia, non è stato ritenuto meritevole di essere perseguito a qualunque costo, come era accaduto con l'amministrazione straordinaria introdotta dalla c.d. legge Prodi nel 1979, la quale aveva ridotto in maniera inaccettabile la tutela dell'interesse dei creditori, sia con l'esclusione del fallimento per le imprese soggette a quella procedura, sia con la generalizzazione, nella pratica applicazione della legge, della continuazione dell'esercizio dell'impresa indipendentemente dall'esistenza delle condizioni per il suo recupero[373].

---

amministrazione straordinaria, sostituendolo con una procedura rinnovata in ogni aspetto di disciplina: p. 890. Per un approfondimento sull'evoluzione normativa, v. L. ROVELLI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi – Introduzione*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, diretto da L. PANZANI, cit., p. 1334; G. ALESSI, *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, in *Fall*., 1998, 2, 113.

[372] Vedi sempre E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 891.

[373] F. DIMUNDO, *Il processo di dichiarazione dello stato di insolvenza*, Cap. III in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, diretto da L. PANZANI, cit., p. 1421.

La disposizione di apertura del d.lgs. 270/1999, infatti, va sistematicamente coordinata con il successivo art. 27, il quale richiede, per l'ammissione alla procedura, il riscontro di un innovativo presupposto costituito dalle "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali"[374], che può conseguirsi attraverso uno dei due indirizzi alternativi previsti dal secondo comma della norma in esame, ossia la cessione dei complessi aziendali sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno, ovvero la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni.

In difetto di tale ulteriore condizione, torna ad essere preminente l'interesse dei creditori alla più rapida liquidazione del patrimonio del debitore attraverso la dichiarazione di fallimento.

Sotto l'aspetto strutturale, il legislatore del 1999 ha introdotto un peculiare sistema c.d. bifasico: l'accesso alla procedura non è più conseguenza automatica del riscontro dei presupposti di legge, ma è conseguenza di un *iter* procedimentale che si distingue in due precise fasi. La prima fase, necessaria, è destinata, in primo luogo, ad accertare lo stato di insolvenza delle imprese mediante sentenza in camera di consiglio pronunciata dal tribunale competente, previa istruttoria, avviata su iniziativa dei soggetti e degli organi legittimati e, in secondo luogo, a porre le imprese stesse sotto il controllo giudiziario per verificare se presentino concrete prospettive di recupero e riequilibrio delle attività economiche. La seconda fase, invece, risulta condizionata dagli esiti del giudizio di prognosi compiuto nella fase precedente: se l'esito dell'accertamento del commissario giudiziale, nominato dal tribunale con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, è positivo[375], verrà

[374] L'amministrazione straordinaria, nell'impianto normativo del 1999, diviene "utilizzabile solamente se viene accertata la sussistenza di una residua funzionalità dell'impresa tale da meritare il tentativo di salvataggio con corrispondente sacrificio dei creditori": L. FARENGA, *L'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza. La fase prodromica di commissariamento giudiziale (c.d. fase di osservazione)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 6.

[375] Ai sensi dell'art. 28, comma 1, d.lgs. 270/1999, il commissario giudiziale ha il compito di redigere e depositare presso il tribunale, entro trenta giorni dalla dichiarazione dello stato di insolvenza, un'apposita relazione contenente la sua valutazione circa la sussistenza delle condizioni

avviato il recupero mediante l'apertura della procedura di amministrazione, effettuata con decreto del tribunale, tenuto conto del parere del Ministero dello sviluppo economico e delle eventuali osservazioni dell'imprenditore insolvente; se, invece, l'esito del medesimo accertamento è negativo, verrà dichiarato il fallimento[376].

Al pari di ogni altro procedimento concorsuale, anche l'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria è condizionato dalla presenza di alcuni presupposti previsti dalla legge come necessari.

Per quanto riguarda il presupposto soggettivo, l'impresa, collettiva o anche individuale, deve avere ad oggetto lo svolgimento di un'attività commerciale, come si evince dal combinato disposto dell'art. 1 del d.lgs. 270/1999, il quale fa espresso riferimento al concetto di "commerciale", e dell'art. 2 del medesimo decreto legislativo, il quale legittima l'ammissione delle imprese "soggette alle disposizioni fallimentari". Ne deriva che, anche in tal caso, come avviene per il fallimento e il concordato preventivo, è esclusa la figura dell'imprenditore agricolo.

Oltre all'imprenditore agricolo, anche il c.d. piccolo imprenditore non può accedere a tale procedura, in quanto l'art. 1 d.lgs. 270/1999 prevede una riserva applicativa in favore delle sole "grandi" imprese commerciali. Tale affermazione viene precisata dall'articolo successivo, il quale specifica che possono essere ammesse alla procedura soltanto le imprese che presentino congiuntamente i seguenti due requisiti dimensionali: un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno ed un indebitamento complessivo non inferiore ai due terzi tanto

previste dall'art. 27 d.lgs. 270/1999, ossia l'esistenza di "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali". Va precisato, per completezza, che la relazione del commissario giudiziale, pur essendo ovviamente destinata a giocare un ruolo importante, non vincola il tribunale, il quale potrà, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 30, comma 1, d.lgs. 270/1999, disporre "ulteriori accertamenti", e – come è stato sottolineato – "comunque, potrà sempre discostarsi dalle valutazioni del commissario, naturalmente con adeguata motivazione": v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 510.

[376] v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 892. Per un approfondimento, v. F. DIMUNDO, *Il processo di dichiarazione dello stato di insolvenza*, cit., p. 1423.

dell'attivo patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio[377].

Per quanto riguarda il presupposto oggettivo, bisogna distinguere tra quello richiesto per la dichiarazione dello stato di insolvenza e quello essenziale per l'eventuale successiva ammissione dell'impresa insolvente all'amministrazione straordinaria.

Il primo si identifica, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 270/1999, con lo "stato di insolvenza", accertato dal tribunale secondo la disciplina contenuta nell'art. 5 l. fall..

Il secondo, invece, si identifica, come accennato in precedenza, con il possesso delle "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali"[378].

In merito al primo presupposto, è evidente la discrepanza tra un presupposto che storicamente è stato sinonimo di irreversibilità della crisi ed una procedura che, viceversa, è volta al recupero dell'equilibrio economico. A tal proposito, premesso che la situazione di crisi finanziaria, economica e patrimoniale di un'impresa (qualificabile come "stato di insolvenza"), sotto il profilo giuridico, si configura come l'impossibilità per il debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, è stato correttamente osservato che il legislatore del 1999 ha voluto attribuire all'espressione "stato di insolvenza" un contenuto semantico indicativo di una crisi dell'impresa che, pur manifestandosi sempre come incapacità

[377] Per un approfondimento circa il primo requisito, v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 896. Per quanto riguarda il secondo, è stato osservato che esso, in realtà, non è idoneo ad esprimere le reali dimensioni dell'impresa, ma solo il significativo dissesto: anche l'impresa di irrilevanti dimensioni potrebbe avere debiti che superino di due terzi sia l'attivo che i ricavi: v. anche L. GUALANDI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, p. 579; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 498: "solo il primo requisito può ritenersi espressivo della "grandezza" dell'impresa".

Parte della dottrina ha sottolineato che ciò che ne consegue è che la normativa di cui al d.lgs. 270/1999 ha perso il carattere di eccezionalità rispetto a quella del fallimento ed è divenuta la disciplina concorsuale di riferimento dell'intero sistema delle procedure di crisi, riservata alle imprese non piccole qualificate da un'esposizione debitoria rilevante di cui sia possibile conseguire la cessione o la ristrutturazione: v., tra gli altri, L. FARENGA, *op. cit*., p. 25.

[378] Secondo la dottrina, tale requisito si potrebbe definire presupposto positivo, a fronte di quello negativo costituito dallo stato di insolvenza: v. F. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 1426.

dell'imprenditore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, possa assumere economicamente gradazioni di intensità diverse: dalla semplice crisi finanziaria temporanea e reversibile al dissesto economico e patrimoniale definitivo ed irreversibile[379]. Se, infatti, si attribuisse alla nozione "stato di insolvenza" il significato di situazione assolutamente irreversibile, il tribunale non potrebbe mai ammettere l'impresa insolvente alla procedura di amministrazione straordinaria, ai sensi dell'art. 27, in quanto, per definizione, mai essa potrebbe presentare concrete prospettive di recupero del suo equilibrio economico[380].

L'accertamento dei requisiti soggettivi, oggettivi e dimensionali da parte del tribunale determina, in forza di quanto previsto dall'art. 8 d.lgs. 270/1999, la pronuncia della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, il cui contenuto non è confinato all'accertamento dei soli presupposti, ma – al pari della sentenza dichiarativa di fallimento – comprende anche una serie di misure ordinatorie, tra cui la nomina degli organi della procedura (giudice delegato e commissario giudiziale) e la decisione relativa alla gestione dell'impresa durante la fase c.d. "intermedia" o "diagnostica", che può essere lasciata all'imprenditore o affidata al commissario giudiziale.

---

[379] Ciò è confermato anche dagli interventi normativi più recenti, che hanno dimostrato l'irrilevanza di una netta distinzione tra concetti quali insolvenza, crisi dell'impresa (cfr. art. 160, ultimo comma, l. fall., secondo cui per "stato di crisi" si intende anche lo stato di insolvenza) e l'ormai abrogato concetto di temporanea difficoltà: v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 895.

Anche la giurisprudenza di merito pare avere aderito a tale impostazione, sostenendo che "lo stato d'insolvenza per disporre l'apertura della procedura, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 270/1999 non deve consistere in una situazione d'impotenza economica funzionale non transitoria, tale da non consentire al titolare dell'impresa di soddisfare regolarmente con mezzi normali le proprie obbligazioni, ma può concretarsi nei due poli dell'irreversibilità o della reversibilità la cui valutazione è rimessa nella fase successiva dell'apertura dell'amministrazione straordinaria": Trib. Perugia, 1° marzo 2000, in *Fall.*, 2000, 5, 575.

[380] F. DIMUNDO, *op. cit*., p. 1428, il quale parla di concetto "neutro" e sottolinea che il tribunale, in presenza di un ricorso per dichiarazione dello stato di insolvenza, non deve accertare, contemporaneamente, lo stato di insolvenza e l'intensità e la gradazione della crisi prospetta dal ricorrente per stabilire da subito se l'impresa presenti concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico, ma deve limitarsi ad accertare se la prospetta crisi, a prescindere dalla sua intensità, abbia determinato un'incapacità del debitore a soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. L'ulteriore accertamento sull'intensità della crisi sarà, invece, effettuato dal Tribunale solo al termine del periodo di studio ed osservazione, con l'adozione del decreto di cui all'art. 30, sulla base della relazione del commissario giudiziale.

Nel primo caso, gli effetti prodotti dalla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza sono largamente analoghi a quelli prodotti dall'ammissione al concordato preventivo. L'imprenditore insolvente, infatti, "conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale" (art. 167 l. fall., richiamato dall'art. 18, comma 1, d.lgs. 270/1999), potendo però compiere atti di straordinaria amministrazione solo previa autorizzazione scritta del giudice delegato (art. 167, comma 2, l. fall.). Per i creditori anteriori alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, dal momento in cui quest'ultima viene emanata, vige il divieto delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'imprenditore insolvente (art. 168 l. fall., richiamato dall'art. 18, comma 1, d.lgs. 270/1999) e si verifica la "cristallizzazione" dei crediti (artt. 55 ss. l. fall., richiamati dall'art. 169 l fall., a sua volta richiamato dall'art. 18, comma 1, d.lgs. 270/1999). Inoltre, come ulteriore effetto correlato alla specifica conformazione della procedura, si apre il concorso sul patrimonio dell'imprenditore insolvente, ai sensi dell'art. 52 l. fall., richiamato sempre dall'art. 18, comma 1[381].

Nel secondo caso, ovvero quello dell'affidamento della gestione al commissario giudiziale, si producono ulteriori effetti, che avvicinano molto la procedura in esame al fallimento. Si ha, infatti, in particolare, lo spossessamento (art. 42 l. fall., richiamato dall'art. 19, comma 3, d.lgs. 270/1999), con tutti i relativi "corollari" (artt. 43, 44, 46, 47 l. fall., anch'essi richiamati espressamente dall'art. 19, comma 3, d.lgs. 270/1999). In tale ipotesi, dunque, il commissario giudiziale, oltre a dover accertare le cause dello stato di insolvenza e valutare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 27 d.lgs. 270/1999 mediante la redazione di un'apposita relazione, assume la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente, i suoi poteri venendo allora a modellarsi su quelli del curatore nel fallimento (artt. 31, 32, 34 e 35 l. fall., richiamati dal predetto art. 19)[382].

[381] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 504.
[382] *Ibidem*.

Una volta esaurito positivamente il periodo di osservazione, tenuto conto anche del parere del Ministero dello sviluppo economico e delle osservazioni eventualmente depositate, il tribunale dichiara con decreto motivato l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 270/1999.

Il decreto di apertura della procedura sancisce il passaggio da una fase dal carattere giurisdizionale ad una seconda fase prettamente amministrativa, governata, dunque, dagli Organi amministrativi: il Ministero dell'Industria – oggi Ministero dello sviluppo economico –, chiamato a vigilare sullo svolgimento della procedura e ad assumere le decisioni di maggiore rilevanza per la procedura, nomina sia il commissario straordinario (uno o tre), di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia, entro cinque giorni dall'apertura, sia il Comitato di sorveglianza, previsto dall'art. 45 del decreto in esame.

Il commissario straordinario è l'organo deputato a gestire l'impresa, amministrare i relativi beni e, soprattutto, a predisporre, in conformità con gli indirizzi di politica industriale, il programma di riequilibrio delle attività imprenditoriali secondo uno degli indirizzi alternativi, prima richiamati, disciplinati dall'art. 27 (quello di "cessione dei complessi aziendali", oppure un "programma di ristrutturazione"), il quale dovrà essere sottoposto all'autorizzazione del Ministero dello sviluppo economico[383].

Una volta autorizzato il programma, il commissario straordinario, a norma dell'art. 61, comma 1, d.lgs. 270/1999, ha il potere-dovere di porre in essere tutte le operazioni e di compiere tutti gli atti funzionali all'esecuzione del programma medesimo, siano tali atti od operazioni di ordinaria o di straordinaria amministrazione. I limiti a tali poteri sono dati: dall'imprescindibile inerenza degli atti o delle operazioni all'attuazione del programma; dalla necessità di autorizzazione del Ministero e del parere del Comitato di sorveglianza per gli atti

[383] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 906. Bisogna sottolineare che l'intervenuta autorizzazione ministeriale non vincola la procedura in via definitiva, in quanto, ai sensi dell'art. 60 del decreto, il programma può essere sia modificato, sia sostituito nel corso della procedura stessa.

È stato osservato che, nonostante l'art. 57, comma 1, d.lgs. 270/1999 configuri il provvedimento del Ministero come autorizzazione all'esecuzione del programma, in realtà, si tratta, propriamente, di approvazione: A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 524.

indicati dall'art. 42 d.lgs. 270/1999; dal rispetto delle prescrizioni poste per gli atti di alienazione di beni o di aziende dagli artt. 62-63 d.lgs. 270/1999 e, infine, dal rispetto delle eventuali direttive del Ministero[384].

La cessazione dell'amministrazione straordinaria può avvenire in diverse modalità e per diverse cause[385].

In primo luogo, può essere disposta dal Tribunale, con decreto motivato, la conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento, sia in corso di procedura, quando risulti che questa non possa essere utilmente proseguita, sia al termine della stessa, quando, alla scadenza del programma, non siano stati conseguiti gli obiettivi del programma stesso[386].

In secondo luogo, l'art. 74 d.lgs. 270/1999 prevede, a sua volta, specifiche ipotesi di chiusura della procedura, che possono essere distinte in due categorie. Da una parte, ai sensi del primo comma, vi sono i casi in cui la procedura si chiude indipendentemente dal tipo di programma autorizzato: la mancata presentazione di domande di insinuazione al passivo nei termini previsti dalla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza; il recupero da parte dell'imprenditore, anche prima del termine di scadenza del programma, della capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; il passaggio in giudicato della sentenza che approva il concordato, ai sensi dell'art. 78 d.lgs. 270/1999. Dall'altra parte, il secondo comma contempla gli ulteriori casi in cui la procedura si chiude ove sia stato autorizzato un programma di cessione: quando, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, le ripartizioni ai creditori raggiungono l'intero ammontare dei crediti ammessi, o questi sono in altro modo estinti e sono pagati i compensi agli organi della procedura e le spese, oppure quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo.

[384] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 526.

[385] Per un approfondimento, v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 533.

[386] Per un approfondimento di tale istituto, v. C. COSTA, *La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ed i poteri dell'Autorità giudiziaria*, in *Dir. fall*., 2014, 1, 10001.

Infine, come disposto dal summenzionato art. 74 d.lgs. 270/1999, la procedura può cessare con il concordato[387], il quale, pur essendo strutturato sulla falsariga del concordato nella liquidazione coatta amministrativa, presenta alcune caratteristiche peculiari: la proposta di concordato può essere presentata, unicamente dall'imprenditore insolvente e dai terzi (non anche dai creditori), solo dopo che sia stato reso esecutivo lo stato passivo; inoltre, il secondo comma dell'art. 78 indica espressamente i criteri ai quali il Ministero dello sviluppo economico deve attenersi nel rilasciare l'autorizzazione a presentare la proposta. Il concordato, infatti, potrà essere autorizzato in presenza di due condizioni: che risulti conveniente per i creditori e compatibile con le finalità conservative della procedura.

2. Caratteri generali e funzione dell'amministrazione straordinaria "speciale" (c.d. "legge Marzano" e successive modificazioni).

Nel dicembre 2003, sotto la spinta dell'esigenza di dare soluzioni immediate ed appropriate al grave dissesto Parmalat, è stato emanato il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, recante "Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza", convertito dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 e ripetutamente modificato e/o integrato da successivi provvedimenti normativi, i più importanti dei quali sono costituiti dal d.l. n. 134/2008, conv. dalla l. n. 166/2008, emanato in relazione al dissesto Alitalia, dal d.l. n. 40/2010, conv. dalla l. n. 73/2010, in relazione ai dissesti delle società concessionarie della riscossione dei tributi locali, e dal d.l. n. 1/2015, conv. dalla l. n. 20/2015, relativo al caso Ilva[388].

[387] È bene ricordare che il d.lgs. 270/1999 contempla un'ulteriore particolare forma di concordato, prevista dall'art. 56 quale primario strumento di realizzazione del programma di ristrutturazione. Tale ipotesi di concordato, infatti, è stata definita dalla dottrina come "concordato straordinario", intendendo ricomprendere, con tale qualificazione, tutti gli accordi intervenuti tra il commissario straordinario e i creditori, diretti ad incidere sulla ristrutturazione della massa passiva.

[388] È stato correttamente osservato che il decreto del 2003 "è nato all'insegna di una particolare frettolosità", con due conseguenze negative: "la prima è che quel decreto ha dato l'avvio ad un rapido quanto caotico susseguirsi di provvedimenti normativi correttivi ed integrativi, secondo un processo di normazione alluvionale […]; la seconda conseguenza riguarda la qualità della normativa, che è pessima", in quanto è "assai spesso contorta, quasi sempre lacunosa, talvolta incoerente e, in certi casi, inutile o ipocrita": A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 546. Per un approfondimento riguardo le varie modifiche, v., tra gli altri, D. MANENTE, *Dalla "legge Marzano" al d.l. n. 134/2008: note minime sulle modifiche alla procedura di ristrutturazione*

L'amministrazione straordinaria in esame non può essere considerata una procedura totalmente nuova e diversa: di fatto, si tratta solamente di una "variante" rispetto all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi e viene definita, perciò, amministrazione straordinaria "speciale", contrapposta all'amministrazione straordinaria "comune"[389]. Alla prima, infatti, per i profili non espressamente disciplinati dal d.l. n. 347/2003 e successive modificazioni, sono destinate ad applicarsi, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 8, le disposizioni del d.lgs. n. 270/1999, con il limite della compatibilità.

