

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; p. 11
 - 1.1 Gli effetti del fallimento sulla convenzione di arbitrato: la posizione della dottrina *ante* riforma; p. 17
2. La capacità di stipulare la convenzione di arbitrato: i poteri del curatore; p. 39
3. L'art. 83 *bis* della legge fallimentare; p. 49
 - 3.1 L'art. 83 *bis*: Differenze - e analogie - tra compromesso e clausola compromissoria; p. 56
 - 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; p. 63
 - 3.3 L'art. 83 *bis* della Legge Fallimentare: l'istruzione probatoria compiuta e gli effetti del fallimento; p. 71
4. Fallimento di una delle parti: sospensione o interruzione del procedimento arbitrale? p. 73
5. L'ipotesi di fallimento dopo la pronuncia del lodo arbitrale; p. 78

6. Il compenso degli arbitri in caso di applicazione dell'art. 83 *bis* L.F.; p. 84
7. Il ruolo del curatore nel processo arbitrale: Le impugnazioni; p. 91

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; p. 127
 - II. Sull'opponibilità della clausola compromissoria dopo il fallimento della mandante; p. 132
 - III. Sull'art. 5 c.p.c., criterio per stabilire la competenza – anche – del collegio arbitrale; p. 139
- Conclusioni
 - Bibliografia.

Tutor:

Chiar.mo Prof. Bruno Capponi

Candidato:

dott. Giampaolo Austa

- Premessa

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 legislazione in materia, tuttavia, è stata per lungo tempo caratterizzata da vuoti normativi a cui si è tentato - vedremo con quale fortuna - di porre rimedio in tempi recenti. Nel frattempo, la produzione, soprattutto, in dottrina¹ è stata copiosa e formulata anche al fine di incentivare un intervento chiarificatore del Legislatore.

Inoltre, è altrettanto importante stabilire se e con quali modalità il fallimento, in persona dei suoi organi e *in primis* del curatore, possa continuare una controversia già instaurata o possa legittimamente interromperne una precedentemente deferita ad un arbitro o ad un collegio arbitrale.

¹ A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999, p. 151 ss.; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, II ed., Padova, 2000, p. 1 ss.; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 1 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 102 ss.; F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 388 ss.; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, quarta ed., Milano, 1993, p. 349; F. GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in AA.Vv., *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di BUONFRATE e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006, p. 314 ss.; N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di C. PUNZI, vol. III, Padova, 2012, p. 469 ss.; E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte al fallimento*, in *Riv. Dir. Processuale*, 1959, p. 542 ss.; V. VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, in *Dir. Fallim.*, 1956, II, p. 297; V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fallim.*, 1991, I, p. 1182 ss.; AA.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. VERDE, Torino, 2005, p. 100 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2010, p. 61 ss.; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 1322 ss.; F. CARPI, *Arbitrato*, Bologna, 2007; F. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. Fall.*, 1986, I, p. 285 ss.; G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1993, p. 483 ss.; M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. Dir. Arb.*, 2012, II, p. 304 ss..

Almeno in prima battuta, non è possibile dare una risposta chiara ed univoca a questi interrogativi per un duplice ordine di ragioni: in primis perché la normativa in materia, anche dopo l'intervento del Legislatore, con il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, è piuttosto scarna e affatto chiara e, in secondo luogo, perché le situazioni astrattamente ipotizzabili sono molto varie e peculiari soprattutto in considerazione delle diverse forme di convenzione di arbitrato concretamente attuabili dalle parti e delle diverse modalità e dei tempi in cui le procedure concorsuali si possono sviluppare.

Basti pensare che, già solo in tema di opponibilità del lodo arbitrale, questo avrà effetti diversi a seconda che si tratti di lodo per arbitrato rituale o irrituale, che sia ancora impugnabile, o meno, al momento della pubblicazione della sentenza di fallimento. Già solo per questo caso, ad esempio, si apre un ventaglio di possibilità neppure condivise dalla totalità di dottrina e giurisprudenza.

Ciò detto, preliminare ad ogni indagine è certamente l'esame dell'arbitrabilità delle controversie sui cui incida, in qualche modo, il fallimento.

Da questo punto di vista è facile intuire che le ragioni della non arbitrabilità possono derivare sia dalle norme, in generale, sulla compromettibilità, così come disegnata dal Legislatore all'art. 806 c.p.c., che da specifiche situazioni determinate dal fallimento stesso.

Quindi, è possibile dire che, anche qualora le norme specificamente riferite al fallimento - e in particolare al rapporto arbitrato/fallimento - permettano astrattamente il deferimento della controversia agli arbitri, questa non potrà comunque essere decisa da soggetti diversi dai Giudici dello Stato qualora rientrasse tra le liti, in generale, non arbitrabili *ex art. 806 c.p.c.*

Giova, dunque, fare una breve premessa sull'arbitrabilità che può servire anche a comprendere le diverse situazioni in cui l'arbitrato può essere utilmente perseguito anche da parte della curatela fallimentare.

Senza pretesa di esaustività su un punto, che viene citato solo in via preliminare e per ragioni, per così dire, incidentali, possiamo affermare che l'arbitrato, per sua natura, è adatto a risolvere solo alcuni tipi di controversie, non potendo trovare diretta applicazione, ad esempio, in tutte le situazioni in cui sia richiesta dalle parti una tutela di tipo cautelare², ovvero esecutiva, o ancora nel caso in cui oggetto di controversia siano questioni di stato o separazione personale dei coniugi.

² Nel caso dei procedimenti sommari e cautelari, l'impossibilità di ricorrere al procedimento arbitrale non è rinvenibile nella indisponibilità del diritto controverso quanto nel fatto che *"il giudizio arbitrale è previsto dalla legge solo come alternativo al giudizio ordinario di cognizione"* da cui *"l'impossibilità di instaurare di fronte agli arbitri procedimenti diretti all'emanazione di provvedimenti cautelari sommari o anticipatori con cognizione sommaria, incardinabili solo dinanzi al giudice ordinario"*; infatti, ad esempio, nel caso di procedimenti di tipo cautelare, l'art. 669-*quinquies* c.p.c. prevede che il provvedimento cautelare debba essere chiesto al giudice che sarebbe stato competente a decidere del merito della controversia - chiaramente qualora non vi fosse stata la devoluzione al giudice "privato" -. M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BRONZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, sub art. 806, Padova, 2010, p. 24 ss.; M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, p. 3 ss.; C. PUNZI, *Disegno Sistemático dell'arbitrato*, II ed., III, Padova, 2012; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. III, Torino, 2008, p. 176 ss.. Secondo Autorevole dottrina, tuttavia, *"la ratio dell'esclusione non va ricavata dal fatto che gli arbitri possono conoscere soltanto di giudizi di cognizione, posto che la tutela cautelare è oramai riguardata come ineludibile appendice dell'azione ordinaria. Nella scelta del Legislatore del 1990 ha giocato il peso della tradizione, secondo la quale non è possibile esercitare la tutela cautelare senza l'imprescindibile correlato del potere coercitivo (che come sappiamo non può che essere dello Stato)"*. Cfr. AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. VERDE, op. cit., p. 100 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 61 ss.; F. CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1990, p. 1259 ss.; V. BROGGINI, *I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera*, in *Riv. Arb.*, 1991, p. 487 ss.. Dunque, secondo questa opinione, l'impossibilità di devolvere anche la decisione di tipo cautelare al collegio arbitrale sarebbe stata dettata solo ed esclusivamente da ragioni di politica legislativa e, invece, ben avrebbe potuto il Legislatore - almeno per quanto riguarda l'arbitrato rituale - prevedere un meccanismo, simile a quello dell'omologazione del lodo, al fine di permettere al collegio di occuparsi anche delle esigenze cautelari delle parti. Maggiori problemi, invece, incontrerebbe l'ipotesi di previsione di poteri in materia cautelare nelle mani del collegio arbitrale per arbitrato irrituale superabili, comunque con l'applicazione dell'art. 669-*octies* c.p.c..

Più in generale, sono compromettibili in arbitri solo le controversie che abbiamo ad oggetto “diritti disponibili”, ossia, tutti quei diritti di cui il titolare abbia la possibilità di disporre nei modi permessi dal nostro ordinamento. Sul punto, l’art. 806 c.p.c. dispone, infatti, che: *“Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro”*³.

Invero, il testo normativo, non è sempre stato così chiaro, infatti quello testé riprodotto è la disposizione così come modificata dal Legislatore con il D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 con il quale questi ha voluto dissipare ogni dubbio sui presupposti oggettivi per il ricorso allo strumento arbitrale.⁴

³ Il nuovo testo della norma sancisce un doppio limite alla compromettibilità: il primo consistente nella tendenziale coincidenza dell’arbitrabilità con la disponibilità del diritto controverso e il secondo è costituito dalla mancanza di un espresso divieto di legge. Non a caso si usa dire “tendenziale coincidenza” con la disponibilità del diritto controverso, in quanto il dibattito dottrinale sulla portata sistematica detta espressione è ancora aperto. Basti rilevare che secondo Autorevole dottrina la disposizione non sarebbe altro che una più esplicita riproduzione del rimando contenuto nel vecchio testo all’art. 1966 c.c. e l’indisponibilità del diritto ivi contenuta riguarderebbe il divieto di rinuncia o dismissione, ma non anche il divieto di trasferimento dello stesso. Sul punto, Cfr. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, III, op. cit., p. 61 ss. In maniera più pragmatica, invece, secondo altra opinione, l’area della disponibilità del diritto - e quindi della compromettibilità - coinciderebbe con tutte quelle situazioni in cui il privato può operare per il tramite della propria autonomia negoziale, restandone, invece, preclusa l’operatività nel caso in cui tali prerogative del privato siano precluse. Cfr. A. MOTTO, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI, III, 2, p. 480 ss..

⁴ Precedentemente, l’art. 806 c.p.c., sotto la rubrica “Compromesso”, disponeva che: *“Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 429 e 459, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione”*. Detta formulazione prevedeva un rimando automatico all’art. 1966 c.c., rubricato eloquentemente *“Capacità a transigere e disponibilità dei diritti”*, secondo il quale *“Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti”*. E’ chiaro che, dalla lettura dell’art. 1966 c.c., anche il disposto dell’art. 806 c.p.c. appariva meno criptico, ma l’intervento riformatore del Legislatore ha certamente risolto alcuni problemi relativi all’interpretazione corretta del rimando al contratto di transazione, nonché alla compromettibilità di controversie in materia lavoristica o di separazione tra i coniugi che,

Quindi, prima di verificare la compromettibilità effettiva della controversia, in base alle disposizioni specifiche e relative all'eventualità di fallimento di uno dei soggetti coinvolti, andrà sempre e comunque verificata la disponibilità dei diritti oggetto di controversia.

Inoltre, partendo dal presupposto che lo strumento arbitrale nasce come alternativo alla giurisdizione ordinaria⁵, questo non sarà utilmente perseguibile ogni qual volta ci si trovi di fronte a procedimenti di tipo sommario o speciale in quanto aventi caratteristiche proprie, e spesso anche poteri, non replicabili attraverso il procedimento arbitrale.

Ancora, gli arbitri non possono emettere provvedimenti di tipo cautelare giusto il disposto dell'art. 818 c.p.c. che è presto spiegato nella mancanza di poteri coercitivi in capo agli stessi che, anche ove potessero emettere un provvedimento cautelare non avrebbero, poi, la possibilità di portarlo ad esecuzione.

Anche se detta disciplina è stata più volte criticata da molti, poiché non è immaginabile una tutela piena e, di conseguenza una primaria utilizzazione dello strumento arbitrale, se non attraverso la possibilità di adottare anche

avendo, ad esempio, carattere meramente patrimoniale, non incontrano ostacoli di indisponibilità del diritto e, quindi, di incompromettibilità. Sul punto Cfr. G. VERDE, *op. cit.*, Torino, 2010, p. 66 ss.; M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BRONZOLO, *op. cit.*, Padova, 2010, p. 5 ss..

⁵ G. VERDE, *op. cit.*, p. 70 "gli arbitri non posso dare alle parti in lite tutto ciò che possono loro dare i giudici dello Stato. Essi possono soltanto decidere una controversia, come si ricava dall'art. 806 c.p.c.. Ciò significa che possono in qualche modo sostituirsi al giudice nelle controversie in cui il processo è disciplinato dal secondo libro del codice di procedura civile (quali sono i decreti ingiuntivi, le convalide, le ordinanze di sfratto, i provvedimenti di reintegrazione o di manutenzione nel possesso). Non sono abilitati a dirigere esecuzioni, emettere provvedimenti di volontaria giurisdizione o all'esito di procedimenti sommari o speciali. In questi casi, però, se si aprono le porte a fasi processuali a cognizione piena (si pensi alle opposizioni all'esecuzione, a decreto ingiuntivo, ecc.), nulla esclude la possibilità di ricorrere all'arbitrato". Cfr. anche G. RUFFINI, *Codice di procedura civile commentato*, in Aa.Vv. diretto da C. CONSOLO, III, Milano, 2000, sub art. 806 c.p.c., p. 1532; E. FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis L.F. e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 372.

provvedimenti di tipo cautelare e di tipo esecutivo, la disciplina attuale è chiara e non riconosce dette prerogative delimitando, così, un'area di incompromettibilità delle liti.⁶

Per quanto riguarda, invece, specificamente le cause di non arbitrabilità legate al fallimento, l'art. 69 del D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha inserito l'art. 83 *bis* all'interno della Legge Fallimentare - R.D. 16 marzo 1942 n. 267 e s.m. e i. - che ha tentato di dissipare i dubbi sugli effetti del fallimento sui procedimenti arbitrali già pendenti.

Più in generale, considerato quanto detto sull'arbitrabilità ed i relativi vincoli in generale, per tutte quelle controversie di carattere risarcitorio o recuperatorio nei confronti di terzi, che quindi possono rappresentare recupero di attivo per la procedura fallimentare, non vi sono ostacoli né alla sottoscrizione di un apposito compromesso, né alla partecipazione ad un arbitrato in forza della convenzione già sottoscritta dal fallito ancora in *bonis*⁷ con la precisazione che andranno osservate le norme contenute agli artt. 25 e 35 L.F. secondo le quali il curatore può sottoscrivere compromessi e gli arbitri vengono nominati dal giudice delegato su proposta del curatore, verificati i requisiti previsti dalla legge.

Pertanto, è possibile affermare che non tutte le controversie in qualche modo collegate con il fallimento siano non compromettibili, ma esclusivamente quelle che, in conseguenza del fallimento, rientrino nell'alveo della giustizia

⁶ E' stato autorevolmente sostenuto che il problema potrebbe essere risolto analogamente a quanto è possibile fare per l'esecuzione del lodo, ossia attraverso lo strumento dell'*exequatur* giudiziale. Come il lodo ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria alla data della sua ultima sottoscrizione, ma può essere portata ad esecuzione solo a seguito del controllo - più che altro formale - del giudice dello Stato, allo stesso modo, eventuali provvedimenti di tipo cautelare avrebbero potuto avere la medesima regolazione seppur con i necessari presidi legati all'urgenza derivante dalle esigenze cautelari. Cfr. sul punto G. VERDE, *op. cit.*, p. 71.

⁷ per quanto riguarda l'opponibilità della convenzione di arbitrato sottoscritta dal fallito nei confronti della curatela, ci si soffermerà più diffusamente in seguito.

stautuale in quanto procedimenti c.d. “endofallimentari” quali tutti i procedimenti relativi all’accertamento del passivo, i reclami, le opposizioni allo stato passivo ecc..

In altre parole, il fallimento, per determinare l’interruzione del procedimento arbitrale pendente, deve avere carattere di non mera occasionalità.

La giurisprudenza⁸, infatti, già prima della novella, aveva avuto modo di chiarire che, nel silenzio delle norme del codice di rito, avrebbero dovuto comunque essere preservati i principi della *par condicio creditorum* e del *simultaneus processus* che ne costituisce un diretto corollario. Detti principi costituiscono certamente la precipua difesa dell’interesse pubblico generale che, nel caso di specie, sopravanza l’interesse particolare alla celere definizione del singolo contenzioso e, eventualmente, al rimborso del singolo ed integrale credito.

⁸ Cass., SS.UU., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Riv. Arb.*, 2004, p. 299 con nota di N. SOTGIU, “*Ai sensi dell’art. 52, comma secondo, l. fall., ogni credito verso il soggetto sottoposto a procedura concorsuale deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo V, salvo diverse disposizioni della legge. L’art. 201, comma primo, l. fall. (in tema di liquidazione coatta amministrativa) stabilisce, poi, che dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione, si applicano le disposizioni del titolo II, capo III, sez. II e sez. IV. L’art. 1, comma sesto, della 95-1979 dispone, infine, che la procedura si attua secondo la disciplina dettata dagli artt. 195 e seg. l. fall., e richiama, quindi (con il rinvio all’art. 201), anche l’art. 52, già citato, e le disposizioni sulla formazione dello stato passivo (artt. 207-209 l. fall.) dettate in tema di liquidazione coatta amministrativa. Questo sistema 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 titolari 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*. In tale contesto si è argomentato (Cass. 15 maggio 2001, n. 6659) che è (temporaneamente) improponibile e, se proposta prima dell’inizio della procedura, deve essere dichiarata improcedibile (anche d’ufficio, discendendo l’improcedibilità da norme sottratte alla disponibilità delle parti) la domanda, azionata nell’ambito di un giudizio di cognizione ordinaria, del creditore dell’impresa assoggettata ad amministrazione straordinaria, che deve essere previamente fatta valere davanti agli organi della procedura e, poi, eventualmente, in via giurisdizionale, a norma degli artt. 98 e 100 l. fall. In questo quadro di riferimento, attese le finalità pubblicistiche sottese al procedimento di accertamento, non c’è spazio per riservare alla cognizione arbitrale cioè ad un giudizio privato il cui *dictum* anche nell’arbitrato rituale si configura quale atto di autonomia privata (cfr., tra le altre, Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527 e Cass. 25 giugno 2002, n. 9289) - pretese per le quali è stabilito un rito inderogabile e che ha carattere di esclusività.”*

Possiamo, quindi, distinguere le azioni esperibili in due macro categorie: la prima composta da tutte quelle azioni promosse dal curatore nei confronti di soggetti terzi, quali azioni di responsabilità, azioni revocatorie fallimentari ecc., che hanno come presupposto la sentenza dichiarativa di fallimento, ma non determinano alcun pregiudizio per la massa fallimentare. Queste non sono attratte nell'alveo delle controversie di competenza del giudice fallimentare e, quindi, possono continuare o anche essere iniziate dal curatore anche attraverso procedimenti arbitrari.

Dall'altra parte, la seconda categoria è costituita da tutti quei procedimenti che hanno come fine l'accertamento del passivo fallimentare che determina necessariamente l'applicazione dei principi summenzionati della *par condicio creditorum* e del *simultaneus processus*.⁹ In forza di ciò, questi procedimenti non sono suscettibili di decisione arbitrale.

⁹ *contra* N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in C. PUNZI, *Disegno Sistemico dell'arbitrato*, op. cit., p. 498, secondo quest'autore l'incompromettibilità dei procedimenti c.d. endofallimentari non deriverebbe da una competenza inderogabile del tribunale fallimentare, né dalla specialità di detti procedimenti, ma dall'incompatibilità di fondo tra l'arbitrato e i procedimenti di tipo sommario. Quindi, non vi sarebbero ragioni ulteriori di incompatibilità specifiche relative al fallimento, ma basterebbe avere come riferimento l'art. 806 c.p.c..

1. Gli effetti del fallimento sulla convenzione di arbitrato

Il rapporto tra l'arbitrato e le procedure concorsuali è stato caratterizzato negli anni da una estrema conflittualità, ma più di ogni altra cosa dall'incertezza degli interpreti circa la possibile compatibilità o meno dei due istituti. Detta situazione costituiva il retaggio storico della difficoltà di considerare opportuna la devoluzione al giudice privato di controversie essenzialmente ed intimamente pervase da aspetti di natura pubblicistica che, si riteneva, difficilmente potessero essere compatibili con lo strumento arbitrale.¹⁰ Sul punto, si argomentava che, stante la competenza funzionale ed inderogabile del Tribunale fallimentare, stabilita dall'art. 24 L.F., in generale ed in costanza di fallimento, non sarebbe stato possibile devolvere alcuna controversia ad un giudice diverso da quello ordinario.

Già prima della recente riforma, tuttavia, questa tesi era divenuta minoritaria e veniva facilmente contestata diversamente argomentando che i limiti imposti dall'art. 24 L.F. riguardavano solo i procedimenti di natura endofallimentare, ossia di diretta conseguenza e causa della procedura stessa.

Detta concezione non è stata di certo ostacolata dal silenzio del Legislatore che, per anni, non ha fatto chiarezza né ha positivizzato norme idonee a determinare con certezza la possibilità, o meno, del ricorso allo strumento arbitrale – sia esso rituale ovvero irrituale – nelle varie ipotesi di inizio della procedura fallimentare.

