

LUISS
Libera Università Internazionale degli Studi Sociali
Guido Carli

Dottorato di ricerca in diritto dell'arbitrato interno ed internazionale
XXIV ciclo

ARBITRATO E FALLIMENTO

Tutor: Chiar.mo Prof. Bruno Capponi

Candidato: dott. Giampaolo Austa

Anno accademico 2012/2013

Luiss - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali - Guido Carli
Facoltà di Giurisprudenza
Dottorato di Ricerca in Diritto dell'arbitrato interno ed internazionale
XXIV ciclo

Arbitrato e fallimento

Indice:

- Premessa

Parte prima:

1. Gli effetti del fallimento sulla convenzione di arbitrato;
 - 1.1 Gli effetti del fallimento sulla convenzione di arbitrato: la posizione della dottrina *ante* riforma;
2. La capacità di stipulare la convenzione di arbitrato: i poteri del curatore;
3. L'art. 83 *bis* della legge fallimentare;
 - 3.1 L'art. 83 *bis*: Differenze - e analogie - tra compromesso e clausola compromissoria;
 - 3.2 L'art. 83 *bis* della Legge Fallimentare: il caso di prosecuzione del contratto pendente e il subentro del curatore in luogo del fallito;
 - 3.3 L'art. 83 *bis* della Legge Fallimentare: l'istruzione probatoria compiuta e gli effetti del fallimento;
4. Fallimento di una delle parti: sospensione o interruzione del procedimento arbitrale?
5. L'ipotesi di fallimento dopo la pronuncia del lodo arbitrale;
6. Il compenso degli arbitri in caso di applicazione dell'art. 83 *bis* L.F.;
7. Il ruolo del curatore nel processo arbitrale: Le impugnazioni;

Parte seconda - il caso pratico:

Lodo arbitrale 1.07.2010 (M. Delli Priscoli - pres.; E. Stajano - arb.; R. Vaccarella - arb.);

- I. Sulla legittimazione del curatore fallimentare a chiedere la non prosecuzione del procedimento arbitrale;
- II. Sull'opponibilità della clausola compromissoria dopo il fallimento della mandante;
- III. Sull'art. 5 c.p.c., criterio per stabilire la competenza - anche - del collegio arbitrale;
 - Conclusioni
 - Bibliografia.

Tutor:

Chiar.mo Prof. Bruno Capponi

Candidato:

dott. Giampaolo Austa

Il presente lavoro ha lo scopo di analizzare i rapporti tra arbitrato e fallimento, alla luce dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale e delle riforme che recentemente hanno innovato la normativa in materia.

A questo scopo è stato utilizzato un approccio metodologico non solo teorico, ma anche pratico, attraverso l'analisi di un caso specifico che, a prescindere dalla decisione esaminata, solo in parte afferente ai temi trattati, ha fornito l'interessante opportunità di verificare l'applicazione concreta dei principi e delle norme analizzate nella prima parte.

In generale, la domanda principale che si pone l'interprete nel momento in cui comincia a misurarsi con gli istituti dell'arbitrato e del fallimento è se questi siano conciliabili e che effetti possa avere la sentenza dichiarativa di fallimento sul procedimento arbitrale in corso o sulla convenzione di arbitrato, ancorché non ancora azionata.

La risposta è fornita dalle norme, tuttavia, la legislazione in materia è stata per lungo tempo caratterizzata da vuoti normativi a cui il Legislatore ha tentato - vedremo con quale fortuna - di porre rimedio in tempi recenti. Nel frattempo, la produzione, soprattutto, in dottrina è stata copiosa e formulata anche al fine di incentivare un intervento chiarificatore di diritto positivo.

Dopo l'intervento del Legislatore che, con il d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ha modificato in maniera determinante la Legge Fallimentare, è possibile affermare con certezza un'espressa compatibilità di fondo tra i due istituti, dell'arbitrato e del fallimento.

Alcuna preclusione di principio è oggi attuale e, quindi, gli studiosi della materia possono sviluppare le varie ipotesi relative all'esatta interpretazione delle norme ed alla loro concreta applicazione sulla base di una certezza di non poco conto. Infatti, non è sempre stato così, tant'è che precedentemente all'intervento riformatore si confrontavano diverse dottrine, a volte, con tesi diametralmente opposte. In particolare, in caso di intervenuto fallimento di una delle parti della convenzione di arbitrato, alcuni autori ipotizzavano l'assoluta inefficacia ovvero la caducazione automatica della clausola compromissoria e altri, invece, prospettavano la piena o relativa opponibilità della clausola nei confronti del fallimento.