Nonostante tale richiamo, il legislatore ha, comunque, introdotto una serie di modifiche, le quali hanno coinvolto numerosi e rilevanti aspetti della disciplina.

Innanzitutto, per quanto riguarda i presupposti per l'accesso alla procedura, possono essere sottoposte ad amministrazione straordinaria "speciale" le imprese commerciali soggette alle disposizioni sul fallimento, che si trovino in stato di insolvenza e che presentino entrambi i seguenti requisiti: da un lato, un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione guadagni, non inferiore a cinquecento, da almeno un anno; dall'altro lato, debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a trecento milioni di euro[390].

---

industriale di grandi imprese in stato di insolvenza nel caso "Alitalia", in *Dir. fall*., 2008, 6; M. FABIANI – L. STANGHELLINI, *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur*., 2008, 10, p. 1337.

[389] v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 930, la quale ha sottolineato che "l'insieme dei recenti interventi normativi, più che sovraintendere alla nascita di una nuova procedura, sembrano aver soddisfatto una diversa funzione: supplire alle lacune presenti nel procedimento disciplinato dal d.lgs. 270/99, rese di impellente attualità dalla crisi di alcuni grandi gruppi industriali. Pertanto, la conseguente risposta legislativa, pur disorganica, settoriale e decisamente condizionata dalle esigenze emergenti dalle singole situazioni di crisi, è apparsa realizzare una sorta di rodaggio applicativo la cui specialità non ha, tuttavia, inciso sull'unitarietà della procedura di amministrazione varata nel 1999".

[390] Questi due requisiti sono stati modificati dal d.l. n. 281/2004, in quanto la versione originaria prevedeva un numero minimo di mille dipendenti ed un'esposizione debitoria non inferiore ad un miliardo di euro. Si è osservato che soltanto il primo parametro corrisponde a quello previsto per l'amministrazione straordinaria "comune", poiché, in merito al secondo, il legislatore del 2003 si è evidentemente reso conto che il secondo parametro contemplato dal d.lgs. 270/99, traducendosi in un mero rapporto proporzionale, era ed è inidoneo a determinare la "grandezza" dell'impresa, sostituendolo, perciò, con un limite minimo assoluto: v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 549.

Inoltre, anche se non si tratta di un vero e proprio requisito, tali imprese devono avere l'intenzione di avvalersi della "procedura di ristrutturazione economica e finanziaria" di cui all'art. 27, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 270/1999 o del "programma di cessione dei complessi aziendali" di cui alla lett. a) della medesima disposizione[391].

L'ammissione alla procedura deve essere chiesta, ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.l. 347/2003, dall'impresa che abbia i requisiti appena esposti, con istanza motivata, al Ministro dello sviluppo economico, alla quale deve accompagnarsi il contestuale deposito del ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale. La legge, dunque, rimette esclusivamente al debitore l'iniziativa per l'apertura della procedura.

Il Ministro, ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.l. 347/2003, provvede, se ne sussistono i presupposti, con decreto all'ammissione immediata dell'impresa alla procedura e alla nomina del commissario straordinario. Tale decreto produce gli stessi effetti del decreto del tribunale di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria "comune", determinando, quindi, lo spossessamento del debitore e l'affidamento al commissario straordinario della gestione dell'impresa e dell'amministrazione dei beni (art. 2, comma 2-*bis*, d.l. 347/2003).

A sua volta, il tribunale, sempre ove ne sussistano i presupposti, dichiara, con sentenza pubblicata entro quindici giorni dalla comunicazione del detto decreto, lo stato di insolvenza dell'impresa (art. 4, comma 1, d.l. 347/2003). Nel caso in cui il tribunale, invece, respinga la richiesta o accerti l'inesistenza di uno solo dei requisiti richiesti, cessano gli effetti del decreto ministeriale (art. 4, comma 1-*bis*, d.l. 347/2003). Nonostante in questo caso non sia espressamente previsto[392],

[391] Secondo l'originaria disciplina, il debitore doveva avere intenzione di avvalersi soltanto della procedura di ristrutturazione economica e finanziaria, mentre l'adozione del programma di cessione era possibile soltanto nel caso di mancata autorizzazione dell'esecuzione del programma di ristrutturazione. Con il d.l. n. 134/2008, è stata introdotto la possibilità di avvalersi fin da subito anche dell'indirizzo di cessione.

[392] Il d.l. del 2003 prevede due ipotesi di conversione in fallimento: 1) quando non sia possibile adottare né il programma di ristrutturazione né il programma di cessione o il Ministro non ne autorizzi l'esecuzione (art. 4, comma 4); 2) quando il Tribunale respinga il concordato e non sia presentato o non sia approvato dal Ministro un programma di cessione (art. 4-*bis*, comma 11-*bis*). Inoltre, ai sensi dell'art. 4, comma 4, resta fermo quanto previsto dall'art. 70 d.lgs. 270/99, secondo

sembrerebbero potersi ammettere anche ipotesi di conversione della procedura in amministrazione straordinaria "comune", oppure in fallimento. È stato sottolineato, infatti, che, laddove il tribunale accerti la mancanza dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1, ma accerti, comunque, la sussistenza dello stato di insolvenza, sia la regola ricavabile dall'art. 11 d.lgs. 270/99 (applicabile in virtù del richiamo operato dall'art. 8 d.l. 347/2003), sia ragioni di coerenza sistematica parrebbero imporre che quest'ultimo accertamento sia comunque idoneo a determinare la soggezione dell'impresa alla procedura "comune", ove i relativi requisiti dimensionali sussistano, o, in alternativa, al fallimento[393].

Da quanto appena esposto, emerge chiaramente che, nell'amministrazione straordinaria "speciale", non è presente la fase c.d. "intermedia" o "diagnostica", che caratterizza, invece, quella "comune": c'è soltanto la fase "iniziale", che si bipartisce in due subprocedimenti, i quali si svolgono, parallelamente, dinanzi all'Autorità amministrativa e dinanzi all'Autorità giudiziaria e si concludono, rispettivamente, con l'ammissione immediata dell'impresa alla procedura e con la successiva dichiarazione dello stato di insolvenza. Entrambi i subprocedimenti hanno ad oggetto l'accertamento della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'ammissione alla procedura[394].

Una volta aperta la procedura, i poteri gestori sono affidati al commissario straordinario, il quale, in particolare, deve presentare al Ministro dello sviluppo economico il programma di cui all'art. 54 d.lgs. 270/1999, redatto secondo l'indirizzo di ristrutturazione o di cessione ed eseguito secondo le disposizioni contenute nel d.lgs. 270/1999. Nel programma, il commissario straordinario può prevedere, ai sensi dell'art. 4-*bis* d.l. 347/2003, il soddisfacimento dei creditori anche attraverso un concordato, eventualmente con assunzione, che deve essere

---

il quale il Tribunale dispone la conversione della procedura in fallimento anche quando: essendo stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali, tale cessione non sia ancora avvenuta, in tutto o in parte, alla scadenza del programma; essendo stato autorizzato un programma di ristrutturazione, l'imprenditore non abbia recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni alla scadenza del programma.

[393] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 554.

[394] v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op cit*., p. 549, il quale sottolinea che questa è una delle tante "anomalie" della procedura in esame.

approvato dai creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto[395] e, in seguito, dal tribunale (che si esprime con sentenza).

Tale concordato rappresenta una delle più rilevanti novità introdotte dal d.l. del 2003, in quanto, all'epoca in cui è stato introdotto, differiva notevolmente dalle forme concordatarie che fino a quel momento avevano caratterizzato il panorama concorsuale. Ad esso va riconosciuto il merito di aver condizionato i successivi interventi innovativi in tema di concordato, avendo fornito "uno strumento di forte rottura con l'imperante filosofia disgregativa concorsuale"[396].

Il vero elemento di novità è (o meglio, era) rappresentato dal contenuto del piano di concordato, il quale può avere ad oggetto: la suddivisione dei creditori in classi create secondo un criterio di omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici di cui sono portatori; trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse; la soddisfazione dei creditori da realizzarsi attraverso operazioni che potranno coinvolgere gli stessi nella gestione della crisi[397]; l'attribuzione ad un assuntore delle attività delle imprese interessate alla proposta di concordato.

Il passaggio in giudicato della sentenza che approva il concordato determina la chiusura della procedura di amministrazione straordinaria (art. 4-*bis*, comma 11, d.l. 347/2003).

---

[395] Ove siano previste diverse classi di creditori, è necessario anche il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nelle singole classi. Nell'ipotesi in cui una o più classi abbiano bocciato la proposta di concordato, il relativo voto di dissenso potrà essere superato grazie allo strumento del *cram down*.

[396] v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 940. La disciplina del concordato fallimentare è stata innovata nel 2006, traendo motivi di ispirazione dalla normativa in esame e molti profili di tale disciplina, per effetto della modifica dell'art. 214 l. fall., intervenuta nel 2007, riguardano anche il concordato di liquidazione e, quindi, il concordato previsto dal d.lgs. n. 270/99. Lo stesso vale anche per le modifiche operate al concordato preventivo nel biennio 2005-2007.

[397] In particolare, accanto alle tradizionali forme di pagamento in percentuale assistita da eventuali garanzie, si potrà ricorrere anche a proposte di carattere misto, quali accollo, fusione e altre operazioni societarie ritenute utili allo scopo. Inoltre, l'obiettivo del consolidamento potrà essere raggiunto mediante il compimento di "altre operazioni straordinarie", tra le quali è compresa anche la possibilità di convertire il credito in capitale di rischio, attribuendo ai creditori o a società da questi partecipate, una serie di titoli, quali azioni, quote, ovvero obbligazioni anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari o titoli di debito: v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 942.

Gli organi della stessa, però, restano in carica: il commissario straordinario si occupa dell'esecuzione del concordato (salvo che il concordato sia con assunzione), mentre il Comitato di sorveglianza ed il Ministro hanno il compito di controllare e vigilare sull'esecuzione del concordato stesso.

3. Controversie arbitrabili e non arbitrabili.

Per quanto riguarda il rapporto tra arbitrato e amministrazione straordinaria, seguendo lo stesso schema che è stato utilizzato per le procedure concorsuali minori esaminate nei precedenti capitoli[398], è necessario verificare *in primis* se sussistano o meno dei limiti all'arbitrabilità delle controversie, oltre a quello della disponibilità dei diritti, previsto dall'art. 806 c.p.c., che, ovviamente, come già sottolineato in precedenza[399], va applicato anche in caso di procedure concorsuali[400].

Un limite alla compromettibilità delle liti deriva, senza alcun dubbio, dal fatto che anche la procedura di amministrazione straordinaria, come accade per il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa, prevede una fase di accertamento dello stato passivo.

In particolare, nell'amministrazione straordinaria "comune", la fase dell'accertamento del passivo è regolata dall'art. 53 d.lgs. 270/1999, il cui comma 1 stabilisce che "l'accertamento del passivo prosegue sulla base delle disposizioni della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, secondo il procedimento previsto dagli artt. 93 e seguenti della legge fallimentare, sostituito il curatore al commissario straordinario". Si applicano, quindi, integralmente, le disposizioni sulla formazione dello stato passivo dettate per il fallimento, con la sola variante costituita dall'attribuzione al commissario dei compiti ordinariamente spettanti al curatore[401].

[398] Si rimanda al cap. I, relativo al concordato preventivo, e al cap. III, relativo alla liquidazione coatta amministrativa.
[399] Si fa riferimento, in particolare, al secondo paragrafo del primo capitolo.
[400] v. L. GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, cit., p. 134.
[401] v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 529.

Tale fase inizia propriamente con la stessa sentenza che ha dichiarato lo stato di insolvenza, la quale produce una serie di notevoli effetti sostanziali e processuali che si riflettono tanto sui creditori anteriori alla data di dichiarazione, quanto sul debitore. In particolare, per quel che rileva in questa sede, l'art. 18 d.lgs. 270/1999, rubricato "Effetti della dichiarazione dello stato di insolvenza", richiama espressamente gli effetti prodotti dall'art. 52 l. fall., rinviando, dunque, alla norma che impone di convogliare nel procedimento disciplinato dagli artt. 92 e ss. l. fall. ogni domanda diretta ad accertare crediti e/o diritti reali nei confronti del debitore, al fine di rispettare la *par condicio creditorum*.

L'accertamento del passivo è contemplato anche nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria "speciale". A tal proposito, l'art. 4-*ter*, comma 1, d.l. n. 347/2003 stabilisce che l'accertamento del passivo avviene secondo le disposizioni di cui all'art. 53 d.lgs. 270/1999, il quale, come abbiamo appena evidenziato, rinvia, a sua volta, agli artt. 93 ss. l. fall..

Chiarito che la fase di accertamento del passivo è presente anche nelle procedure di amministrazione straordinaria, è inevitabile concludere nel senso che lo strumento arbitrale non è esperibile per ottenere l'accertamento di crediti, né quando l'impresa debitrice sia assoggettata ad amministrazione straordinaria, di cui al d.lgs. n. 270/1999 (c.d. legge Prodi-*bis*), né quando sia sottoposta ad amministrazione straordinaria, di cui al d.l. n. 347/2003 (c.d. legge Marzano)[402], a causa dell'esclusività del procedimento previsto dal legislatore per l'accertamento dei crediti concorsuali[403].

Come è stato precisato dalla Suprema Corte, infatti, "in sede arbitrale non possono essere fatte valere ragioni di credito vantate verso una parte sottoposta a fallimento o ad amministrazione straordinaria, giacché l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri, proprio del compromesso o della clausola compromissoria, è in ogni caso paralizzato dal prevalente effetto, prodotto dal fallimento o dalla

[402] G. CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, tomo II, cit., p. 1509.

[403] Per un approfondimento, si rimanda al cap. III, relativo alla liquidazione coatta amministrativa, in quanto valgono le medesime considerazioni.

apertura della 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 verificazione dello stato passivo"[404].

Stessa sorte spetta al procedimento per l'accertamento dello stato di insolvenza e all'opposizione contro la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza.

Nell'ambito dell'amministrazione straordinaria "comune", infatti, il procedimento per l'accertamento dello stato di insolvenza è analogo al procedimento per la dichiarazione di fallimento, come regolato anteriormente alla riforma del 2006. Si svolge in camera di consiglio e, come quello, risulta caratterizzato dalla sommarietà ed informato al principio inquisitorio, con tutto quel che ne consegue, in particolare, in punto di prove ammissibili e di poteri di indagine del tribunale[405]. Anche la disciplina dell'opposizione contro la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza ricalca sostanzialmente quella dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, contemplata dal previgente art. 18 l. fall., con le modificazioni imposte dagli interventi della Corte Costituzionale e dalla struttura dal procedimento *de quo*[406].

---

[404] Cass., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Giur. it*., 2004, 964, che ha messo in evidenza anche la ragione fondamentale per cui l'accertamento dei crediti verso l'impresa in amministrazione straordinaria (o fallita o in l.c.a.) non può essere deferito per arbitri: "questo principio risponde all'esigenza di concentrare davanti ad un unico organo, individuato attraverso il procedimento stabilito dalla legge speciale, tutte le azioni dirette a far valere diritti di credito sul patrimonio del debitore insolvente, per assicurare, anche nella successiva fase di cognizione, il concorso necessario dei creditori (e dei titolati di diritti reali mobiliari), con il contraddittorio potenzialmente esteso a tutti i creditori concorrenti, e realizzare così, nel *simultaneus processus*, il principio della *par condicio creditorum*". v. anche A. LIPPONI, *Verifica fallimentare dei crediti e arbitrato: un rapporto non più tormentato*, in *Riv. arb*., 2005, 1, p. 152.

[405] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 500.

La legge di riforma del 2006 ha innovato profondamente la disciplina del procedimento di istruttoria prefallimentare, adeguandolo al rispetto delle garanzie costituzionali, come richiesto dai principi del c.d. giusto processo (art. 111, comma 2, Cost.). La nuova disciplina garantisce, infatti, che all'interno di tale procedimento sia tutelato: il contraddittorio delle parti, la difesa paritaria (art. 24 Cost.) e il diritto alla prova. Le modifiche introdotte devono, quindi, da un lato, rispettare l'esigenza di celerità che si impone affinché il tribunale possa pervenire in tempi rapidi ad una decisione circa l'esistenza o no dei presupposti del fallimento. In quest'ottica, si richiede in definitiva un'istruttoria più ampia, che consenta anche l'espletamento di prove e perizie richieste dalle parti o dei mezzi istruttori disposti d'ufficio: v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 103.

[406] Così, ad esempio, l'opposizione può essere proposta da qualunque interessato, entro il termine di trenta giorni (l'art. 18 l. fall. stabiliva, invece, un termine di quindici giorni).

Evidenziata l'affinità tra il procedimento per la dichiarazione dello stato d'insolvenza e il procedimento per la dichiarazione di fallimento, così come quella tra l'opposizione contro la dichiarazione dello stato di insolvenza e l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, valgono, in tema di arbitrabilità, le medesime considerazioni svolte nel precedente capitolo, con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa[407], alle quali si rimanda.

In breve, si può ricordare che, secondo la dottrina, il procedimento per la dichiarazione dello stato di insolvenza non costituisce materia compromettibile, in quanto è caratterizzato da una cognizione di tipo sommario e interessa una materia che riguarda l'ordine pubblico, essendo preposto all'apertura di una procedura concorsuale. L'esclusione dall'area delle controversie arbitrabili deve comprendere anche l'opposizione contro la sentenza che dichiara l'insolvenza, la quale rientra tra i procedimenti qualificabili *lato sensu* come impugnatori.

Le medesime conclusioni valgono anche per la procedura di amministrazione straordinaria "speciale".

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.l. 347/2003, il tribunale deve dichiarare lo stato di insolvenza dell'impresa entro quindici giorni dalla comunicazione del decreto ministeriale di ammissione alla procedura: il tribunale, dunque, deve provvedere in tempi ristretti, per cui le verifiche e le valutazioni non potranno che essere assolutamente sommarie.

Inoltre, come anticipato nel paragrafo precedente, l'art. 8 d.l. n. 347/2003 stabilisce che "per quanto non disposto diversamente dal presente decreto, si applicano le norme di cui al d.lgs. n. 270/1999, in quanto compatibili".

Il decreto del 2003, ad esempio, per quel che qui rileva, non accenna neppure al regime delle impugnazioni della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza del tribunale: in virtù dell'art. 8 appena menzionato, peraltro, è pacifico che si debba

[407] Si ricorda, infatti, che anche la disciplina della liquidazione coatta amministrativa (art. 195 l. fall.) richiama le stesse modalità previste dall'art. 15 l. fall. per l'istruttoria prefallimentare e gli artt. 18 e 19 l. fall., che disciplinano l'appello contro la sentenza dichiarativa di fallimento.

ricorrere all'applicazione dell'art. 9 d.lgs. 270/1999, per cui, contro tale sentenza, deve ritenersi proponibile l'opposizione avanti lo stesso tribunale[408].

4. Gli effetti dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria sui contratti in corso di esecuzione.

Il d.lgs. 270/1999 contiene un'apposita norma dedicata ai rapporti giuridici pendenti, ossia l'art. 50, rubricato, appunto, "Contratti in corso". È opportuno specificare fin d'ora che la medesima disciplina è applicabile anche all'amministrazione straordinaria "speciale", in virtù del rinvio generale alle norme del d.lgs. 270/1999 operato dall'art. 8 d.l. 347/2003.

L'art. 50 d.lgs. n. 270/1999 prevede un'organica disciplina dalla quale si desume che l'apertura della procedura non provoca alcuna conseguenza sui rapporti contrattuali ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria, i quali, dunque, continuano ad avere esecuzione.

Il primo comma della norma in esame, infatti, tenuto conto delle esigenze e delle iniziative che vengono adottate a seguito della predisposizione da parte del commissario straordinario del programma teso al raggiungimento di un rinnovato equilibrio economico e finanziario, prevede la possibilità, per il commissario stesso, di determinare lo scioglimento di quei contratti non ritenuti strategici ovvero utili al raggiungimento dell'obiettivo[409], ma, secondo quanto stabilito dal secondo comma, "fino a quando la facoltà di scioglimento non è esercitata, il contratto continua ad avere esecuzione".