Tuttavia, negli ultimi anni, a seguito di una vasta produzione dottrinale più che giurisprudenziale, il Legislatore ha apportato importanti innovazioni normative che possono essere brevemente riassunte nell'introduzione dell'art.

¹⁰ R. PROVINCIALI, *op. cit.*, p. 1322 ss.; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, p. 240. In giurisprudenza, *ex multis*, C. App. Milano, 5 agosto 1958, in *Dir. Fall.*, 1958, II, 590-593.

83 *bis* della Legge Fallimentare e nella modifica degli artt. 48 e 72 della medesima legge.

Può essere chiarito che, stante un'espressa compatibilità di fondo tra arbitrato e fallimento, il Legislatore ha tentato di verificare e regolare i rapporti tra i due istituti nelle varie eventualità con risultati, invero, non brillantissimi e, in talune occasioni, contraddittori rispetto a principi ormai risalenti ed affermati della materia, quale quello dell'autonomia della clausola compromissoria.

Questo risultato si spiega con un'attenzione del Legislatore a "tamponare" problemi che, invece, richiederebbero maggiore approfondimento, anche perché spesso gli interpreti hanno confuso il concetto di inderogabilità della competenza del giudice all'interno dell'ordinamento giudiziario con la possibilità di fare ricorso alla giustizia privata. Invece, questo equivoco di fondo è facilmente risolvibile chiarendo che l'unico canone adatto a determinare la compromettibilità di una controversia era - già prima della novella del 2006 - ed è ancora oggi, la compromettibilità del diritto controverso. Questa non va confusa con l'inderogabilità della norma o della competenza che è questione attinente solo al riparto delle controversie nell'ordinamento giudiziario.¹¹

¹¹ Com'è stato autorevolmente sostenuto, infatti, non è difficile verificare l'arbitrabilità di una controversia nel caso in cui la legge stessa disponga espressamente della indisponibilità di un diritto. L'operazione incontra maggiori difficoltà nel caso in cui, invece, si debba verificare la disponibilità del diritto in forza della sua natura e, ovviamente, in assenza di una previsione esplicita del Legislatore. G. VERDE, *op. cit.*, p. 66: *"Il legislatore è partito dall'idea che il regime del diritto controverso si estenda alla forma di tutela utilizzabile dal (preteso) titolare, o, se si preferisce, che la scelta di una forma di tutela diversa dal giudizio ordinario implichi necessariamente una disposizione del diritto controverso. La conseguenza è stata l'impossibilità dell'arbitrato quando la controversia abbia ad oggetto diritti di cui le parti non possano disporre. (...) Si dice, ad es., che se la disciplina del rapporto è cogente o inderogabile, non è consentito l'arbitrato. Ciò non è sempre vero, perché l'inderogabilità della disciplina viene in rilievo come criterio di giudizio da utilizzare al momento della decisione, che non si traduce automaticamente in impossibilità di rinuncia o transazione (esempi di arbitrabilità sono stati individuati dalla giurisprudenza nel caso di controversie in tema di riforma agraria o in materie sottoposte a blocco legale dei beni o dei servizi)"*; si veda anche, E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 370.

Ciò nonostante, come detto, è apprezzabile lo sforzo di intervento al fine di chiarire la dinamica dei rapporti tra il fallimento e il fenomeno arbitrale tentando, da un lato, di sancirne definitivamente la compatibilità e, dall'altro, disegnando in maniera più chiara i casi specifici in cui è possibile ricorrere al "giudice privato"¹².

L'intervento accennato è stato apportato con la c.d. "novella fallimentare", D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 recante la *"Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80"* che ha radicalmente modificato la preesistente legge fallimentare, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, in particolare, per quanto qui interessa, la parte relativa agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti.

Come detto, il Legislatore nell'intento di fornire un quadro più chiaro e certo circa le eventuali collisioni tra i due fenomeni giuridici ha inserito la norma contenuta all'art. 83 *bis* della legge fallimentare, rubricato "clausola arbitrale" e 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"*.

¹² Invero, anche precedentemente, la giurisprudenza aveva affermato più volte l'inesistenza di una incompatibilità tra arbitrato e fallimento anche se con alterne motivazioni non del tutto condivise dalla dottrina sia ante che post riforma. Sul punto, Cfr. Cass. Civ., sez. I, 17 aprile 2003, n. 6165 *"il compromesso per arbitrato, anche irrituale costituendo un atto negoziale riconducibile alla figura del mandato collettivo, o congiunto, e di quello conferito nell'interesse di terzi non è soggetto allo scioglimento nel caso di fallimento del mandante, non operando rispetto ad esso la regola dettata, dall'art. 78 L.F., per il mandato individuale (cfr. sentenza n. 11216-92; e successive conformi). Il che trova, del resto, ulteriore riscontro nel disposto dell'art. 35 L.F. che - con l'attribuire al curatore la facoltà (previe le dovute autorizzazioni) di fare compromessi (per date controversia) - conferma, appunto, per tabulas che non vi è, in linea di principio, l'incompatibilità, fra fallimento e cognizione arbitrale, pretesa dalla ricorrente. Mentre neppure potrebbe in contrario invocarsi la "competenza inderogabile del Tribunale fallimentare", atteso che questa non si estende anche alle azioni che già si trovino (come nella specie) nel patrimonio del fallito, all'atto del fallimento, e che quindi avrebbero potuto essere esercitate dall'imprenditore, a tutela del proprio interesse, ove non fosse fallito"*, con nota di A. LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. Arb.*, 2004, IV, p. 705.

La sezione cui si riferisce il testo della norma è evidentemente la sezione IV del capo III dedicata agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti ed è idonea a regolare tutte le eventuali situazioni di conflitto del fallimento sui contratti - o rapporti giuridici in genere - già instaurati dal fallito e pendenti alla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza.

Dal dettato normativo appaiono chiare due circostanze che, tuttavia, possono sembrare in parte contraddittorie. Può essere preliminarmente affermato con certezza, da un lato, che, sopraggiunto il fallimento di un soggetto, l'eventuale procedimento arbitrale nel frattempo attivato non può essere proseguito se il curatore decide di sciogliere il contratto cui la clausola arbitrale attiene.

A contrario, si può affermare una compatibilità di fondo tra lo strumento arbitrale ed il fallimento stante la possibilità, affermata da ultimo anche con la norma in commento, di usufruire della clausola compromissoria ogni qual volta, ad esempio, il curatore decida proseguire il rapporto contrattuale esistente, ma anche qualora, all'insorgere di una controversia, decida che lo strumento arbitrale è quello più adatto all'uso in alternativa al giudizio dinanzi al Giudice ordinario. Detta prerogativa, espressamente prevista dall'art. 35 della Legge fallimentare,¹³ non costituisce un potere incondizionato del curatore che dovrà, in ogni caso, informare ed ottenere l'autorizzazione del Giudice Delegato e del comitato dei creditori (se già costituito).

In questo modo il Legislatore sgombra il campo dai dubbi e dalle precedenti diatribe dottrinali e giurisprudenziali sul punto, ma come sovente avviene, non può dirsi che la norma succitata risolva in maniera ineccepibile tutti i, vecchi e nuovi, problemi interpretativi.

¹³ R.D. 16.03.1942, n. 267, art. 35, comma I: *“Le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori”*.

Infatti, sotto altro profilo, all'interno di tale contesto, non può non tenersi in debita considerazione la circostanza per la quale lo stesso Legislatore, con la riforma ex D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, "*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'art. 1, comma secondo, della legge 14 maggio 2005, n. 80*", aveva definitivamente equiparato effetti del lodo arbitrale a quelli della sentenza pronunciata dal Giudice ordinario.¹⁴

Quindi, considerato che una coerente e completa descrizione della normativa attuale non può prescindere da un'attenta e dettagliata analisi della situazione previgente, è opportuno ricostruire, seppur succintamente, il quadro normativo, dottrinale e giurisprudenziale *ante* riforma. Tale contesto si presenta caratterizzato da più opinioni espressione di altrettante correnti sia dottrinali che giurisprudenziali rese quanto mai variegata dalla lacunosità del quadro normativo esistente fino all'intervento riformatore del 2006.¹⁵

Precedentemente, infatti, non vi era alcuna norma che prevedesse gli effetti del fallimento sul compromesso, la clausola compromissoria o sul procedimento arbitrale già instaurato, con l'inevitabile alternativa tra considerare lo scioglimento automatico di ogni vincolo derivante dal contratto ovvero di ritenere che il curatore avesse la prerogativa legittima di sciogliersi da detto vincolo.

¹⁴ In ciò dando attuazione alla legge delega di cui all'art. 13 l. 14 maggio 2005, n. 80 che affidava al legislatore delegato il compito di determinare che "*il lodo, anche non omologato, abbia gli effetti di una sentenza*"; pertanto, l'art. 824 bis c.p.c. dispone che "*Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*"; Cfr. sul punto F. AULETTA, sub art. 824 bis, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario* a cura di S. MENCHINI, *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2010, p. 420;

¹⁵ Cfr. sul punto G. VERDE, *Convenzione di Arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato* a cura di G. VERDE, Torino, 2005, p. 81; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, op. cit., p. 1 ss.; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, op. cit., p. 1; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, quinta ed., Padova, 2006, p. 315; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 452; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 63 ss.;

Qualcuno, invero, anche in passato, ha tentato di configurare unitariamente gli effetti del fallimento, vuoi nel caso in cui fosse stato solo sottoscritto il compromesso o la clausola compromissoria, sia nella diversa situazione in cui fosse già stato instaurato un giudizio arbitrale.¹⁶ Tuttavia, nonostante l'indubbio vantaggio sistematico che potrebbe derivare da una soluzione unitaria del problema, le discussioni in dottrina, sia *ante* che *post* riforma, hanno dimostrato come questa soluzione sia difficilmente prospettabile, soprattutto alla luce delle notevoli differenze di tipo procedurale che determina l'instaurazione del procedimento arbitrale.

Sempre in questa prospettiva, ed al fine di risolvere il problema in maniera pragmatica, si è anche sostenuto che la convenzione di arbitrato, in assenza di una norma che ne determinasse puntualmente il trattamento in caso di sopraggiunto fallimento, avrebbe dovuto sottostare alla decisione del curatore circa la prosecuzione – o meno – dei contratti pendenti *ex art. 72 L.F.*

Queste, tuttavia, non erano e non sono le uniche teorie sviluppate sul tema, invece, è stato oggetto di approfondimento da parte di numerosi studiosi. Per questo è necessario passare in rassegna anche le teorie *ante* riforma per avere un quadro più chiaro delle soluzioni trovate in base alle problematiche che, di volta in volta, ci si è ripromessi di risolvere.

¹⁶ R. PROVINCIALI, *op. cit.*, p. 878 ss.

1.1 Gli effetti del fallimento sulla convenzione di arbitrato: la posizione della dottrina ante riforma.

Il tema del complesso rapporto tra arbitrato e fallimento e, in particolare, la validità e l'efficacia della convenzione di arbitrato a seguito del fallimento di una delle parti coinvolte, nel silenzio della legge, era stato approcciato dalla dottrina in maniera assai variegata.

In particolare, si erano sviluppate diverse teorie tanto che alcuni autori ipotizzavano, da un lato, a) l'assoluta inefficacia ovvero b) la caducazione automatica della clausola compromissoria e, dall'altro c) la piena o d) relativa opponibilità della clausola nei confronti del fallimento.

Risulta immediatamente evidente come nemmeno in diversi decenni di confronto si fosse riusciti a trovare soluzioni condivise, ma, anzi, quelle sopra accennate rappresentano spesso prospettive del tutto antitetiche fra loro.

L'ultima soluzione - sub d) -, che ipotizzava la sospensione dell'efficacia della clausola compromissoria in conseguenza della scelta del curatore circa il subentro nel contratto cui la clausola accede, si è rivelata la più lungimirante già solo per il fatto che è stata essenzialmente la soluzione positivizzata dal Legislatore nel 2006.

Al fine di comprendere in maniera più dettagliata le difficoltà che sono state affrontate dagli interpreti *ante* riforma e i motivi che hanno determinato la formulazione attuale delle norme, è necessario procedere ad un approfondimento delle diverse teorie che si confrontavano.

a) La più risalente è la tesi dell'inefficacia assoluta che, negli anni, è stata riproposta da diverse correnti dottrinali e spiegata in modo differente dagli interpreti. In particolare, secondo alcuni,¹⁷ il fallito, in quanto sprossessato di

¹⁷ Cfr. U. AZZOLINA, *Il fallimento*, seconda ed., Torino, 1961, p. 1291; G. BONELLI, *Del Fallimento*, terza ed., a cura di V. ANDRIOLI, I, Milano, 1938, p. 491; in giurisprudenza: Trib. Genova, 24

tutti i suoi beni che entrano nella gestione di un soggetto terzo - il curatore - per effetto della procedura concorsuale, non avrebbe avuto più la possibilità di deferire la controversia al giudice privato, poiché non più titolare, e nella disponibilità, del diritto. Conseguentemente, il curatore sarebbe stato indifferente alla clausola compromissoria che, nei suoi confronti, non avrebbe avuto alcuna rilevanza. Allo stesso tempo, tuttavia, secondo gli stessi autori, il curatore non avrebbe avuto possibilità di compromettere la lite in arbitri in quanto tutte le controversie in qualche modo collegate al fallimento sarebbero rientrate nell'alveo della giustizia fallimentare per superiori ragioni di carattere pubblicistico e di tutela dei creditori¹⁸ e, dunque, qualunque controversia non avrebbe potuto essere decisa se non dal Tribunale fallimentare.

In altre parole, questa teoria sosteneva che vi fosse un doppio ostacolo all'efficacia della convenzione di arbitrato sottoscritta dal fallito *in bonis*: il primo rappresentato dalla condizione di "spossessamento" di tutte le prerogative decisionali del fallito sui beni entrati nella gestione della curatela; il secondo costituito da una presunta attrazione generalizzata dei procedimenti, in qualche modo collegati con il fallimento e/o con il fallito, all'interno della competenza del Giudice fallimentare.

novembre 1959, in *Dir. Fallim.*, 1960, II, p. 718; meno recente: Cass., 17 novembre 1926, n. 2949, in *Rep. Foro it.*, 1926, voce *Fallimento*, n. 54;

¹⁸ Anche su questo punto, tuttavia, è possibile esprimere delle perplessità derivanti dal fatto che non tutte le controversie successive al fallimento vengono perciò attratte dal Tribunale Fallimentare, ma questi è funzionalmente competente solo per le controversie derivanti dal fallimento o che abbiano ad oggetto opposizioni, impugnazioni, revocazioni dello stato passivo e gli altri casi di controversie concernenti le modalità di vendita dei beni o opposizione al concordato fallimentare.

Seppur giungendo alle medesime conclusioni - ossia l'inefficacia della clausola compromissoria precedentemente sottoscritta dal soggetto successivamente fallito -, altri Autori¹⁹ utilizzavano un diverso percorso argomentativo.

La circostanza del fallimento del soggetto che aveva precedentemente sottoscritto la convenzione di arbitrato avrebbe determinato la necessaria devoluzione della controversia alla magistratura ordinaria rendendo, così, inefficace qualunque diversa e precedente pattuizione negoziale. Con ciò, secondo detti autori, più che di inefficacia si sarebbe trattato di inopponibilità scaturente dalla presunta competenza funzionale ed inderogabile del Giudice fallimentare non venendo, quindi, in luce ulteriori considerazioni sulla validità stessa della clausola. Questa, infatti, sarebbe stata valida, ma temporaneamente inopponibile, fino alla chiusura della procedura fallimentare, considerata la possibilità che il fallito ritornasse *in bonis*. In quel caso, infatti, la convenzione di arbitrato avrebbe potuto, per così dire, rivivere nei confronti delle parti che originariamente l'avevano voluta e sottoscritta.

Infine un'ultima corrente tentava di spiegare l'inefficacia della clausola compromissoria sostenendo che la devoluzione della controversia agli arbitri si sarebbe conformata sostanzialmente come un mandato caratterizzato dall'intenso rapporto fiduciario insuscettibile di sopravvivere al fallimento, e quindi alla modificazione soggettiva del mandante, per la mancanza dell'elemento necessario dell'*intuitu personae*.²⁰

In ogni caso, tutte le suddette correnti dottrinali giungevano alla conclusione dell'inefficacia o inopponibilità della clausola compromissoria, al pari del compromesso, nei confronti della sopraggiunta procedura fallimentare, ma, invero, tutte le teorie sopra richiamate, per un motivo o per un altro, si

¹⁹ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, terza ed., IV, Napoli, 1964, p. 772; C. App. Milano, 5 agosto 1958, in *Dir. Fallim.*, 1958, p. 590;

²⁰ P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., p. 349;

esponevano già in precedenza a serrate critiche e risultavano, pertanto, inaccettabili. Inoltre, alcune di queste teorie, le più risalenti, risentivano di un generale opinione di incompatibilità tra il fallimento e l'arbitrato definitivamente superato in tempi più recenti.

Andando per ordine, la circostanza per la quale il fallito venga occasionalmente spossessato dei suoi beni non determinava *tout court* l'indisponibilità degli stessi, come detto, unico elemento adatto a determinare - anche prima della novella del 2006 - la non arbitrabilità della controversia. Bensì, è stato correttamente sostenuto²¹ che il mutamento di centro d'imputazione dei diritti, dal fallito alla curatela, avrebbe eventualmente determinato solo un mutamento soggettivo di colui il quale sarebbe stato abilitato a disporre del diritto, ma non l'indisponibilità - anche temporanea - dello stesso. Detta conclusione appare evidentemente ragionevole nella prospettiva in cui tutti i rapporti soggettivi e, in particolare anche le controversie insieme ai rapporti di debito credito, vengono trasferiti in capo al curatore fallimentare che, con l'ausilio degli altri organi della procedura - in particolare, Giudice delegato e comitato dei creditori - può disporre, salvo specifiche limitazioni, dei diritti, seppur per le finalità esclusive della procedura fallimentare.

Tale tesi, quindi, poteva già all'epoca essere facilmente contrastata con riferimento alla teoria dell'arbitrabilità sulla base della disponibilità del diritto controverso, così come disposto dall'art. 806 c.p.c. vecchia formulazione, al contratto di transazione e, più specificamente, all'art. 1966 c.c.. Conseguentemente la circostanza che il fallito - che aveva sottoscritto la clausola compromissoria - non fosse più il titolare del diritto controverso non poteva certo determinare *tout court* la caducazione della clausola che poteva,

²¹ V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, op. cit., p. 1182 ss..

invece, essere determinata solo dalla non arbitrabilità della controversia, a sua volta, collegata all'indisponibilità del diritto controverso.

Contro la seconda corrente sopra citata, invece, si è potuto facilmente opporre che non vi era, neppure prima della riforma, un'incompatibilità affermata ed assoluta tra arbitrato e fallimento in quanto lo stesso legislatore, con la norma contenuta all'art. 25 L.F., aveva già allora abilitato il curatore a compromettere in arbitri, così affermando esplicitamente la compatibilità tra i due istituti ed implicitamente tra una preesistente clausola compromissoria (o compromesso) ed il fallimento, seppur con le necessarie limitazioni relative all'attività di controllo ed autorizzazione di competenza del Giudice delegato e del Comitato dei creditori.²² E' pur vero che, l'art. 25 L.F. non sarebbe valso a rendere comunque opponibile al fallimento la clausola compromissoria sottoscritta dal fallito, poiché questo stabiliva solo la possibilità in astratto del curatore di sottoscrivere la clausola compromissoria, con ciò non determinando affatto l'automatica opponibilità alla curatela della clausola sottoscritta dal fallito. Ciò non toglie, tuttavia, che non vi era - e non vi è - alcuna norma che prescriva la competenza necessaria ed inderogabile del Giudice fallimentare, se non in specifiche ipotesi espressamente previste.