Il presente studio ha avuto anche lo scopo di ripercorrere le teorie anzidette al fine di analizzare le ragioni di ogni teoria e comprendere in che modo il Legislatore sia stato

influenzato dalla dottrina prima di elaborare le norme che, da un lato, hanno sancito la compatibilità tra arbitrato e fallimento e, dall'altro, hanno stabilito più specificamente il risultato di tale interferenza.

L'esito è stato la riforma di alcune norme fondamentali della Legge Fallimentare.

Innanzitutto, il combinato disposto dagli artt. 25 e 35 di detta Legge sancisce l'affermata compatibilità espressa tra arbitrato e fallimento dal momento che abilita il curatore alla sottoscrizione di compromessi e determina concretamente le modalità attraverso le quali partecipare al procedimento arbitrale riconoscendo il ruolo di impulso al curatore seppur con le opportune cautele di controllo, vigilanza ed autorizzazione riconosciute al Giudice delegato ed al Comitato dei creditori soprattutto per le controversie di maggiore rilevanza economica.

Sotto altro profilo, all'esito dell'analisi specifica delle varie teorie che si confrontavano prima della riforma, è possibile riscontrare come precedentemente il Legislatore, in assenza di una previsione specifica che regolasse i rapporti tra convenzione di arbitrato e fallimento, avesse utilizzato un metodo, per così dire, casistico che aveva fornito agli interpreti la possibilità di verificare le ipotesi di compatibilità tra i due istituti caso per caso. Questo tipo di approccio ha permesso che si confrontassero così tante dottrine e così diverse tra loro ed è la spiegazione del perché, nel 2006, si sia reso necessario un intervento del Legislatore di modifica del diritto positivo.

Risulta, così, chiara la spinta a cui il Legislatore ha dovuto sottostare nel momento in cui, con la riforma, ha avuto la possibilità di regolare tutte quelle situazioni che prima erano state solo interpretate da dottrina e giurisprudenza, nel silenzio delle norme ed alla luce dei principi generali della materia o risolte in via analogica con rimando ad alla legislazione presente in casi simili.

L'esito è stato l'art. 83 *bis* della Legge Fallimentare, rubricato "clausola arbitrale", secondo il 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"*.

Detta norma non può che essere letta unitamente al disposto dell'art. 72 L.F., avente ad oggetto, in generale, la regolazione dei rapporti giuridici pendenti e secondo il quale,

all'atto della dichiarazione di fallimento, i contratti restano sospesi sino alla decisione del curatore di proseguirli oppure terminarli definitivamente.

Infine, è significativa anche la modifica dell'art. 78 della stessa legge che, dopo la riforma, postula lo scioglimento del mandato solo nel caso di fallimento del mandatario, mentre prima disponeva indistintamente lo scioglimento del contratto al ricorrere del fallimento di una delle parti.

Ad un primo sguardo, quindi, la norma contenuta all'art. 83 *bis* non è altro che la traduzione della teoria per la quale la clausola compromissoria, in quanto contenuta all'interno di un contratto in funzione ad esso accessoria, è sottoposta alla stessa decisione che il curatore adotta con riferimento al contratto, per così dire, principale. Quindi, la decisione del curatore di sciogliersi dal contratto pendente determinerà anche l'estinzione del procedimento arbitrale in corso e riferito al descritto contratto. Viceversa, nel caso di prosecuzione del rapporto contrattuale, il procedimento arbitrale pendente potrà continuare nei confronti del fallimento e il curatore si sostituirà al fallito nel giudizio davanti agli arbitri.

Si vedrà che in forza di questa norma, non solo il procedimento pendente, ma anche la convenzione di arbitrato, si intenderà pienamente valida ed operativa nel caso in cui il curatore decida per la prosecuzione del rapporto contrattuale pendente.