Il terzo comma, poi, contempla una fondamentale forma di tutela a favore del contraente *in bonis*: a fronte dell'inerzia decisionale da parte del commissario straordinario, il terzo contraente può mettere in mora il commissario stesso, intimandogli per iscritto di far conoscere le proprie determinazioni (in punto di scioglimento o prosecuzione del contratto) entro trenta giorni dalla ricezione

[408] v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 555.
[409] v. E. ELENA FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 915.

dell'intimazione. Nel caso in cui il commissario perseveri nella propria inerzia, il contraente *in bonis* potrà considerarsi sciolto dagli obblighi contrattuali, scaduto inutilmente il termine.

Infine, il quarto comma stabilisce che le regole testé menzionate non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato, che rimangono regolati dalle "disposizioni vigenti", e ai contratti di locazione di beni immobili, per i quali, ove sottoposto ad amministrazione straordinaria sia il locatore, si prevede un subentro automatico, salvo patto contrario, da parte del commissario straordinario.

Da quanto appena esposto, emerge chiaramente che il d.lgs. 270/1999, diversamente dalla disciplina prevista dalla legge fallimentare per il fallimento e per la liquidazione coatta amministrativa, non ha optato per una generalizzata sospensione dei rapporti a seguito dell'apertura della procedura, ma ha preferito salvaguardare la continuità e l'unitarietà operativa stabilendo un'iniziale ed automatica continuazione del rapporto, salvo una diversa e successiva determinazione del commissario[410].

La motivazione che viene comunemente (e correttamente) addotta per spiegare tale diversità di trattamento trae origine dalla natura stessa del fallimento e dell'amministrazione straordinaria: "strettamente liquidatoria e satisfattiva, nel primo caso, recuperatoria e comunque conservativa nel secondo, da attuarsi attraverso il necessario viatico della continuazione dell'attività d'impresa *sub specie* di prosecuzione finalizzata alla cessione o di ristrutturazione volta al risanamento"[411].

È stato giustamente osservato, invece, che la regola generale sancita dal legislatore per l'amministrazione straordinaria è molto simile a quella prevista nel caso in cui, nell'ambito del fallimento, venga disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, in quanto l'art. 104, comma 7, l. fall. stabilisce che, in tale ipotesi, i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o sciogliersi da essi. Il legislatore ha ritenuto evidentemente che la

[410] *Ibidem*.

[411] M. TERENGHI, *Rapporti pendenti nell'amministrazione straordinaria*, in *Fall*., 2012, 7, p. 791, nota a Cass. civ., 23 febbraio 2012, n. 2762.

continuazione dell'esercizio dell'impresa in regime di esercizio provvisorio esigesse una disciplina dei contratti in corso di esecuzione analoga a quella prevista per la prosecuzione della stessa attività nella procedura di amministrazione straordinaria, in quanto, in generale, la prosecuzione dei contratti pendenti è coessenziale alla naturale continuazione dell'attività d'impresa, così come la possibilità di sciogliere quei contratti che risultino incompatibili con un'equilibrata gestione dell'impresa in dissesto[412].

Inoltre, si è sottolineato che l'esigenza di tutelare le necessità dell'impresa in caso di prosecuzione dell'attività, evitando che i contratti in essere possano venir meno, ha determinato un regime analogo nel caso del concordato preventivo. Infatti, l'art. 169-*bis* l. fall., introdotto nel 2012, prevedendo – come si è già avuto modo di sottolineare[413] – che il debitore, con il ricorso con cui chiede l'ammissione alla procedura, o successivamente, possa domandare al tribunale di essere autorizzato a sciogliersi dai rapporti contrattuali in corso, ha sancito la regola generale della normale continuazione dei contratti pendenti. Tuttavia, è stato osservato che, "nel concordato preventivo, la prosecuzione dell'attività, che non è un requisito indispensabile per l'accesso alla procedura, è prevista in ragione della tutela degli interessi dei creditori, di cui varie norme perseguono il miglior soddisfacimento; al contrario, nell'amministrazione straordinaria, la prosecuzione dell'attività è automatica solo che venga approvato uno dei programmi di cessione dei complessi aziendali o di ristrutturazione economica o finanziaria dell'impresa contemplati dall'art. 27 d.lgs. 270/1999"[414].

Per quanto riguarda specificamente il rapporto tra l'arbitrato e l'amministrazione straordinaria, la disciplina sui contratti pendenti dettata dalla

[412] v. A. DIMUNDO, *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, cit., p. 1090.

[413] Si rimanda, a tal proposito, al primo capitolo "Arbitrato e concordato preventivo".

[414] L. PANZANI, *I rapporti pendenti nell'amministrazione straordinaria*, in *Fall*., 2018, 10, p. 1205; v. anche A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 495: "ferma restando, in ogni caso, la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, che rappresenta così l'unica costante della procedura in termini operativi, l'amministrazione straordinaria può atteggiarsi in modi radicalmente diversi: o come liquidativa, sia pure previa riconversione o riattivazione dei complessi aziendali, o come risanativa (in senso proprio) dell'impresa".

legge Prodi-*bis* nulla dispone circa gli effetti dell'apertura della procedura di amministrazione straordinaria sulla convenzione arbitrale.

A tal proposito, mi pare logico escludere l'applicabilità alla procedura di amministrazione straordinaria della disposizione introdotta dal legislatore nella disciplina del concordato preventivo, ossia il terzo comma dell'art. 169-*bis*, nonostante si sia ravvisata una certa somiglianza nella regola generale della prosecuzione dei contratti pendenti prevista per entrambe le procedure. Tale disposizione, la quale stabilisce che lo scioglimento del contratto, autorizzato dal giudice delegato su richiesta del debitore concordatario, non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta, è stata appositamente inserita all'interno di una norma prevista dal legislatore per una procedura – il concordato preventivo, appunto – in cui il debitore è sottoposto ad uno "spossessamento attenuato", il quale gli garantisce il mantenimento dell'amministrazione dei suoi beni e la conservazione dell'esercizio dell'impresa, pur sotto la vigilanza e la direzione degli organi della procedura.

L'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, invece, comporta il necessario affidamento della gestione dell'impresa al commissario straordinario. Ne deriva che, in virtù del generale rinvio alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa operato dall'art. 36 d.lgs. 270/1999, al decreto ministeriale che apre la procedura consegue immediatamente lo spossessamento dell'imprenditore insolvente, ai sensi dell'art. 200 l. fall., che, a sua volta, richiama l'art. 42 l. fall., con la conseguente perdita di capacità sostanziale e processuale in capo al debitore, in relazione al complesso dei rapporti patrimoniali riferibili all'impresa insolvente.

È indubbio, infatti, che, per quanto riguarda la questione oggetto di esame in questa sede, alla procedura di amministrazione straordinaria debba piuttosto applicarsi l'art. 83-*bis* l. fall., norma peraltro richiamata dall'art. 51 d.lgs. 270/1999, concernente i diritti dell'altro contraente in caso di scioglimento o subentro del

commissario straordinario nei rapporti contrattuali pendenti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria[415].

L'art. 83-*bis* l. fall. è una norma prevista per il fallimento, ma che si applica – come si è visto nel capitolo precedente – anche alla liquidazione coatta amministrativa, in base al richiamo dell'art. 201 l. fall. alla disciplina fallimentare sui rapporti pendenti e che può estendersi alle procedure di amministrazione straordinaria delle leggi Prodi-*bis* e Marzano, in quanto, come è stato sottolineato, "l'art. 50 d.lgs. 270/1999 diverge dalla disciplina fallimentare soltanto per riconoscere più ampiamente il potere discrezionale del commissario straordinario di sciogliersi dai contratti in corso"[416].

Come esposto nel precedente capitolo[417], l'art. 83-*bis* l. fall., stabilendo che, se il contratto in cui è contenuta la clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni contenute nella Sezione IV, Capo III, Titolo II, l. fall., il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito, non ha minimamente preso in considerazione gli effetti prodotti dall'apertura della procedura concorsuale sulla convenzione arbitrale precedentemente stipulata dal debitore.

---

[415] Ai sensi dell'art. 51, comma 1, d.lgs. 270/1999, rubricato "Diritti dell'altro contrante", "i diritti dell'altro contraente, nel caso di scioglimento o di subentro del commissario straordinario nei contratti ancora ineseguiti o non interamente eseguiti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria, sono regolati dalle disposizioni della sezione IV del capo III del titolo II della legge fallimentare":

[416] G. CABRAS, *op. cit*., p. 1519. Anche U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., nota 4: "la nuova regola che è stata introdotta nella disciplina fallimentare dal d.lgs. n. 5/2006 è da intendersi applicabile anche nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, non invece nella procedura di concordato preventivo, per la quale, non solo non richiamati gli artt. 51 e 83-*bis* l. fall., ma neppure si può configurare un vero e proprio spossessamento, né può individuarsi un preminente scopo liquidatorio". Si veda anche A. F. DI GIROLAMO, *L'impatto dell'art. 43, comma 3, l. fall. sui procedimenti arbitrali pendenti: alcune riflessioni alla luce del c.d. "Decreto salva banche venete"*, cit., p. 776, il quale ha sottolineato che la questione relativa alla sorte dei procedimenti arbitrali pendenti al momento della sottoposizione a l.c.a. dell'impresa insolvente "può essere affrontata, anche al fine di consentire l'articolazione di un discorso di più ampio respiro, con riferimento non solo ai rapporti tra arbitrato e l.c.a., quanto, più in generale, con riferimento ai rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali che comportino la perdita della legittimazione a stare in giudizio del debitore, il cui paradigma è rappresentato dal fallimento". Tale conclusione, a mio avviso, deve trovare spazio anche sul piano dei rapporti contrattuali (non solo processuali), nel senso che, anche in tale ipotesi, il fallimento costituisce il paradigma per quelle procedure che comportano lo spossessamento dell'imprenditore insolvente e, di conseguenza, le conclusioni devono essere le medesime.

[417] Si rimanda al paragrafo 3 del terzo capitolo.

A tal proposito, però, sono validi gli stessi ragionamenti descritti nel precedente capitolo con riferimento alla liquidazione coatta amministrativa[418] (e, quindi, al fallimento) e, di conseguenza, anche per la procedura di amministrazione straordinaria, ribadisco che, a mio avviso, l'opinione più convincente è quella secondo cui la sopravvivenza della convenzione arbitrale a seguito dell'apertura della procedura concorsuale dipende dalla scelta operata dal commissario straordinario in merito al subentro nel contratto principale o allo scioglimento da esso anche nell'ipotesi in cui l'arbitrato non sia ancora in corso: nel caso in cui il commissario straordinario decida di subentrare nel contratto principale, la convenzione di arbitrato stipulata dal debitore prima dell'apertura dell'amministrazione straordinaria sarà vincolante e, dunque, opponibile alla procedura; viceversa, il vincolo non sussisterà nel caso in cui il commissario stesso decida di sciogliersi dal contratto esercitando la facoltà concessagli dall'art. 50, comma 1, d.lgs. 270/1999.

5. Gli effetti dell'apertura della procedura di amministrazione straordinaria sul procedimento arbitrale pendente.

Anche per quanto riguarda il problema degli effetti dell'apertura della procedura di amministrazione sul procedimento arbitrale pendente, dunque, bisogna fare riferimento all'art. 83-*bis* l. fall., norma che, come ho detto, ritengo abbia carattere processuale, in quanto regola le sorti dell'arbitrato in corso a seguito della dichiarazione di fallimento, in base alla quale emerge chiaramente che il procedimento arbitrale pendente non potrà essere proseguito soltanto nel caso in cui il curatore decida di sciogliersi dal contratto all'interno del quale è contenuta la clausola compromissoria o nell'ipotesi in cui quest'ultimo si sciolga di diritto a causa dell'apertura della procedura concorsuale. Ne deriva che, anche nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, il procedimento arbitrale pendente non sarà proseguibile soltanto nell'ipotesi in cui il commissario straordinario decida di sciogliersi dal contratto cui la clausola compromissoria accede, esercitando la

[418] Si rimanda, dunque, a quanto ampiamente esposto nel terzo capitolo (paragrafo 3).

facoltà concessagli dall'art. 50 d.lgs. 270/1999 (applicabile anche all'amministrazione straordinaria "speciale", in virtù del rinvio operato dall'art. 8 d.l. 347/2003).

Anche per tale questione, dunque, valgono le considerazioni effettuate nel precedente capitolo riguardo agli effetti dell'apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa (e, quindi, del fallimento) sul procedimento arbitrale pendente, dato che, come si è visto, l'art. 83-*bis* l. fall è applicabile anche alla l.c.a., la cui disciplina vi rimanda espressamente[419].

Innanzitutto, è bene ricordare che il procedimento arbitrale pendente potrà proseguire a patto che la lite rimanga compromettibile anche a seguito dell'apertura della procedura concorsuale: come già ricordato nei paragrafi introduttivi del presente capitolo, anche nella disciplina dell'amministrazione straordinaria, come in quella della liquidazione coatta amministrativa e del fallimento, è prevista una fase di accertamento dello stato passivo, regolata dall'art. 53 d.lgs. 270/1999 (applicabile anche all'amministrazione straordinaria "speciale", come espressamente stabilito dall'art. 4-*ter*, comma 1, d.l. 347/2003), il quale rimanda al procedimento previsto per il fallimento dagli artt. 93 ss. l. fall.. Non è consentito, dunque, promuovere un arbitrato per accertare un credito nei confronti di imprese soggette ad amministrazione straordinaria (nelle due versioni, delle leggi Prodi-*bis*[420] e Marzano); e, qualora il giudizio arbitrale, nell'ambito del quale siano state proposte domande di accertamento nei confronti del debitore, sia già pendente, questo diventerà improcedibile[421].

[419] Si veda il paragrafo 4 del terzo capitolo.

[420] Più precisamente, nell'amministrazione straordinaria "comune", il concorso sul patrimonio dell'imprenditore insolvente si apre a seguito della dichiarazione dello stato di insolvenza, in quanto l'art. 18 d.lgs. 270/1999 ("Effetti della dichiarazione dello stato di insolvenza"), al primo comma, richiama espressamente l'art. 52 l. fall.. È stato sottolineato, infatti, che, per quanto riguarda i creditori, con il provvedimento di apertura dell'amministrazione straordinaria, "si producono gli effetti disciplinati dagli artt. 51-63 l. fall., richiamati dall'art. 201 l. fall. in materia di l.c.a., a sua volta applicabile nella nostra procedura in virtù del rinvio generale dell'art. 36 d.lgs. n. 270. Anzi, più esattamente, tali effetti permangono, essendosi già prodotti in realtà in conseguenza della dichiarazione dello stato di insolvenza *ex* art. 18 d.lgs. 270".

[421] G. CABRAS, *op. cit*., p. 1510.

Spiegato quel che accade ai procedimenti arbitrali che abbiano per oggetto l'accertamento di un credito verso il debitore, bisogna chiarire cosa succede alle controversie relative a beni e rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa sottoposta ad amministrazione straordinaria.

L'art. 19, comma 3, d.lgs. 270/1999, nell'illustrare gli effetti prodotti dall'affidamento della gestione dell'impresa al commissario giudiziale, richiama espressamente l'art. 43 l. fall., il quale, al primo comma, prevede che, per le controversie relative a beni e diritti compresi nel fallimento, il fallito perde la capacità processuale e sta in giudizio il curatore; ne deriva che, a seguito della dichiarazione dello stato di insolvenza *ex* art. 8 d.lgs. 270/1999, l'imprenditore insolvente perde la capacità processuale e sta in giudizio il commissario giudiziale.

Una volta che l'impresa viene ammessa ad amministrazione straordinaria, si applica l'art. 200, comma 2, l. fall.[422], in virtù del richiamo generale operato dall'art. 36 d.lgs. 270/1999 alle disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa, che si applicano alla procedura di amministrazione straordinaria in quanto compatibili e "sostituito al commissario liquidatore il commissario straordinario": ciò significa che, a seguito dell'apertura della procedura, la capacità di stare in giudizio nelle controversie concernenti rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa si trova in capo al commissario straordinario.

Anche l'art. 2, comma 2-*bis*, d.l. 347/2003, prevede espressamente – ricalcando l'art. 200, comma 2, l. fall. – che "nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa, sta in giudizio il commissario straordinario".

Chiarito che, con l'apertura della procedura (precisamente – per quanto riguarda l'amministrazione straordinaria "comune" con affidamento della gestione dell'impresa al commissario giudiziale nella fase "intermedia" – con la dichiarazione dello stato di insolvenza), l'impresa insolvente perde la propria capacità processuale e quest'ultima si trasferisce in capo al commissario

[422] Art. 200, comma 2, l. fall.: "Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa, sta in giudizio il commissario liquidatore".

straordinario (o giudiziale, nell'ipotesi appena menzionata), si pone il problema di come il commissario subentri all'impresa insolvente nel procedimento arbitrale pendente.

Anche in questa sede, rileva, dunque, la dibattuta questione se debba farsi applicazione dell'art. 816-*sexies* c.p.c. o dell'art. 43, comma 3, l. fall.[423], con diverse conseguenze: eventuale sospensione del processo arbitrale pendente, nel primo caso; interruzione obbligatoria ed automatica, nel secondo caso.

Come esposto nel precedente capitolo, al quale si rimanda per l'approfondita esposizione della questione, a mio avviso, dovrebbe preferirsi la prima soluzione, in quanto la disciplina generale dell'arbitrato non prevede cause di interruzione del giudizio arbitrale, ma soltanto – al massimo – la sospensione, quando "la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale".

Pur non essendo l'apertura dell'amministrazione straordinaria assimilabile al venir meno dell'impresa insolvente, la perdita della sua capacità processuale sembra costituire una situazione analoga, tale da giustificare l'applicazione analogica dell'art. 816-*sexies* c.p.c.. In applicazione analogica di tale norma, allora, gli arbitri devono adottare le misure idonee per assicurare il contraddittorio, ad esempio disponendo la notificazione degli atti al commissario (giudiziale o straordinario), nonché possono sospendere il procedimento e discrezionalmente decidere di rinunciare all'incarico, se le parti non adempiono a quelle misure.

5.1 (*Segue*) Gli effetti del concordato sul procedimento arbitrale pendente.

Come in precedenza evidenziato, anche la procedura di amministrazione straordinaria (sia quella "comune" che quella "speciale") può chiudersi con un concordato.

La legge del 1999 ha strutturato il concordato nell'amministrazione straordinaria "comune" ispirandosi al concordato nella liquidazione coatta amministrativa, disciplinato dagli artt. 214 l. fall., con le peculiarità sopra

[423] Peraltro, l'art. 43 l. fall., a differenza di quanto abbiamo visto nel capitolo precedente per la liquidazione coatta amministrativa, è espressamente richiamato dal d.lgs. 270/1999 nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, all'art. 19.

ricordate[424]. Come noto[425], il decreto del 2007 ha profondamente innovato la disciplina del concordato di liquidazione, rendendola più omogenea con quella propria del concordato fallimentare: ne risulta, conseguentemente, modificata, rispetto al passato, anche la disciplina del concordato in esame.

Anche l'amministrazione straordinaria "speciale" prevede la possibilità di chiudere la procedura tramite lo strumento del concordato, che, all'epoca in cui è stato introdotto, differiva notevolmente sia dal concordato di liquidazione, sia da quello previsto dal d.lgs. n. 270/1999, sia anche dal concordato fallimentare. Oggi, come già accennato[426], il tasso di originalità risulta assai più ridotto, in quanto la disciplina del concordato fallimentare è stata innovata nel 2006 traendo motivi di ispirazione proprio dalle norme di cui al d.l. 347/2003; e, come appena sottolineato, molti profili di tale disciplina, per effetto della modifica dell'art. 214 l. fall. intervenuta nel 2007, riguardano ormai anche il concordato di liquidazione e, quindi, il concordato previsto dal d.lgs. n. 270/1999[427].