Infine, contro la teoria che postulava il carattere strettamente fiduciario dell'incarico arbitrale, si opponeva che la clausola compromissoria era caratterizzata da un rapporto di accessorietà rispetto al contratto cui si

²² Cfr. A. BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 8; "peraltro si è esattamente scritto che, anche appurato che il curatore possa compromettere in arbitri alcune controversie concernenti il patrimonio del fallito, rimarrebbe pure sempre da dimostrare l'opponibilità e l'efficacia nei confronti del fallimento, sia della clausola compromissoria, contenuta in un contratto stipulato anteriormente dal fallito, sia di un compromesso, anteriormente concluso da quest'ultimo". Sul punto, tuttavia, pur rispettando l'Autorevole opinione, chi scrive è dell'idea che sia il fallimento a dover dimostrare l'inopponibilità della clausola compromissoria e non il contrario. Appare, infatti, quantomeno incoerente che il curatore possa sottoscrivere compromessi o, in generale, convenzioni di arbitrato e che la clausola sottoscritta dal fallito risulti inopponibile al fallimento solo per la sentenza dichiarativa dello stesso.

riferisce, pertanto il curatore subentrando nel contratto analogamente sarebbe subentrato anche nella clausola compromissoria e, pertanto, ne sarebbe stato vincolato.²³

Vi è, inoltre, da rilevare che soprattutto nell'eventualità di futura nomina dell'arbitro ovvero del collegio arbitrale, ancor di più nel caso di deferimento della nomina ad un soggetto terzo, non siamo in grado di ravvisare l'esistenza del descritto stretto rapporto fiduciario tale da determinare addirittura l'inefficacia della clausola compromissoria. Infatti, nella maggior parte dei casi non è prevista una immediata designazione dei componenti del collegio nominati dalle parti o, in ogni caso, questo non costituisce requisito di validità della clausola. In particolare, nei casi in cui la clausola sia particolarmente dettagliata, potrebbe essere previsto un meccanismo di designazione, soprattutto in caso di inerzia di una delle parti, alternativo a quello positivizzato all'art. 810, comma II, c.p.c..²⁴

Stante la non ancora avvenuta designazione dell'arbitro, il curatore avrebbe potuto legittimamente procedere alla designazione del componente del collegio nei tempi e con i modi stabiliti dalla clausola e dall'ordinamento. In questo caso, in assenza di alcuna designazione precedente, non si sarebbe comunque interrotto il rapporto fiduciario, sempre che gli autori che sostenevano detta teoria non avessero individuato un rapporto, per così dire, "geneticamente fiduciario" nel senso che qualunque designazione fosse

²³ G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fallimento*, op. cit., p. 483, secondo il quale, sul punto la clausola compromissoria "si sostanzia in un patto accessorio, che si inserisce nel contratto principale (o a questo intimamente si collega) pur conservando la propria autonomia".

²⁴ Il motivo per cui la disciplina non chiede la designazione già al momento della sottoscrizione della clausola è dato dalla precarietà della situazione. Infatti, in quel momento la lite non è ancora pendente e potrebbe non verificarsi mai o presentarsi in un orizzonte temporale molto lontano. In detta situazione la designazione puntuale dell'arbitro o del collegio potrebbe rivelarsi inutile o inopportuna considerata la possibilità che, in futuro, l'arbitro possa trovarsi in imprevedibili situazioni di conflitto d'interessi o di impossibilità a svolgere l'incarico per qualsiasi ragione di carattere formale, sostanziale o materiale.

pervenuta avrebbe dovuto essere supportata dal consenso del titolare sostanziale del diritto e, quindi, in definitiva da una sua esclusiva designazione. Ad ogni modo, anche questa soluzione non appariva sostenibile per mancanza dei necessari supporti normativi e alla luce della previsione, sopra descritta, dell'art. 25 della Legge Fallimentare che abilita esplicitamente il curatore alla nomina degli arbitri.

b) Secondo altra parte della dottrina più risalente²⁵, l'inopponibilità del compromesso e della clausola compromissoria discenderebbero dalla mancata nomina degli arbitri, perché in questo caso, a causa della mancata definizione di tutti gli elementi essenziali del contratto, l'accordo compromissorio non si sarebbe validamente perfezionato e, quindi, non sarebbe stato opponibile al fallimento.

Evidentemente detta teoria conferiva alla designazione del proprio arbitro ad opera delle parti addirittura carattere di elemento essenziale del negozio arbitrale.

Conseguentemente, visto il combinato disposto dagli artt. 5 c.p.c. e 24 l. fall., il patto compromissorio si sarebbe definitivamente e completamente perfezionato, radicando la competenza in capo al collegio arbitrale, solo nel caso in cui le parti, oltre ad aver provveduto alla sottoscrizione della convenzione di arbitrato, avessero nominato gli arbitri. Non è chiaro, poi, se per nomina si debba intendere il meccanismo di designazione-accettazione, ovvero se, per detti autori, fosse necessaria e sufficiente la semplice indicazione dell'arbitro.

²⁵ G. CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento: Art. 23-41*, in *Commentario Scialoja - Branca, Legge Fallimentare*, a cura di F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI, Milano, 1977, p. 60 ss..

A contrario, così argomentando, nel caso di contratto di arbitrato perfezionato anche con la nomina degli arbitri, la successiva dichiarazione di fallimento non avrebbe avuto effetto sul contratto già concluso.

Anche questa tesi si predisponessa a diverse critiche, poiché confondeva il momento di perfezionamento del contratto, comprensivo anche della clausola compromissoria, con il momento, eventualmente anche successivo, della nomina - comprensiva di designazione ed accettazione - degli arbitri.²⁶

E' facile obiettare che non è in alcun modo necessario che gli arbitri vengano nominati al momento del perfezionamento della clausola compromissoria, potendo essere designati anche in un momento successivo e ciò, di certo, non determina alcun vizio della convenzione di arbitrato.

Più propriamente, dalla sottoscrizione del contratto, comprensivo di clausola compromissoria, nasce l'obbligo per le parti di deferire un'eventuale e futura controversia agli arbitri e parallelamente il potere-onere delle stesse parti di nominare o far nominare l'arbitro o gli arbitri.²⁷ Quindi è corretto dire che già

²⁶ C. CECHELLA, *sub artt. 809-813 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, p. 122; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, op. cit., Torino, 2006, p. 73: "Dopo l'accettazione degli arbitri nasce con le parti un rapporto contrattuale in virtù del quale i primi assumono l'impegno di decidere tempestivamente la controversia e i secondi di corrispondere loro il corrispettivo".

²⁷ G. VERDE, op. cit., p. 73: "E', perciò, evidente che bisogna tener separata la deliberazione di affidare l'incarico, che è necessariamente congiuntiva, che è implicita nella manifestata intenzione di ricorrere all'arbitrato e che può essere in incertam personam, dalla scelta delle persone incaricate, che può essere fatta dipendere da meccanismi di selezione assai vari, purchè rispettosi della partecipazione paritaria delle parti alla individuazione dell'arbitro o degli arbitri (senza la quale diventa dubbia la stessa necessaria imparzialità dell'organo giudicante)"; C. CECHELLA, *sub artt. 809-813 c.p.c.*, op. cit., p. 120: "Quindi le manifestazioni di volontà successive, pur libere nei contenuti e negli effetti, corrispondono a precisi obblighi nascenti dal contratto d'arbitrato, con il quale, come già veduto, si costituisce tra le parti un rapporto obbligatorio i cui effetti per le parti sono, per ciò che interessa in questa sede, l'obbligo di nominare gli arbitri (...) Si sostiene, in particolare che in difetto di una successiva nomina degli arbitri oppure nel caso in cui gli arbitri dopo la nomina non adempiano il mandato nei termini pattuiti, vengano meno gli effetti del contratto d'arbitrato e riviva la giurisdizione. Questa costruzione non ha basi testuali, anzi incontra precise indicazioni normative contrarie, che introducono, mediante strumenti di volontaria giurisdizione, forme di attuazione specifica della volontà compromissoria con provvedimenti sostitutivi del negozio mancante pronunciati dal giudice (è il caso della nomina o sostituzione giudiziale dell'arbitro, cfr. gli art. 810 e 811 c.p.c.)".

dal momento della sottoscrizione del contratto, e quindi anche della clausola compromissoria, questa spiega la propria piena efficacia seppur in mancanza di una specifica designazione dell'arbitro ovvero dei componenti del collegio arbitrale.

Insomma, pare che questa opinione nasca da un equivoco di fondo, mentre bisognerebbe - ancora adesso - tenere distinti, da una parte, la sottoscrizione della convenzione di arbitrato, che determina l'obbligo per le parti di adire il collegio in alternativa al giudice ordinario, e il perfezionamento del contratto di arbitrato - tra parti e arbitri nominati - che fa nascere in capo agli interessati diverse e specifiche obbligazioni.

Ciò detto, il Legislatore, partendo dal necessario presupposto che la devoluzione della controversia a seguito della sottoscrizione della convenzione di arbitrato ha carattere di definitività²⁸, ha previsto meccanismi surrogatori nel caso di inerzia delle parti proprio a testimoniare che la scelta compiuta con la sottoscrizione della convenzione di arbitrato è immutabile e non pregiudicabile a seguito dell'inerzia - più o meno volontaria e motivata - delle parti.

A ben vedere, infatti, ove si seguisse il sopra citato ragionamento, si potrebbe sostenere che una delle parti, nel caso in cui non procedesse alla designazione del proprio arbitro di parte, potrebbe determinare lo stallo e, quindi, l'inefficacia, dell'intera procedura, poiché mancherebbe uno degli elementi essenziali del contratto. Ciò non può essere sostenuto anche perché in contrasto con l'intero impianto dell'arbitrato, così come disegnato dal Legislatore, che prevede diverse modalità di designazione dell'arbitro, o del collegio, anche in mancanza di attività delle parti che avrebbero il potere-

²⁸ Eccettuato, ovviamente, il caso di mutuo consenso delle parti che possono scegliere in qualunque momento di derogare ad un patto precedentemente sottoscritto.

onere di nomina. Un esempio su tutti è costituito dal disposto dell'art. 810 c.p.c.²⁹, rimasto immutato, nella parte che interessa, anche dopo la novella del 2006.

Per i motivi descritti, anche questa tesi si rivela imperfetta.

c) Secondo altra parte della dottrina, in mancanza di una norma esplicitamente dirimente la questione, si sarebbe dovuto effettuare un rinvio analogico all'art. 78 l. fall.³⁰. Il collegamento con detta norma sarebbe stato

²⁹ art. 810 c.p.c., "Nomina degli arbitri": *"Quando a norma della convenzione d'arbitrato gli arbitri devono essere nominati dalle parti, ciascuna di esse, con atto notificato per iscritto, rende noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri. La parte, alla quale è rivolto l'invito, deve notificare per iscritto, nei venti giorni successivi, le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati.*

In mancanza, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato la sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma. Il presidente del tribunale competente provvede alla nomina richiestagli, se la convenzione d'arbitrato non è manifestamente inesistente o non prevede manifestamente un arbitrato estero.

Le stesse disposizioni si applicano se la nomina di uno o più arbitri è demandata dalla convenzione d'arbitrato all'autorità giudiziaria o se, essendo demandata a un terzo, questi non vi ha provveduto". Precedentemente l'articolo era stato modificato dall'art. 5 l. 5 gennaio 1994, n. 25. Si riporta il testo dell'articolo anteriore alla riforma: *"Quando a norma del compromesso o della clausola compromissoria, gli arbitri debbono essere nominati dalle parti, ciascuna di esse, con atto notificato a mezzo d'ufficiale giudiziario, può rendere noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri. La parte, alla quale è rivolto l'invito, deve notificare, nei venti giorni successivi, le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati.*

In mancanza, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato tale sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stato stipulato il compromesso o il contratto al quale si riferisce la clausola compromissoria oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma. Il presidente, sentita, quando occorre, l'altra parte, provvede con ordinanza non impugnabile. La stessa disposizione si applica se la nomina di uno o più arbitri è demandata dalla convenzione all'autorità giudiziaria o a un terzo e questi non vi abbia provveduto".

³⁰ art. 78 l. fall.: *"I contratti di conto corrente, anche bancario, e di commissione, si sciolgono per il fallimento di una delle parti. Il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario. Se il curatore del fallimento del mandante subentra nel contratto, il credito del mandatario è trattato a norma dell'articolo 111, primo comma, n. 1), per l'attività compiuta dopo il fallimento."*

dato dalla sua riferibilità al mandato *latu sensu* e, quindi, a tutti i rapporti di conferimento di incarico a terzi.

Premesso che nel frattempo la norma è stata modificata dal legislatore che, in luogo della caducazione automatica del rapporto di mandato in caso di fallimento di una delle parti, ha previsto detta conseguenza solo nel caso di fallimento della mandataria, secondo detta teoria, atteggiandosi il rapporto arbitrale come un mandato, il fallimento avrebbe prodotto le conseguenze previste dalla norma citata.

Pur dovendo necessariamente constatare che sussistono diverse analogie e punti di contatto tra l'arbitrato e l'istituto del mandato, la tesi appare, già ad un primo esame, eccessivamente semplicistica.

Infatti, un primo ostacolo all'applicabilità della teoria descritta è costituito dall'impossibilità di assimilare il rapporto intercorrente tra la parte ed il suo arbitro al mandato, poiché, gli arbitri fungono da giudicanti - seppur privati - e, quindi, non esclusivamente nell'interesse della parte che li ha nominati, ma per decidere la controversia nel rispetto delle regole che le parti si sono date.³¹

Basti, in questa sede, rilevare che il contratto di arbitrato è una figura negoziale complessa che, da un lato, vincola le parti a deferire l'eventuale e futura controversia agli arbitri e, dall'altro li onera di nominare il collegio

³¹ Anche e su questo specifico punto, la recente riforma in materia lavoristica, disposta con L. 4.11.2010 n. 183, c.d. "collegato lavoro", nella parte in cui dispone che gli arbitri sono pagati direttamente dalle parti che li ha nominati, pone delle difficoltà di coerenza sistematica, ma è più probabile che il Legislatore, nel regolare lo strumento arbitrale specificamente previsto per le controversie di lavoro, abbia badato più a necessità pratiche della materia che alla coerenza sistematica dell'istituto. Ciò detto, resta fermo che gli arbitri non rappresentano gli interessi delle parti nel giudizio arbitrale, compito demandato esclusivamente ai legali difensori costituiti dalle stesse, ma hanno il solo scopo di decidere con imparzialità e secondo le regole che le parti si sono date o, in mancanza, secondo quelle stabilite dagli artt. 806 ss. c.p.c.. Sul punto cfr. G. VERDE, op. cit., p. 73: "Alcuni hanno parlato perciò di un negozio misto, che risulterebbe dall'individuare frammenti di disciplina del mandato e del contratto d'opera e dal mescolarli fra loro. (...) Meglio sarebbe parlare di un negozio atipico e valutarle la liceità" ss.; C. CECHELLA, sub artt. 809-813 c.p.c., op. cit., p. 120 ss..

conferendo a questi non già il compito di rappresentare le proprie ragioni nella vicenda - perché questo è il compito dell'avvocato eventualmente incaricato della difesa che, giova ricordarlo, non è obbligatoria -, ma di decidere della controversia tenuto conto delle regole che le parti, con la convenzione si sono date. Da qui ci si rende immediatamente conto delle incolmabili differenze intercorrenti tra il negozio arbitrale, il mandato e il contratto d'opera intellettuale che determina che il primo non possa non avere una sua specifica regolazione e che si possa far riferimento alla disciplina del mandato o del contratto d'opera intellettuale solo in caso di vuoto normativo colmabile in via analogica.

In secondo luogo, come sopra ricordato, la volontà delle parti di compromettere in arbitri, di per sé e prima della nomina degli stessi, non integra il conferimento di alcun incarico, ma sancisce una scelta negoziale delle parti di far ricorso al procedimento arbitrale, ossia la scelta dell'istituto, non già della persona - o delle persone - designate per eseguirlo. Ciò detto, sarebbe incongruo ed illogico scorporare *tout court* dal resto del contratto la sola clausola compromissoria solo per le rilevate analogie con l'istituto del mandato.³²

L'unico caso in cui questa teoria avrebbe effettivamente potuto essere condivisa è quello - che però può essere considerato come caso di scuola - in cui le parti, già alla sottoscrizione del contratto, avessero designato i componenti del collegio arbitrale specificando come tale designazione avesse carattere strettamente fiduciario e che, quindi, la controversia non sarebbe stata devoluta in arbitri se non nel caso di conferma di detto - già designato - collegio. Come noto, infatti, le parti possono stabilire per il "processo privato" proprie regole anche se non rinvenibili nella disciplina ordinaria con l'unica

³² V. VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, op. cit., p. 297;

limitazione del rispetto del principio del contraddittorio tra le parti e dei principi di ordine pubblico.

Nel caso di specie, quindi, ove avessero scelto di far decidere la controversia solo alle esposte e predeterminate condizioni, si può ritenere che la descritta “*caducazione automatica*” avrebbe potuto trovare applicazione. Per il resto, la teoria non sembra condivisibile.³³

Dopo aver esaminato le tesi che configuravano l’inopponibilità della clausola compromissoria, o del compromesso, nei confronti del fallimento, è opportuno passare in rassegna la diversa prospettiva di coloro i quali, invece, partendo dall’assunto di una non necessaria incompatibilità tra i due istituti, configuravano una più o meno ampia opponibilità della convenzione d’arbitrato al fallimento pur escludendo da questa casistica i procedimenti di accertamento dello stato passivo e, più in generale, le controversie derivanti dal fallimento.

d) Questa tesi, infatti, si pone in maniera diametralmente opposta rispetto a quelle sopra esposte. In particolare, questa dottrina postulava la piena compatibilità dello strumento arbitrale nei confronti del fallimento, in quanto è compito della curatela subentrare nelle situazioni giuridiche del fallito³⁴ al momento della dichiarazione di fallimento e nessuna norma disponeva - almeno esplicitamente - l’inefficacia della clausola compromissoria a causa dell’avvenuta sentenza di fallimento.³⁵

³³ L. GUGLIELMUCCI, *Effetti del Fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge Fallimentare*, Art. 72-83, Bologna, 1979, pp. 26 ss.; E. CAPACCIOLI, *L’amministrazione fallimentare di fronte al fallimento*, op. cit., p. 542 ss.; V. VECCHIONE, op. cit., p. 297; A. BONSIGNORI, op. cit., p. 10;

³⁴ V. VECCHIONE, op. cit., p. 297.

³⁵ A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, op. cit., p. 10 ss.; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, op. cit., p. 16 ss.;

Gli stessi autori³⁶ premettevano che un notevole gruppo di controversie non sarebbero comunque state arbitrabili, perché di competenza esclusiva e funzionale del giudice dello Stato. Per avere un'idea basterà considerare le azioni revocatorie, ovvero le azioni di accertamento dello stato passivo.

Quelle per le quali si ipotizzava l'intervento della curatela, quindi, sono le controversie diverse dalle suddette che si riteneva non fossero di competenza esclusiva degli organi del fallimento.

Più in generale, per tutti quei casi in cui oggetto della controversia fosse stato l'accertamento di un credito del fallito nei confronti di un altro soggetto, si riteneva che la controversia fosse deferibile agli arbitri, in quanto non avrebbe influito, almeno direttamente, sulle ragioni creditorie degli aventi diritto del fallito.

Viceversa, dal novero delle controversie arbitrabili, sarebbero stati esclusi i procedimenti di tipo sommario e/o camerale come i procedimenti conclusi dal Giudice Delegato con decreto³⁷. Parimenti, sarebbero stati esclusi i procedimenti di reclamo, ai sensi dell'art. 26 L.F., per una duplice ragione. Innanzitutto per il già detto carattere sommario e camerale del procedimento, dinanzi al Tribunale o alla Corte d'Appello, ma anche in considerazione del carattere impugnatorio della decisione che, in quanto tale, non avrebbe potuto essere deferita ad un collegio arbitrale.

La teoria si basava su diversi presupposti tra cui: un ragionamento per assurdo secondo il quale sarebbe stato inaccettabile considerare il fallimento, ed i suoi organi, come soggetti terzi rispetto al fallito quando, in realtà, questi sarebbero

³⁶ S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, VI ed., Roma, 1966, p. 106; V. VECCHIONE, *op. cit.*, p. 297;

³⁷ Ad esempio il decreto di esecutività dello stato passivo di cui all'art. 96 l. fall. o la pronuncia, sempre con decreto, sulle domande depositate tardivamente, ex art. 101 l. fall., o anco il provvedimento che si pronuncia sulle domande di rivendica e restituzione, art. 103 l. fall., o il decreto di esecutività del piano di riparto, art. 110 l. fall..

subentrati nella posizione sostanziale e processuale di quest'ultimo potendosi, in tal modo, configurare identità delle posizioni piuttosto che terzietà.

In secondo luogo, come sopra meglio approfondito, non sarebbe stato possibile ricomprendere gli accordi sulla cognizione arbitrale nel novero dei rapporti giuridici preesistenti disciplinati dall'art. 78 l. fall. con le relative conseguenze, ossia, che nessuna norma avrebbe disposto lo la sospensione e lo scioglimento del vincolo arbitrale.

Inoltre, sulla base del fatto che è dato al curatore il potere di scegliere di dare continuità o meno ai rapporti giuridici preesistenti non sembrava coerente e ragionevole permettere, da un lato, la continuazione del contratto e, dall'altro, negare l'operatività della clausola compromissoria ivi contenuta. Sarebbe stato come decidere che detto contratto avrebbe avuto solo determinati effetti e non altri, circostanza che, in una visione unitaria del contratto, comprensivo della clausola compromissoria, non appariva convincente.

Infine, gli stessi autori rilevavano che le controversie non discendenti direttamente dal fallimento potessero non rientrare nella previsione dell'art. 24 della legge fallimentare per la quale *"Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore"*³⁸.

La teoria descritta risultava alquanto convincente, non fosse altro che per le numerose ragioni con cui i suoi sostenitori sono riusciti a supportarla, tuttavia queste non sono bastate a convincere appieno anche la dottrina più risalente.