Questi sono solo gli effetti, per così dire, diretti della norma che, tuttavia, porta con sé moltissime altre conseguenze interpretative anche di carattere sistematico. Infatti, molte sono le possibili considerazioni da dedurre *a contrario* dall'art. 83 *bis* L.F. come, ad esempio, che il procedimento arbitrale non è destinato ad essere interrotto nel caso in cui il contratto, prima del fallimento, si sia già concluso per mutuo consenso o per decisione di una delle parti o per naturale scadenza. Invero, la norma lega espressamente l'estinzione del procedimento arbitrale alla scelta del curatore di non continuare il rapporto contrattuale, ma se questo si fosse già estinto e, contestualmente, fosse ancora pendente un arbitrato questo potrà continuare, seppur nel rispetto del principio del contraddittorio e, quindi, nei confronti del fallimento.

Eccezion fatta per questo caso, tuttavia, il procedimento arbitrale pendente deve essere interrotto ogni qual volta, per decisione del curatore, venga interrotto il rapporto

contrattuale. Se interpretiamo correttamente il dettato normativo dell'art. 83 *bis* L.F., non si può che rilevare una scelta di politica legislativa, anche questa volta in termini giuspubblicistici, che, nell'intento di sottrarre eventuali controversie alla cognizione del giudice privato, ha normativamente stabilito che, concluso il contratto per scelta del curatore, si concludesse addirittura anche il procedimento arbitrale già iniziato, con l'evidente rischio di spreco anche dell'attività di cognizione fino al quel momento svolta dal collegio appositamente costituito.

L'intento dichiarato del Legislatore è stato, tuttavia, quello di determinare nitidamente i limiti dei due istituti e l'eventualità di conflitto degli stessi e si è tradotto in una norma rigorosa, che segna una linea di demarcazione molto netta tra le ipotesi di improcedibilità dell'arbitrato e viceversa. Ogni qual volta intervenga la sentenza di fallimento, e a seguito di questa il contratto pendente venga sciolto per decisione del curatore, anche il procedimento arbitrale nel frattempo attivato deve essere interrotto definitivamente.

La norma non è immune da inesattezze lessicali, infatti, il disposto è chiaro nel determinare l'interruzione del procedimento arbitrale pendente nel caso in cui, a seguito del fallimento, il curatore decida di sciogliere il contratto in essere e a cui si riferisce la clausola compromissoria. Tuttavia, è ragionevole ritenere che sia indifferente che il procedimento arbitrale pendente sia stato originato da un compromesso o da una clausola compromissoria in quanto l'unico fattore rilevante non è l'origine, ma la semplice pendenza del procedimento. Certo è che il Legislatore avrebbe potuto utilizzare la dizione omnicomprensiva di "convenzione di arbitrato" così da non lasciare dubbi interpretativi.

In secondo luogo, la norma prende in considerazione il caso specifico del giudizio arbitrale pendente al momento dello scioglimento del contratto *ex art. 72 L.F.*, ma è ragionevole sostenere che il Legislatore intendesse, in questo modo, regolare anche il destino della convenzione di arbitrato contenuta o riferita al contratto risolto dal curatore ancorché il giudizio non fosse, allo stato, pendente.

Ancora, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, non sono affatto scontate le modalità di subentro degli organi del fallimento all'interno della procedura fallimentare. A parere di chi scrive, è onere delle parti far presente al collegio la circostanza dell'intervenuto fallimento e, se questo non dovesse avvenire, il lodo non sarà opponibile

alla procedura fallimentare, ma solo ed esclusivamente al fallito tornato *in bonis*. E' chiaro che nella pratica sia il collegio che il curatore hanno interesse a comunicare, da un lato, della pendenza del procedimento arbitrale e, dall'altro, dell'avvenuta dichiarazione di fallimento e, quindi, con ogni probabilità queste notizie non tarderanno ad arrivare ai diretti interessati. Tuttavia, ove questo non avvenisse, non mi sembra che si possa imporre l'onere al collegio che, invero, potrebbe rimanere inconsapevole dell'intervenuto fallimento specie nel caso in cui questo dovesse avvenire in fase avanzata, ossia, quando il collegio, esaurita l'istruttoria, si sia già riservato la decisione. Né in questo caso si può ragionevolmente sostenere che il lodo non spieghi i suoi effetti nei confronti della procedura e della massa dei creditori, perché il curatore non è stato messo in condizioni di intervenire nel giudizio. Al contrario, il lodo sarà valido ed efficace anche nei confronti della procedura fallimentare e il curatore, avrà la possibilità di impugnarlo per i motivi di nullità di cui all'art. 829 c.p.c..