In entrambe le ipotesi, dunque, valgono le stesse considerazioni effettuate per il concordato fallimentare e il concordato di liquidazione: il passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione del concordato, determinando la chiusura dell'amministrazione straordinaria, comporta il riacquisto della legittimazione processuale in capo all'impresa insolvente, a fronte della contestuale perdita della capacità di stare in giudizio in capo al commissario straordinario.

Si pone, quindi, il quesito di come il debitore possa subentrare in luogo del commissario straordinario nel procedimento arbitrale pendente.

Come evidenziato in più occasioni, nel caso in cui ad essere pendente sia un procedimento arbitrale – e non un processo ordinario –, la risposta a tale quesito ha portato la dottrina a dare due soluzioni completamente differenti, per il fatto che l'arbitrato non conosce l'istituto dell'interruzione del processo: una parte della dottrina ritiene applicabile anche all'arbitrato in corso l'art. 43, comma 3, l. fall., di

[424] Vedere paragrafo 1 del presente capitolo.
[425] Vedere paragrafo 4.1 del terzo capitolo.
[426] Vedere paragrafo 2 del presente capitolo.
[427] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 563.

guisa che il procedimento arbitrale dovrà subire l'interruzione automatica introdotta specificamente dal legislatore per tutelare la natura e le finalità pubblicistiche sottese all'apertura di una procedura concorsuale; un'altra parte degli interpreti, invece, fa leva sull'applicabilità dell'art. 816-*sexies* c.p.c., norma di carattere generale in grado di disciplinare tutte le ipotesi in cui una parte "viene meno" (compresa, quindi, quella in cui si verifica la perdita di capacità processuale di una parte) e dettata dal legislatore appositamente per escludere la possibilità che il procedimento arbitrale venga interrotto.

Il secondo orientamento, che a me sembra il più convincente, ha dalla sua parte anche il fatto che l'art. 43, comma 3, l. fall. prevede espressamente che soltanto l'apertura del fallimento determina l'interruzione automatica del processo e non menziona, invece, la chiusura della procedura, innestando il dubbio se, in quest'ultima ipotesi, operi comunque l'interruzione automatica prevista dalla legge fallimentare o si debba ricorrere all'interruzione contemplata dal Codice di procedura civile, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 300 c.p.c., si dovrebbe procedere alla dichiarazione in udienza dell'evento interruttivo o alla notifica alla controparte e non varrebbero i ragionamenti formulati a favore dell'applicabilità dell'art. 43, comma 3, l. fall. ai procedimenti arbitrali pendenti[428].

In definitiva, in applicazione analogica dell'art. 816-*sexies* c.p.c., saranno gli arbitri a dover adottare le misure necessarie per integrare il contraddittorio e garantire, così, il subentro del debitore nell'arbitrato in corso, potendo anche decidere di sospendere il procedimento e, quale *extrema ratio*, di rinunciare al loro incarico, qualora le parti non adempiano alle disposizioni da loro prescritte.

6. Stipulazione di convenzioni arbitrali durante la procedura concorsuale.

L'ultima questione da esaminare è quella riguardante il potere degli organi della procedura di amministrazione straordinaria di stipulare convenzioni di arbitrato durante la procedura stessa.

[428] A proposito di tale questione, si veda il paragrafo 4 del secondo capitolo.

Partendo dall'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al d.lgs. 270/1999, è necessario distinguere tra la fase "diagnostica" o "intermedia", che segue alla dichiarazione dello stato di insolvenza, e la fase seguente al decreto motivato del tribunale che dichiara l'apertura vera e propria della procedura di amministrazione straordinaria.

La prima fase, come sopra ricordato, è una fase preliminare, neutra (nel senso che può sfociare sia nell'amministrazione straordinaria sia nel fallimento) e caratterizzata, essenzialmente, da due oggetti: da un lato, la gestione dell'impresa e, dall'altro lato, l'accertamento della sussistenza delle prospettive di recupero[429].

Con riferimento al primo dei due oggetti, si è già detto che compete al tribunale stabilire se, in questa fase, la gestione dell'impresa debba rimanere all'imprenditore o essere affidata, invece, al commissario giudiziale.

Nel primo caso, gli effetti prodotti dalla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza sono sostanzialmente analoghi a quelli prodotti dall'ammissione alla procedura di concordato preventivo. Per quel che interessa in questa sede, l'art. 18, comma 1, d.lgs. 270/1999 richiama espressamente l'art. 167 l. fall., dettato per il concordato preventivo, il cui secondo comma prevede che, previa autorizzazione scritta del giudice delegato, il debitore concordatario può compiere in genere gli atti di straordinaria amministrazione, tra i quali sono espressamente citati i compromessi: tenuto conto del fatto che, durante la procedura concordataria, l'imprenditore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa (art. 167, comma 1, l. fall.), la legittimazione a stipulare compromessi arbitrali resta in capo al debitore anche a seguito della domanda di concordato. Ovviamente, seppure la norma non lo preveda espressamente, la capacità contrattuale che il debitore conserva si estende anche alle tipologie di convenzione arbitrale diverse dal compromesso, come evidenziato nel capitolo dedicato al concordato preventivo, al quale si rimanda per ulteriori approfondimenti[430].

[429] v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 503.
[430] Si rimanda, a tal proposito, al paragrafo 8 del primo capitolo.

Dal rinvio operato dall'art. 18, comma 1, d.lgs. 270/1999, allora, deriva che, anche durante la fase "intermedia" che precede l'apertura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, l'imprenditore, nel caso in cui il tribunale abbia deciso di affidargli la gestione dell'impresa, ha la facoltà di stipulare convenzioni di arbitrato, con il correttivo dell'autorizzazione scritta da parte del giudice delegato.

Spesso, tuttavia, il tribunale decide di affidare la gestione dell'impresa ad un commissario giudiziale, i cui poteri, in tal caso, sono modellati su quelli del curatore nel fallimento, in virtù del rinvio operato dalla legge Prodi-*bis* ad una serie di norme dettate per la procedura fallimentare, applicabili in quanto compatibili: in particolare, per quel che a noi interessa, l'art. 19 d.lgs. 270/1999, rubricato "Andamento della gestione dell'impresa al commissario giudiziale", al terzo comma[431], richiama espressamente l'art. 35 l. fall., il quale richiede l'autorizzazione del comitato dei creditori per il compimento, da parte del curatore, degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e di una serie di atti espressamente elencati al primo comma, tra i quali sono compresi anche i compromessi.

Ciò significa che, nella fase "intermedia", il commissario giudiziale, al quale sia stata affidata la gestione dell'impresa, ha il potere di stipulare compromessi arbitrali, previa autorizzazione del giudice delegato[432].

Anche nella disciplina dell'amministrazione straordinaria, dunque, è presente un espresso rinvio all'art. 35 l. fall., esattamente come quello operato dall'art. 206, comma 2, l. fall., dettato in materia di liquidazione coatta amministrativa: si

[431] Art. 19, comma 3, d.lgs. 270/1999: "Fermo quanto previsto dall'articolo 18, l'affidamento della gestione al commissario giudiziale determina gli effetti stabiliti dagli articoli 42, 43, 44, 46 e 47 della legge fallimentare, sostituito al curatore il commissario giudiziale. Si applicano altresì al commissario giudiziale, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 31, 32, 34 e 35 della legge fallimentare, salva la facoltà del tribunale di stabilire ulteriori limiti ai suoi poteri".

[432] v. G. CABRAS, *op. cit*., p. 1514: "Per le imprese in amministrazione straordinaria, di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (c.d. legge Prodi-*bis*), la stipulazione di compromessi – da parte dell'impresa insolvente o, in caso di affidamento della gestione al commissario giudiziale, da parte di quest'ultimo – è subordinata all'autorizzazione del giudice delegato soltanto nella fase cosiddetta diagnostica per l'accertamento delle prospettive di recupero (artt. 18 e 19 del d.lgs. n. 270, che richiamano, rispettivamente, gli artt. 167 e 35 l. fall.)".

presentano, perciò, le medesime questioni già affrontate nel capitolo precedente, per le quali valgono le stesse conclusioni[433].

Una volta aperta la procedura di amministrazione straordinaria, la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente vengono affidate al commissario straordinario[434], nominato con decreto dal Ministro dello sviluppo economico entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto del tribunale che dichiara aperta l'amministrazione straordinaria. In particolare, il commissario straordinario ha il compito fondamentale di predisporre e poi attuare il programma secondo uno degli indirizzi alternativi contemplati dall'art. 27, comma 2, d.lgs. 270/1999.

Relativamente alla sua facoltà di stipulare convenzioni di arbitrato durante la procedura concorsuale, è da ritenere che il commissario straordinario abbia il potere di stipulare tutte le tipologie di convenzione di arbitrato senza necessità di alcuna autorizzazione, dal momento che l'art. 42 d.lgs. 270/1999, rubricato "Controllo preventivo sugli atti del commissario straordinario", indica espressamente gli atti che devono essere autorizzati dal Ministero dello sviluppo economico – che sono gli unici a dover sempre essere autorizzati, ossia anche ove si tratti di atti di esecuzione del programma, considerato il richiamo all'art. 42 contenuto nell'art. 61, comma 1, d.lgs. 270/1999[435] – e, fra questi, il compromesso non è annoverato[436].

---

[433] Si rimanda, dunque, per ulteriori approfondimenti, al paragrafo 5 del terzo capitolo "Arbitrato e liquidazione coatta amministrativa".

[434] Il commissario straordinario è l'organo attraverso il quale "la procedura di amministrazione straordinaria si svolge": art. 37 d.lgs. 270/1999.

[435] Art. 61, comma 1, d.lgs. 270/1999: "Il commissario straordinario compie tutte le attività dirette all'esecuzione del programma autorizzato, fermo quanto stabilito dall'articolo 42".

[436] Art. 42 d.lgs. 270/1999: "Sono soggetti ad autorizzazione del Ministero dell'industria, sentito il comitato di sorveglianza: a) gli atti di alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende; b) gli atti di alienazione e di locazione di beni immobili e di costituzione di diritti reali sui medesimi, gli atti di alienazione di beni mobili in blocco, di costituzione di pegno e le transazioni, se di valore indeterminato o superiore a lire quattrocento milioni".

v. G. VONA, *La stipula del patto compromissorio e la nomina degli arbitri nelle procedure concorsuali*, cit., p. 10426; G. CABRAS, *op. cit*., p. 1514: "Una volta che l'impresa sia ammessa all'amministrazione straordinaria, per i compromessi del commissario straordinario non è previsto alcun controllo preventivo, come si ricava dall'art. 42 del d.lgs. n. 270"; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 515: gli Autori sottolineano che al Ministero è attribuito un potere autorizzatorio assai esteso, che abbraccia un'ampia gamma di ipotesi, ricavabili anche dalla disciplina generale della liquidazione coatta amministrativa. Relativamente all'art. 42 d.lgs. 270/1999, tuttavia, "è da ritenere che tale previsione assorba e sostituisca sia la previsione dell'art.

Per quanto riguarda la procedura di amministrazione straordinaria "speciale", bisogna, innanzitutto, ricordare[437] che quest'ultima è caratterizzata da un assetto completamente diverso rispetto a quello previsto per l'amministrazione straordinaria "comune": non c'è la fase "intermedia" con la figura del commissario giudiziale e l'apertura della procedura da parte dell'Autorità amministrativa interviene prima della dichiarazione dello stato di insolvenza ad opera dell'Autorità giudiziaria.

Con l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria "speciale", si producono gli stessi effetti prodotti dal decreto del tribunale di apertura della procedura di amministrazione straordinaria "comune"[438] e il Ministro dello sviluppo economico procede alla nomina del commissario straordinario, le cui funzioni principali sono esattamente quelle affidate allo stesso commissario nell'amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 270/1999: da un lato, la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente; dall'altro lato, la predisposizione e l'attuazione del programma.

In merito alla possibilità di stipulare convenzioni di arbitrato, è da ritenere che il commissario straordinario possa stipularle senza necessità di alcuna autorizzazione, atteso che l'art. 5 d.l. 347/2003 richiede l'autorizzazione del Ministro dello sviluppo economico soltanto per "le operazioni di cessione e di utilizzo di beni, di aziende o di rami di aziende dell'impresa, qualora siano finalizzate alla ristrutturazione dell'impresa o del gruppo o alla salvaguardia del

---

210, comma 1, l. fall., la quale consente all'autorità di vigilanza di limitare i poteri del commissario nella liquidazione dell'attivo; sia anche, e soprattutto, la previsione dell'art. 206, comma 2, l. fall., che prescrive l'autorizzazione dell'autorità di vigilanza per gli atti di straordinaria amministrazione *ex* art. 35 l. fall.".

[437] Si veda, a tal proposito, il secondo paragrafo del presente capitolo.

[438] È corretto sottolineare che l'art. 1, comma 1, d.l. 347/2003 stabilisce che la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza (successiva all'apertura della procedura) "determina, con riferimento alla data del decreto di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, gli effetti di cui al d.lgs. n. 270, in quanto compatibili". È stato osservato, però, che la portata di questa previsione non è molto chiara, in quanto gli effetti di tale sentenza o sono incompatibili con la procedura in esame (così quelli connessi con all'apertura della fase "intermedia") o si sono già prodotti come conseguenza, direttamente, del decreto di ammissione alla procedura: "quello che si è voluto dire, probabilmente, è che l'accertamento dello stato di insolvenza "consolida" a tutti gli effetti, ora per allora, l'ammissione dell'impresa alla procedura": A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 555.

valore economico e produttivo totale o parziale" (comma 1) e per il compimento – prima che l'esecuzione del programma sia stata autorizzata – "delle operazioni o delle categorie di operazioni necessarie per la salvaguardia della continuità dell'attività aziendale delle imprese del gruppo" (comma 2), salvo che si tratti di atti non eccedenti l'ordinaria amministrazione o il cui valore individuale sia inferiore a 250 mila euro (comma 3)[439].

[439] G. VONA, *op. cit.*, p. 10427; G. CABRAS, *op. cit*., p. 1514, nota 26, il quale sottolinea che, comunque, la regola per cui non è necessaria l'autorizzazione "si applica alle imprese ammesse all'amministrazione straordinaria, di cui al decreto-legge 23 dicembre 2002, n. 347 (cosiddetto decreto Marzano), in virtù del richiamo generale disposto dall'art. 8 dello stesso decreto alle norme del d.lgs. n. 270/1999", in particolare, in questo caso, all'art. 42.

CAPITOLO V

ARBITRATO, ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E PIANI DI RISANAMENTO

SOMMARIO: 1. Caratteri generali e funzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti. – 2. Convivenza tra strumento arbitrale e accordi di ristrutturazione dei debiti. – 3. I piani di risanamento: struttura e compatibilità con lo strumento arbitrale.

1. Caratteri generali e funzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* è stata inserita nella legge fallimentare con l'art. 2 d.l. 14 marzo 2005, n. 80 (c.d. decreto competitività), convertito con modificazioni in l. 14 maggio 2005, n. 80, a cui ha fatto seguito il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, di attuazione delle deleghe disposte dall'art. 1 della citata legge n. 80/2005. Tale norma, poi, è stata oggetto di una serie di modifiche ed integrazioni apportate, *in primis*, dall'art. 16, comma 4, d.lgs. n. 169/2007, al quale hanno fatto seguito ulteriori disposizioni legislative che hanno contribuito a rendere più incisiva la disciplina dell'istituto in esame, tra cui, in particolare, il d.l. n. 78/2010, il d.l. n. 83/2012 e il d.l. n. 83/2015[440].

L'istituto degli accordi di ristrutturazione costituisce, quindi, una novità assoluta nell'ambito del sistema concorsuale e testimonia il *favor* espresso dal legislatore della riforma del 2005/2007 per la regolazione della crisi dell'impresa mediante le soluzioni concordatarie alternative al fallimento. Con l'introduzione della disciplina contenuta nell'art. 182-*bis* l. fall., infatti, il legislatore – consapevole dell'utilità degli strumenti privati di composizione della crisi, ma anche dei loro limiti[441] – ha dato veste normativa ai c.d. concordati stragiudiziali,

[440] Per un approfondimento circa le varie modifiche intervenute sulla disciplina degli Accordi di ristrutturazione dei debiti, v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit. p. 777.

[441] Da un lato, infatti, le forme di gestione "privatistica" delle crisi presentano numerosi vantaggi rispetto alla gestione di esse per via giudiziaria o amministrativa: maggiore elasticità ed adattabilità al caso concreto; minore "impatto" in termini di immagine e credibilità dell'impresa;

disciplinandone la struttura e l'efficacia. A partire dal 2005, quindi, l'imprenditore in stato di crisi può avvalersi di un procedimento che, pur essendo caratterizzato da un profilo privatistico, può offrire, tuttavia, quella garanzia di efficacia e copertura rispetto ai rischi di revocatoria e di imputazione per reati, che i concordati stragiudiziali[442], conclusi liberamente al di fuori di tale normativa, non possono in assoluto assicurare[443].

Il primo problema che si è posto agli interpreti dopo l'introduzione degli accordi di ristrutturazione è stato quello dell'inquadramento sistematico dell'istituto, dato che non appariva chiarissimo se la fattispecie in esame avesse una sua autonomia o fosse, piuttosto, una particolare ipotesi di concordato preventivo.

---

scarsa efficienza ed efficacia delle procedure pubbliche, per l'insufficienza delle norme che le regolano, per i costi elevati, per i tempi lunghi, ecc. Dall'altro lato, però, i meccanismi di composizione privata, in quanto regolati, in principio, solo dal diritto comune dei contratti, presentano anche degli svantaggi: ad esempio, i limiti derivanti dall'efficacia relativa dei contratti, che possono vincolare solo le parti degli stessi e non anche i terzi; gli svantaggi derivanti dal rimanere tali meccanismi estranei alla sfera di intervento dell'autorità giudiziaria o amministrativa e che si manifestano nell'ipotesi in cui la soluzione negoziata non abbia gli effetti sperati e venga aperta una procedura concorsuale, in quanto le soluzioni negoziata non godono, di per sé, di un regime particolare: gli atti compiuti nel quadro della soluzione negoziato non hanno alcun trattamento privilegiato e sono in principio suscettibili di revocatoria fallimentare; infine, si possono anche prospettare, nei confronti del debitore o dei creditori, rischi di natura penale o di natura civile: A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 434.

[442] L'oggetto proprio dei c.d. concordati stragiudiziali (o amichevoli) è costituita da quella che potrebbe definirsi riassuntivamente come la "organizzazione convenzionale del soddisfacimento dei creditori, con modifica delle condizioni originarie". Bisogna sottolineare che i connotati di tale figura sono tuttora discussi: in particolare, si sono contrapposte la tesi c.d. "unitaria", secondo cui l'espressione "concordato stragiudiziale" designerebbe l'accordo unitario intercorso, al di fuori di ogni intervento dell'autorità giudiziaria, fra il debitore insolvente e (tutti) i suoi creditori; e la tesi c.d. "atomistica", per la quale tale concordato sarebbe costituito soltanto da una pluralità di accordi fra debitore e singoli creditori, destinati a vivere ciascuno di vita propria, restando indipendenti l'uno dall'altro. Si è evidenziato, tuttavia, che tali contrasti appaiono solamente nominalistici, in quanto, in materia di soluzioni negoziate extragiudiziarie delle crisi di impresa, non esistono modelli a priori imposti o esclusi e, di conseguenza, all'autonomia privata deve riconoscersi la libertà di regolamentare i rapporti fra debitore in crisi e suoi creditori utilizzando schemi negoziali già presenti nell'ordinamento o creandone di nuovi: il solo problema è, dunque, costituito dall'identificazione degli elementi minimi qualificanti della fattispecie rilevante, che, in tal caso, vanno identificati, in positivo, nell'esistenza di un accordo, comunque realizzato o composto, tra il debitore ed una pluralità di creditori avente ad oggetto al regolazione dei loro reciproci rapporti e, in negativo, nella sottrazione dell'accordo a qualsiasi intervento dell'autorità giudiziaria: v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 433.

[443] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 781.