Infatti, andando per ordine, la circostanza per la quale il curatore subentra nei rapporti giuridici in sostituzione del fallito non riguarda automaticamente tutte le situazioni soggettive in cui lo stesso poteva essere coinvolto. È

³⁸ S. SATTA, *op. cit.*, p. 106; S. VINCRE, *op. cit.*, p. 78 ss.; V. ANDRIOLI, voce Fallimento, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 374, nota 242; V. VECCHIONE, *op. cit.*, p. 297.

dimostrazione di ciò quanto dettato dagli art. 72 e 78 della legge fallimentare in tema di sospensione scioglimento dei vincoli contrattuali. Queste due norme, invero costituivano, e lo fanno ancora, la bussola dell'interprete per la verifica della continuità o meno delle posizioni soggettive del fallito anche dopo la dichiarazione di fallimento. Inoltre non va sottaciuto che la dottrina aveva, in passato, sostenuto l'applicazione diretta, ovvero in via analogica, degli artt. 72 e 83 l. fall. anche al caso in questione.

Sull'ultima ragione addotta, le critiche si sono per lo più concentrate su di una supposta *vis attrattiva* del giudice del fallimento tale da rendere inefficacie qualunque patto derogatorio della competenza. Sul punto, tuttavia, già prima della riforma era stato evidenziato come questa posizione sarebbe stata eccessivamente "integralista", poiché, in ragione di un interesse pubblicistico tutto da dimostrare, avrebbe avvocato al giudice fallimentare tutte le possibili controversie in cui poteva, in vario modo, essere coinvolto il fallimento.

Si può, quindi correttamente concludere che, anche nel previgente contesto, sarebbero state considerate non arbitrabili, in radice, tutte quelle controversie riguardanti crediti verso il fallito o diritti sulle cose mobili possedute dal fallito, per chiare ragioni di necessaria salvaguardia del contraddittorio dei creditori e poiché solo nei confronti del decreto di ammissione allo stato passivo è ammissibile il processo d'impugnazione di cui all'art. 100 l. fall..

L'ultima teoria all'esame del presente punto circa l'evoluzione soprattutto della dottrina prima della riforma della legge fallimentare del 2006 risulta essere quella allora prevalente anche perché supportata da argomentazioni più facilmente accettabili in quanto coerenti con la disciplina positiva.

In particolare, si è sostenuto che il compromesso, ovvero la clausola compromissoria, sarebbero stati efficaci ed opponibili al fallimento se prima della dichiarazione di fallimento non solo fosse stata negoziatamente

sottoscritta la deroga al giudizio ordinario, ma si fosse anche perfezionata la nomina (ed accettazione) dell'arbitro, ovvero del collegio arbitrale.

È evidente che la teoria si basava sull'assunto, infondato³⁹, che il compromesso ovvero la clausola compromissoria, trovino il loro perfezionamento solo dopo la nomina degli arbitri. Pertanto se il fallimento fosse intervenuto prima della nomina, la controversia sarebbe stata decisa dal giudice del fallimento, viceversa in caso di procedimento in corso, ovvero di nomina (ed accettazione) già effettuata, la cognizione sarebbe rimasta nella disponibilità degli arbitri.

Gli stessi autorevoli Autori⁴⁰ hanno sostenuto che, avvenuta la nomina, se il fallimento fosse intervenuto prima dell'accettazione dell'arbitro - ovvero degli arbitri - ben avrebbe potuto il curatore *confermare* la nomina dando così efficacia al compromesso (o alla clausola compromissoria).

La tesi esaminata, quindi, pone un'alternatività degli effetti della sottoscrizione del compromesso o della clausola compromissoria a seconda della circostanza che fossero già stati nominati gli arbitri o meno. Tale assunto si basa su un presupposto necessario, ma a parere di chi scrive evidentemente errato, che la nomina degli arbitri vale a perfezionare l'accordo compromissorio.

È evidente, come già accennato in precedenza, che l'accordo compromissorio con il quale le parti si vincolano vicendevolmente a deferire la controversia agli arbitri anziché al giudice dello Stato è cosa diversa, distinta e separata dal

³⁹ Le ragioni dell'infondatezza sono state già chiarite con riferimento alle teorie sulla inopponibilità della clausola compromissoria al fallimento. In quella sede si è avuto modo di sottolineare la natura del contratto di arbitrato come negozio complesso che, da un lato autovincola le parti a deferire la controversia agli arbitri e, dall'altro, li onera di nominare gli arbitri con ciò, tuttavia, non elevando tale nomina ad elemento essenziale del contratto perché nell'eventualità di mancata nomina sarebbe entrato in funzione il meccanismo surrogatorio di cui agli artt. 810 e 811 c.p.c.. Con ciò, è evidente che, anche in mancanza della nomina degli arbitri, sussisteva - e sussiste - ugualmente il vincolo delle parti a deferire la controversia al "giudice privato". Cfr. A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, op. cit., p. 17; S. VINCRE, op. cit., p. 75 ss.; V. PROFETA, op. cit., p. 1180 ss..

⁴⁰ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III ed., III, Milano, 1923, p. 794;

successivo accordo formulato con gli arbitri stessi che attiene alla loro precisa designazione. Questo è manifestamente un elemento meramente eventuale che, proprio perché la controversia potrebbe, nel caso della clausola compromissoria, anche non verificarsi mai, non può ragionevolmente incidere sul perfezionamento stesso dell'accordo compromissorio. Se fosse così, per assurdo la parte che successivamente alla sottoscrizione del contratto contenente la clausola arbitrale, avesse interesse che la controversia fosse decisa dai giudici dello Stato, potrebbe semplicemente non nominare il proprio arbitro così da rendere praticamente inutile e non vincolante il precedente accordo. Al contrario, proprio in quest'ottica si leggono gli interventi del Legislatore adatti a sostituire la volontà delle parti in caso di inadempimento della parte all'obbligo di nominare il proprio arbitro (ad es., artt. 810 e 811 c.p.c.).

Pertanto anche questa tesi non poteva ritenersi validamente formulata perché l'accordo compromissorio è valido ed efficace dal momento della sottoscrizione, indipendentemente dall'avvenuta nomina degli arbitri. Raggiunto l'accordo su questo fondamentale elemento, questa dottrina non avrebbe che potuto postulare l'opponibilità della clausola compromissoria in ogni caso e sin dal momento della sottoscrizione. Tuttavia, abbiamo già riscontrato che anche la teoria dell'opponibilità della clausola compromissoria non è risultata convincente per vari motivi sopra esposti.

Non va sottaciuto, però che la teoria appena descritta aveva un merito importante e non trascurabile, mirava cioè ad evitare gli effetti che la norma attuale (che successivamente analizzeremo) spesso rischia di comportare, ossia lo spreco di attività cognitiva. Se infatti si ritiene che un procedimento arbitrale debba essere interrotto per la sopravvenienza del fallimento di una delle parti a prescindere la momento in cui questo interviene, si rischia di

determinare un insopportabile spreco di attività cognitiva svolta, fino a quel momento, dagli arbitri, nonché spreco del denaro delle parti impiegato per l'attività stessa.

A sostegno della descritta tesi viene anche speso il dettato dell'art. 5 c.p.c. secondo il quale *"la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamento della legge o dello stato medesimo"*.

Effettivamente, questa argomentazione pare degna di pregio, ma più per giustificare l'opponibilità della clausola compromissoria o del compromesso al fallimento se sia già stata proposta la domanda più che per legare tale momento alla nomina o meno degli arbitri. Probabilmente la confusione in tal senso è rinvenibile anche dal fatto che spesso questi due momenti sono coincidenti ma non lo sono necessariamente (sul punto, sarà interessante ritornare in maniera più approfondita nella seconda parte del presente studio in commento al lodo che ne valorizza la portata).

Infine un'ultima annotazione va fatta relativamente all'asserita prerogativa riservata al curatore di *confermare* l'arbitro nominato che nel frattempo della dichiarazione di fallimento non abbia ancora accettato la nomina. Evidentemente si può sostenere e discutere circa le più o meno ampie prerogative del curatore nel subentrare a quelle del fallito, ma certo non si può dubitare che il curatore non possa sostituirsi all'arbitro nell'accettazione dell'incarico.

Quindi, in virtù dell'argomento *ex art. 5 c.p.c.* si è giunti a formulare la teoria effettivamente più seguita, ossia che l'eventuale compromesso o clausola compromissoria sarebbero state effettivamente opponibili al fallimento solo se il procedimento arbitrale fosse già stato instaurato precedentemente al

fallimento stesso, altrimenti l'art. 24 l. fall. sarebbe stato effettivamente un ostacolo insormontabile. Successivamente, in virtù del succitato richiamo all'art. 5 c.p.c., non si sarebbe potuto degnamente giustificare il mutamento della "giurisdizione" dal collegio arbitrale al giudice del fallimento.

Al contrario è stato autorevolmente sostenuto che il richiamo all'art. 5 c.p.c. sarebbe stato in effetti un po' forzato tendendo a voler dare all'interpretazione della norma un significato più ampio di quello reale.⁴¹

Quindi, in conclusione, considerando quanto riferito dai sostenitori della tesi unitamente a quanto detto dai critici, si può desumere che, anche precedentemente alla novella fallimentare, l'avvenuta instaurazione del procedimento arbitrale non valeva di per sé a determinarne l'opponibilità al fallimento come, al contempo, la sentenza dichiarativa di fallimento non determinava automaticamente la caducazione dell'efficacia del compromesso. Gli elementi discriminanti in tal senso sono dunque altri e devono essere ricercati in altra sede.

Un'ultima corrente interpretativa riteneva che, intervenuto il fallimento, l'accordo compromissorio dovesse essere regolato secondo l'applicazione analogica degli artt. 72 e 83 l. fall. concernenti gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti. Un primo problema preliminare a tale impostazione è rappresentato dalla configurabilità stessa dell'accordo arbitrale come rapporto di tipo sostanziale, ossia disposizione dei diritti delle parti. Infatti molti hanno correttamente evidenziato che la clausola compromissoria contenuta nel contratto, come anche il compromesso, non determinerebbero la nascita di obbligazioni intese in senso sostanziale in capo

⁴¹ A. BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 22: "In altri termini, l'art. 5 cod. proc. civ. renderebbe inefficace l'art. 24 l. fallim., lasciando del tutto salvi gli effetti di questi ultimi contratti. Orbene un effetto estintivo del genere è del tutto estraneo alla corretta interpretazione dell'art. 5 cod. proc. civ., che si limita a attribuire a quest'ultimo un significato del tutto limitato alla conservazione di una competenza già radicata".

alle parti, ma avrebbero esclusivamente effetti di tipo processuale, ossia il deferimento della controversia agli arbitri.

Quindi dall'arbitrato non deriverebbero vantaggi o svantaggi per la massa, ma solo conseguenze di tipo giuridico-formale.⁴² Naturale conseguenza di questa tesi sarebbe l'impossibilità di interpretare il procedimento arbitrale come "contratto pendente" posto che l'attività delle parti, essenzialmente la nomina degli arbitri, non può essere considerata come adempimento del compromesso o della clausola compromissoria, poiché non costituiscono delle obbligazioni in senso proprio, ma mere facoltà, tant'è che in caso di mancata nomina è previsto il meccanismo surrogatorio regolato dall'art. 810 c.p.c..

Questa teoria, invero, appare particolarmente apprezzabile, poiché evidenzia una circostanza che veniva forse sottovalutata dalla maggior parte degli interpreti.

Infatti, se è vero che, come sopra ricordato, il negozio arbitrale si perfeziona con l'incontro delle volontà delle parti di deferire una controversia eventuale e futura ad un collegio arbitrale, non può non rilevarsi che le parti abbiano già concluso detto accordo conferendo agli arbitri il compito, per così dire, di fare il resto. Allora, se quanto detto è esatto, per il fallito - e quindi anche degli organi del fallimento - il contratto non potrebbe considerarsi come pendente perché detti soggetti non dovrebbero svolgere alcuna ulteriore attività.

In altre parole, il contratto di arbitrato avrebbe dovuto essere considerato perfetto già dopo la sottoscrizione delle parti e, quindi, in assenza di norme che sancissero l'estinzione del procedimento arbitrale pendente a seguito della dichiarazione di fallimento di una delle parti, il contratto non avrebbe potuto essere regolato ai sensi dell'art. 72 L.F. poiché non più pendente alla data della dichiarazione di fallimento.

⁴² V. CAPACCIOLI, *op. cit.*, p. 54.

Al più, sempre in quest'ottica, sarebbero stati gli arbitri a dover rendere la decisione e, quindi, ad adempiere alle obbligazioni già contratte, così rendendo irragionevole ed ingiustificata la scelta - o l'obbligo della curatela - di sciogliere il procedimento, perché stante l'adempimento della propria obbligazione, avrebbe "rifiutato" l'adempimento dell'altra parte.

Dopo aver analizzato le varie teorie, che postulavano diverse idee circa l'opponibilità della convenzione di arbitrato al fallimento, è possibile individuare pregi e difetti in ognuna di queste e, conseguentemente, è facile comprendere perché il Legislatore abbia dovuto intervenire con una norma specifica, l'art. 83 *bis*, per risolvere la diatriba.

2. La capacità di stipulare la convenzione di arbitrato: i poteri del curatore.

La convenzione di arbitrato può essere stipulata dalle parti, come previsto dal combinato disposto degli artt. 806 e 808 c.p.c..

Per quanto concerne il compromesso, questo è un atto di straordinaria amministrazione, ma lo stesso art. 808 c.p.c. precisa che il potere di stipulare il contratto comprende in sé anche il potere di sottoscrivere la clausola compromissoria ovvero il compromesso.

Tutto ciò fermo restando che la validità della convenzione di arbitrato contenuta in un contratto deve essere valutata autonomamente rispetto al contratto cui si riferisce in forza della norma contenuta all'art. 808, comma II, c.p.c. e del noto principio che postula l'autonomia della clausola compromissoria.⁴³

Le parti che sottoscrivono la convenzione di arbitrato devono essere titolari del diritto sostanziale, nonché i soggetti "processualmente capaci".⁴⁴ E' giuridicamente capace di sottoscrivere validamente una convenzione d'arbitrato e di prendere parte all'eventuale e successivo procedimento arbitrale chi è in possesso della capacità di agire, in particolare, collegata alla capacità giuridica di esercitare il diritto oggetto del contratto che, per essere oggetto di un procedimento arbitrale, deve evidentemente essere disponibile e controverso.

Discorso diverso, ma necessariamente a questo collegato, è quello relativo a chi sia concretamente capace di stipulare la convenzione di arbitrato, poiché

⁴³ G. VERDE, *Convenzione di Arbitrato*, op. cit. a cura di G. VERDE, p.102 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 808 c.p.c., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, AA.VV. a cura di S. MENCHINI, op. cit., p. 49; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 808 c.p.c., in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, op. cit., p. 141 ss..

⁴⁴ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 61.

non sempre il titolare del diritto sostanziale ha la pienezza della capacità di agire necessaria per sottoscrivere personalmente ed autonomamente la convenzione di arbitrato. Ne è un caso esemplare quello del figlio minore, ancorché emancipato, che non può da solo sottoscrivere detto contratto, ma che necessita dell'assistenza del curatore.⁴⁵

Uno di questi casi, forse il più importante, quantomeno dal punto di vista statistico, è quello del fallito che, dopo la dichiarazione di fallimento, perde il diritto di disporre dei beni attratti nell'alveo della procedura fallimentare.

In questo caso, il fallito perde la capacità di disporre dei diritti che viene attratta dagli organi della procedura fallimentare e, in particolare, dal curatore. Questi può esercitare i diritti, subentrando al fallito, con l'ausilio e/o l'autorizzazione degli altri organi della procedura, il giudice delegato e il comitato dei creditori.

La prerogativa di disporre dei diritti e gestire il patrimonio del fallito, come noto, passa al curatore che, *ex art. 35 L.F.*, può disporre anche dei mezzi di tutela tra cui la sottoscrizione di compromessi o della convenzione di arbitrato "*previa autorizzazione del comitato dei creditori*".⁴⁶

È importante precisare che, per gli atti aventi valore superiore a cinquantamila euro, è richiesta anche l'informazione, nonché l'autorizzazione, del giudice delegato.

Gli effetti del caso in cui il curatore abbia concluso la convenzione di arbitrato senza la previa autorizzazione del comitato dei creditori (che non può essere espressa per comportamenti concludenti) ovvero il caso in cui lo abbia fatto

⁴⁵ A. BRIGUGLIO, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE, IV, Torino, 1997, p. 799.

⁴⁶ dopo la riforma del 2006, il potere autorizzatorio degli atti di straordinaria amministrazione è transitato dal Tribunale al comitato dei creditori in un ottica di passaggio delle competenze dal giudice delegato a chi ha il reale interesse alla salvaguardia ed alla massima valorizzazione possibile del patrimonio del fallito, ossia i creditori.

nonostante il parere negativo offerto dallo stesso organo del fallimento sono considerati in maniera diversa in dottrina.

Questa, infatti, si divide tra chi ritiene sussistente l'ipotesi della semplice annullabilità e chi, invece, ritiene che il contratto illegittimamente concluso sia inefficace nei confronti dei creditori assimilandone la disciplina a quella della procura, ed in particolare alla situazione in cui il contratto sia stato concluso dal c.d. *falsus procurator* il cui operato, quindi, è suscettibile acquisire validità solo a seguito della ratifica *ex art. 1399 c.c.*

La dottrina più recente, invece, concorda nel ritenere che, in ogni caso, il negozio concluso non potrebbe essere considerato nullo.⁴⁷ Infatti il curatore, per l'ufficio ricoperto, avrebbe una "legittimazione di fondo" a sottoscrivere atti e contratti in luogo del fallito il che implica la gestione del patrimonio di quest'ultimo, eventualmente anche con atti di straordinaria amministrazione. Questo determinerebbe la validità dell'atto anche se sprovvisto delle dovute autorizzazioni del comitato dei creditori.⁴⁸

Secondo una dottrina, formatasi in gran parte prima della riforma del 2006, l'atto compiuto senza autorizzazione del comitato dei creditori integrerebbe un'ipotesi di semplice annullabilità, in quanto "*atto complesso a formazione*

⁴⁷ Cfr. per tutti S. VINCRE, *op. cit.*, p. 40 ss.; *contra* parte della dottrina più risalente soprattutto prima della novella del 2006: Cfr. P. PAJARDI, *manuale di diritto fallimentare*, a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKI, VI ed., Milano, 2002, p. 217; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, 1969, Milano, p. 645; A. BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 84 il quale sostiene si tratterebbe di nullità sanabile ai sensi degli artt. 156 c.p.c..

⁴⁸ V. COMERCI e S. CHINAGLIA, *sub art. 35 l. fall.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2009, p. 164: "*si è sostenuto in dottrina che non dovrebbe trattarsi di nullità (in quanto detto atto potrebbe dirsi comunque sorretto da una manifestazione di volontà, considerato che, come può desumersi dall'art. 13, l. co., l. fall., che attribuisce al curatore un ampio potere di amministrazione del patrimonio fallimentare, a lui deve intendersi attribuito anche il potere di «concepire» anche gli atti di straordinaria amministrazione) né di annullabilità (in quanto l'autorizzazione del c.d.c. dovrebbe intendersi integrare non la capacità, bensì la legittimazione del curatore)*".

progressiva", suscettibile di completamento solo tramite la prevista autorizzazione.

Naturale corollario a tale orientamento è costituito dall'opportunità di far valere l'ipotesi di annullabilità dell'atto solo in capo agli organi della procedura. In particolare, per quanto riguarda il procedimento da seguire per far valere la mancata acquisizione da parte del curatore della dovuta autorizzazione, si potrebbe ipotizzare l'ipotesi di violazione di legge, con specifico riferimento all'art. 35 l. fall. e, pertanto, è possibile prevedere l'esperibilità del reclamo al giudice delegato di cui al successivo art. 36 della medesima legge.

Tuttavia, anche l'ipotesi del reclamo non incontra un unico e predefinito percorso procedimentale, ma è possibile configurare diverse ipotesi con effetti quanto mai dissimili. Infatti, nel caso in cui il reclamo venisse proposto tempestivamente e prima che l'atto del curatore non autorizzato abbia determinato altre ed ulteriori attività e/o effetti, l'eventuale accoglimento determinerebbe l'inefficacia dell'atto e permetterebbe al curatore di chiedere la dovuta autorizzazione.

Nel caso, invece in cui il reclamo venisse proposto, ma nei confronti di un atto che nel frattempo ha già spiegato i suoi effetti e determinato l'efficacia di altri ed ulteriori atti, in caso di accoglimento del reclamo, questo provocherebbe l'inefficacia anche degli atti successivi con la necessità, però, di compiere tutte quelle attività adatte a ristabilire lo *status quo ante*.