Ancora, secondo alcuni autori, anche in caso di procedimento arbitrale troverebbe integrale applicazione l'art. 43 della Legge Fallimentare per il quale l'apertura del fallimento determinerebbe l'interruzione del processo. Pur apprezzando gli indubbi risvolti pratici derivanti dall'eventuale accettazione di detta teoria, questa non sembra convincente per due ordini di ragioni: innanzitutto l'arbitrato non "conosce" gli istituti dell'interruzione e della riassunzione; inoltre, dopo la novella del 2006, il Legislatore ha esplicitamente regolato, anche per l'arbitrato le vicende c.d. anomale del processo, trovando più adeguata una regolazione elastica che lasciasse al collegio la discrezionalità relativa ai provvedimenti più opportuni da intraprendere nel caso fosse necessario preservare il contraddittorio.

Questa, evidentemente, non è stata né una dimenticanza, né un'imprecisione, ma una chiara scelta di politica legislativa che non può essere contraddetta per il solo fatto che sia nel processo davanti ai giudici dello Stato sia nel giudizio arbitrale debba essere rispettato il principio del contraddittorio. Infatti questo, da solo, certo non vale a equipararne la disciplina che, anzi, in molti casi è profondamente diversa.

Inoltre, nulla impedisce di ritenere che il principio del contraddittorio possa essere disciplinato e garantito all'interno del procedimento arbitrale in maniera diversa, più

elastica, ma garantendo al contempo i medesimi diritti di partecipazione ed espressione alle parti all'interno del giudizio ordinario. Anche perché andrebbero, invero, dimostrate le asserite carenze dal punto di vista del rispetto del principio del contraddittorio nel caso in cui si provvedesse ai sensi dell'art. 816 c.p.c. anziché dell'art. 43 L.F., mancanze che, allo stato, non sembra si possano oggettivamente ravvisare.

Dall'altro lato vi sono delle oggettive difficoltà dal punto di vista pratico che confermano la non applicabilità dell'art. 43 L.F. se non nel suo primo comma. Infatti, a seguito dell'interruzione, il procedimento arbitrale non potrebbe riprendere se non a seguito della riassunzione del giudizio. Tuttavia, detto istituto è anch'esso estraneo al procedimento arbitrale così come disegnato dal Legislatore nel Codice di procedura civile. Infatti, l'assenza di una previsione relativa alla riassunzione del giudizio arbitrale non può che essere letta come ulteriore conferma dell'inapplicabilità, nemmeno in via analogica, dell'istituto dell'interruzione del processo con riferimento all'arbitrato.

Altro caso particolare che merita approfondimento è quello rappresentato dall'eventualità in cui la sentenza dichiarativa di fallimento intervenga successivamente alla pronuncia del lodo o, in caso di arbitrato amministrato, al deposito dello stesso presso la segreteria della camera arbitrale.

Bisognerà, quindi, valutare se l'art. 83 *bis* della Legge Fallimentare determini l'inopponibilità del lodo alla procedura fallimentare o, ancora, se, al pari delle sentenze pronunciate dal giudice ordinario, anche il credito derivante dal lodo potrà essere iscritto al passivo con riserva di impugnazione ai sensi dell'art. 96, comma III, n. 3 L.F..

Come noto, il lodo dalla data della sua ultima sottoscrizione ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, tuttavia, resta pur sempre suscettibile di impugnazione con le forme e nei tempi di cui agli artt. 827 ss. c.p.c..

Seguendo la *ratio* dell'art. 83 *bis* L.F. si dovrebbe concludere che il curatore ha la prerogativa di scegliere se dare continuità o meno al contratto in essere con conseguente travolgimento anche del procedimento arbitrale, seppur giunto a conclusione.

In tal modo, tuttavia, si riconoscerebbe al curatore il diritto di incidere unilateralmente sulla decisione in base a valutazioni di mera convenienza con un irragionevole pregiudizio dei diritti della controparte, oltre che con l'alterazione del sinallagma contrattuale che non

può essere giustificato dalla semplice ricorrenza della procedura fallimentare. Se si rivolge uno sguardo alla pratica del diritto e, quindi, alla sottoscrizione dei contratti a prestazioni corrispettive da parte degli operatori economici, ci si accorge che non di rado, ad esempio nel caso di contratti con la pubblica amministrazione, una delle parti è titolare del diritto di recesso unilaterale legato o meno al pagamento di una penale. Tuttavia, tale previsione è legata a esigenze di natura contrattuale rispetto alle quali la parte che sceglie liberamente di sottoscrivere il contratto - e con esso la clausola - accetta l'eventualità, il rischio, di rimanere soggetta alla decisione unilaterale dell'altro contraente. Questa situazione si può verificare e il contraente ne accetta la possibilità all'interno di una comparazione dei suoi interessi specifici in forza dei quali si vincola contrattualmente.