L'opinione di gran lunga prevalente sia in dottrina[444] che in giurisprudenza[445] è stata quella di ritenere che gli accordi di ristrutturazione dei debiti non siano un sottotipo di concordato preventivo, bensì un istituto dotato di piena autonomia, sulla base di varie fondate argomentazioni.

Innanzitutto, tale interpretazione è basata su precisi dati testuali: da un lato, dalla rubrica del titolo III ("Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione") e quella del capo V ("Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione di debiti") emerge chiaramente che gli accordi di ristrutturazione sono indicati come istituto diverso dal concordato; dall'altro lato, nel disposto dell'art. 67, comma 3, lett. e), l. fall., concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione sono considerati separatamente, come dimostra l'inserimento nel corpo della disposizione della congiunzione "nonché"[446].

In secondo luogo, è stato osservato che il legislatore, nell'ambito della disciplina degli accordi di ristrutturazione, ha operato alcuni specifici rinvii alla disciplina del concordato preventivo (in particolare, all'art. 161 l. fall., in tema di modalità per la presentazione della dichiarazione e della documentazione; all'art. 183 l. fall., che disciplina il reclamo avverso il decreto di omologazione): tali richiami sarebbero superflui ed immotivati ove il legislatore avesse voluto individuare negli accordi di ristrutturazione una *species* del *genus* concordato preventivo, dato che, in tale ipotesi, tutte le disposizioni dettate dal titolo III sarebbero generalmente applicabili all'istituto in esame, senza la necessità di alcun specifico richiamo a questo o quell'articolo[447].

---

[444] G. B. NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, L. Panzani (diretto da), cit., p. 477; E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 783; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 436; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fall*., 2007, 2, p. 193.

[445] v. Trib. Bari, decr. 21 novembre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, 3-4, 536 e in *Fall.*, 2006, 4, 479; Trib. Brescia, decr. 22 febbraio 2006, in *Foro it*., 2006, 9, 1, 2563; Trib. Roma, decr. 16 ottobre 2006, in *Ilcaso.it*, 2006; Trib. Milano, decr. 23 gennaio 2007, in *Fall*., 2007, 6, 701; Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Fall*., 2008, 6, 701.

[446] G. B. NARDECCHIA, *op. cit*., p. 477.

[447] *Ibidem*.

Peraltro, va messo in luce che l'art. 182-*bis* l. fall. prevede che l'accordo di ristrutturazione preceda qualsiasi intervento del giudice, e si ponga, piuttosto, quale suo presupposto, mentre, nel concordato preventivo, l'accordo si realizza all'interno della fase dinanzi al tribunale. Inoltre, nella disciplina degli accordi in esame, mancano i dati nomativi che caratterizzano il concordato preventivo, come, ad esempio, la previsione di nomina di organi della procedura e di una organizzazione del voto in adunanza[448].

Infine, tale orientamento ha trovato ulteriore conforto con il d.lgs. 169/2007, il quale ha introdotto, nella disciplina degli accordi di ristrutturazione, uno specifico strumento di protezione temporanea del patrimonio del debitore da azioni esecutive e cautelari: novità che sarebbe stata del tutto superflua ove il debitore, dopo il deposito dell'accordo, avesse potuto fruire del generale effetto protettivo previsto dall'art. 168 l. fall..

In definitiva, pare corretto concludere nel senso che gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono un istituto autonomo, distinto dal concordato preventivo, anche se, tuttavia, rimane aperta la questione se l'istituto in commento sia, o meno, catalogabile nell'ambito delle procedure concorsuali vere e proprie.

La maggior parte degli interpreti[449], infatti, ritiene prevalente il carattere privatistico degli accordi di ristrutturazione, facendo leva sulla spiccata negozialità dell'istituto, sull'estrema snellezza della procedura, sulla mancanza di un'organizzazione del voto in adunanza per il raggiungimento di una maggioranza

[448] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 784.

[449] G. B. NARDECCHIA, *op. cit.*, p. 478; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 437; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. fall*., 2012, 1, 10013: "L'accordo di ristrutturazione dei debiti è infatti un vero e proprio accordo contrattuale che il debitore, una volta che ha raggiunto il consenso contrattuale ed ha raccolto l'accettazione, sotto forma di adesione con le controparti creditrici, stipula appunto con i creditori"; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fall*., 2007, 2, 187; G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Dir. fall*., 2013, 3-4, 10392; A. PATTI, *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Fall*., 2010, 9, 1087; L. FAZZI, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall*., 2011, 3-4, 355; G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. it*., 2010, 11; P. DE BEI, *Il trattamento dei creditori postergati nell'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *www.ilfallimentarista.it*, focus del 12 gennaio 2013.

qualificante, nonché sulla mancata previsione di organi della procedura. Si sostiene, quindi, a favore della tesi privatistica, che l'istituto si presenta eccessivamente deficitario in relazione agli aspetti tipici caratterizzanti le procedure concorsuali: la mancanza di un procedimento e di un provvedimento di apertura; l'assenza di un controllo sulla gestione del debitore in epoca successiva al deposito dell'accordo o alla sua omologazione da parte di un soggetto terzo; la mancata previsione di una votazione dei creditori e di un trattamento predeterminato per legge, o comunque paritario, dei creditori aderenti all'accordo. Infine, almeno fino alle recenti modifiche[450], si faceva notare come mancasse una protezione del patrimonio del debitore rispetto ad azioni individuali promosse dai creditori.

[450] Secondo i sostenitori di detta tesi, i recenti interventi del legislatore non bastano comunque a far ritenere che gli accordi di ristrutturazione siano ormai divenuti una procedura concorsuale a tutti gli effetti: v. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 437; G. B. NARDECCHIA, *op. cit*., p. 479: "L'inquadramento contrattualistico dell'istituto pare essere messo in discussione dalle novità introdotte con il d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella l. 30.7.2010, n. 122. La novella del 2010 ha infatti introdotto nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti degli elementi di evidente richiamo alla disciplina delle procedure concorsuali, dal richiamo all'art. 161 l. fall. per determinare la competenza del tribunale chiamato a decidere sull'istanza di protezione anticipata del patrimonio del debitore, al beneficio della prededuzione per determinati crediti. […] Pur a fronte di tali novità, pare ancora preferibile ritenere che gli accordi di ristrutturazione dei debiti non siano una vera e propria procedura concorsuale".

Tali argomenti non reggono ad una disamina approfondita[451] e non sono ritenuti rilevanti dai sostenitori[452] della condivisibile tesi che inquadra, invece, l'istituto in esame nell'ambito delle procedure concorsuali (tesi recentemente fatta propria anche dalla Suprema Corte[453]). Occorre considerare, infatti, che, in base alla

[451] Si veda, in particolare, C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Fall*., 2018, 8-9, p. 986, il quale sottolinea, ad esempio, il fatto "che un provvedimento giurisdizionale di apertura sia necessario affinché si possa affermare che si è in presenza di una procedura concorsuale è contraddetto dalla disciplina di alcune procedure cc.dd. amministrative, che prendono avvio da provvedimenti dell'autorità ministeriale"; "quanto al difetto di organi, […] compiti rilevantissimi sono attribuiti al tribunale […]"; "quanto all'adunanza dei creditori, non pare che la previsione di un simile istituto sia ontologicamente necessaria per potersi parlare di procedura concorsuale", anche perché "tra le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, espressamente definite dalla legge speciale procedure concorsuali, il piano del consumatore non prevede certamente alcuna adunanza dei creditori; […] del pari, nessuna adunanza dei creditori è prevista nel concordato fallimentare"; per quanto riguarda l'argomento secondo cui mancherebbe il rispetto della *par condicio creditorum*, l'Autore ha sottolineato che "nessun creditore subisce violazione della regola della *par condicio creditorum*; tanto gli aderenti, quanto gli estranei si vedono riconosciuto ciò che loro spetta: i primi sulla base dell'accordo concluso; i secondi secondo la previsione di legge"; in tal senso, si veda anche E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 787: "Al riguardo, il rispetto della concorsualità si attua assicurando il soddisfacimento di tutti i creditori sia pure attraverso modalità differenziate e sottoposte al consenso qualificato dei creditori, a seconda che aderiscano o meno all'accordo"; inoltre, "la *par condicio* è uno dei modi d'attuazione della concorsualità, la cui carenza, o tutela più o meno accentuata, non esclude l'operatività di tale principio in presenza degli altri requisiti".

[452] E. FRASCAROLI SANTI, *op. ult. cit.*, p. 784; Id., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento da inserire nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000: lo richiede la Commissione Europea*, in *Dir. fall*., 2013, 3-4, 10348; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale"*, cit., 984; R. AMATORE, *Omologa dell'accordo: requisiti di ammissibilità del ricorso e limiti del sindacato del Tribunale sulla fattibilità*, in *www.ilfallimentarista.it*, focus del 4 maggio 2012; A. PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-quater legge fallim.*, in *Dir. fall*., 2006, 5, 678; G. TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall*., 2012, 1, 10001. In tal senso anche G. TARZIA, *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, in *Fall*., 2009, 1, 51.

[453] La Cassazione, infatti, ha confermato, con tre recenti sentenze, che gli accordi di ristrutturazione dei debiti devono essere inquadrati nell'ambito delle procedure concorsuali: Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, Cass., 21 giugno 2018, n. 16347 e Cass., 12 aprile 2018, n. 9087. Con quest'ultima sentenza, in particolare, la Corte ha sottolineato che "la sfera della concorsualità può essere oggi ipostaticamente rappresentata come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell'autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all'orbita più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti), passando attraverso le altre procedure di livello intermedio, quali la liquidazione degli imprenditori non fallibili, le amministrazioni straordinarie, le liquidazioni coatte amministrative, il concordato fallimentare, il concordato preventivo, gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento degli imprenditori non fallibili, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria. […] Restano all'esterno di questo perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma riorganizzazione dell'impresa, come i piani attestati di risanamento e gli accordi di natura esclusivamente stragiudiziale che non richiedono nemmeno un intervento giudiziale di tipo omologatorio". Per un approfondimento, si veda M. ARATO, *Gli accordi di ristrutturazione dei*

peculiare struttura dell'istituto, gli accordi conclusi in via stragiudiziale confluiscono, poi, in un procedimento che presenta molte caratteristiche proprie delle procedure concorsuali[454], in quanto, tenuto conto dell'indiscutibile finalità pubblicistica degli accordi stessi[455], è necessario che questi ultimi siano conclusi nel rispetto del principio di concorsualità e che siano sottoposti al vaglio dell'autorità giudiziaria, che ne decreta l'omologazione a condizione che risultino corrispondenti a quanto previsto dalla legge[456].

A proposito del rispetto del principio di concorsualità, si è sottolineato che la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione dei debiti è comprovata, in particolare, dalla classica impostazione della dottrina, la quale mise in luce come il principio del concorso, che accomuna tutti i procedimenti concorsuali, si attua attraverso peculiari momenti che non si manifestano necessariamente tutti insieme e con la medesima intensità nei singoli procedimenti. Gli elementi peculiari, intesi quale manifestazione dell'operatività del principio del concorso, nell'istituto in esame sono rappresentati: dal divieto di esercizio sul patrimonio del debitore di azioni cautelari o esecutive individuali da parte dei creditori; dalla possibilità data a tutti i creditori mediante un sistema di pubblicità dell'accordo di partecipare od opporsi all'accordo stesso; dalla previsione di una percentuale di creditori consenzienti che rappresenti il 60% dei crediti; dal soddisfacimento di tutti i creditori (quelli aderenti all'accordo in base a quanto pattuito, e integralmente quelli rimasti estranei all'accordo); dalla esenzione, in caso di successivo fallimento, dalla revocatoria per le somme erogate dal debitore in esecuzione dell'accordo, secondo

debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza, in *IlCaso.it*, pubbl. 9 ottobre 2018.

[454] A tal proposito, si veda, in particolare, C. TRENTINI, *op. cit*., p. 988, il quale mette in luce che, negli accordi di ristrutturazione, sono presenti tutti gli elementi che caratterizzano le procedure concorsuali: la giurisdizionalità, ossia la previsione di un controllo giudiziale; l'universalità (sia in senso oggettivo che in senso soggettivo), vale a dire la presenza di una disciplina che mira a regolare la crisi in maniera complessiva, e cioè con un risultato che interessi l'intero patrimonio del debitore e produca effetti nei confronti di tutti i creditori; l'esclusività, nel senso dell'inammissibilità dell'instaurazione ovvero della prosecuzione di altre procedure esecutive – individuali o collettive – in pendenza di una procedura concorsuale.

[455] R. AMATORE, *op. cit*.; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 785.

[456] E. FRASCAROLI SANTI, *op. ult. cit.*, p. 785.

quanto stabilito dall'art. 67, comma 3, lett. e), l. fall.. Inoltre, a seguito dell'intervento legislativo di cui alla l. n. 122/2010, la concorsualità del procedimento di accordi di ristrutturazione si è ulteriormente evidenziata con l'inserimento di una fase c.d. anticipatoria sotto il controllo giudiziario, nonché con l'introduzione di norme che disciplinano la prededucibilità dei crediti per finanziamenti erogati in previsione o in esecuzione dell'accordo e con l'esenzione dai reati di bancarotta[457].

Una ricostruzione esclusivamente privatistica dell'istituto, dunque, non terrebbe sufficientemente conto di una delle fasi che integrano la fattispecie, ossia quella giudiziale, la quale è necessaria affinché si accerti la rispondenza dell'accordo alla fattispecie legalmente prevista e si producano, quindi, quegli effetti che un accordo esclusivamente privatistico non potrebbe produrre[458].

Tale conclusione, poi, trova ulteriore conferma dall'inserimento degli accordi di ristrutturazione nell'all. A) del Regolamento UE n. 848/2015 sulle procedure di insolvenza: con tale inserimento, viene chiarito che, nell'ambito di applicazione di detto Regolamento, vi rientrano anche gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* l. fall., che vengono, perciò, intesi come procedura concorsuale.

Chiarito ciò, bisogna tener presente che, per l'instaurazione del procedimento disciplinato dall'art. 182-*bis* l. fall., sono richiesti diversi presupposti, che riguardano sia il debitore sia l'accordo in quanto tale.

Con riferimento al debitore, il ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione può essere presentato dall'"imprenditore in stato di crisi". Il presupposto oggettivo, ossia "lo stato di crisi", è identico a quello previsto per l'ammissione al concordato preventivo e va inteso, dunque, nel senso precisato dal novellato art. 160, comma 3, l. fall.. Quanto al presupposto soggettivo, all'originaria espressione generica "debitore", si è sostituito, con il decreto correttivo n.

[457] *Ibidem*.

[458] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 788, la quale sottolinea anche che, "affermata la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, ne consegue la legittimità di un'applicazione analogica delle norme che disciplinano il concordato preventivo, in quanto compatibili, in tutte quelle ipotesi in cui la disciplina degli accordi di ristrutturazione presenti lacune o altri elementi di criticità, senza che con ciò si dubiti dell'autonomia di tale istituto rispetto al concordato preventivo".

169/2007, "imprenditore in stato di crisi", senza, peraltro, alcuna precisazione in merito alla qualità dell'imprenditore: se, inizialmente, si riteneva che anche tale presupposto fosse identico a quello previsto per il concordato preventivo e che, perciò, la norma si dovesse riferire all'imprenditore commerciale, la situazione è mutata per effetto dell'art. 23, comma 43, d.l. n. 98/2011 (conv. dalla l. n. 111/2011), il quale ha esteso la procedura di cui all'art. 182-*bis* l. fall. anche agli imprenditori agricoli, così differenziando l'ambito di applicazione degli accordi di ristrutturazione rispetto a quello del concordato preventivo (e del fallimento).

Relativamente all'accordo in quanto tale, come accennato in precedenza, occorre, in primo luogo, che esso sia stato stipulato con creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti. In secondo luogo, è necessario che l'accordo, valutato nel suo contenuto, sia, per un verso, attuabile, vale a dire concretamente realizzabile e, per altro verso, idoneo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo. L'accordo, sostanzialmente, deve consentire il superamento dello stato di crisi per effetto sia della nuova regolamentazione concordata con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, sia della disponibilità di quanto necessario per soddisfare integralmente i creditori estranei all'accordo[459].

Per quanto riguarda il possibile contenuto dell'accordo, non esistono modelli o schemi standard da adottare e la ragione è da rinvenire nella molteplicità delle variabili economico-finanziarie che ciascuna impresa in crisi prospetta. Ne deriva che tali accordi possono avere ad oggetto sia schemi piuttosto semplici, incentrati essenzialmente su di una moratoria nei pagamenti (*pactum de non petendo*) e/o sulla rinuncia parziale dei diritti di credito (*pactum ut minus solvatur*), talvolta accompagnate dalla cessione dei beni o dalla concessione di nuove garanzie; sia schemi molto più complessi, i quali fanno perno, generalmente, su di un piano, normalmente predisposto da parte dell'impresa in crisi, nel quale si possono prevedere meccanismi più o meno articolati di ristrutturazione dei debiti (come, ad esempio, moratorie o rinunzia agli interessi o a parte dei crediti, postergazione dei

[459] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 439.

crediti, rinunzia a garanzie), interventi sull'azienda (ad esempio, alienazione di rami della stessa), oppure anche interventi sugli assetti imprenditoriali ed organizzativi (come misure sul capitale o sostituzione di amministratori). Va sottolineato che, comunque, qualunque sia l'articolazione degli accordi di ristrutturazione, fondamentali sono e restano i meccanismi di regolazione dei debiti, "tutto il resto rappresentandone – dal punto di vista funzionale – un semplice completamento"[460].

L'imprenditore in stato di crisi deve chiedere l'omologazione dell'accordo depositando presso il tribunale apposito ricorso, insieme, oltre all'accordo con le relative sottoscrizioni, alla documentazione di cui all'art. 161, comma 2, l. fall.[461] e ad una relazione redatta da un professionista dotato dei requisiti previsti dall'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., il quale deve verificare ed attestare la veridicità dei dati aziendali, l'attuabilità dell'accordo e l'idoneità del medesimo ad assicurare l'integrale pagamento, nei termini previsti dalla legge, dei creditori estranei ad esso.

Ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma 2, l. fall., l'accordo deve essere pubblicato nel registro delle imprese[462]. Tale formalità adempie ad una duplice funzione, ossia quella di rendere noto il contenuto dell'accordo e quella di far decorrere il termine per le eventuali opposizioni e il divieto di esercizio delle azioni esecutive e cautelari: dal giorno della pubblicazione, l'accordo acquista efficacia[463] e inizia, dunque, a decorrere il termine di trenta giorni per la presentazione delle opposizioni

[460] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 438.

[461] Il debitore, dunque, deve presentare: un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di esecuzione dell'accordo.

[462] È stato osservato che il termine "pubblicazione" sia da considerarsi "atecnico", in quanto la disciplina del registro delle imprese non prescrive pubblicazioni, ma iscrizioni o depositi: alcuni sostengono che, nel caso in esame, l'adempimento formale più idoneo è l'iscrizione: v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 801; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 581; altri, invece, ritengono che debba trattarsi di un semplice deposito: A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 441.

[463] "In realtà, l'accordo di ristrutturazione produce i suoi effetti fra le parti, quindi è efficace, nel momento in cui è stipulato, indipendentemente dalla pubblicazione nel registro delle imprese e dalla eventuale omologazione. La disposizione, allora, può riguardare solo gli effetti (ulteriori) conseguenti all'omologazione (quelli che potrebbero definirsi e sono stati definiti effetti "legali") e va intesa nel senso che tali effetti vanno temporalmente ancorati alla data della pubblicazione nel registro delle imprese": A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 441.

da parte dei creditori[464] ed ogni altro interessato; ai sensi del comma 3, diviene, altresì, operativo, per la durata di sessanta giorni, il divieto, per i creditori per titolo e causa anteriore a tale data, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari individuali[465].

Come già anticipato in precedenza, bisogna sottolineare che il legislatore, con il d.l. n. 78/2010 (l. n. 122/2010), ha aggiunto all'art. 182-*bis* l. fall. tre nuovi commi, che disciplinano la richiesta da parte del debitore e la concessione da parte del tribunale del c.d. "*automatic stay*", ossia del "blocco" delle azioni esecutive e cautelari nel corso delle trattative e prima della conclusione e del deposito dell'accordo di ristrutturazione (c.d. tutela anticipatoria).