Infine, nel caso in cui il reclamo fosse considerato non tempestivo, poiché proposto successivamente allo spirare del termine previsto dall'art. 36 l. fall.,

l'inefficacia dell'atto non potrebbe più essere accertata e l'atto acquisterebbe definitiva efficacia.⁴⁹

Come noto, la norma che regola i poteri del curatore e le attività ad esso riservate è contenuta all'art. 35 della Legge Fallimentare.⁵⁰

Il combinato disposto dagli artt. 25 e 35 della Legge Fallimentare sancisce, come detto, la piena compatibilità tra l'arbitrato e il fallimento e dispone che il curatore sia il soggetto deputato a verificare l'opportunità di instaurazione ed intervento nel giudizio arbitrale e che il giudice delegato, invece, sia il soggetto investito del potere di nomina - su proposta del curatore - dell'arbitro di parte. Letteralmente la norma, di cui all'art. 35 L.F., si riferisce alla stipulazione del compromesso, ma non vi sono dubbi, né in dottrina né in giurisprudenza, sulla portata sistematica del dettato normativo che abilita definitivamente il curatore a compromettere in arbitri sia con lo strumento della clausola arbitrale contenuta in un contratto, sia attraverso il compromesso.

⁴⁹ P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008, p. 230; V. COMERCI e S. CHINAGLIA, *sub art. 35 l. fall.*, op. cit., p. 165: "la conclusione è coerente con la premessa, ma non si può, ciò nonostante, non sottolineare la stranezza di una inefficacia che potrebbe essere fatta valere solo entro un certo termine, convertendosi, altrimenti in efficacia, quasi che con l'art. 35 l. fall. sia stata implicitamente introdotta anche una sorta di sanatoria ex lege dell'atto, suppletiva rispetto all'eventuale [mancata] ratifica del c.d.c.". Sul punto è comprensibile il senso di "frustrazione" circa l'impossibilità di far valere una prerogativa legittima del ceto creditorio, ma è altrettanto rilevante sottolineare le reali esigenze di speditezza e certezza della procedura concorsuale che indubbiamente hanno determinato questa particolare conclusione e che, in quest'ottica, la rendono francamente del tutto comprensibile.

⁵⁰ Art. 35 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e s.m. e i.: "Le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori. Nel richiedere l'autorizzazione del comitato dei creditori, il curatore formula le proprie conclusioni anche sulla convenienza della proposta. Se gli atti suddetti sono di valore superiore a cinquantamila euro e in ogni caso per le transazioni, il curatore ne informa previamente il giudice delegato, salvo che gli stessi siano già stati autorizzati dal medesimo ai sensi dell'articolo 104-ter comma ottavo. Il limite di cui al secondo comma può essere adeguato con decreto del Ministro della giustizia".

La dottrina, invece, si è a lungo confrontata sull'effettiva portata della norma, ossia su quali limiti potesse incontrare la prerogativa testé riconosciuta al curatore.

Secondo un orientamento, infatti, il potere del curatore di compromettere una o più controversie in arbitri si sarebbe riferito solo ed esclusivamente a rapporti di tipo sostanziale che avessero trovato origine e giustificazione nel proprio operato e fossero collocate, perciò, nell'ambito delle sue prerogative.

Sarebbe, invece, da escludere la compromettibilità, per volontà del curatore, di tutte quelle liti dipendenti da rapporti anteriori all'apertura del fallimento.⁵¹

Tuttavia, questa teoria non è del tutto convincente, soprattutto se si pone attenzione ai compiti del curatore in termini di gestione della procedura, così come individuati dall'art. 31 L.F. secondo il quale *"il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite"*. Inoltre, all'art. 35 L.F. è espressamente previsto il potere di sottoscrivere compromessi e, quindi, dal combinato disposto dalle due norme non si rinviene un limite, quantomeno esplicito, alla possibilità di ricorrere all'arbitrato che distingua le controversie nascenti dalla procedura fallimentare rispetto a quelle già in essere.

Inoltre, a sfavore della descritta teoria depongono diverse circostanze di ordine pratico. In primis, la norma che permette al curatore di ricorrere all'arbitrato avrebbe scarso rilievo nel caso in cui questi non potesse compromettere in arbitri le controversie non nascenti direttamente dal fallimento che, in molti casi, rappresentano una parte rilevante del contenzioso

⁵¹ G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, III ed., Milano, 1988, p. 583; *contra* A. BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 84: *"la soluzione negativa, forse più presupposta che dimostrata, si basa sul rilievo per cui la legge fallimentare contiene un complesso di norme da valere per l'accertamento dei crediti e dei diritti reali (art. 95 e segg. Legge fallim.), che debbano necessariamente essere seguite da chi vuole partecipare al riparto, a cui però è facile rispondere che l'argomento non è influente"*.

pendente e che, contrariamente, porrebbero ulteriori problemi di inefficacia della clausola compromissoria non disposta da alcuna norma specifica.⁵²

In secondo luogo, se il curatore subentra nel ruolo che era del fallito e nella gestione dell'attività, non si comprende come potrebbe tutelare adeguatamente gli interessi della massa creditoria non potendo gestire appieno anche le controversie derivanti da rapporti contrattuali instaurati prima del fallimento. Sarebbe, in altri termini, una gestione parziale della posizione processuale del fallito che non permetterebbe una tutela completa del ceto creditorio e degli interessi del fallito stesso.

Occorre, quindi verificare quali siano i limiti oggettivi alla compromettibilità delle controversie, sia di carattere generale che discendenti, in particolare, dall'esistenza della procedura fallimentare.

A sostegno della tesi opposta, invece, è possibile constatare che l'art. 35 l. fall. non pone alcun limite al potere compromissorio del curatore che, stante il dettato degli artt. 25 e 42 della medesima legge, ha la disponibilità piena del patrimonio del fallito da esercitarsi, ovviamente, con il rispetto della cautele e dei presidi stabiliti dalla Legge.

Pertanto, dal combinato disposto degli artt. 25, 35 e 42 L.F. insieme all'art. 806 c.p.c. si può facilmente desumere che i limiti posti al curatore in relazione alla compromettibilità di una controversia sono gli stessi previsti in generale dall'art. 806 c.p.c., ossia la disponibilità del diritto controverso, sia essa direttamente sancita dalla legge ovvero rinvenibile nella natura stessa del diritto.

⁵² Un caso tipico potrebbe essere rappresentato da un contratto di appalto già concluso prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. In seguito la controparte potrebbe notificare la domanda di accesso all'arbitrato imposto dalla clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto. Non si scorgono ragioni perché il curatore non vi possa aderire e, al contrario, nel caso in cui eccepisse l'impossibilità di farlo e la necessità di adire il giudice ordinario probabilmente lo farebbe senza alcun ragionevole appiglio normativo che lo abiliti a farlo.

Questa interpretazione sistematica delle norme, certamente più coerente sia con il tenore letterale delle stesse che con principi di ragionevolezza universalmente concepiti, permette di affermare che il curatore sia abilitato a compromettere in arbitri le sia controversie direttamente scaturenti dalla gestione fallimentare che quelle antecedenti alla dichiarazione di fallimento, ma comunque connesse alla gestione dell'impresa.

Sotto altro aspetto, l'art. 806 c.p.c. individua, in maniera certamente più chiara ed univoca della versione precedente alla novella del 1994, le controversie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato unificando, per quest'aspetto, la disciplina relativa al compromesso ed alla clausola compromissoria e sancendo definitivamente la coincidenza tra disponibilità del diritto controverso e compromettibilità della lite.

Inoltre, il Legislatore, con il combinato disposto dagli artt. 24 L.F. e 806 c.p.c.⁵³ delimita l'ambito entro il quale può essere esperito l'arbitrato nel caso in cui una delle parti sia coinvolta in un fallimento o anche in altra procedura concorsuale.

In generale, possono essere deferite in arbitri tutte le controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili, che non siano espressamente vietate dalla legge e che non rientrino nell'alveo delle competenze funzionali del tribunale fallimentare ex art. 24 L.F..

⁵³ La legge di delega 10 maggio 2005, n. 80 all'art. 1, comma III, lett. b) demandava al legislatore delegato di "riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato prevedendo: la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge; che, per la stipulazione di compromesso e di clausola compromissoria, vi sia un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso" e il risultato è stato coerente con la legge di delega in quanto, con il nuovo testo dell'art. 806 c.p.c. secondo il quale "Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro".

Quindi, dal dettato normativo è dato distinguere un'apertura generalizzata allo strumento arbitrale che trova, tuttavia precisi limiti di carattere esplicito ed implicito.

I limiti espliciti sono chiaramente riconoscibili dal divieto dichiarato all'interno di una o più norme di legge, mentre i limiti impliciti sono stabiliti dal carattere della disponibilità del diritto controverso.

Sul tema dell'indisponibilità, la dottrina ha avuto modo di chiarire che l'inderogabilità della norma non comporta automaticamente l'indisponibilità del diritto controverso,⁵⁴ essendo i due piani diversi e separati. Infatti l'inderogabilità incide sul piano normativo e riguarda la necessaria applicazione della norma, appunto. La disponibilità del diritto, invece attiene alla possibilità di disposizione o rinuncia da parte del soggetto titolare del diritto nella maniera che ritiene più opportuna.⁵⁵

Per quanto riguarda, invece, le disposizioni specifiche in materia di fallimento, è possibile escludere la compromettibilità del procedimento di insinuazione allo stato passivo e della stessa dichiarazione di fallimento. Qui, più che per ragioni di carattere sistematico, la preclusione è dettata dalla necessaria tutela dei principi della *par condicio creditorum* e del *simultaneus processus*.

⁵⁴ C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. Dir. proc.*, 2005, p. 968; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 68; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 808 c.p.c., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, AA.VV. a cura di S. MENCHINI, op. cit., p. 6 "la prima, infatti, non implica necessariamente la seconda; la prima è garantita da regole di «tecnica arbitrale» (impugnabilità del lodo, partecipazione dei terzi), mentre la seconda incide a monte sulla «tutela arbitrale»".

⁵⁵ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 67 "se questa è la regola non sempre è facile dedurne le conseguenze pratiche. Si dice, ad es., che se la disciplina del rapporto è cogente o inderogabile, non è consentito l'arbitrato. Ciò non è sempre vero, perché l'inderogabilità della disciplina viene in rilievo come criterio di giudizio da utilizzare al momento della decisione, che non si traduce automaticamente in impossibilità di rinuncia o transazione (esempi di arbitrabilità sono stati individuati dalla giurisprudenza nel caso di controversie in tema di riforma agraria o in materie sottoposte a blocco legale dei beni o dei servizi)".

Conclusivamente, è possibile affermare che le norme specifiche in tema di fallimento sanciscono una generale compatibilità tra lo strumento arbitrale e il fenomeno concorsuale. Inoltre regolano anche la possibilità che il curatore valuti la possibilità di deferire la controversia in arbitri sia attraverso il compromesso che con la sottoscrizione della clausola compromissoria. Questo potere, lungi dall'essere incondizionato, è mitigato dalla necessità di sottoporre la decisione al previo consenso del giudice delegato e del comitato dei creditori e, nel caso in cui detta prerogativa fosse illegittimamente esercitata senza le dovute autorizzazioni, è possibile proporre reclamo per l'annullamento degli atti per cui gli organi siano stati illegittimamente pretermessi.

In ogni caso, il curatore soggiace alle medesime preclusioni previste in generale in tema di compromettibilità (artt. 806 ss. c.p.c.) fatte salve, ovviamente, le indisponibilità connesse ai procedimenti specificamente previsti in seno alla procedura concorsuale quali accertamento dello stato passivo o il reclamo avverso gli atti del curatore.

3. L'art. 83 bis della Legge Fallimentare

All'esito dell'analisi specifica delle varie teorie che si confrontavano prima della riforma apportata con il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, 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.⁵⁶

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.⁵⁷

Ad un primo sguardo, quindi, la norma contenuta all'art. 83 *bis* non è altro che la traduzione della teoria, descritta nella parte dedicata alle diverse teorie dottrinali ante-riforma, 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

⁵⁶ La stessa norma, al secondo comma, prevede la possibilità che la controparte contrattuale, in caso di inerzia della curatela fallimentare, "metta in mora" il curatore al fine di sollecitare una decisione circa la sorte del contratto che deve essere presa entro il termine disposto dal Giudice delegato che, in ogni caso, non può essere superiore a sessanta giorni.

⁵⁷ Questa modifica, che all'apparenza potrebbe sembrare indifferente, assume rilevanza soprattutto per il fatto che la giurisprudenza *ante* riforma aveva giustificato l'opponibilità della clausola compromissoria la fallimento con riferimento al mandato collettivo, o congiunto, o conferito in favore di terzo. Tesi criticata da parte della dottrina perché ritenuta inconfidente rispetto al contratto di arbitrato che a prescindere dalle indubbe affinità, in ogni caso, non potrebbe essere qualificato come un mandato. Cfr. N. SOTGIU, *op. cit.*, p. 482, nota 18: "Deve essere ricordato che secondo un orientamento giurisprudenziale formatosi prima della recente riforma della Legge Fallimentare, si è a lungo equiparato il patto compromissorio irrituale - e, incredibilmente a volte anche rituale - al mandato congiuntivo, e ci si è conseguentemente interrogati sull'applicabilità allo stesso dell'art. 78 l. fall., a norma del quale, prima della citata riforma, «i contratti di conto corrente, di mandato e di commissione si sciolgono per il fallimento di una delle parti». Per escludere l'applicazione dell'art. 78 l. fall., in particolare, detto orientamento giurisprudenziale, ha affermato «la riconducibilità» del patto compromissorio «allo schema negoziale del mandato collettivo (art. 1726 c.c.) e di quello conferito nell'interesse anche di terzi (art. 1723, 2° comma, c.c.) rispetto ai quali la revoca del solo mandante o di uno solo di essi -, e quindi ind eroga al disposto dell'art. 78 l. fall., il fallimento dell'uno o dell'altro - non ha effetto estintivo del rapporto giuridico costituito attraverso il detto negozio»: v. Cass. 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Foro it.*, 1993, I, c. 821 ss., con nota di Barone".

contrattuale, il procedimento arbitrale pendente potrà continuare nei confronti del fallimento e il curatore si sostituirà al fallito nel giudizio davanti agli arbitri.

Si dirà, ma lo approfondiremo meglio in seguito, che in forza di questa norma, non solo il procedimento pendente, ma anche la convenzione di arbitrato si intenderà pienamente valida ed operativa.

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 non è destinato ad essere interrotto il procedimento arbitrale 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 è già estinto e, nonostante ciò, sia ancora pendente un arbitrato, potrà continuare, seppur nel rispetto del principio del contraddittorio e, quindi, nei confronti del fallimento.

Più specificamente, il procedimento arbitrale potrà continuare, ma dovrà essere informato il fallimento che potrà intervenire nel giudizio.

Anche in questo caso ci troviamo di fronte ad un ventaglio di possibili conseguenze nel caso in cui: a) il curatore, informato della pendenza del giudizio arbitrale, scelga di non intervenire e b) qualora il curatore non intervenga, perché non al corrente della pendenza dell'arbitrato.

Nel caso descritto sub a) la decisione degli arbitri sarà opponibile al fallimento ed alla massa dei creditori, perché il curatore ha deciso liberamente di non partecipare accettando le eventuali conseguenze della soccombenza. Nel caso

sub b) il lodo non sarà opponibile al fallimento, ma solo al fallito eventualmente tornato *in bonis*.⁵⁸

Tornando alla novità normativa, l'intento del Legislatore è stato certamente quello di arginare i dubbi circa l'opponibilità della convenzione di arbitrato al fallimento tentando di ancorare detta soluzione alla decisione del curatore circa la prosecuzione del contratto cui la convenzione di arbitrato afferisce. Da un lato, infatti, bisognava salvaguardare l'interesse a non vanificare una decisione presa dal fallito prima della sentenza dichiarativa di fallimento, decisione ovviamente condivisa con l'altra parte contrattuale. Coerentemente, quindi, il Legislatore, avendo già riconosciuto al curatore la legittima prerogativa di interrompere il vincolo contrattuale dopo la dichiarazione di fallimento - art. 72 L.F. -, gli concede il diritto di sciogliersi anche dalla convenzione di arbitrato.

Dall'altro lato, detta decisione è, per così dire, mitigata dal fatto che deve sussistere una coerenza di fondo tra lo scioglimento del contratto e della convenzione di arbitrato. Detta coerenza è rappresentata dalla circostanza che la decisione presa con riguardo al contratto influisce direttamente anche sulla validità della convenzione di arbitrato e del procedimento arbitrale eventualmente già pendente.

In realtà, l'opinione di diversi autori è che la norma in commento, nel suo scarso tenore letterale, non faccia realmente chiarezza nel dibattito dottrinale formatosi prima della riforma⁵⁹ e, oltre ad alcune inesattezze lessicali,⁶⁰ in

⁵⁸ M. VANZETTI, *sub art. 83-bis L.F.*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BRONZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, op. cit., p. 146 ss..

⁵⁹ E. FRASCAROLI SANTI, op. cit., p. 368: "va ribadito 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 affrontarle sono rimasti, peraltro, pressoché invariati. Sta, quindi, nell'interprete e nell'operatore del diritto ricucire i capisaldi delle diverse discipline sulla base delle poche norme di riferimento e dei principi desumibili dal codice di procedura civile e dalla legge fallimentare".

particolare strida in maniera evidente con la nota teoria dell'autonomia della clausola compromissoria, di cui all'art. 808, comma II, c.p.c., secondo la quale *"la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria"*.

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. Il Legislatore del codice di procedura, in questo modo, aveva inteso favorire l'utilizzo dello strumento arbitrale in alternativa alla giustizia ordinaria.

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.

Detto legame è stato sapientemente rappresentato da Autorevole dottrina⁶¹, secondo la quale quello esistente tra il contratto e la clausola compromissoria

⁶⁰ È abbastanza evidente che il Legislatore abbia richiamato solo l'ipotesi del procedimento arbitrale pendente in virtù di una clausola compromissoria contenuta nel contratto, mentre sarebbe stato più corretto, e coerente con la dizione utilizzata nel codice di procedura civile, utilizzare il termine "convenzione di arbitrato" in modo da ricomprendere sia la clausola compromissoria che il compromesso e non creare l'equivoco per cui il compromesso riferito ad un certo contratto risolto *ex art. 72 L.F.* non soggiaccia alla medesima regolazione imposta dall'art. 83 *bis* L.F..

⁶¹ G. VERDE, *op. cit.*, p. 63 *"è da precisare che non si tratta di un legame strutturale; infatti, l'art. 808 lo esclude espressamente quando dispone che la validità o l'invalidità dell'una non comporta la validità o l'invalidità dell'altro. Neppure si tratta di un collegamento funzionale, nel senso che la funzione (e/o la causa) della clausola è diversa e indipendente dalla funzione (e/o dalla causa) del contratto di riferimento. Piuttosto, avendo la clausola per oggetto il deferimento agli arbitri di talune controversie, il contratto cui si riferisce è requisito di identificazione delle controversie e, quindi, del suo oggetto"*.

non è un rapporto di semplice accessorietà - come, invece, l'impostazione dell'art. 83 *bis* L.F. vorrebbe far intendere -, ma molto più profondo e particolare. Il contratto, in relazione alla convenzione di arbitrato, non ha altro scopo che quello di identificare l'oggetto della stessa e, proprio in quest'ottica, risulta difficoltoso sostenere che la non prosecuzione del primo determini *tout court* anche la caducazione della seconda.

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.⁶²

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.

⁶² Paradossalmente, potrebbe verificarsi il caso in cui il collegio arbitrale, fatte precisare le domande e svolta l'istruzione probatoria, sia costretto a non rendere la decisione per l'intervenuta volontà del curatore di non proseguire il contratto. A quel punto, la vertenza dovrà comunque trovare una risoluzione giudiziale in sede di cognizione ordinaria con un'insopportabile duplicazione degli sforzi giurisdizionali e spreco di tempo e denaro delle parti. Per non parlare dell'eventualità, astrattamente possibile, che il giudizio arbitrale debba essere interrotto *ex art. 83 bis* L.F. e che, successivamente, il curatore sottoscriva un nuovo ed autonomo compromesso per la risoluzione arbitrale della controversia.

Abbiamo prima accennato alle inesattezze lessicali, ma è opportuno chiarire in cosa il Legislatore si è dimostrato poco preciso.

Infatti, la norma è chiara nel disporre 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.

In claro non fit interpretatio, il disposto della norma sul punto è ineccepibile.⁶³

Tuttavia, dall'art. 83 *bis* L.F. discendono ulteriori conseguenze di carattere sistematico. Prima fra tutte la circostanza per la quale è indifferente che il procedimento arbitrale pendente sia stato originato da un compromesso o da una clausola compromissoria in quanto determina la pendenza di un analogo 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.

⁶³ S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, III ed., Padova, 2009, p. 332; L. RESTAINO, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, I, Torino, 2006, *sub art.* 83-*bis*, p. 492;

3.1 l'art. 83 bis: Differenze - e analogie - tra compromesso e clausola compromissoria

Il Legislatore è intervenuto nel dibattito dottrinale solo con l'inserimento dell'art. 83 *bis* L.F. che si riferisce testualmente alla clausola compromissoria che abbia determinato la pendenza di un procedimento arbitrale al momento della dichiarazione di fallimento.