Ne caso del fallimento, pur nell'evidenza che il curatore può legittimamente scegliere di continuare il contratto o risolverlo in forza del disposto normativo di cui all'art. 72 L.F., detta disposizione deve assumere necessariamente una valenza specifica avente carattere eccezionale, perché, in caso contrario, la prevalenza dei poteri riconosciuti al curatore finirebbe per sovrastare e sconvolgere il sinallagma contrattuale e ampliare in maniera indiscriminata l'alea di qualunque contratto a prestazioni corrispettive.

Appare, invece, preferibile la seconda ipotesi prospettata, ossia la possibilità in ogni caso in cui il lodo arbitrale sia stato pronunciato prima della dichiarazione di fallimento di iscrivere al passivo del fallimento il credito derivante dal lodo pronunciato, seppur con riserva d'impugnazione riconosciuta al curatore ai sensi dell'art. 96, comma III, n. 3.

Per quanto riguarda le impugnazioni, l'interferenza tra l'impugnazione del lodo arbitrale e la procedura fallimentare è costituita dal fatto che il curatore assume le caratteristiche di un soggetto, per così dire, cangiante capace cioè di tutelare diversi centri di interessi a seconda del momento e della situazione in cui concretamente agisce. E' abbastanza agevole comprendere come il curatore possa adoperare i diversi tipi di impugnazione secondo il diritto che intende, nello specifico caso, preservare.

Il discrimine tra le diverse soluzioni è dato essenzialmente dall'interesse fatto valere: se questo è un interesse proprio del fallito, il curatore dovrà essere considerato "parte" e quindi abilitato alle impugnazioni per nullità e per revocazione. Se, viceversa, l'interesse che intende tutelare dovesse essere quello della massa o dei creditori, allora non potrà che

essere considerato "terzo" e, conseguentemente, potrà utilmente esperire i mezzi d'impugnazione previsti dall'art. 404 c.p.c..

Partendo da questa necessaria premessa, è possibile rilevare che il curatore non può in ogni caso far valere il mezzo d'impugnazione di volta in volta, per così dire, più conveniente, ma potrà esperire le azioni previste dalla legge con i limiti ed alle condizioni stabilite dalla legge stessa. Invero, i due rimedi vengono spesso utilizzati contestualmente dalla curatela fallimentare al fine di paralizzare, in qualche modo, il lodo sfavorevole in quanto questo, nella maggior parte dei casi, recando un danno al patrimonio del fallito determina direttamente anche una lesione agli interessi della massa creditoria.

Pertanto, nella maggioranza dei casi il curatore sosterrà in giudizio sia le parti del fallito che quelle dei terzi creditori avanzando entrambe le domande eventualmente in via gradata.

Quindi, ad esempio, attraverso l'opposizione di terzo ordinaria, il curatore non potrà far valere un vizio proprio del procedimento così come quelli censurati dall'art. 829 c.p.c., poiché tali vizi possono utilmente essere dedotti solo ed esclusivamente con l'impugnazione per nullità del lodo da parte di chi possa essere considerato parte del procedimento, quindi sia che vi abbia preso parte ovvero avrebbe dovuto prendervi parte.

L'impugnazione per nullità, ad esempio, dovrà essere utilizzata nel caso del curatore che, avvisato dal collegio dell'esistenza del procedimento arbitrale non travolto dalla scure dell'art. 83 bis L.F., abbia deciso comunque di non parteciparvi. In questo caso, infatti, seppur il curatore possa dire di non aver partecipato al procedimento, non potrà affermare di essere stato illegittimamente pretermesso e, pertanto, non potrà esercitare le azioni previste dall'ordinamento in favore dei terzi, ex art. 404 c.p.c. .

Questa precisazione si rende opportuna anche in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali che dimostrano un certo *favor* nei confronti della curatela fallimentare ed è da tenere in debita considerazione ogni qual volta si tende a riconoscere al curatore prerogative che, invero, dalla legge non gli sono concesse.