Con riferimento al giudizio di omologazione, si sono prospettate incertezze in ordine all'oggetto di tale giudizio. È stato correttamente sottolineato che l'oggetto necessario va individuato, a prescindere dalle eventuali opposizioni, nella verifica delle condizioni e dei presupposti prima ricordati, a cui la legge subordina l'omologazione[466]. Inoltre, particolare rilievo è destinato ad assumere il profilo dell'attuabilità dell'accordo e della sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei: per tale valutazione, il tribunale dovrà vagliare l'attendibilità della relazione del professionista e potrà disporre accertamenti[467].

Il procedimento si svolge in camera di consiglio e si conclude con un decreto motivato con cui il tribunale omologa oppure – anche se non è espressamente previsto – respinge o dichiara inammissibile la richiesta di omologazione

[464] È bene precisare che, nonostante la disposizione parli genericamente di "creditori", l'opposizione può essere proposta solo dai creditori rimasti estranei all'accordo e non anche dai partecipanti all'accordo, che, in quanto tali, non potrebbero vantare un interesse attuale e concreto a contrastare l'omologazione.

[465] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 800. A seguito della riforma del 2012, che modificato il terzo comma dell'art. 182-*bis* l. fall., il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari individuali vale anche per l'acquisto di titoli di prelazione se non concordati.

[466] In giurisprudenza, v. Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Fall*., 2008, 6, 701; Trib. Ancona, 12 novembre 2008, in *IlCaso.it*. Le ragioni poste a fondamento di tale conclusione si basano sul rilievo che l'accordo generalmente produce effetti, c.d. riflessi, anche rispetto ai creditori estranei e ai terzi, le cui posizioni non sarebbero sufficientemente tutelate se l'omologazione si dovesse basare solamente sulla relazione del professionista e su di un mero giudizio di legalità: v. E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit*., p. 806.

[467] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 444.

dell'imprenditore in stato di crisi. Anche il decreto del tribunale deve essere pubblicato nel registro delle imprese: dalla data della pubblicazione decorre il termine di quindici giorni per il reclamo alla corte d'appello ai sensi dell'art. 183 l. fall., in quanto applicabile.

2. Convivenza tra strumento arbitrale e accordi di ristrutturazione dei debiti.

È interessante prendere in considerazione, anche con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti, il tema del rapporto tra questi ultimi e lo strumento arbitrale: lo spunto per una riflessione su tale argomento nasce anche dalla constatazione che, nella prassi, gli accordi di ristrutturazione dei debiti che hanno interessato importanti imprese, anche quotate, di norma, non contengono convenzioni arbitrali per la risoluzione delle controversie che possano insorgere successivamente all'omologazione di tali accordi da parte dell'Autorità giudiziaria[468]. A fronte di tale constatazione, è ragionevole interrogarsi sulle ragioni del mancato ricorso allo strumento arbitrale; più precisamente, è interessante capire se vi siano delle possibili ragioni di ontologica incompatibilità tra l'arbitrato e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Come si è fatto per le procedure concorsuali prese in considerazione nei precedenti capitoli, è fondamentale chiedersi se vi siano delle limitazioni all'arbitrabilità delle controversie che traggono origine dalla stipulazione e/o dall'esecuzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Anche in tal caso, dunque, è necessario tenere presente il limite previsto dall'art. 806 c.p.c., il quale prevede che le parti non possono devolvere ad arbitri le controversie, tra di loro insorte, che abbiano ad oggetto diritti indisponibili e quelle per le quali vi sia un espresso divieto di legge. Come già ricordato[469], in questo caso, si parla di "indisponibilità sostanziale", ossia l'indisponibilità del diritto sostanziale che costituisce oggetto della decisione arbitrale: si tratta di un limite di

[468] Come sottolineato da T. GALLETTO, *Arbitrato e accordi di ristrutturazione dei debiti: una convivenza possibile?*, in *Riv. arb*., 2014, fasc. 1, p. 215.

[469] Si veda, a tal proposito, il paragrafo 2 del primo capitolo, relativo al concordato preventivo.

cui bisogna sempre tenere conto – anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti –, anche se, comunque, è condivisibile l'opinione di chi afferma che, in questa materia, non sono rinvenibili ostacoli costituiti dalla presenza di diritti indisponibili[470].

Per quanto riguarda l'indisponibilità dal punto di vista processuale, bisogna ricordare che non sono arbitrabili quelle controversie per le quali il processo innanzi all'Autorità giudiziaria sia configurato dal legislatore quale unico mezzo di tutela per il conseguimento di un determinato effetto. Premesso ciò, mi pare che, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'unico limite alla compromettibilità sussista per l'impugnazione del provvedimento, positivo o negativo, che conclude il giudizio di omologazione dell'accordo, la quale, dando vita ad un procedimento qualificabile come mezzo di impugnazione contro un atto avente natura decisoria, non può essere deferita ad arbitri.

Oltre a tale limitazione, non sono rinvenibili altri ostacoli alla possibilità di devolvere controversie ad arbitri nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, tenuto conto soprattutto del profilo privatistico che li caratterizza, il quale ha indotto gran parte della dottrina, come si è visto nel precedente paragrafo, a dubitare del fatto che l'istituto *ex* art. 182-*bis* l. fall. possa essere qualificato come procedura concorsuale[471]. In effetti, dato che il "momento pubblicistico" che connota gli accordi di ristrutturazione dei debiti è costituito unicamente dal giudizio di omologazione dell'accordo da parte del tribunale, è ovvio che, in questa sede, non si pongono i limiti che interessano le procedure concorsuali analizzate nei precedenti due capitoli (liquidazione coatta amministrativa e amministrazione

[470] T. GALLETTO, *op. cit.*, p. 226.

[471] A tal proposito, è stato sottolineato che "la natura e l'oggetto degli accordi di ristrutturazione dei debiti non impediscono il ricorso alla strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie che possono insorgere con riferimento a tali accordi": T. GALLETTO, *op. cit*., p. 226. Vedere anche S. A. CERRATO, *Il mosaico dell'arbitrato al tempo del Codice della crisi: nouvelle vague o antiche aporie?*, in *Giur. comm*., 2020, 1, p. 70: "mi sembra che si possa escludere che l'apertura di una procedura di allerta o di composizione della crisi influisca sull'arbitrabilità oggettiva delle liti relative a diritti non indisponibili afferenti al debitore. La fase di crisi non lo priva infatti della facoltà di gestione dell'impresa, pur "influenzandone" in certa misura alcune decisioni strategiche, né della amministrazione del proprio patrimonio. A conclusioni analoghe è lecito pervenire per gli altri strumenti di regolazione della crisi, stragiudiziali (soggetti o meno che siano a omologazione) e giudiziali (concordato preventivo e concordato minore)".

straordinaria): in particolare, come, tra l'altro, si è avuto modo di sottolineare anche in relazione sia al concordato preventivo che a quello fallimentare[472], manca una fase assimilabile alla verificazione del passivo che impone il trattamento unitario dei rapporti creditizi verso il debitore e per la quale è pacificamente esclusa la possibilità di ricorrere allo strumento arbitrale.

L'art. 182-*bis*, comma 6, l. fall. dispone unicamente il divieto per i creditori, per titolo o causa anteriore, di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari individuali e, al comma 3, di acquisire titoli di prelazione; divieto che, a seguito delle riforme del 2010 e del 2012, può essere richiesto dal debitore (e concesso) anche nel corso delle trattative, prima della formalizzazione dell'accordo. Va sottolineato che il "blocco" delle azioni esecutive e cautelari previsto per gli accordi di ristrutturazione dei debiti è analogo a quello contemplato dall'art. 168 l. fall. in materia di concordato preventivo, differendone solo sul piano dei limiti temporali, in quanto, nel caso del concordato, il divieto abbraccia tutto il periodo che va dalla presentazione del ricorso fino al momento in cui diviene definitivo il decreto di omologazione, mentre, nel caso degli accordi, dura rigorosamente sessanta giorni a partire dalla data della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. Anche in questa sede, dunque, vale quanto detto nel primo capitolo per il concordato preventivo[473]: tale divieto, riferendosi esclusivamente alle azioni esecutive e cautelari, si pone su un piano assolutamente estraneo rispetto a quello dell'arbitrato, che ha una funzione solamente di tipo cognitivo. Di conseguenza, anche sotto questo aspetto, non si riscontra alcun limite alla possibilità di proporre domande arbitrali in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti, per cui le controversie che da essi derivino possono pacificamente essere oggetto di un giudizio arbitrale.

È interessante la riflessione di chi, partendo dal presupposto che non vi sono ragioni per escludere la possibile convivenza tra accordi di ristrutturazione dei debiti e strumento arbitrale, auspica che, in futuro, tali accordi contemplino il ricorso alla soluzione arbitrale, in particolare nella forma dell'arbitrato

[472] Si rimanda, a questo riguardo, al primo (paragrafo 2) e al secondo (paragrafo 3) capitolo.
[473] Si rimanda al paragrafo 2 del primo capitolo.

amministrato[474], il quale garantisce *ex ante* la conoscibilità delle regole del processo e la prevedibilità dei costi della procedura, oltre che un servizio maggiormente professionale reso alle parti[475]. Siccome "gli accordi di ristrutturazione del debito sembrano costituire una ipotesi paradigmatica di arbitrato multiparti"[476], inoltre, la scelta dell'arbitrato amministrato da una istituzione arbitrale, sulla base di una convenzione di arbitrato che devolva a quest'ultima la nomina degli arbitri, permetterebbe, come evidenziato dalla dottrina in esame, di evitare le insidiose complicazioni che potrebbero sorgere nell'ambito di un arbitrato con pluralità di parti[477].

---

[474] Per quanto riguarda la nozione di arbitrato amministrato, è bene ricordare che esistono organizzazioni (ad esempio, le Camere di commercio) che offrono un "pacchetto" di servizi ai clienti e che mettono a disposizione un elenco di soggetti disponibili a svolgere le funzioni di arbitro, normalmente con compenso prefissato, ed un regolamento arbitrale. Talvolta, è addirittura previsto un "parere" sul lodo al fine di valutare se esso incontrerà difficoltà ad essere recepito nell'ordinamento statale in cui deve andare ad incidere: v. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, V*, cit., p. 148.

[475] T. GALLETTO, *op. cit*., p. 241: Dato che "non vi sono ragioni per escludere la possibile convivenza tra accordi di ristrutturazione dei debiti e strumento arbitrale, specialmente se l'opzione in favore di quest'ultimo è accompagnata dall'ulteriore scelta dell'arbitrato amministrato che garantisce *ex ante* la conoscibilità delle regole del processo", allora "non può che auspicarsi che in futuro gli accordi di ristrutturazione dei debiti contemplino il ricorso alla soluzione arbitrale, mediante procedura amministrata, per la risoluzione delle controversie che da essi traggano origine".

Per quanto riguarda la convenienza dell'arbitrato amministrato, si veda, tra gli altri, C. PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. proc. civ*., 2009, fasc. 4, p. 1337: "l'arbitrato amministrato rappresenta la forma più evoluta di arbitrato, adeguata al nostro tempo e capace di rispondere all'attesa di soluzioni delle controversie rapide ed efficienti, e di garantire e soddisfare la domanda di giustizia di tutti, soggetti pubblici e privati".

[476] T. GALLETTO, *op. cit*., p. 228, il quale, a titolo di esempio, menziona le controversie che potrebbero riguardare la validità degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

[477] A tal proposito, infatti, rileva l'art. 816-*quater* c.p.c., introdotto con la riforma dell'arbitrato del 2006 e rubricato "Pluralità di parti", il quale dispone che "Qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione d'arbitrato, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se la convenzione d'arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina. Fuori dei casi previsti nel precedente comma il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime. Se non si verifica l'ipotesi prevista nel primo comma e si versa in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato è improcedibile". Perciò, "una soluzione idonea ad evitare l'insorgere di criticità è certamente quella della stipulazione di una convenzione di arbitrato, nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione del debito, che demandi ad un terzo la nomina degli arbitri, così soddisfacendosi una delle condizioni poste dall'art. 816-*quater* c.p.c.": T. GALLETTO, *op. cit*., p. 229. Per quanto riguarda tale norma, si veda G. LIPARI, *Sub art. 816-quater*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 748, il quale sottolinea che il fatto di affidare ad un terzo la nomina degli arbitri, in linea teorica, "garantisce la sicura equidistanza dell'organo giudicante, poiché le parti non influiscono direttamente sulla sua nomina, ma si limitano a convenire la nomina del terzo"; M. GRADI, *Art.*

816-quater – Pluralità di parti, in *Commentario del codice di procedura civile*, vol. VII, tomo IV, cit., p. 376, il quale mette in luce che "lo scopo dell'art. 816 *quater* c.p.c. è quello di disciplinare la nomina degli arbitri nelle controversie con pluralità di parti al fine di consentire la realizzazione del processo arbitrale litisconsortile nel rispetto della volontà dei paciscenti e del principio di parità dei litiganti nella formazione del collegio arbitrale. L'obiettivo perseguito è dunque quello di realizzare il *simultaneus arbitratus* […]". L'Autore, poi, pone l'attenzione sui vantaggi del ricorso ad una istituzione arbitrale per la nomina degli arbitri nelle liti con pluralità di parti: "le problematiche riguardanti la nomina degli arbitri nelle liti soggettivamente complesse, non del tutto risolte dalla disciplina del codice di rito nemmeno a seguito della riforma del 2006, possono trovare soluzioni più flessibili nel caso di arbitrato amministrato da istituzioni permanenti, i cui regolamenti offrono talvolta una disciplina integrativa idonea a superare i motivi di *impasse* generati dall'art. 816 *quater* c.p.c., che, ove rispettosi del principio della libera e paritaria partecipazione di tutte le parti alla nomina del tribunale arbitrale, devono ritenersi consentiti in deroga alle previsioni di legge". Tali vantaggi si apprezzano non solo nella predisposizione di un'adeguata regolamentazione, ma anche nella fase di applicazione della stessa, v. F. P. LUISO, *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb*., 2001, fasc. 4, p. 613 ss., secondo il quale il pregio dell'arbitrato amministrato sta proprio nella possibilità dell'istituzione arbitrale di provvedere alle attività di nomina degli arbitri "in maniera molto più elastica e articolata di quanto previsto dagli artt. 809 ss. c.p.c.", che invero delinea un sistema piuttosto rudimentale. Relativamente ai problemi che l'arbitrato con pluralità di parti presenta, in questa sede, brevemente, si può mettere in luce che gli interpreti hanno evidenziato, appunto, che "uno dei punti deboli dell'arbitrato si evidenzia allorché una pluralità di parti sia interessata alla decisione della controversia. Qui l'arbitrato è sicuramente svantaggiato rispetto alla giurisdizione: in primo e fondamentale luogo, perché il potere decisorio degli arbitri deriva dalla volontà degli interessati, e quindi occorre che tutte le parti siano vincolate al patto compromissorio; in secondo luogo, perché nella formazione del collegio arbitrale o più in generale nella nomina del o degli arbitri, occorre che tutte le parti si trovino in una situazione di parità, sì che il collegio arbitrale non sia espressione di una o di alcune di esse più di quanto lo sia delle altre": F. P. LUISO, *op. ult. cit.*, p. 605. Tuttavia, in merito al principio per cui le parti devono ricevere uguale trattamento nella costituzione del collegio, va segnalato che "tale principio non si traduce necessariamente in quello per cui ogni parte arbitrale, per essere trattata in modo uguale alle altre, deve essere dotata del potere di nomina di un proprio arbitro, ma può significare anche uguale sottrazione a tutte le parti del diritto di nomina del proprio arbitro. […] La regola enunciata significa quindi, in primo luogo, che sono sicuramente dotate di validità le clausole compromissorie che, nel caso in cui sia prospettabile un arbitrato plurilaterale, disciplinino la nomina dell'organo giudicante in modo tale da deferire la decisione della lite ad un arbitro unico nominato da un soggetto terzo, oppure anche da tutte le parti di comune accordo tra loro, oppure ancora in modo tale da deferire la nomina stessa ad un collegio interamente nominato da un soggetto terzo, oppure ad una istituzione arbitrale. In questo modo, qualora il problema dell'arbitrato multilaterale venga affrontato come tale già al momento della redazione della clausola compromissoria, una soluzione in tema di costituzione del collegio che sia in linea con il significato che si è attribuito al principio di uguaglianza delle parti si sostanzia nel privare ognuna di esse del diritto alla nomina del proprio arbitro, affidando il compito del giudicare ad un organo, monocratico o collegiale, che promani o dall'accordo di tutti i soggetti implicati nella lite, oppure da un soggetto che sia terzo rispetto alla lite stessa". È chiaro che "questa soluzione toglie all'arbitrato con pluralità di parti il carattere fiduciario che spesso è alla base della scelta stessa per l'arbitrato. Tuttavia, questa compressione della volontà delle parti in tema di scelta del proprio arbitro significa anche, quando l'arbitrato è plurisoggettivo, una contemporanea garanzia di tutela della stessa volontà delle parti di scegliere la via arbitrale. Ogni diversa soluzione comporta invece l'insorgere di possibili incidenti giurisdizionali volti ad infirmare la validità della costituzione del collegio arbitrale, incidenti che possono portare alla caducazione della scelta arbitrale e che comunque ne ledono fortemente la celerità": L. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti (una pluralità di problemi)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 2, p. 458.

Chiarito che non vi sono, in astratto, limiti all'arbitrabilità delle liti, è interessante capire se la domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione depositata dal debitore comporti delle conseguenze sulla convenzione di arbitrato precedentemente stipulata, ovvero sull'arbitrato già in corso.

A tal proposito, mi pare doveroso tenere presente che, a prescindere dalla qualificazione che si intende attribuire all'istituto in commento – classificandolo come mero accordo contrattuale tra debitore e creditori, piuttosto che come procedura concorsuale –, il debitore che abbia presentato una domanda di omologazione di un accordo e, *a fortiori*, il debitore che abbia presentato una semplice proposta di accordo non subisce, per effetto di questa presentazione, alcuna limitazione o vincolo nei poteri di amministrazione del proprio patrimonio, che conserva integri per tutta la durata del procedimento *ex* art. 182-*bis* l. fall. ed anche oltre l'omologazione; e lo stesso vale anche dal punto di vista della sua capacità processuale[478].

È palese, dunque, la conseguenza sulla questione presa in considerazione: l'accordo di ristrutturazione non produce alcun effetto sulla convenzione di arbitrato ovvero sull'arbitrato già pendente alla data del deposito della domanda *ex* art. 182-*bis* l. fall., per cui l'arbitrato potrà iniziare o proseguire nei confronti del debitore concordatario senza che vi sia alcuna differenza[479].

In definitiva, dal momento che, come si è avuto modo di dimostrare nei capitoli precedenti, l'arbitrato stesso è ontologicamente compatibile – ancorché con taluni limiti (come quello derivante dalle esclusività dell'accertamento del passivo, nelle procedure che prevedono una tale fase) – anche con quelle procedure concorsuali che comportano, per il debitore, la perdita dell'amministrazione dei beni, dell'esercizio dell'impresa e della legittimazione a stare in giudizio, mi pare logico

[478] A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 443; G. CANALE, *Arbitrato, concordato preventivo e procedure concorsuali minori*, cit., p. 824: "L'accordo di ristrutturazione è privo di qualsivoglia effetto in ordine alla capacità del debitore e al suo potere di amministrare, sia in via ordinaria sia in via straordinaria, il proprio patrimonio e in ordine alla sua capacità processuale".

[479] G. CANALE, *op. cit.*, p. 825.

concludere nel senso che gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono, maggior ragione, un istituto pacificamente compatibile con l'arbitrato.