Una lettura eccessivamente rigorosa della norma potrebbe portare a ritenere che questa si riferisca solo allo specifico caso della clausola compromissoria e non del compromesso, tuttavia, è ragionevole pensare che le medesime considerazioni debbano essere formulate anche nel caso di pattuizione successiva e specifica sottoscritta dal fallito ed anche nel caso in cui un procedimento arbitrale non sia già pendente, ma possa essere instaurato in forza della suddetta disposizione. In entrambi i casi, la sopravvivenza o meno dell'arbitrato dipenderà dalla decisione del curatore, ai sensi dell'art. 72 L.F., sullo scioglimento o meno del contratto in corso.

Infatti, abbiamo detto che, se il curatore decidesse per la continuazione del contratto in corso, questa determinerà la piena opponibilità della clausola compromissoria nei confronti delle parti e la continuazione dell'arbitrato pendente. Viceversa, nel caso di scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 72 L.F., il procedimento arbitrale non potrà essere proseguito, né iniziato.

Allo stesso tempo, tuttavia, si potrebbe ipotizzare che la norma non si riferisca al compromesso in quanto, potendo il curatore deferire la controversia in arbitri *ex art. 35 L. Fall.* o sottoscrivere il compromesso *ex art. 25 L.F.*, ben potrebbe risolvere il contratto con conseguente travolgimento anche della clausola compromissoria, e poi, decidere di deferire la controversia in arbitri sottoscrivendo, con l'altra parte, un compromesso.

La situazione appare, se non paradossale, almeno contraddittoria,⁶⁴ perché da un lato si permette l'uso dello strumento arbitrale al curatore - sia sotto forma di compromesso che di clausola compromissoria - e dall'altro, invece, si prevede la caducazione automatica della convenzione di arbitrato al solo ricorrere dello scioglimento del contratto per decisione del curatore (*ex art. 72 L.F.*).

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento al compromesso sottoscritto dal fallito che abbia determinato lo svolgimento di un giudizio arbitrale, ancora in corso al momento della dichiarazione di fallimento o al momento della scelta del curatore di sciogliersi dal contratto in cui la convenzione di arbitrato è contenuta.

Anche in questo caso, infatti, considerato il mancato riferimento esplicito al compromesso, il dettato normativo non fornisce una risposta diretta alla domanda se sia necessario interrompere o meno il procedimento arbitrale in corso.

Allora, per risolvere detta questione, si presentano gli stessi identici problemi, sistematici ed ermeneutici, esistenti prima della formulazione dell'art. 83 *bis* L.F..

In particolare, sembrerebbe più ragionevole sostenere la permanenza del collegio arbitrale con riferimento al disposto dell'art. 5 c.p.c. e stante la necessità di radicare la "competenza" al momento della proposizione della domanda ed il fatto, conseguente, che questa non possa essere variata per modificazioni o eventi successivi all'instaurazione del procedimento arbitrale.

⁶⁴ M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. Dir. Arb.*, 2012, II, p. 304 "Del resto, al più si potrebbe negare il detto principio [dell'autonomia della clausola compromissoria] in riferimento alla clausola compromissoria e non al compromesso. Ma, se sarebbe assurdo, come rilevano gli interpreti, immaginare che nella lettura dell'art. 83-bis Legge fall. si possa fare una qualche differenza a seconda della forma che abbiano assunto in concreto la convenzione di arbitrato, evidentemente la vulnerazione o meno del principio di autonomia della clausola compromissoria qui poco c'entra".

Tuttavia, anche detta interpretazione, seppur assistita da ragionevolezza, non appare del tutto convincente in quanto, da un lato, si scontra con il chiaro disposto dell'art. 83 *bis* L.F. – che tuttavia considera un caso parzialmente diverso - e, dall'altro, invoca l'applicazione dell'art. 5 c.p.c. che, invero, può essere correttamente utilizzato per stabilire la giurisdizione e la competenza interne all'ordinamento giudiziario, mentre, com'è noto, gli arbitri non fanno parte della giurisdizione statale, perché quella arbitrale non costituisce una giurisdizione in senso proprio.⁶⁵

Quindi, una lettura “non troppo letterale” della norma dovrebbe condurre a ritenere che il Legislatore, pur avendo parlato di clausola compromissoria all'interno dell'art. 83 *bis* L.F. e non, più correttamente, di convenzione di arbitrato al fine di ricomprendere entrambi gli istituti della clausola compromissoria e del compromesso, in ogni caso condurrà allo scioglimento dell'arbitrato pendente all'esito della risoluzione del contratto cui la convenzione di arbitrato si riferisce.

Questo è l'interpretazione fornita dalla dottrina maggioritaria, ma, al contempo, è possibile rinvenire opinioni contrarie che, indubbiamente, sono alimentate dalle sopra descritte imprecisioni terminologiche.

Infatti, alcuni autori hanno rappresentato delle perplessità circa la portata vincolante della norma che, disponendo l'estinzione del procedimento arbitrale in corso, potrebbe non essere riferita alla convenzione di arbitrato - quindi sia clausola compromissoria che compromesso - con procedimento non ancora instaurato⁶⁶.

⁶⁵ G. VERDE, *op. cit.*, p. 19; in giurisprudenza: Cass. Civ., sez. I, 1 febbraio 2001, n. 1403; Cass. Civ., sez. I, 9 giugno 2005, n. 12124; principio ribadito anche con riferimento all'arbitrato internazionale: Cass., SS.UU., 21 ottobre 2009, n. 22236, *Red. Giust. civ. Mass.* 2009, 10; Cass., SS.UU., 26 giugno 2011, n. 8744; Cass. Civ., sez. II, 28 gennaio 2005, n. 8575, *Giust. civ. Mass.* 2005, 4; Cass. Civ., sez. III, 21 ottobre 2005, n. 20351, *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10;

⁶⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. CARPI, Bologna, 2007, p. 116. *contra* A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, *op. cit.*, p.

Secondo detta dottrina, infatti, la norma in questione - *“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”* -, interpretata letteralmente, non dispone affatto la caducazione automatica della clausola compromissoria, ma solo e unicamente l'interruzione del procedimento arbitrale eventualmente già pendente.

A ciò si aggiunga che, posta la non perfetta coerenza sistematica della norma di cui all'art. 83 *bis* L.F. con il principio di autonomia della clausola compromissoria, e considerata la mancanza di un'espressa previsione normativa, la sorte del compromesso e della clausola compromissoria andrebbero regolate ai sensi dell'art. 72 L.F., quindi, con una temporanea sospensione del contratto e un'autonoma scelta del curatore sulla prosecuzione, o meno, del negozio sottoscritto dal fallito.⁶⁷

Alla luce di quanto esposto, a parere di chi scrive, è indubbio che una tale interpretazione sarebbe più coerente con il principio di autonomia della clausola compromissoria, ma anche con le legittime prerogative, sancite dagli artt. 25 e 35 della L.F., in capo al curatore di compromettere in arbitri e/o di nominare arbitri. Anche perché appare quantomeno contraddittorio conferire al curatore il potere di compromettere in arbitri e, invece, negare allo stesso il potere di avvalersi della convenzione di arbitrato già esistente ove decidesse di risolvere il contratto oggetto della convenzione di arbitrato stessa, anche

42 secondo il quale la scelta tra scioglimento e subingresso nel contratto *“non può che riguardare il contratto nel suo insieme, non essendo concepibile lo scioglimento o l'accettazione di un regolamento contrattuale solo in parte, con esclusione di quelle clausole che, pur autonome nella loro rilevanza interna, formano parte integrante dello stesso atto”*.

⁶⁷ D'altronde, a parere dell'Autrice, *“si dubita altresì che la convenzione arbitrale possa ritenersi contratto pendente ai fini dell'applicazione dell'art. 72: tuttavia, come ho già avuto occasione di affermare, a me pare che la convenzione arbitrale sia un contratto di durata, che non si esegue uno puncto temporis perché contiene in sé il germe di tutto il processo arbitrale”*, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. CARPI, Bologna, 2007, p. 116, nota n. 467.

alla luce del fatto che detta risoluzione non determina affatto l'impossibilità di affrontare una controversia che abbia detto oggetto il contratto risolto, anzi, questa evenienza diventa, a seguito dello scioglimento, più che probabile.

Detta teoria è rafforzata anche dall'esatta interpretazione della natura della convenzione di arbitrato il cui rapporto con il contratto cui è riferito, come già esposto in precedenza, lungi dall'essere di mera accessorietà, costituisce *"requisito di identificazione delle controversie e, quindi, del suo oggetto"*.⁶⁸ D'altronde detto assunto è perfettamente coerente con la lettura sistematica delle norme e confermata dal dettato dell'art. 808, comma II, c.p.c. secondo il quale *"La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce"*.

Già prima della riforma, era stato sostenuto che, a parte il principio di autonomia della clausola compromissoria, che avrebbe mera rilevanza interna ai rapporti ed alla validità di detta clausola con riferimento alla validità stessa del contratto cui si riferisce, non sarebbe stato corretto concedere al curatore di avvalersi di alcune delle clausole contrattuali - la convenzione di arbitrato - e di abbandonarne altre - il contratto principale.

In altri termini, secondo questa dottrina la convenzione di arbitrato, costituendo parte integrante del contratto, non potrebbe soggiacere ad un destino diverso da quello stabilito dal curatore per il contratto.⁶⁹

Infatti, non avrebbe avuto senso dettare questa disciplina al procedimento già instaurato lasciando poi le parti obbligate ad instaurare un giudizio arbitrale dopo lo scioglimento del contratto. O meglio, secondo chi scrive, una previsione del genere avrebbe potuto avere un senso, infatti nulla osta a considerare la convenzione di arbitrato comunque valida, efficace ed

⁶⁸ G. VERDE, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁹ A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, *op. cit.*, p. 42.

utilizzabile dalle parti per l'attivazione di un procedimento arbitrale anche nel caso in cui il contratto oggetto della convenzione fosse stato risolto ai sensi dell'art. 72 L.F.. Questa conclusione non si scontrerebbe con alcuna affermata indisponibilità del diritto controverso né con i casi di competenza inderogabile del giudice fallimentare.

L'unico vero ostacolo ad un'interpretazione di questo tipo è dato dal fatto che l'art. 83 *bis* L.F., oltre che regolare il caso specifico, fornisce una sorta di paradigma e rende chiaro l'intento del legislatore di togliere efficacia alla clausola compromissoria - o al compromesso - ogni qual volta il curatore decida di sciogliere il contratto utilizzando l'art. 72 L.F.. E' una presa di posizione chiara ed univoca - anche se in contrasto con il principio di autonomia della clausola compromissoria - e un'interpretazione difforme, seppur ragionevole e plausibile, non farebbe altro che tradire l'intento del Legislatore e della norma in ottica sistematica.

Pertanto, seppur nell'imprecisione della norma in commento, è possibile concludere che questa regola non solo il destino del procedimento arbitrale pendente alla data della pubblicazione della sentenza di fallimento, ma tutte le ipotesi in cui, a seguito del fallimento della parte, il curatore subentrato al fallito decida se continuare o risolvere il contratto. Questa decisione, *ex art. 83 bis* L.F., determinerà l'opponibilità o meno della clausola compromissoria contenuta nel contratto come del compromesso ad esso riferito. Allo stesso modo, come prevede testualmente la norma, implicherà l'estinzione del procedimento arbitrale in essere.

Conclusivamente, è possibile esprimere apprezzamento per quella dottrina che, valorizzando il principio di autonomia della clausola compromissoria, ha ipotizzato la confermata validità ed efficacia della stessa anche a seguito dello scioglimento del contratto cui si riferisce *ex art. 72* L.F., tuttavia, questa

interpretazione si scontra inevitabilmente con il chiaro dettato normativo del nuovo art. 83 *bis* L.F. che, indifferente a detto principio, ha sancito che il procedimento arbitrale pendente segua lo stesso destino che il curatore ha riservato al contratto cui questo si riferisce.

Altresì, è possibile affermare che la norma, pur riferita al giudizio pendente, non rappresenta motivi per escluderne l'applicazione anche al procedimento arbitrale non ancora instaurato, ma più semplicemente lega il destino della convenzione di arbitrato a quello del contratto cui questa si riferisce. Sciolto il contratto, ai sensi dell'art. 72 L.F., il procedimento arbitrale già pendente si non può essere proseguito e la convenzione di arbitrato si intende, anch'essa, risolta.

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

Dopo aver esaminato le ipotesi di opponibilità della convenzione di arbitrato al fallimento e gli effetti dello scioglimento dal contratto cui la convenzione di arbitrato si riferisce, ai sensi dell'art. 83 bis L.F., è opportuno verificare cosa accade nell'eventualità in cui il curatore decida di non sciogliere il contratto pendente sottoscritto precedentemente dal fallito *in bonis*. Infatti, come nel caso dello scioglimento, anche in caso di mancata risoluzione del contratto, vi sono delle conseguenze dirette sull'azionabilità della convenzione di arbitrato o sul procedimento arbitrale già pendente o, ancora, sull'opponibilità del lodo divenuto inoppugnabile o suscettibile d'impugnazione.

Il destino della controversia deferita in arbitri è ricavabile *a contrario* sempre dall'art. 83 bis L.F..

Infatti, ove le parti, prima del fallimento, abbiano sottoscritto un compromesso, ovvero una clausola compromissoria avente ad oggetto le eventuali e future controversie derivanti dal contratto, l'amministrazione fallimentare, in persona del curatore, che ha deciso di non sciogliere il contratto, sarà obbligata a deferire la controversia al collegio arbitrale nei tempi e con i modi stabiliti dalla relativa convenzione. Ovvero, nel caso in cui una delle parti dovesse ricorrere direttamente al Giudice statale, l'altra parte potrà formulare l'eccezione di compromesso chiedendo che venga rilevata la competenza del collegio arbitrale.

La nomina dell'arbitro di parte, come disposto dall'art. 25 L.F., sarà effettuata dal giudice delegato su proposta del curatore. La nomina del presidente del collegio arbitrale avverrà tenuto conto di quanto stabilito nella convenzione di arbitrato e, in mancanza di una previsione specifica o di disaccordo delle parti, ai sensi delle norme del codice di rito, artt. 809 e 810 c.p.c..

Stante, quindi, la compatibilità ormai affermata chiaramente dal Legislatore dell'arbitrato con il fallimento e considerato che, nell'ipotesi appena prospettata, non si possono rinvenire particolari criticità tali da giustificare differenze rispetto al normale andamento della procedura arbitrale - così come regolata dal libro IV, titolo VII del codice di procedura civile - questa eventualità è suscettibile di una soluzione che non pare possa essere contraddetta.

Altra ipotesi è quella rappresentata dalla circostanza in cui il fallimento intervenga nel momento in cui una controversia è già stata deferita al collegio arbitrale.⁷⁰ In questo caso, ai sensi dell'art. 83 *bis* L.F., si dovrà verificare se il curatore ha deciso di sciogliersi o meno dal contratto, per così dire, principale. Giova rilevare che la decisione del curatore non è automatica e potrebbe non essere così immediata, tant'è che l'art. 72 L.F. prevede un apposito meccanismo di "messa in mora" del curatore.

In particolare, la richiesta deve essere inoltrata al giudice delegato il quale concederà al curatore un termine non superiore a sessanta giorni per prendere

⁷⁰ Già dopo la novella del 1994, sia la dottrina che la giurisprudenza si resero concordi nel ritenere che la pendenza del procedimento arbitrale si determina in forza della notifica della domanda di arbitrato e non successivamente alla costituzione del collegio. Infatti, *"In tema di arbitrato, a seguito dell'entrata in vigore della legge di riforma n. 25 del 1994 il momento iniziale del giudizio arbitrale va determinato non più - come accadeva nella vigenza del precedente quadro normativo - con riguardo alla costituzione del collegio, bensì alla notificazione della domanda di accesso agli arbitri, in quanto idonea a costituire un rituale rapporto processuale: con tale notifica, infatti, vengono identificati dall'istante, sulla base della clausola compromissoria, tanto l'organo deputato a decidere la controversia, quanto la controparte, che è quella risultante dalla clausola stessa, nei confronti della quale il lodo deve essere pronunciato"* (Cass. Civ., 28 maggio 2003, n. 8532; Cfr. anche Cass. Civ., sez. I, 21 luglio 2004, n. 13516); in dottrina: D. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *L'arbitrato*, a cura di F. CARPI, II ed., Bologna, 2007, p. 312; R. MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*, *Corr. Giur.*, 2005, p. 666; G. VERDE, op. cit., p. 97; G. DELLA PIETRA, *L'atto introduttivo*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. VERDE, III ed., Torino, 2005, p. 165; L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, p. 664; G. MIRABELLI-D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994, p. 55; S. LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, II ed., Milano, 2004, p. 91; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, V ed., Padova, 2006.

la sua decisione. Trascorso infruttuosamente detto termine, il contratto si intenderà risolto senza necessità di ulteriore preavviso o diffida da parte dell'altro contraente.

Sarebbe interessante approfondire se detto strumento possa essere utilizzato dall'altra parte coinvolta dal procedimento arbitrale o dagli arbitri che devono decidere la controversia loro devoluta. Infatti, potrebbe determinarsi una situazione di stallo in cui il curatore e la parte che ha sottoscritto il contratto non provvedano agli atti loro riservati e, al contempo, il collegio, informato dell'intervenuto fallimento, non ritenga opportuno e legittimo continuare con il procedimento. In questo caso, tuttavia, non essendo prevista, per l'arbitrato, l'ipotesi della sospensione, continuerebbe a decorrere il termine per la pronuncia del lodo il cui mancato rispetto è fonte di responsabilità degli arbitri ai sensi dell'art. 813 *ter* c.p.c..

Sembra, quindi, ragionevole ritenere che questo atto "di messa in mora" possa essere utilizzato anche dalla controparte, perché evidentemente parte sia nell'arbitrato che del contratto ancora in essere.

Per quanto riguarda, invece, gli arbitri, considerato che tecnicamente questi non costituiscono parte del contratto, ma soggetti terzi cui è demandato il compito di decidere la controversia, è difficile considerare un loro potere in tal senso.⁷¹ O meglio, gli arbitri sarebbero parte del contratto che li obbliga a rendere la decisione, ma, come sopra evidenziato, nella prospettiva attuale delle norme in tema di fallimento ed arbitrato, il negozio arbitrale è caratterizzato da una condizione di accessorietà rispetto al contratto principale di cui, evidentemente, gli arbitri non sono parte.

⁷¹ N. SORGU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, op. cit., p. 491, secondo il quale non solo gli arbitri non potrebbero usare lo speciale strumento di messa in mora stabilito dall'art. 72, comma II, L.F., ma non potrebbero nemmeno rinunciare all'incarico in caso di inerzia del curatore.

È altrettanto evidente, tuttavia, che in mancanza di un'esplicita previsione, questi, venuti a conoscenza del fallimento, possano ugualmente chiedere al curatore ed al giudice delegato di decidere se subentrare nel contratto e, quindi, nell'eventuale procedimento arbitrale già pendente, anche rappresentando le eventuali esigenze connesse al ravvicinato termine per decidere. Nel frattempo potranno sospendere il procedimento ai sensi dell'art. 816 *sexties* c.p.c..

Sotto altro profilo, abbiamo visto che nel caso in cui il curatore abbia deciso per la prosecuzione del contratto, anche la convenzione di arbitrato a questo riferita sarà opponibile alla procedura e, quindi, ove il giudizio arbitrale sia già pendente, questo dovrà essere proseguito nei confronti del fallimento.

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*.⁷²

⁷² G. VERDE, op. cit., p. 123; *contra* C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, Milano, 2009, p. 93, secondo il quale sarebbe onere del Collegio rendere edotta l'amministrazione fallimentare della sua "investitura" e conseguente necessità di intervenire nel procedimento. Sempre secondo l'autore, la mancata ottemperanza a detto onere determinerebbe la responsabilità degli arbitri per omesso o ritardato adempimento agli atti relativi alle proprie funzioni ex art. 813 bis c.p.c.. Più in particolare: "il «dovere» del collegio arbitrale, fonte di eventuale responsabilità ai sensi dell'art. 813-bis c.p.c., è innanzitutto quello di informare il curatore della pendenza dell'arbitrato, proprio ai fini di stimolare l'opzione circa il mantenimento o meno del contratto ai sensi dell'art. 72 l.f.". Sul punto, quest'ultima tesi pare difficilmente sostenibile innanzitutto per motivazioni di ordine pratico, in quanto, il collegio ben potrebbe non essere al corrente dell'intervenuta sentenza di fallimento e della nomina degli organi fallimentari, non essendo un soggetto interessato dall'accertamento dello stato passivo e, quindi, obbligatoriamente notiziato. Invece, il curatore, nell'esame dei procedimenti giudiziari in corso e di verifica dello stato attivo e passivo, potrà facilmente rendersi conto dell'esistenza della controversia e, nell'interesse della procedura, notiziare il collegio, fino a quel momento, ignaro della situazione e, nel caso in cui non lo facesse, ai sensi dell'art. 816 *sexties*, ultimo comma, c.p.c., il collegio potrebbe rinunciare all'incarico.