Dunque, giova ribadirlo, a prescindere dalla condizione di sofferenza sociale indubbiamente causata dal fallimento ed alla conseguente gestione fallimentare, è fondamentale che i mezzi di impugnazione esperibili dal curatore nelle diverse possibilità

prima evidenziate siano specificamente valutati, avuto riguardo delle condizioni di ammissibilità dell'impugnazione, in modo scrupoloso ed in assoluta conformità al dettato normativo sia con riferimento alle norme specificamente previste in tema di arbitrato, sia all'istituto delle impugnazioni in generale.

Passando alla seconda parte del presente studio, il caso pratico considerato trae origine dalla controversia pendente tra una società ed un raggruppamento temporaneo di imprese. In particolare, le parti, a seguito del fallimento di una delle società mandanti del r.t.i., hanno chiesto al collegio arbitrale ritualmente costituito di pronunciarsi sulla persistenza della propria competenza a decidere ai sensi dell'art. 83 *bis* della Legge Fallimentare.

Il caso esaminato è caratterizzato da diversi elementi di complessità che ne hanno reso interessante l'esame, ma tralasciando, in questa sede, ogni commento sulle soluzioni adottate, è importante sottolineare che, nella pratica, è possibile riscontrare una non perfetta corrispondenza delle soluzioni adottate con le norme recentemente introdotte dal Legislatore al fine di valorizzare più compiutamente i precetti di principio, più in generale, regolatori della materia.

Un esempio è fornito dal modo in cui il collegio ha risolto i dubbi delle parti sulla legittimazione processuale della mandataria a seguito dell'intervenuto fallimento di una delle società mandanti. Infatti, secondo la difesa del raggruppamento temporaneo di imprese, lo stato di insolvenza di una delle partecipanti avrebbe determinato lo scioglimento del rapporto di mandato e la conseguente mancanza di legittimazione a resistere in giudizio.

Ora, stante il chiaro dettato normativo fornito dall'art. 78 della Legge Fallimentare, per cui "*il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario*", così escludendone lo scioglimento per il caso di fallimento di una delle società mandanti, il collegio ha valorizzato la giurisprudenza di legittimità prodotta prima della riforma probabilmente ritenendo che i principi di ordine generale sul rapporto di mandato *in rem propriam* potessero spiegare meglio la *ratio* della norma e, conseguentemente, della decisione adottata.

Ancora, con riferimento alla persistente competenza a decidere, a parte ogni valutazione circa la (inesistente) legittimazione della mandante a chiedere lo scioglimento del procedimento arbitrale ai sensi dell'83 *bis*, Il collegio si è soffermato sulla portata vincolante dell'art. 5 c.p.c. che, disponendo, in generale, che *"La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo"* al fine di valutare la competenza a decidere, cristallizzerebbe la situazione in quel momento.

Questa pronuncia in qualche modo fa rivivere la teoria sviluppata prima della riforma del 2006 - ed allora maggioritaria - che sosteneva l'opponibilità della clausola compromissoria al fallimento nel caso di costituzione del collegio prima della dichiarazione di stato d'insolvenza. Secondo questa teoria, infatti, considerato che il procedimento arbitrale può dirsi pendente nel momento in cui viene costituito il collegio, è questo il momento in cui bisogna verificarne la competenza - *ex art. 5 c.p.c.* - avuto riguardo, ovviamente, alla validità della convenzione di arbitrato ed alla disponibilità del diritto controverso.

Ad un primo sguardo, questa interpretazione potrebbe apparire azzardata soprattutto in considerazione dell'attuale formulazione dell'83 *bis*, ma, a parere di chi scrive, è forse la naturale conseguenza di una norma non perfettamente coerente con la disciplina sistematica dell'arbitrato e dei principi su cui questo si fonda, compreso quello dell'autonomia della clausola compromissoria.

Un'interpretazione di tale sorta, inoltre, avrebbe il non trascurabile pregio di evitare concreti sprechi di attività giurisdizionale nel caso di necessario scioglimento del collegio arbitrale, ad esempio, ad attività istruttoria già completamente compiuta.

Conclusivamente, l'esito di questo studio è stato in parte sorprendente, perché ha dato la possibilità di confermare che alcune delle teorie, precedenti alla riforma, che avevano posto importanti interrogativi e problemi da risolvere, hanno trovato, nell'intervento del Legislatore, risposte solo parziali e, in parte, insoddisfacenti.