3. I piani di risanamento: struttura e compatibilità con lo strumento arbitrale.

Dagli accordi di ristrutturazione dei debiti vanno tenuti rigorosamente distinti i piani di risanamento, disciplinati dall'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., il quale, appunto, ricomprende tra le esenzioni dalla revocatoria fallimentare gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore, purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il "risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria". I pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione di un piano di risanamento godono anche dell'esenzione dai reati di bancarotta, come disposto dall'art. 217-*bis* l. fall. (introdotto con la l. n. 122/2010).

I piani di risanamento costituiscono uno strumento totalmente stragiudiziale di rimozione della crisi, svincolato da ogni controllo giudiziale in ordine al contenuto ed estraneo alla partecipazione dei creditori, tant'è che questi ultimi non possono esercitare alcun controllo mediante il voto sulla convenienza del piano stesso. A tal proposito, è stato sottolineato che i creditori potrebbero anche essere all'oscuro del piano e conoscerne l'esistenza solo dopo la dichiarazione di fallimento, quando il piano si è di fatto dimostrato inidoneo alla rimozione dell'insolvenza[480].

Proprio per cercare di evitare inconvenienti derivanti dal fatto che il piano, concluso in via stragiudiziale, sfugge ad ogni controllo o disciplina circa le modalità e la trasparenza del contenuto, il legislatore, con la l. n. 134/2012, ha modificato l'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., inserendo nuove e più rigorose disposizioni finalizzate ad un rafforzamento del sistema di controllo e delle funzioni del professionista, la cui designazione era già prevista nell'originario testo normativo: le sue funzioni, attualmente, non sono più limitate, come in precedenza, ad un controllo di ragionevolezza del piano, ma, più specificamente, si richiede che il

[480] E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 826.

professionista attesti la fattibilità del piano e la veridicità delle scritture contabili su cui il piano si fonda. Inoltre, sono stati rafforzati i requisiti di terzietà dell'attestatore, il quale viene designato dal debitore e deve essere iscritto nel registro dei revisori legali e in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b), l. fall.[481], nonché dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c.[482].

La terzietà è garantita dall'indipendenza del professionista, così come definito dall'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. novellato, la quale sussiste nel momento in cui il professionista stesso non è legato all'impresa o a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o patrimoniale. Inoltre, l'attestatore non deve aver prestato, neppure per il tramite dei soggetti coi quali è unito in associazione professionale, negli ultimi cinque anni, attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, ovvero partecipato agli organi di amministrazione e di controllo.

Il professionista attestatore, dunque, svolge un ruolo centrale nella soluzione concordata e ciò è dimostrato anche dal fatto che, nei suoi confronti, si è rafforzato il regime sanzionatorio, con l'introduzione di una nuova fattispecie di reato disciplinata dall'art. 236-*bis* l. fall., rubricato "Falso in attestazioni e relazioni".

Il legislatore non ha introdotto nessuna novità, invece, per quanto concerne il contenuto del piano. Ne consegue che è rimessa all'assoluta discrezionalità del predisponente la scelta delle strade e degli strumenti attraverso cui conseguire il risanamento dell'esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria,

[481] Art. 28 l. fall. ("Requisiti per la nomina a curatore"): "Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore: a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). In tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura".

[482] Art. 2399 c.c. ("Cause d'ineleggibilità e di decadenza"): "Non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio: a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382; b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza".

per cui il contenuto può essere vario e complesso a seconda della complessità della crisi[483].

Il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese, di guisa che non sussiste alcun obbligo a carico del debitore di darne pubblicità del registro delle imprese[484].

Esposti i caratteri generali dell'istituto, è chiaro che, per quel che a noi interessa in questa sede, ossia il rapporto tra piani di risanamento e arbitrato, non si pone alcun genere di problema, dato che, come sopra ricordato, i piani di risanamento costituiscono uno strumento totalmente stragiudiziale di rimozione

[483] A tal proposito, è stato precisato che "l'obiettivo finale dei piani di risanamento parrebbe dover essere propriamente individuato nel recupero dell'equilibrio della situazione finanziaria, con il ripristino di una condizione in cui, in un certo arco temporale, le entrate consentano di fronteggiare le uscite; il risanamento dell'esposizione debitoria parrebbe, invece, dover costituire, almeno in principio, un corollario del conseguimento di quel recupero: il che implicherebbe, sempre in principio, la previsione del pagamento integrale di tutti i creditori". Inoltre, "sembra da escludere che possano considerarsi piani di risanamento quei piani che prevedano non la continuazione dell'attività di impresa, ma la sua liquidazione", differenziandosi, anche sotto questo profilo, dagli accordi di ristrutturazione dei debiti: A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 455.

È corretto evidenziare che l'art. 56 del "nuovo" Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, rubricato "Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento", definisce il contenuto minimo obbligatorio del piano, che deve indicare "a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; b) le principali cause della crisi; c) le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; d) i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative; d) gli apporti di finanza nuova; e) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto", anche se, comunque, è stato sottolineato che "il CCII non introduce profili di rilevante novità, dato che trattasi, a ben vedere, di elementi già richiesti dalle *best practices* in relazione ai quali, vi erano ampi riferimenti nelle linee guida e nei principi sino ad ora emanati": v. G. B. NARDECCHIA, *Il piano attestato di risanamento nel Codice*, in *Fall*., 2020, 1, 5; G. FAUCEGLIA, *Il piano di risanamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 11, 1281.

[484] Si tratta di una previsione introdotta sempre dalla l. n. 122/2012 e costituisce una novità importante, coerente con la linea volta al potenziamento della trasparenza. È stato osservato che "considerati gli interessi coinvolti dall'esecuzione del piano, sarebbe forse stato meglio stabilire l'obbligatorietà della sua pubblicazione nel registro delle imprese" e che "in ogni caso, pur se la legge non lo precisa, è da ritenere che la pubblicazione debba comprendere anche l'attestazione del professionista": A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *op. cit*., p. 173, il quale ha anche sottolineato che la pubblicazione consentirebbe di risolvere il problema della certezza della data. A tal proposito, è giusto mettere in luce che un'importante precisazione contenuta nell'art. 56 CCII è la necessità di attribuire una data certa al piano di risanamento, all'attestazione dell'esperto ed ai principali atti posti in esecuzione del piano attestato; ciò essenzialmente al fine di attribuire al piano medesimo l'efficacia sostanziale di sottrarre alla revocatoria gli atti eseguiti per la sua attuazione, garantendo l'anteriorità del piano, dell'attestazione e degli atti esecutivi rispetto alla dichiarazione di fallimento: v. G. B. NARDECCHIA, *op. cit*., p. 5.

della crisi[485] e in ciò risiede il tratto marcatamente distintivo rispetto sia al concordato preventivo, nel cui ambito il controllo giudiziale si manifesta dal momento genetico (decreto di ammissione) a quello finale (decreto di omologazione), sia all'accordo di ristrutturazione, il quale, pur nascendo come contratto fra privati, postula, per la produzione degli effetti di cui agli artt. 67, comma 3, lett. e), e 217-*bis* l. fall., la necessaria omologazione ad opera del tribunale[486].

L'istituto in esame, dunque, è privo di qualsiasi effetto, sia sostanziale che processuale, sul patrimonio del debitore e sulla disponibilità dei relativi diritti, ragione per cui la convenzione di arbitrato e l'eventuale arbitrato già pendente non subiranno alcun effetto o conseguenza dall'attestazione di un piano di risanamento[487].

[485] A tal proposito, è stato sottolineato che "tutti quegli istituti in cui difetta un controllo giurisdizionale non hanno natura di procedura concorsuale. L'esempio palese è il piano attestato di risanamento, che può avere (e di solito ha) natura del tutto riservata. È ben possibile ch'esso sia pubblicato, ma è solo una facoltà. Non vi è alcun controllo sul contenuto ad opera dell'autorità giudiziaria, se non, eventualmente, in un momento successivo alla sua formazione e attestazione": C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale"*, cit., p. 988. In giurisprudenza, si veda Cass., 25 gennaio 2018, n. 1895, in *Fall.*, 2018, 3, 286: "Il piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, l. fall., non è una procedura concorsuale, considerata l'assenza del controllo giudiziale, ma rientra nella ampia tipologia delle convenzioni stragiudiziali".

[486] S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e problemi applicativi*, in *IlCaso.it*, pubbl. 11 giugno 2014, i quali sottolineano che tali effetti, invece, nel piano attestato, discendono direttamente dal fatto che gli atti "protetti" dalla legge (sul piano civile e penale) siano compiuti in esecuzione di un piano che presenti i requisiti richiesti dall'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.. Per quanto concerne la questione della natura giuridica dell'istituto in commento, infatti, "può affermarsi senza tema di smentita che il piano di risanamento esula dall'ambito della concorsualità, non essendo qualificabile come procedura in senso proprio e non possedendo comunque carattere concorsuale".

[487] G. CANALE, *op. cit*., p. 823.

CONCLUSIONI

Al termine del presente elaborato, si vorrebbero ripercorrere brevemente le conclusioni di maggior rilievo che sono state tratte.

Innanzitutto, dall'analisi degli aspetti che interessano il rapporto tra arbitrato e procedure concorsuali minori emerge nitidamente che l'arbitrato è, in generale, uno strumento ontologicamente compatibile con le procedure concorsuali, ma risulta altrettanto chiaro che il rapporto tra tali istituti si articola in maniera differente a seconda della specifica procedura concorsuale di volta in volta presa in esame e, in particolare, a seconda degli effetti da quest'ultima prodotti: nel caso in cui il debitore sia privato dell'amministrazione dei suoi beni, dell'esercizio dell'impresa e della capacità di stare in giudizio, si pongono questioni differenti rispetto all'ipotesi in cui il debitore sia soggetto ad uno spossessamento soltanto "attenuato" e, *a fortiori*, rispetto all'ipotesi in cui il debitore non subisca alcuna limitazione o vincolo nei poteri di amministrazione del proprio patrimonio (come accade nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nell'ambito dei quali è assolutamente pacifico che la convenzione di arbitrato già stipulata e l'arbitrato già in corso al momento della presentazione di una domanda di omologazione di tale accordo non subiscano alcun effetto).

Il fatto che sussistano sostanziali differenze in merito al rapporto tra l'arbitrato, da una parte, e le diverse procedure concorsuali, dall'altra parte, è senza dubbio deducibile anche dal dato normativo, in quanto, come si è visto, il legislatore del 2012 ha dettato, in materia di concordato preventivo, una disposizione di segno diametralmente opposto rispetto all'art. 83-*bis* l. fall., introdotto nel 2006 nell'ambito del fallimento: l'art. 169-*bis*, comma 3, l. fall..

Per quanto riguarda il concordato preventivo, infatti, si è dimostrato che l'apertura della procedura concordataria non comporta una riduzione delle controversie arbitrabili e che l'art. 169-*bis*, comma 3, l. fall. ha confermato che la convenzione arbitrale già stipulata non si scioglie per effetto dell'ammissione di una delle parti alla procedura di concordato preventivo, come la prevalente dottrina

e giurisprudenza sostenevano già in passato. A fronte di tale perdurante efficacia, si è ritenuto corretto sostenere che il debitore concordatario abbia automaticamente anche la facoltà di avviare un giudizio arbitrale, in quanto l'ammissione al concordato preventivo non comporta limitazioni alla capacità di agire in giudizio e, inoltre, non è prevista, nell'ambito della sua disciplina, una disposizione simile a quella contenuta nell'art. 25, n. 6, l. fall., che richiede l'autorizzazione del giudice delegato al curatore per stare in giudizio come attore o come convenuto.

Si è sottolineato che l'intento del legislatore, con l'introduzione della regola secondo cui lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta, sembra essere stato quello di garantire, sempre e comunque, la sopravvivenza della convenzione di arbitrato e ciò parrebbe trovare la propria *ratio*, in primo luogo, nell'esigenza di rispettare e conservare la scelta delle parti a favore della *potestas iudicandi* arbitrale e, in secondo luogo, nel fatto che risulta davvero complicato immaginare come la convenzione di arbitrato possa ostacolare l'attuazione del piano e della proposta concordataria: anche per questo motivo, si è ritenuto più corretto condividere la tesi secondo cui il debitore non possa ottenere la caducazione, in via autonoma, della convenzione di arbitrato, non estendendosi a quest'ultima il meccanismo di scioglimento e sospensione del contratto pendente contemplato dall'art. 169-*bis*, comma 1, l. fall.. Tale conclusione, a maggior ragione, vale anche ove l'arbitrato sia già in corso.

Si è evidenziato, poi, che l'utilità della perdurante operatività della convenzione di arbitrato può, in particolare, essere letta anche e soprattutto con riguardo alle controversie che dovessero sorgere per effetto dello scioglimento o della sospensione, prima fra tutte quelle relative alla determinazione dell'indennizzo dovuto, secondo quanto stabilito dall'art. 169-*bis*, comma 2, l. fall., al contraente *in bonis*, il quale, di conseguenza, nel caso in cui non sia d'accordo con l'entità dell'indennizzo prospettata dal debitore concordatario, dovrà rivolgersi agli arbitri per risolvere la relativa controversia.

Inoltre, si è messo in luce che, *ex* art. 167, comma 2, l. fall., la legittimazione a stipulare convenzioni di arbitrato, con il correttivo dell'autorizzazione del giudice

delegato, resta in capo al debitore anche a seguito alla presentazione della domanda di concordato. Ciò dipende dal fatto che, ai sensi del primo comma della medesima norma, il debitore concordatario è sottoposto ad uno spossessamento soltanto "attenuato", nel senso che conserva l'esercizio dell'impresa e non perde la capacità di amministrare i propri beni, ancorché sotto la vigilanza e la direzione degli organi concorsuali. Tale forma di spossessamento, poi, non ha riflessi diretti sulla posizione processuale ricoperta dal debitore, di guisa che, sulla base di questa ed ulteriori argomentazioni, si è dimostrato anche che la domanda concordataria risulta indifferente per le sorti dell'arbitrato pendente, che può proseguire tra le parti originarie.

Sotto tali aspetti, la disciplina del concordato preventivo differisce rispetto a quanto si verifica nell'ambito del fallimento, in cui, da un lato, lo spossessamento subito dal fallito comporta l'insorgere della legittimazione a sottoscrivere accordi compromissori in capo al curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 35 l. fall. e, dall'altro lato, l'art. 83-*bis* l. fall. prevede espressamente che, se il contratto in cui è contenuta la clausola compromissoria è sciolto per effetto del fallimento, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito.

Porre l'attenzione sulle differenze tra la disciplina del concordato preventivo e quella del fallimento, in questa sede, è risultato rilevante anche con riferimento ai temi trattati nei capitoli seguenti, soprattutto perché si è dimostrato che, per quanto riguarda le questioni inerenti al rapporto tra l'arbitrato e le procedure di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria (sia quella di cui alla legge Prodi-*bis* che quella di cui alla legge Marzano e successive modificazioni), valgono le medesime conclusioni a cui gli interpreti sono pervenuti con riferimento alla procedura fallimentare. Il fallimento, infatti, costituisce un paradigma dal quale è possibile trarre regole generali per risolvere le principali problematiche che interessano il rapporto tra arbitrato e tutte quelle procedure concorsuali nelle quali il debitore insolvente subisce lo spossessamento e la perdita della capacità processuale.

Riguardo alla questione concernente la possibilità di stipulare convenzioni arbitrali durante la procedura concorsuale, si è visto che l'art. 35 l. fall. è richiamato sia dall'art. 206, comma 2, l. fall., dettato in materia di liquidazione coatta amministrativa, il quale prevede che tale potere spetta al commissario liquidatore ed è sottoposto, in relazione al valore, all'autorizzazione dell'autorità di vigilanza, sentito il comitato di sorveglianza; sia dall'art. 19, comma 3, d.lgs. 270/1999, il quale disciplina i poteri del commissario giudiziale nella gestione dell'impresa insolvente durante la fase "intermedia" dell'amministrazione straordinaria "comune". Il commissario straordinario, invece, sia nell'amministrazione straordinaria "comune" che in quella "speciale", è dotato di maggiore discrezionalità: come si è evidenziato, quest'ultimo ha il potere di stipulare tutte le tipologie di convenzione di arbitrato senza necessità di alcuna autorizzazione.

Relativamente all'art. 83-*bis* l. fall. (il quale si applica anche alla liquidazione coatta amministrativa, in base al richiamo dell'art. 201 l. fall. alla disciplina fallimentare sui rapporti pendenti e può estendersi alle procedure di amministrazione straordinaria delle leggi Prodi-*bis* e Marzano), si è avuto modo di mettere in luce l'incompletezza di tale norma, la quale si è preoccupata di disciplinare soltanto la sorte del giudizio arbitrale pendente nel caso di scioglimento dal contratto in cui la convenzione di arbitrato è contenuta. Tuttavia, si è ritenuto corretto ricavare, dalla lettera della norma in commento, una regola generale implicita, atta a disciplinare l'opponibilità della convenzione di arbitrato alla procedura concorsuale anche nel caso in cui l'arbitrato non sia ancora stato avviato, ossia quella secondo cui, pure in quest'ultima ipotesi, la sopravvivenza della convenzione arbitrale a seguito dell'apertura della procedura concorsuale dipende dalla scelta operata dal curatore (o dal commissario liquidatore o straordinario) in merito al subentro nel contratto principale o allo scioglimento da esso: nel caso in cui l'organo della procedura decida di subentrare nel contratto principale, la convenzione di arbitrato stipulata dal debitore prima dell'apertura della procedura concorsuale sarà vincolante e, dunque, opponibile alla procedura stessa; viceversa,

il vincolo non sussisterà nel caso in cui l'organo stesso decida di sciogliersi dal contratto esercitando la facoltà concessagli dalla legge.

In merito alla sorte del procedimento arbitrale pendente, chiarito che quest'ultimo non può proseguire soltanto nel caso in cui il commissario liquidatore (o quello straordinario) decida di sciogliersi dal contratto pendente (oppure – esclusivamente per la liquidazione coatta amministrativa, tenuto conto del fatto che, per l'amministrazione straordinaria, la regola generale è quella della normale continuazione dei rapporti giuridici preesistenti – nell'ipotesi in cui il contratto stesso si sciolga di diritto all'apertura della procedura), e precisato che i giudizi arbitrali pendenti, nell'ambito dei quali siano state proposte domande di accertamento di crediti e/o diritti reali nei confronti del debitore, sono improcedibili (dato che è incontrovertibile il limite alla compromettibilità derivante dall'esclusività dell'accertamento dello stato passivo), si è affrontata la dibattuta questione relativa al come l'organo della procedura concorsuale subentri nel giudizio arbitrale pendente in luogo del debitore. E ciò tenuto conto del fatto che quest'ultimo, con l'apertura della procedura, tutte le volte in cui il procedimento abbia ad oggetto un rapporto patrimoniale dell'impresa sottoposta alla procedura concorsuale, perde la capacità processuale, la quale viene acquistata dal commissario liquidatore, nel caso in cui si tratti di liquidazione coatta amministrativa, o dal commissario straordinario, nel caso in cui il debitore sia sottoposto ad amministrazione straordinaria (è bene precisare che, in quella "comune", durante la fase "intermedia", in giudizio sta il commissario giudiziale, nel caso in cui il tribunale abbia affidato a quest'ultimo la gestione dell'impresa).

Tale questione, che la giurisprudenza non ha ancora avuto occasione di approfondire debitamente, ha aperto un ampio dibattito in dottrina: alcuni interpreti ritengono che, anche all'arbitrato, si applichi l'istituto dell'interruzione del processo, previsto dal terzo comma dell'art. 43 l. fall., mentre altri sostengono che si debba ricorrere all'art. 816-*sexies* c.p.c., il quale prevede che – al massimo – il giudizio arbitrale possa essere sospeso. Nel presente elaborato, si è ritenuto più corretto condividere quest'ultima soluzione, in quanto, come si è sottolineato, il

solo terzo comma dell'art. 43 non sembra poter fondare l'applicabilità dell'istituto dell'interruzione nell'ambito di un procedimento, quello arbitrale, in cui questo non è previsto come operante. In applicazione dell'art. 816-*sexies* c.p.c., dunque, saranno gli arbitri a dover adottare le misure idonee per assicurare il contraddittorio, ad esempio disponendo la notificazione degli atti all'organo della procedura concorsuale. Gli arbitri stessi potranno anche sospendere il procedimento e discrezionalmente decidere di rinunciare all'incarico, se le parti non adempiono a quelle misure.