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 addossare la responsabilità 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..

Nel caso in cui, invece, le parti rendano edotto il collegio dell'intervenuto fallimento di una di esse, secondo la dottrina maggioritaria, questo assumerà *"le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio"* e, nel caso si rendesse necessario, provvederà alla sospensione del procedimento. Ciò in conformità all'816 *sexties* c.p.c..

Infatti, è noto che l'arbitrato, così come regolato dal codice di procedura civile, non conosce l'istituto dell'interruzione⁷³ del procedimento, ma in maniera più elastica, riconosce in capo al collegio la prerogativa di porre in essere tutte le

⁷³ C. CAVALLINI, *op. cit.*, p. 93: *"dell'art. 43 l.f., pertanto non si applica ai processi arbitrali pendenti l'ultimo (e nuovo) comma, quello relativo alla prevista interruzione del processo pendente alla data della dichiarazione di fallimento. L'opinione già autorevolmente espressa in dottrina prima delle due riforme in materia, trova ora una chiara e inequivoca disciplina nella nuova norma del Codice di rito, soprattutto nella parte in cui prevede che il giudizio arbitrale possa essere sospeso dagli arbitri ogni qual volta si renda opportuno ai fini dell'attuazione del contraddittorio nei confronti del curatore che sta in giudizio per effetto della perdita della capacità di parte del fallito"*.

iniziative necessarie alla salvaguardia ed al rispetto del principio del contraddittorio che, ove venisse violato, renderà il lodo impugnabile ai sensi dell'art. 829, comma I, n. 9 c.p.c.⁷⁴.

Dal punto di vista pratico, quindi, il curatore non avrà modo di incidere sul procedimento svolto fino a quel momento, ma erediterà la posizione processuale del fallito senza possibilità d'intervento o revoca per quanto già fatto dalla parte avvicinata⁷⁵. Ad esempio, non potrà sostituire l'arbitro già designato dalla parte, né potrà modificare le domande già precisate prima dalla stessa.

Quindi, è corretto parlare, in questo caso, di una vera e propria sostituzione, intesa come subentro nella posizione processuale, e non di un intervento nel giudizio arbitrale.⁷⁶

⁷⁴ M. BOVE, *La giustizia privata*, op. cit., p. 129; *contra* G. VERDE, op. cit., p. 124 "a nostro avviso, in questo caso siamo fuori dall'ipotesi regolata dalla norma citata, che riguarda violazioni del diritto di difesa verificatisi all'interno del procedimento e nei confronti di chi comunque è stato posto in condizione di difendersi. Di conseguenza l'inopponibilità del lodo potrebbe essere fatta valere in via di azione o di eccezione (sul problema v. per il passato, Cass. 28 maggio 2003, n. 8545)".

⁷⁵ Si è discusso, ad esempio, sul caso in cui il fallito abbia precedentemente reso una confessione. Successivamente, il curatore sarà vincolato dall'operato del fallito? La domanda non è di semplice soluzione, ma la risposta non può che essere diversa caso per caso a seconda delle conoscenze, anche di natura contabile, che il curatore ha potuto far proprie a seguito della nomina e dell'esame delle scritture contabili della società. Per il resto detta possibilità, tendenzialmente, andrebbe esclusa per fatti di cui il curatore non può essere a conoscenza perché precedenti alla nomina.

⁷⁶ M. BOVE, *op. ult. cit.*, nota 90: "si aggiunga che il curatore, subentrato nel giudizio arbitrale, non può pretendere di sostituire l'arbitro precedentemente nominato dalla parte poi fallita. A tal proposito, poco ci dice l'art. 78 l.f., che prevede, per un verso, lo scioglimento del contratto di mandato in caso di fallimento del mandatario e, per altro verso, la possibilità di scelta del curatore di subentrare o meno nel contratto in caso di fallimento del mandante. Invero, perfezionatosi il contratto tra le parti e gli arbitri, s'instaura un peculiare contratto collettivo che non sembra poter venir meno per il fallimento di uno solo dei mandanti"; invero la prospettazione effettuata è ineccepibile, ma forse incompleta, perché non tiene conto dell'ipotesi in cui, instaurato il giudizio arbitrale con la notifica della domanda introduttiva e designazione dell'arbitro di parte, questi non abbia ancora accettato formalmente l'incarico intendendo, ad esempio, farlo direttamente in sede di prima riunione del collegio. In questo caso, possiamo ritenere che il curatore abbia la legittima prerogativa di ritirare la nomina e procedere ad una propria designazione.

Invero, prima della novella del 2006, la dottrina non era concorde sul punto motivando che, considerata quantomeno la vicinanza del conferimento dell'incarico di arbitro al mandato e rilevato il disposto dell'art. 78 L.F. *ante* riforma, secondo il quale il contratto di mandato si sarebbe sciolto per il fallimento di una delle parti, allora anche il contratto di arbitrato concluso dal fallito con l'arbitro si sarebbe sciolto⁷⁷. In questa situazione, quindi, il Giudice delegato, su proposta del curatore avrebbe dovuto nominare un nuovo arbitro in sostituzione del precedente⁷⁸.

Ove, invece, la nomina non sia già avvenuta, si ritiene pacifica l'applicazione del disposto dell'art. 25, primo comma, n. 7 L.F. secondo il quale il Giudice delegato "*su proposta del curatore, nomina gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge*".

Con l'intervento del Legislatore, nel 2006, e la modifica dell'art. 78 L.F., anche questa teoria, non priva di pregio, è stata definitivamente soppiantata dal dato normativo che, ora, prevede lo scioglimento del mandato solo in caso di fallimento del mandatario.

Pur prendendo le distanze da chi ritiene che si possa effettuare una vera e propria equiparazione tra mandato e conferimento dell'incarico di arbitro, nel caso della nomina di componente del collegio, la posizione di mandatario sarebbe ricoperta dall'arbitro e, quindi, il caso di fallimento del mandante non produrrebbe, di per sé, lo scioglimento del contratto. Quindi, pur ritenendo che il contratto di arbitrato, con riferimento, quindi, allo specifico e particolare

⁷⁷ A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, *op. cit.*, p. 81. Il riferimento al mandato ed alla regolazione fornita dall'art. 78 L.F. *ante* riforma, non può essere, invece, operato in relazione allo scioglimento dello stesso vincolo arbitrale in quanto, secondo la giurisprudenza, si sarebbe trattato di mandato in nome collettivo o, comunque, anche nell'interesse del terzo che, quindi, non è suscettibile di scioglimento per il fallimento di una sola delle parti. Cfr. sul punto Cass. Civ., sez. I, 17 aprile 2003, n. 6165, con nota di S. VINCRE, in *Giust. Civ.*, 2004, I, p. 2408.

⁷⁸ Nulla toglie che la designazione potesse essere rivolta al medesimo soggetto già precedente arbitro, ma sarebbe stata comunque necessaria una nuova nomina con relativa accettazione.

accordo contrattuale intercorrente tra la parte e l'arbitro da questa designato, abbia caratteristiche precipue non assimilabili a quelle del contratto di mandato, risulta evidente che le conseguenze pratiche nel caso considerato, coinciderebbero.

3.3 L'art. 83 bis della Legge Fallimentare: l'istruzione probatoria compiuta e gli effetti del fallimento.

Un ulteriore aspetto che merita approfondimento è quello degli effetti dell'istruzione probatoria compiuta prima del subentro del curatore. Infatti, si è detto che la posizione del curatore, in luogo del fallito, è di perfetta sovrapposizione, ma guardando più a fondo nelle possibili situazioni concretamente realizzabili ci si accorge che non sempre detta prospettazione è così ineccepibile.

Il caso di tipico è costituito dalla confessione resa dal fallito poi sostituito dal curatore. La dottrina non è concorde sul punto e la giurisprudenza, seppur con riferimento al processo ordinario, ha avuto più volte la possibilità di evidenziare che, perché si possa conferire alla dichiarazione confessoria gli effetti processuali suoi propri, deve sussistere l'identità tra colui il quale la rende, in confitente, e colui il quale - o coloro i quali - ne subisce gli effetti.⁷⁹ Pertanto, nel caso in cui il soggetto, poi fallito, abbia reso dichiarazioni di carattere confessorio, queste saranno, al più, liberamente valutabili dal collegio come argomento di prova.⁸⁰

D'altronde, da un esame scrupoloso del dettato normativo, in particolare, del combinato disposto dagli artt. 2731 e 2733 c.c., è possibile evincere che, da un lato la confessione deve essere resa da colui il quale è, in quel momento, titolare del diritto, ma spiega la propria efficacia solo a seguito della pubblicazione della sentenza e, quindi, detta situazione sostanziale deve necessariamente perdurare almeno fino a quel momento. In caso contrario, la

⁷⁹ Cass. Civ., sez. II, 16 settembre 2002, n. 13513, *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1673; Cass. Civ., sez. I, 8 marzo 2000, n. 2628, *Dir. e prat. soc.*, 2000, 13, 74.

⁸⁰ S. VINCRE, *op. cit.*, p. 105.

confessione, quindi, non potrà essere utilizzata contro chi è titolare del diritto, il curatore, ma non l'abbia personalmente resa.

Allo stesso modo, secondo la giurisprudenza, non sarebbe possibile per il curatore rendere dichiarazioni di carattere confessorio, stante la non coincidenza tra la rappresentanza processuale e la legittimazione sostanziale.⁸¹

In particolare, in dottrina è stato brillantemente rilevato che l'ostacolo alla possibilità, per il curatore, di deferire il giuramento o chiedere l'interrogatorio formale starebbe nella violazione dei principi sanciti dagli artt. 3 e 24 della Costituzione e del principio del diritto di prova. Infatti, se è data la possibilità al curatore – autorizzato dal Giudice delegato – di utilizzare detti mezzi di prova, lo stesso diritto deve essere riconosciuto alla controparte. Qui, tuttavia, il meccanismo si rivela imperfetto in quanto, come detto, il curatore può prestare il giuramento solo previa autorizzazione del giudice delegato che, in caso di rifiuto, determinerebbe un insopportabile squilibrio delle posizioni processuali.

Allora, sarebbe molto più coerente, sia dal punto di vista processuale che sostanziale, ritenere l'inutilizzabilità di detti strumenti probatori o, quantomeno, conferire alle risultanze degli stessi la rilevanza di argomento di prova liberamente valutabile dal collegio.

⁸¹ Cass. Civ., sez. I, 12 maggio 1998, n. 4774: "Il commissario liquidatore, al pari del curatore del fallimento, non dispone dei diritti della massa dei creditori della società in liquidazione coatta amministrativa, così che, alle affermazioni da lui compiute in sede giudiziale, non può attribuirsi il valore di ammissione di fatti, di natura confessoria, idonea a sollevare la controparte dall'onere della prova in ordine alla sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per l'opponibilità alla procedura di determinati atti o negozi giuridici".

4. Fallimento di una delle parti: sospensione o interruzione del procedimento arbitrale?

Già in passato, quando, prima della novella del 2006, l'unico riferimento normativo rinvenibile era il terzo comma dell'art. 820 c.p.c. secondo il quale "*nel caso di morte di una delle parti il termine è prorogato di trenta giorni*", la dottrina aveva constatato che il fallimento di una delle parti avrebbe comportato la successione del diritto a titolo particolare⁸² con la necessaria applicazione, in caso di fallimento, del combinato disposto dagli artt. 43 L.F. e 820, III comma, c.p.c..

A dire il vero, anche oggi la dottrina è pacifica nel ritenere che l'art. 43 L.F., almeno per quanto riguarda il primo comma - che sancisce la rappresentanza processuale del curatore per tutti i giudizi aventi carattere patrimoniale, ancorché in corso, in luogo del fallito - trovi applicazione anche per i giudizi arbitrali, siano essi già pendenti, ovvero da attivare. Invece, esclusa la possibilità di applicazione del secondo comma, sussistono opinioni diverse per quanto concerne l'applicazione all'arbitrato del terzo comma dello stesso articolo secondo il quale "*l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo*".⁸³

In particolare, secondo la dottrina maggioritaria sia in ambito fallimentare che processual-civilistica,⁸⁴ nel silenzio della norma, la sostituzione sarebbe pressoché automatica fatto salvo il potere degli arbitri di sospendere il

⁸² Sulla successione a titolo particolare, più diffusamente, E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, Milano, 1998, p. 180;

⁸³ A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato - studi offerti a Giovanni Verde*, AA.VV., Napoli, 2010, p. 169 ss.;

⁸⁴ M. BOVE, *op. cit.*, p. 314; G. VERDE, *op. cit.*, p. 123; C. CAVALLINI, *op. cit.*, p. 93; G. CANALE, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, I, Bologna, 2006, sub art. 83-bis, p. 1347.

procedimento, ai sensi dell'art. 816 *sexties* c.p.c., per assumere le misure idonee a garantire il rispetto del principio del contraddittorio tra le parti.

Secondo altri, invece, l'art. 43 L.F. andrebbe letto in maniera inscindibile, con la necessaria applicazione della norma contenuta al terzo comma anche ai procedimenti arbitrali. Come per il processo dinanzi al Giudice dello Stato, in caso di fallimento di una delle parti, anche il giudizio arbitrale dovrebbe essere interrotto poiché, seppur vero che l'arbitrato non conosce nel suo procedimento ordinario l'istituto dell'interruzione, questo sarebbe introdotto dalla norma speciale costituita dall'art. 43, III comma, della Legge Fallimentare. Si tratterebbe di un rapporto di genere a specie, con necessaria applicazione della norma più specifica, ossia dell'art. 43, III comma, della Legge Fallimentare.⁸⁵

Uguali sarebbero, infatti i presupposti, poiché trattandosi di controversie, come quelle che si svolgono davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, anche i giudizi arbitrali rientrerebbero nel dettato dell'art. 43, III comma. In altre parole, secondo detti autori, il termine processo sarebbe da intendere in senso ampio così da ricomprendere anche l'arbitrato, poiché, anche questo è ispirato al massimo rispetto del medesimo principio del contraddittorio.⁸⁶

Pur apprezzando gli indubbi risvolti pratici derivanti dall'eventuale accettazione di detta teoria, questa non sembra convincente per due ordini di ragioni: innanzitutto, 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

⁸⁵ *contra* G.F. RICCI, in AA.VV., *Arbitrato, Commentario* a cura di F. CARPI, II ed., Bologna, 2008, sub art. 816 *bis*, p. 368;

⁸⁶ A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, p. 172, "l'apertura del fallimento produce l'interruzione dei processi in cui era parte il fallito: se infatti per processo dobbiamo intendere un procedimento caratterizzato dal contraddittorio, è chiaro che la nozione ricomprende anche i procedimenti arbitrali, nei quali simile principio è applicazione necessaria"; *contra* M. BOVE, *op. cit.*, p. 314; M. BOVE, *op. cit.*, p. 128-129; G. VERDE, *op. cit.*, p. 123; S. VINCRE, *op. cit.*, p. 97.

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 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.

Ad ogni modo, pur ammettendo, in via di mera ipotesi, la compatibilità dell'interruzione con l'arbitrato, allora il curatore dovrebbe depositare nel giudizio un "atto di riassunzione"⁸⁷ allo scopo di far riprendere il procedimento interrotto. In questo caso, tuttavia, nascono i problemi pratici, poiché, nel processo ordinario, ove il curatore - o anche l'altra parte del processo - non provveda alla riassunzione del giudizio, questo è destinato all'estinzione dopo un termine determinato.

Nel caso dell'arbitrato, invece, non vi è alcun accenno ad un termine entro il quale il procedimento dovrebbe essere riassunto, ma è solo previsto che, in caso di inottemperanza delle parti alla ripresa del procedimento sospeso, gli arbitri possono rinunciare all'incarico.

Anche questo pare essere un ostacolo invalicabile in quanto, in caso di interruzione e di inottemperanza alla riassunzione, non vi sarebbe alcun appiglio normativo da cui far discendere l'estinzione del procedimento arbitrale con la conseguenza che questo rischierebbe di rimanere in uno stato di pendenza indeterminata.

D'altronde alla medesima soluzione perveniva anche la dottrina *ante* riforma⁸⁸ secondo la quale, in assenza di una previsione esplicita e in considerazione della norma di cui all'art. 820 c.p.c., vecchia formulazione,⁸⁹ in materia di

⁸⁷ G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. VERDE, III ed., Torino, 2005, p. 255 ss.; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, p. 316.

⁸⁸ S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, op. cit., p. 97: "Dall'altro lato, una volta accolto il principio in virtù del quale il curatore succede al fallito nel compromesso e nella clausola compromissoria (qualora subentri nel rapporto sostanziale cui questi accordi sono relativi); ed una volta accolto il principio in virtù del quale l'art. 43, primo comma, l. fall. opera in queste ipotesi come impedimento alla prosecuzione del giudizio nei confronti del fallito, ci pare che estendere l'applicazione dell'art. 820 terzo comma cod. proc. civ. anche al caso del fallimento non tradisca la ratio della norma".

⁸⁹ Art. 820 c.p.c., vecchia formulazione: "Se le parti non hanno disposto altrimenti, gli arbitri debbono pronunciare il lodo nel termine di centottanta giorni dall'accettazione della nomina. Se gli arbitri sono più e l'accettazione non è avvenuta contemporaneamente da parte di tutti, il termine decorre dall'ultima accettazione. Il termine è sospeso quando è proposta istanza di

sostituzione della parte in caso di morte, negava la possibilità dell'interruzione del procedimento arbitrale e collegava alla sostituzione da parte del curatore la proroga del termine per il deposito del lodo.

Conclusivamente, si può ritenere che nel procedimento arbitrale, stante la non applicabilità dell'istituto dell'interruzione - non per ragioni immotivate, ma per espressa previsione normativa ⁹⁰ il curatore avrà l'onere di informare il collegio dell'intervenuta sentenza di fallimento e costituirsi in giudizio confermando quanto fino a quel momento svolto dalla parte fallita e gli arbitri appresteranno tutte le misure idonee a preservare il contraddittorio, eventualmente anche sospendendo il procedimento.

Non da ultimo giova rilevare che, in caso di sospensione, il termine per il deposito del lodo resta sospeso e, alla ripresa, verrà automaticamente esteso a novanta giorni solo nel caso in cui il tempo residuo risulti inferiore.

ricusazione e fino alla pronuncia su di essa, ed è interrotto quando occorre procedere alla sostituzione degli arbitri. Quando debbono essere assunti mezzi di prova, o sia stato pronunciato lodo non definitivo, gli arbitri possono prorogare per una sola volta il termine e per non più di centottanta giorni. Nel caso di morte di una delle parti il termine è prorogato di trenta giorni. Le parti, d'accordo, possono consentire con atto scritto la proroga del termine"; testo sostituito dall'art. 13 l. 5 gennaio 1994, n. 25.

⁹⁰ A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, p. 17.

5. L'ipotesi di fallimento dopo la pronuncia del lodo arbitrale

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 arbitrale⁹¹.

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 economica 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

⁹¹ Giova rilevare, infatti la particolarità dell'arbitrato in materia di lavori pubblici che, instaurato dinanzi alla camera arbitrale costituita presso l'AVCP - Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture - per la quale, ai sensi dell'art. 241, n. 9 del D.Lgs. 163/2006 "Il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici". Solo dopo il deposito, quindi, il lodo potrà essere considerato efficace anche nei confronti del fallimento.

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 in 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.

Questi, a seguito di una valutazione sottoposta anche al vaglio del comitato dei creditori, potrà decidere di coltivare il giudizio impugnando la decisione nei limiti di cui all'art. 826 c.p.c., ma non potrà, invece, rendere inopponibile la

decisione resa dagli arbitri in quanto questa è equiparata a tutti gli effetti alla sentenza del giudice ordinario ex art. 824 *bis* c.p.c.⁹²

Evidentemente, nel caso in cui il lodo avesse prodotto una decisione anche solo in parte favorevole per il fallimento, il curatore, attraverso *l'exequatur* giudiziale certamente potrà portarlo ad esecuzione e, nel caso di impugnazione della controparte, sarà il legittimato a resistere nel giudizio di appello.⁹³

I casi considerati aprono il campo a riflessioni di ordine generale sull'applicazione dell'art. 83 *bis* L.F. e, più in particolare, sul limite temporale entro cui la norma può trovare applicazione.

Infatti, se è vero che la decisione del curatore di sciogliersi dal contratto determina l'estinzione del giudizio arbitrale eventualmente già pendente e l'inopponibilità al fallimento della relativa convenzione di arbitrato, pare potersi affermare che la norma non possa travolgere i procedimenti arbitrali che si siano già conclusi, seppur con decisione del collegio ancora impugnabile. Questa ricostruzione è possibile grazie all'equiparazione, avvenuta con la novella del 2006, del lodo alla sentenza pronunciata dal giudice dello Stato che ne determina l'analoga disciplina anche nell'eventualità di dichiarazione di fallimento di una delle parti.