E' il caso dei rapporti intercorrenti tra la convenzione di arbitrato e il sopraggiunto fallimento nel caso in cui il contratto, cui la clausola compromissoria si riferisce, si sia già concluso. Il Legislatore sul punto tace ancora.

Inoltre, il Legislatore non ha chiarito – o forse ha alimentato la confusione su – l'esatta interpretazione della validità della clausola compromissoria soprattutto alla luce del noto principio dell'autonomia della clausola ai sensi dell'art. 808 c.p.c..

E' stato detto che l'art. 83 *bis* L.F. si pone in netto contrasto con il principio generale in materia di arbitrato determinando, così, una confusione sistematica che non può essere giustificata solo per le pur pregnanti esigenze di tutela dei creditori concorsuali.

A ben guardare, con la novella, si è compiuta una scelta di politica legislativa opposta rispetto a quella che aveva dettato la norma appena richiamata. Infatti, l'intento del Legislatore del codice di procedura, è stato di tradurre la volontà di fornire il maggior favore possibile alla scelta di devolvere la controversia in arbitri sradicando quasi la radice di detta scelta dal contratto cui detta clausola attiene. E' stato possibile fare ciò proprio atomizzando la clausola compromissoria la cui validità, secondo il noto principio di autonomia, va valutata indipendentemente da quella del contratto cui si riferisce.

Al contrario, il Legislatore del 2006, ha inteso legare stretto il destino indistinto del compromesso o della clausola compromissoria, come del procedimento arbitrale già pendente, al destino del contratto cui una di detta clausola, o procedimento, attiene.

Partendo da questi temi, che sono solo alcuni di quelli approfonditamente trattati, è stato possibile scoprire che la dottrina e la giurisprudenza *ante* riforma sono quanto mai attuali per molti aspetti e, infatti, sono state alla base della decisione che, nella seconda parte - pratica - di questo studio è stata oggetto di commento.

La realtà è che il Legislatore non è sempre attento allo sviluppo delle teorie scientifiche approfondite dagli studiosi della materia, ma molto più avvezzo a "tamponare" problemi che la pratica evidenzia spesso senza rilevarne l'origine.

In questo caso, infatti, è manifesto che il Legislatore ha voluto tutelare le ragioni del fallimento permettendo allo stesso di decidere sia del destino del contratto pendente che della clausola compromissoria, ma lo ha fatto, a parere di chi scrive, in maniera poco accorta e, comunque, opinabile.

Sarebbe stato meglio se la norma avesse previsto, coerentemente con il principio di autonomia della clausola compromissoria e conformemente al dettato dell'art. 72 della legge fallimentare, la prerogativa del curatore di scegliere se subentrare o meno nel

procedimento arbitrale, proprio come nel caso degli altri contratti pendenti e ancora non completamente eseguiti.

Il meccanismo disegnato, invece, pone problemi di carattere sistematico e pratico, ma, considerata l'attuale conformazione della norma, non si possono trovare soluzioni alternative che non vadano *contra legem* e che, pertanto, si rivelano inaccettabili. Il pensiero è rivolto al caso in cui il fallimento sopraggiunga nel momento della decisione ossia quando, conclusa l'istruttoria, il collegio non abbia che da depositare il lodo; o, sotto altro profilo, all'eventualità in cui venga estinto il giudizio arbitrale pendente e, dopo, il curatore sottoscriva con le parti interessate un autonomo compromesso che dà accesso ad un nuovo procedimento arbitrale.

La prospettiva di un tale spreco dell'attività del collegio - che non può che determinare anche un rilevante esborso economico delle parti per l'attività compiuta fino a quel momento - non è francamente accettabile sia dal punto di vista scientifico, per l'imperfezione delle soluzioni individuate, sia dal punto di vista pratico in considerazione, da un lato delle già eccessive lungaggini procedurali e processuali e, dall'altro, delle spese evitabili nell'attuale periodo di negativa congiuntura economica.

La conclusione del presente studio, quindi, non può che costituire il sommesso invito a rivalutare alcune brillanti intuizioni della dottrina *ante* riforma allo scopo di modificare, anche attraverso la giurisprudenza, l'attuale conformazione del rapporto tra fallimento e procedimento arbitrale pendente, così da giungere a risultati più coerenti con il principio di autonomia della clausola compromissoria e con l'affermata - ma non perfettamente perseguita - compatibilità dell'arbitrato con le procedure concorsuali.