La medesima questione, ancorché "speculare", si è posta anche in relazione al concordato fallimentare, in quanto l'omologazione del concordato stesso determina la chiusura della procedura concorsuale, a seguito della quale si realizza, a parti invertite, la medesima situazione che consegue all'apertura della procedura (situazione che si realizza anche con l'omologazione del concordato di liquidazione e del concordato nelle procedure di amministrazione straordinaria, posto che gli effetti prodotti dall'omologazione sono i medesimi): il curatore (così come il commissario liquidatore o quello straordinario) perde la capacità processuale, che viene riacquistata dal debitore. In tali ipotesi, si è osservato che la conclusione a favore dell'inapplicabilità dell'art. 43, comma 3, l. fall. potrebbe essere avvalorata dal fatto che la disposizione menziona soltanto l'apertura della procedura concorsuale, e non la sua chiusura, di guisa che, in quest'ultimo caso, non varrebbero i ragionamenti (formulati da una parte della dottrina) consistenti nella necessità di applicare, anche al processo arbitrale, la peculiare interruzione automatica prevista dalla specifica norma di settore dettata per il fallimento.

Per quanto riguarda il concordato fallimentare, inoltre, si è avuto modo, in primo luogo, di dimostrare l'infondatezza della tesi, risalente agli anni Ottanta del Novecento, secondo la quale l'utilizzo dello strumento arbitrale sarebbe stato assolutamente inammissibile nella procedura concordataria per le stesse ragioni che ne impedivano l'applicazione in seno a quella fallimentare; e, in secondo luogo, di chiarire che il debitore, dopo il passaggio in giudicato del provvedimento di omologazione del concordato, potendo assumere nuove obbligazioni, può parimenti

definire con lo strumento arbitrale le controversie insorte, sottoscrivendo compromessi e clausole compromissorie, e iniziando *ex novo* arbitrati.

Dal quadro appena delineato, dunque, appare chiaro che l'arbitrato e le procedure concorsuali sono, in astratto, concettualmente compatibili, seppur con implicazioni differenti a seconda della procedura concorsuale considerata. Tuttavia, molte questioni – alcune delle quali assai rilevanti nella prassi – sono ancora oggetto di un vivace dibattito tra gli interpreti, poiché, da un lato, la giurisprudenza non è ancora intervenuta in maniera adeguata e, dall'altro lato, il legislatore, come più volte ricordato, si è limitato a disciplinare soltanto alcuni degli aspetti che connotano il rapporto tra arbitrato e procedure concorsuali. Indubbiamente, il "nuovo" Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza rappresenta un'occasione poco sfruttata, che il legislatore avrebbe potuto cogliere per effettuare qualche intervento di più ampio respiro in materia arbitrale.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, IPSOA InPratica, 2019;

ADORNO M., *La legittimazione passiva del debitore concordatario e del liquidatore giudiziale: un'ipotesi di litisconsorzio necessario processuale*, in *Dir. fall.*, 2006, 2, 20271;

ALESSI G., *La riforma dell'amministrazione straordinaria*, in *Fall*., 1998, 2, 113;

AMATORE R., *Omologa dell'accordo: requisiti di ammissibilità del ricorso e limiti del sindacato del Tribunale sulla fattibilità*, in *IlFallimentarista.it*, pubbl. 4 maggio 2012;

AMBROSINI S. – AIELLO M., *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e problemi applicativi*, in *IlCaso.it*, pubbl. 11 giugno 2014;

AMBROSINI S., *L'esecuzione del concordato e i provvedimenti in caso di concordato con cessione dei beni*, in Vassalli-Luiso-Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, Giappichelli, 2014;

APICE U., *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, 2, 10263;

ARATO M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *IlCaso.it*, pubbl. 9 ottobre 2018;

ARMELI B., *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, in *IlFallimentarista.it*, pubbl. 2 ottobre 2013;

ASCIUTTO C., *Art. 169-bis l. f. Contratti in corso di esecuzione*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di A. Caiafa e S. Romeo, tomo III, Padova, CEDAM, 2014;

ATTERITANO A., *Sub art. 808-quater*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo II, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Padova, CEDAM, 2009;

AUDINO A., *Sub art. 182*, *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, VI ed., Padova, CEDAM, 2013;

BACCAGLINI L., *Convenzione di arbitrato – Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria stipulata dal fallito, quando in bonis*, in *Giur. it*., 2019, 3, 636;

BERLINGUER A., *L'arbitrato nelle procedure concorsuali*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, tomo I, rassegna coordinata da G. Alpa, in *Giur. sist. di Dir. civ. e comm*., UTET, 1999;

BIANCARDI D. – CAVANA R., *Il concordato fallimentare*, Padova, CEDAM, 1999;

BONFATTI S. – CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2011;

BONSIGNORI A., *Arbitrati e fallimento*, II ed., Padova, CEDAM, 2000;

BONSIGNORI A., *Concordato sub art. 124*, in *Commentario Scaloja-Branca*, Zanichelli e Società editoriale del Foro Italiano, Bologna – Roma, 1977;

BONSIGNORI A., *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, in *Riv. arb*., 1995, 4, 673;

BONSIGNORI A., *Processi concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIII vol., CEDAM, Padova, 1997;

BOVE M., *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, in *Fall*., 2016, 7, 854;

BOVE M., *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb*., 2012, 2, 293;

BOVE M., *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Riv. arb*., 2016, 2, 217;

BOZZA G., *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2012, 768;

BRIAN E. – MARCONE A. – GARESIO G., *Il concordato fallimentare*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, IV Torino, UTET giuridica, II ed., 2014;

BRIGUGLIO A., *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arb.*, 2016, 2, 239;

BURRONI D. – CASTELLI L., *Il concordato fallimentare*, in AA. VV., *Fallimento e crisi d'impresa*, IPSOA InPratica, 2019;

CABRAS G., *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, tomo II, Padova, CEDAM, 2010;

CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, 2006;

CANALE G., *Arbitrato, concordato preventivo e procedure concorsuali minori*, in *Dir. Fall.*, 3-4, 2019, 785;

CANALE G., *L'arbitrato del curatore*, in *Giur. comm*., 2019, I, 17;

CAPPONI B., *Art. 819-ter*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo II, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Padova, CEDAM, 2009;

CARIDI V., *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. fall*., 2015, 6, 10573;

CASTAGNOLA A., *Arbitrato e fallimento*, in *L'arbitrato: fondamenti e tecnica*, 2006, *www.cameraarbitrale.com*;

CASTAGNOLA A., *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra e N. Rascio, Napoli, 2010;

CASTAGNOLA A., *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, in *Riv. arb*., 2016, 2, 227;

CASTAGNOLA A. – DI GIROLAMO A. F., *Il curatore, il procedimento arbitrale pendente ed il lodo*, in *L'arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi e A. Graziosi, in *Forme e riforme del processo civile*, collana diretta da A. Didone, F. De Santis, e I. Pagni, Giuffrè, Milano, 2020;

CATALLOZZI P., *Ancora sulla legittimazione passiva del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall*., 2002, 837;

CAVALLINI C., *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, in *IlFallimentarista.it*, pubbl. 22 luglio 2013;

CENSONI P. F., *La prosecuzione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e Fallimento*, pubbl. 11 marzo 2013;

CERRATO S. A., *Il mosaico dell'arbitrato al tempo del Codice della crisi: nouvelle vague o antiche aporie?*, in *Giur. comm*., 2020, 1, 66;

CERRATO S. A., *Procedure concorsuali e arbitrato*, in *Giur. arb.*, 2019, 2, 339;

CORSINI F., *Arbitrato e fallimento – Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria sottoscritta dalla società fallita, quando era in bonis*, in *Giur. it*., 2017, 4, 925;

COSTA C., *La conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento ed i poteri dell'Autorità giudiziaria*, in *Dir. fall*., 2014, 1, 10001;

D'ATTORRE G., *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. società*, 2015, 1, 30;

DE BEI P., *Il trattamento dei creditori postergati nell'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *IlFallimentarista.it*, pubbl. 12 gennaio 2013;

DE SANTIS F., *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione di arbitrato stipulata dal fallito, alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra e N. Rascio, Napoli, 2010;

DELLE DONNE C., *Sub art. 819-ter c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, vol. VII, tomo IV, Torino, UTET giuridica, 2014;

DI GIROLAMO A. F., *L'impatto dell'art. 43, comma 3, l. fall. sui procedimenti arbitrali pendenti: alcune riflessioni alla luce del c.d. "Decreto salva banche venete"*, in *Riv. arb*., 2018, 4, 775;

DIMUNDO F., *Il processo di dichiarazione dello stato di insolvenza*, Cap. III, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, diretto da L. Panzani, Torino, UTET giuridica, II ed., 2014;

DIMUNDO A., *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2018, 1085;

DIMUNDO A. – PATTI A., *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, Giuffrè, 1999;

FABBI A., *Sub art. 808-quater c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella vol. VII, tomo IV, Torino, UTET giuridica, 2014;

FABIANI M. – STANGHELLINI L., *La legge Marzano con le ali, ovvero della volatilità dell'amministrazione straordinaria*, in *Corr. giur*., 2008, 10, 1337;

FALCONE G., *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Dir. fall*., 2013, 3-4, 10392;

FARENGA L., *L'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza. La fase prodromica di commissariamento giudiziale (c.d. fase di osservazione)*, Milano, Giuffrè, 2005;

FAUCEGLIA G., *Concordato fallimentare e liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. fall*., 2009, 2, 10201;

FAUCEGLIA G., *Il piano di risanamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 11, 1281;

FAZZI L., *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall*., 2011, 3-4, 355;

FIMMANO' F., *Effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Fall*., 2006, 9, 1050;

FITTANTE A., *Concordato preventivo e contratti pendenti in corso di esecuzione: il punto sull'art. 169-bis l. fall*., in *IlFallimentarista.it*, pubbl. 19 novembre 2014;

FITTANTE A., *Il concordato "in bianco": rassegna sintetica sui profili sostanziali dell'istituto e sulle problematiche emerse in sede applicativa*, in *IlFallimentarista.it*, pubbl. 18 settembre 2015;

FRASCAROLI SANTI E., *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall*., 1996, 5, 419;

FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento da inserire nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000: lo richiede la Commissione Europea*, in *Dir. fall*., 2013, 3-4, 10348;

FRASCAROLI SANTI E., *Il concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, IV, Torino, UTET giuridica, II ed., 2014;

FRASCAROLI SANTI E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, II ed., 2016;

FRASCAROLI SANTI E., *L'art. 83-bis l. fall. e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra e N. Rascio, Napoli, 2010;

FUSAI P., *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, in *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Torino, 2005;

GALANTI L., *Profili processuali ancora incerti nel sistema dei rapporti tra arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1139;

GALLETTO T., *Arbitrato e accordi di ristrutturazione dei debiti: una convivenza possibile?*, in *Riv. arb*., 2014, 1, 215;

GARGIULO G., *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero per risoluzione contrattuale (e conseguente credito)*, in *Giur. it*., 2015, 2451;

GENOVIVA P., *La chiusura del fallimento nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2007, 6;

GHIGNONE F., *Arbitrato e fallimento*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di A. Buonfrate e C. Giovanucci Orlandi, Torino, 2006;

GRADI M., *Art. 816-quater – Pluralità di parti*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, vol. VII, tomo IV, Torino, UTET giuridica, 2014;

GROPPOLI L., *"Indisponibilità" dell'accertamento del passivo: riflessi sull'arbitrato*, in *Fall.,* 2016, 3, 316;

GROPPOLI L., *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Fall.*, 2009, 2, 134;

GUALANDI L., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2011;

INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. fall*., 2012, 1, 10013;

IORIO V., *Ammissione alla procedura di concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di A. Caiafa e S. Romeo, tomo III, Padova, CEDAM, 2014;

JORIO A., *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1973;

LA CROCE G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. it*., 2010, 11;

LIPARI G., *Sub art. 816-quater*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo II, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Padova, CEDAM, 2009;

LIPPONI A., *Verifica fallimentare dei crediti e arbitrato: un rapporto non più tormentato*, in *Riv. arb*., 2005, 1, 151;

LUISO F. P., *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie,* vol. V, IX ed., Giuffrè, Milano, 2017;

LUISO F. P., *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb*., 2001, 4, 605;

MACCHIA M., *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, in *Fall*., 2006, 7, 816;

MANCUSO C., *Concordato preventivo e contratti in corso di esecuzione. Il contraddittorio con il contraente in bonis – autorizzazione allo scioglimento del contratto in corso di esecuzione e principio del contraddittorio*, in *Fall*., 2014, 5, 555;

MAZZOCCA D., *Brevi osservazioni in tema di concordato preventivo e rapporti giuridici pendenti*, in *Dir. fall*., 1982, 2, 1241;

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923;

NARDECCHIA G. B., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, diretto da L. Panzani, Torino, UTET giuridica, II ed., 2014;

NARDECCHIA G. B., *Capacità processuale del debitore e del liquidatore giudiziale*, in *Fall*., 1997, 959;

NARDECCHIA G. B., *Il piano attestato di risanamento nel Codice*, in *Fall*., 2020, 1, 5;

NIGRO A., *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, 3-4, 677;

NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, IV ed., Bologna, il Mulino, 2017;

NISIVOCCIA N., *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 4, 969;

NITROLA M., *Arbitrato e fallimento*, in *I contratti*, 8-9, 2012;

PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Giuffrè, Milano, 1993;

PAJARDI P. – PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2008;

PANZANI L., *I rapporti pendenti nell'amministrazione straordinaria*, in *Fall*., 2018, 10, 1204;

PARISI G., *Profili processuali della disciplina dei contratti pendenti nell'ambito del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, 3-4, 959;

PATTI A., *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Fall*., 2010, 9, 1087;

PATTI A., *La legittimazione processuale del debitore nel c.p. con cessione dei beni tra titolarità (mantenuta) e disponibilità (trasferita) del patrimonio*, in *Fall*., 2001, 7, 781;

PATTI A., *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, 3, 261;

PENTA A., *Concordato preventivo e scioglimento dai rapporti in corso di esecuzione*, in *Dir. fall*., 2014, 6, 20728;

PETRUCCO TOFFOLO F., *Sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *IlFallimentarista.it*, pubbl. 5 settembre 2013;

PETTIROSSI V., *Sorte dei "contratti pendenti" nella disciplina del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, 1, 103;

PEZZANO A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-quater legge fallim.*, in *Dir. fall*., 2006, 5, 678;

PROTO C., *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fall*., 2007, 2, 187;

PROTO C., *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1999, 9, 979;

PROVINCIALI R., *Effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti e in tema di compensazione*, in *Dir. fall*. 1969, 2, 933;

PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1974;

PUNZI C., *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. proc. civ*., 2009, 4, 1325;

PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, tomo I, Padova, CEDAM, 2012;

RAGO G., *L'esecuzione del concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1996;

RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1994;

ROVELLI L., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi – Introduzione*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, diretto da L. Panzani, Torino, UTET giuridica, II ed., 2014;

RUBINO-SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, tomo I, Padova, CEDAM, 2010;

RUFFINI G., *Art. 819-ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, CEDAM, 2010;

RUFFINI G., *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv. arb*., 2004, 3, 417;

RUGGIERI P., *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Diritto & Formazione*, 2003, 5, 683;

SALVANESCHI L., *Art. 819 e 819-bis.*, in *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2014;

SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti (una pluralità di problemi)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 2, 458;

SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, III ed., Giuffrè, Milano, 1988;

SGOBBO C., *I criteri di distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione ex art. 320 c.c.*, in *Giur. it.*, 2011, 56;

SPATTUZZI F., *L'indisponibilità del diritto soggettivo quale limite all'arbitrabilità delle controversie*, in *Riv. arb.*, 2014, 4, 763;

STASI E., *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV, diretto da L. Panzani, Torino, UTET giuridica, II ed., 2014;

TARZIA G., *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, in *Fall*., 2009, 1, 51;

TEDESCHI G. U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, CEDAM, Padova, 2006;

TEDIOLI F., *Appunti sul rapporto tra arbitrato rituale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Studium Iuris*, 2006, 5, 526;

TERENGHI M., *Rapporti pendenti nell'amministrazione straordinaria*, in *Fall*., 2012, 7, 789;

TERRANOVA G., *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall*., 2012, 1, 10001;

TISCINI R., *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Fall*., 2005, 5, 623;

TOMASSO F., *La riforma del concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria ad opera del decreto correttivo*, in *Fall*., 2008, 1, 110;

TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Fall*., 2018, 8-9, 984;

VELLA P., *Brevi note sui nuovi adempimenti telematici nelle procedure concorsuali*, in *IlCaso.it*, pubbl. 11 gennaio 2013;

VELLA P., *L'ammissione al concordato preventivo "con riserva"*, in *Fall*., 2013, 73;

VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2015;

VINCRE S., *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, CEDAM, 1996;

VONA G., *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, in *Dir. fall*., 2014, 2, 10272;

VONA G., *La stipula del patto compromissorio e la nomina degli arbitri nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, 3-4, 10421;

ZANICHELLI V., *Chiusura del fallimento, processi pendenti e mutamento della domanda*, in *Fall.*, 2003, 2, 213;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2014, 1, 2;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano, 2004;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1128;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, II ediz., Zanichelli, Bologna, 2007.

RINGRAZIAMENTI

Giunta al termine di questo elaborato, vorrei dedicare qualche riga a coloro che hanno contribuito alla realizzazione della mia tesi di laurea.

Innanzitutto, ringrazio il mio relatore, il Professor Angelo Castagnola. Grazie alla frequentazione dei suoi corsi così interessanti, ho coltivato l'interesse per il Diritto fallimentare e il Diritto dell'arbitrato. Lo ringrazio anche per avermi aiutata nella scelta dell'argomento e avermi guidata nel decidere come strutturare questa tesi.

Dedico un ringraziamento speciale al mio correlatore, il Dottor Alessio Filippo Di Girolamo, che mi ha seguita, passo dopo passo, nella stesura dell'elaborato, suggerendomi puntualmente le giuste modifiche da apportare e rendendosi sempre disponibile per qualsiasi chiarimento, permettendomi di sviluppare nel migliore dei modi il tema oggetto del presente lavoro.

Ringrazio la mia famiglia, il mio punto di riferimento, che mi ha permesso di percorrere e concludere questo cammino: mia madre, Gloria, che non si è mai stancata di ascoltarmi ripetere prima di un esame, tutte le volte in cui ho avuto bisogno di un suo supporto; mio padre, Davide, che mi ha sempre sostenuto, appoggiando ogni mia decisione e rassicurandomi nei momenti di difficoltà; mia sorella, Valentina, sempre pronta ad ascoltarmi e ad incoraggiarmi.

Voglio, inoltre, dedicare questo traguardo alle mie nonne, Marica e Edda, poiché sono sempre state le mie prime sostenitrici e mi hanno sempre consigliato di "pensare positivo", e ai miei nonni, Riccardo e Sergio, che mi guardano da lassù e spero siano orgogliosi di me.

Al mio fidanzato, Marco, che è fondamentale nella mia vita da ormai più di sette anni e mi è sempre stato vicino durante tutto questo percorso: ha condiviso con me i momenti di gioia e mi ha supportato e sopportato nei momenti di ansia e sconforto, spronandomi a credere nelle mie capacità e accettando di buon grado i sacrifici imposti dal mio impegno nello studio.

Ai miei colleghi, in particolare a due di loro, con i quali ho avuto la fortuna di condividere anche l'esperienza liceale: a Elena, mia inseparabile compagna di avventura, che, in questi anni, è diventata una delle mie amiche più importanti e senza la quale questo percorso non sarebbe stato lo stesso, e ad Alberto, amico fidato, sempre pronto a dare ottimi consigli e preziose rassicurazioni.

Alla mia migliore amica, Sara, e a tutti gli amici che mi sono stati vicini.