⁹² Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 2005, n. 13442, con nota di G. SANTAGADA "*Peraltro, sotto un concorrente profilo, occorre ricordare che, come pure questa Corte ha precisato, le innovazioni introdotte dalla legge n. 25 del 1994 e la più marcata autonomia del giudizio arbitrale rispetto a quello civile, nella prospettiva del giudizio di impugnazione per nullità, neppure sono sufficienti ad escludere l'equiparazione del lodo alla sentenza, quindi ad incidere sulla configurazione di detto giudizio come di impugnazione processuale diretta ad accertare, attraverso l'esame del lodo, la sussistenza dei vizi previsti dall'art. 829 c.p.c. L'immediata impugnabilità del lodo, indipendentemente dal suo deposito (art. 827, secondo comma, c.p.c.), esprime anzi l'opzione per questa equiparazione, sul piano effettuale, confermata dalla proponibilità dell'opposizione di terzo (art. 827, primo comma, art. 831, c.p.c.), in quanto rimedio tipicamente correlato all'efficacia della sentenza (Cass., n. 6291 del 2000)*".

⁹³ Per quanto riguarda il procedimento adatto a portare ad esecuzione il lodo non vi sono particolari formalità, mentre è chiaro che per resistere nel giudizio di appello sarà necessario che il curatore comunichi al comitato dei creditori la sua decisione motivata e che questo esprima il suo parere sull'opportunità di coltivare o meno il giudizio.

Detto ciò, qualche problema in più è riscontrabile nella ricostruzione relativa all'arbitrato irrituale. Anche qui il discrimine è costituito dalla natura di atto negoziale o di sentenza che si intende conferire al lodo irrituale.

Senza pretesa di esaustività, su un argomento che tutt'ora impegna la dottrina più autorevole⁹⁴ senza possibilità di trovare una linea perfettamente condivisa, è possibile rilevare che parte degli studiosi della materia individua il lodo irrituale come atto meramente negoziale con il quale le parti si auto-vincolano liberamente in linea più con l'istituto dell'arbitraggio che dell'arbitrato rituale.⁹⁵

Questa ricostruzione della rilevanza giuridica del lodo irrituale, più che mai lontana dalla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, renderebbe impossibile l'applicazione dell'art. 96, comma III, n. 3 della legge fallimentare e determinerebbe, invece, un trattamento, alla pari di qualunque altro vincolo contrattuale, secondo l'iter stabilito dall'art. 72 L.F..

In tal modo, se l'arbitrato irrituale - ossia il contratto - non fosse ancora concluso con la comunicazione del lodo divenuto inoppugnabile, allora il curatore sarebbe ancora in tempo per risolvere il contratto ex art. 72 L.F..

Tuttavia, la ricostruzione su base contrattuale del lodo irrituale condurrebbe a risultati paradossali, poiché, come per gli altri contratti, il curatore potrebbe decidere se mantenere ferma la decisione del collegio o, viceversa, sciogliersi

⁹⁴ A sostegno della tesi negozialista Cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 63 ss.; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 22 ss. e p. 123 ss..

⁹⁵ P. BIAVATI, *sub art. 808 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. CARPI, op. cit., p. 160 ss.; M. BOVE, *sub art. 808 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, AA.VV. a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, p. 65 ss. "non vi è dubbio che il legislatore abbia considerato l'arbitrato libero quale fenomeno contrattuale. Ciò emerge nel momento in cui l'art. 808 ter c.p.c., per un verso, qualifica il lodo libero quale «determinazione contrattuale» e, per altro verso, prevede che il lodo è impugnabile in via d'azione di fronte al «giudice competente secondo le disposizioni del libro I»".

dal contratto non ancora completamente eseguito, ponendo nel vuoto la decisione a probabile nocumento della controparte.

Al contrario, accogliendo la tesi di altra parte della dottrina che, dopo la novella del 2006, ha sottolineato l'unicità del fenomeno arbitrale seppur con le dovute differenze esistenti tra arbitrato rituale ed contrattuale, si potrebbe configurare, per ogni tipo di lodo, l'applicazione della norma di cui all'art. 96, comma III, n. 3 della legge fallimentare.⁹⁶

Infatti, a prescindere dalla natura contrattuale o giurisdizionale del vincolo determinato con la sottoscrizione della convenzione di arbitrato, le parti hanno scientemente valutato di auto-vincolarsi alla decisione del collegio senza possibilità di ripensamenti dettati da logiche personalistiche anche se discendenti da un fenomeno avente indubbi risvolti di tutela del pubblico interesse come quello fallimentare.⁹⁷

Riconoscere la prerogativa al curatore, come a qualunque altro organo della procedura fallimentare, di decidere di slegarsi dalla decisione che ha concluso il procedimento arbitrale tradirebbe la decisione delle parti e minerebbe la certezza del diritto delle parti alla decisione arbitrale ove l'abbiano liberamente scelta.

Questa esigenza di certezza del vincolo, a parere di chi scrive, diventa ancor più pregnante nell'ipotesi considerata in cui il fallimento intervenga solo dopo la pronuncia del lodo, ancorché irrituale.

Conclusivamente, anche nel caso del lodo irrituale pronunciato prima della dichiarazione di fallimento, potranno essere applicate le medesime norme che

⁹⁶ A. Bossi, *Rapporti tra arbitrato e fallimento dopo le riforme*, in *Fallimento e crisi d'impresa*, 2008, p. 685 ss..

⁹⁷ In realtà le parti possono in qualunque momento decidere di revocare la decisione di deferire la controversia agli arbitri, ma devono necessariamente farlo con decisione condivisa che determini la deroga alla precedente decisione. In altre parole, è necessario il mutuo consenso, come per modificare qualunque altra previsione contrattuale.

riguardano l'arbitrato rituale almeno per quanto concerne l'opponibilità al fallimento e l'insinuazione allo steso passivo ex art. 96 comma III, n. 3 della legge fallimentare. Invece, per quanto riguarda l'impugnazione del lodo, questo potrà essere impugnato esclusivamente ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c..

6. Il compenso degli arbitri in caso di applicazione dell'art. 83 *bis* L.F.

Altro tema che merita approfondimento è quello legato al compenso degli arbitri a seguito dell'attività svolta dal collegio.

Per valutare la posizione degli arbitri è necessario premettere che la disciplina della loro condizione non è troppo differente da quanto stabilito dalla legge fallimentare per l'altro contraente che, ai sensi dell'art. 72 L.F., subisce la decisione del curatore sulla continuazione - o sullo scioglimento - del contratto in essere.

Più in particolare, ove il curatore decida di continuare il contratto sottoscritto dal fallito, l'altro contraente avrà diritto al pagamento dei crediti in prededuzione. Invece, ove il curatore decidesse di sciogliere il contratto, detti crediti concorreranno alla divisione del patrimonio residuo del fallimento insieme agli altri creditori concorsuali.

Ferma restando l'applicazione, in linea di principio, delle regole che valgono per il terzo contraente in caso di subentro nel contratto da parte del curatore, per gli arbitri è necessario formulare alcune precisazioni soprattutto per quanto riguarda il regime delle prove necessarie a dimostrare l'opponibilità del credito alla procedura.

Innanzitutto, il regime delle spese necessarie per il funzionamento del collegio è differente rispetto a quello che riguarda gli onorari degli arbitri. Questi avranno diritto al rimborso delle spese dietro la semplice giustificazione delle stesse e senza ricorrere al particolare meccanismo di liquidazione previsto all'art. 814 c.p.c.. Tuttavia, detti crediti dovranno essere iscritti al passivo secondo la disciplina ordinaria stabilita dall'art. 92 L.F. e potranno essere verificate e valutate dal giudice delegato e, eventualmente, anche contestate dallo stesso.

Per quanto concerne, invece, gli onorari degli arbitri, abbiamo detto che, ove il curatore decida di non sciogliersi dal contratto e, quindi, di subentrare anche nel procedimento arbitrale pendente, questi potranno essere soddisfatti come crediti prededucibili. Viceversa, nel caso di scioglimento del contratto e, quindi, di estinzione dell'arbitrato pendente, gli onorari degli arbitri dovranno essere iscritti al passivo e concorrere con gli altri crediti.

In questo caso la semplice proposta di liquidazione effettuata dagli arbitri in base al calcolo degli onorari riconoscibili non basterà a giustificare il credito richiesto, ma gli stessi dovranno necessariamente procedere alla richiesta di valutazione ai sensi dell'art. 814 c.p.c. e ad opera del Presidente del tribunale competente ai sensi dell'art. 810 c.p.c..

A seguito di detta richiesta, l'ordinanza emessa dal Presidente del Tribunale costituirà il titolo legittimante il collegio a chiedere il pagamento del credito e solo con questa forma potrà essere valutato come giustificato dal giudice delegato che, così fatto, potrà ammetterlo al passivo della procedura. Infatti, come noto, la valutazione effettuata dal collegio costituisce solo una proposta di liquidazione che, considerato anche il momento particolarmente delicato dell'accertamento dello stato passivo, non può certo assurgere a prova del credito.

L'ordinanza emessa dal Presidente del Tribunale, in quanto provvedimento avente carattere decisorio⁹⁸ e non essendo soggetta agli ordinari mezzi di

⁹⁸ In realtà la giurisprudenza della Suprema Corte sul punto non è pacifica, anzi, con riferimento al regime previgente alla novella del 2006 si rinvencono diverse pronunce che ritengono l'ordinanza emessa dal Presidente del Tribunale ex art. 814 c.p.c. avrebbe carattere non contenzioso e, quindi, non impugnabile ex art. 111 Cost.. Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 3 luglio 2009, n. 15586, Red. Giust. civ. Mass. 2009, 7-8, con nota di R. TISCINI, *Ordinanza di liquidazione del compenso agli arbitri, ricorso per cassazione ed incensurabilità del vizio logico della motivazione, tra Sezioni unite e riforme legislative*, sul sito internet www.judicium.it: "In tema di determinazione del compenso e delle spese dovuti agli arbitri dai conferenti l'incarico, secondo il regime previgente alla novella recata dal d.lg. 2 febbraio 2006 n. 40, qualora, in assenza di espressa rinuncia da parte degli aventi diritto, il contratto di arbitrato non contenga la relativa quantificazione, esso è automaticamente integrato, in base all'art. 814 c.p.c., con clausola

impugnazione, è ricorribile per Cassazione *ex art. 111*, comma VII della Costituzione.⁹⁹

Per quanto riguarda, invece, l'accertamento del credito, questo dovrà, come detto, essere effettuato dal giudice delegato, ma solo con riferimento all'esistenza ed alla valutazione formale dello stesso, mentre, per quanto riguarda la valutazione la congruità degli onorari liquidati al collegio, questa spetta esclusivamente al Presidente del tribunale individuato ai sensi dell'art. 810 c.p.c. e, dal momento che eventuali vizi di violazione di legge sostanziale o processuale possono essere fatti valere solo con l'impugnazione in Cassazione - ai sensi dell'art. 111, comma VII della Costituzione -, sarà preclusa al giudice delegato ogni valutazione in merito alla corretta valutazione del credito.

In altre parole, il giudice delegato, nell'ambito dei poteri conferiti dalla legge, non potrà rivalutare la quantificazione degli onorari del collegio, in quanto di competenza funzionale ed inderogabile del Presidente del tribunale

devolutiva della pertinente determinazione al presidente del tribunale, il quale, una volta investito (con ricorso proponibile anche disgiuntamente da ciascun componente del collegio arbitrale) in alternativa all'arbitratore, svolge una funzione giurisdizionale non contenziosa, adottando un provvedimento di natura essenzialmente privatistica. Ne consegue che detto provvedimento è privo della vocazione al giudicato e, dunque, insuscettibile di impugnazione con ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 cost.; tale natura del procedimento, inoltre, esclude l'ipotizzabilità di una soccombenza ed osta, pertanto, all'applicazione del relativo principio ed all'adozione delle consequenziali determinazioni in tema di spese". F. P. LUISSO, *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, 817 ss.; M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 755; A. PROTO PISANI, *Crisi della cassazione: la (non più rinviabile) necessità di scelta*, in *Foro it.*, 2007, V, p. 122.

⁹⁹ Cass. Civ., sez. I, 15 aprile 2003, n. 5950, *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4 "L'ordinanza con la quale il presidente del tribunale provvede, ai sensi dell'art. 814 c.p.c., alla liquidazione dell'onorario e delle spese agli arbitri, avendo carattere decisorio, in quanto diretta a risolvere il conflitto di interessi tra gli arbitri e le parti del procedimento arbitrale, e non essendo soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione, nè revocabile o modificabile dal giudice che l'ha emessa, è impugnabile in cassazione, a norma dell'art. 111, comma 7, cost., per violazione di legge, con riferimento sia alle norme regolatrici del rapporto sostanziale controverso, sia alla legge regolatrice del processo". In dottrina Cfr. C. CECHELLA, *sub art. 814 (Diritto degli arbitri)*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, AA.VV. a cura di S. MENCHINI, op. cit., p. 156 ss.; G. RUFFINI e F. RAVIDA, *sub art. 814*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BRONZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, op. cit., p. 146 ss..

individuato ai sensi dell'art. 810 c.p.c. che impedisce il manifestarsi della *vis attractiva* del tribunale fallimentare.¹⁰⁰

L'ipotesi prospettata, seppur interessante dal punto di vista metodologico, rischia di avere scarso interesse pratico poiché, essendo le parti obbligate in solido al pagamento degli onorari degli arbitri a prescindere dalla condanna la pagamento in funzione della soccombenza, il collegio difficilmente si avventurerà a chiedere il pagamento al fallimento soprattutto nel caso di non prededucibilità del credito. Molto più realisticamente, chiederà alla controparte il pagamento integrale di onorari e spese di funzionamento del collegio e sarà, poi, questa a dover depositare l'istanza di ammissione al passivo per l'azione di rivalsa. Il terzo, infatti, soggiacerà alla disciplina ordinaria stabilita dall'art. 92 L.F. per l'accertamento dei crediti.

Un'ulteriore ipotesi di studio interessante è quella relativa alla possibilità che le parti, conosciuta la proposta di liquidazione formulata dal collegio arbitrale, magari anche in sede di prima valutazione di spese, diritti ed onorari per la quantificazione dell'anticipo a carico delle stesse, l'abbiano accettata così riconoscendo esplicitamente il debito.

Verrebbe da pensare che in questo caso, seppur avendo la certezza sull'esistenza del debito, il giudice delegato, in sede di domanda di ammissione allo stato passivo, possa legittimamente confutare la quantificazione effettuata dagli arbitri in quanto, seppur accettata dalle parti, non è munita della

¹⁰⁰ Oltre a Cass. Civ., sez. I, 15 aprile 2003, n. 5950, Giust. civ. Mass., 2003, 4, secondo cui "Al contrario, l'art. 814, comma secondo, c.p.c., nell'ipotesi in cui la liquidazione stabilita dagli arbitri non sia accettata dalle parti, attribuisce espressamente al presidente del tribunale indicato nell'articolo 810 secondo comma la determinazione delle spese e dell'onorario; esso configura, così, una competenza funzionale ed inderogabile, avendo il legislatore considerato il presidente l'organo particolarmente qualificato, cui demandare incondizionatamente la liquidazione del compenso arbitrale", confronta anche Cass. 12 novembre 1992, n. 12188, Riv. Arb., 1993, 421, con nota di A. BRIGUGLIO, *Inderogabilità della competenza territoriale ex art. 810 c.p.c.* e Cass. Civ., sez. II, 7 maggio 1999, n. 4601 Cass. Civ., sez. I, 6 maggio 1998, n. 4548, Riv. Arb., 1998, 709, con nota di D. GROSSI, *I limiti del procedimento di liquidazione del compenso ex art 814 c.p.c.*, in Riv. Arb., 1998, IV, p. 711 ss..

valutazione di conformità che solo il Presidente del tribunale può fornire, idonea a giustificare l'ammissione integrale allo stato passivo.

Al contrario, si potrebbe riconoscere che l'accettazione delle parti, seppur precedente alla dichiarazione di fallimento, valga sia per il riconoscimento del debito che per la quantificazione dello stesso anche in virtù della discrezionalità con cui è possibile pervenire alla liquidazione degli onorari del collegio ed alla libertà delle parti di accettarne o meno la proposta. Si potrebbe, infatti sostenere che l'accettazione della proposta di liquidazione degli arbitri ad opera delle parti coinvolte nel procedimento integri un vero e proprio accordo contrattuale perfezionato e che necessita del solo adempimento, in solido delle parti, al pagamento di quanto stabilito.

In quest'ottica, residuando il solo pagamento, il curatore non sarebbe legittimato a chiedere la risoluzione dell'accordo e le parti sarebbero vincolate alla quantificazione accettata.

Analoghe riflessioni possono essere svolte con riferimento al caso in cui, invece, il fallimento, attraverso il curatore, abbia deciso di partecipare al procedimento arbitrale e, pertanto, sia arrivato al momento finale in cui gli arbitri contestualmente alla comunicazione del lodo abbiamo quantificato la proposta di liquidazione del compenso.

Posto che in tal caso detto credito è meritevole di pagamento in prededuzione, varranno le medesime ipotesi sopra sviluppate, ossia il collegio potrà essere soddisfatto in caso di accettazione della proposta e dovrà, invece, inoltrare il procedimento ex art. 814 c.p.c. in caso di mancata accettazione espressa delle parti.

Ancora, altra ipotesi è costituita dall'eventualità in cui il procedimento arbitrale in materia di lavori pubblici si sia svolto presso la Camera Arbitrale costituita presso l'AVCP – Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori,

servizi e forniture. In questo caso, infatti, le modalità non solo di calcolo, ma anche di determinazione e liquidazione dei compensi si discostano, e non di poco, da quelle stabilite in generale dall'art. 814 c.p.c..

Infatti, nei procedimenti dinanzi alla Camera Arbitrale, gli arbitri possono liquidare le spese di lite in base al principio della soccombenza, ma per quanto riguarda la liquidazione dei propri onorari possono solo formulare una proposta non vincolante da presentare alla camera arbitrale.¹⁰¹

La Camera Arbitrale, con ordinanza che costituisce titolo esecutivo, ed è soggetta a reclamo entro il termine di trenta giorni, determina quanto dovuto al collegio per onorari per una somma che non può, in ogni caso, superare i centomila euro, compreso l'onorario dovuto al segretario¹⁰² la cui presenza, a seguito della modifica dell'art. 243 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non è più necessaria.

A prescindere dalla corretta qualificazione del provvedimento, di natura autoritativa o meno sul quale la dottrina e la giurisprudenza sono tutt'ora

¹⁰¹ Cassazione Civ., SS.UU., 01 luglio 2008, n. 17930, Riv. Arb., 2010, 1, 1998, con nota di R. TUCCILLO, "viene meno il debole procedimento di autoliquidazione disciplinato dall'art. 814 c.p.c. per l'arbitrato rituale. Tale disposizione investe gli arbitri del potere di liquidare le spese e l'onorario, ma considera la liquidazione come non vincolante per le parti, se le stesse non la accettano. La diretta liquidazione del compenso arbitrale ha, insomma, il carattere negoziale di una proposta, anche se qualificata, che tende a definire in via transattiva la questione del compenso per il giudizio arbitrale".

¹⁰² Art. 241, n. 12, D. Lgs. 163/2006: "Il collegio arbitrale determina nel lodo definitivo ovvero con separata ordinanza il valore della controversia e il compenso degli arbitri con i criteri stabiliti dal decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398, e applica le tariffe fissate in detto decreto. I compensi minimi e massimi stabiliti dalla tariffa allegata al regolamento di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398, sono dimezzati. Sono comunque vietati incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto. Il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100 mila euro, da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. L'articolo 24 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, si interpreta come non applicabile a quanto disciplinato ai sensi del presente comma. L'ordinanza di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali, nonché del compenso e delle spese per la consulenza tecnica, costituisce titolo per l'ingiunzione di cui all'articolo 633 del codice di procedura civile."

divise,¹⁰³ l'ordinanza della Camera arbitrale costituisce certamente titolo iscrivibile al passivo del fallimento. Questo potrà essere iscritto con riserva nel caso in cui non siano ancora trascorsi i termini per il reclamo. Viceversa, nel caso in cui il termine per proporre reclamo fosse già spirato, la quantificazione effettuata avrà carattere di definitività.

Per quanto riguarda, invece, la qualificazione del credito, valgono le stesse considerazioni già fatte per l'arbitrato *ad hoc*.

¹⁰³ Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335, in *Corr. giur.*, 2004, 522 con nota di G. VERDE, *L'arbitrato nelle controversie in materia di opere pubbliche: un problema ancora in cerca di una soddisfacente soluzione* o, anche in *D&G - Dir. e giust.* 2003, 39, 72 con nota di G. CASSANO, *La (nuova) disciplina dell'arbitrato in materia di lavori pubblici dopo l'illegittimità dell'art. 150 del D.P.R. 554/99*.

7. Il ruolo del curatore nel processo arbitrale: Le impugnazioni

Argomento tra i più ostici dello studio dei rapporti tra arbitrato e fallimento è quello rappresentato dal ruolo del curatore con particolare riferimento alle impugnazioni da questi esperibili nei confronti del lodo rituale emanato tra le parti - che ha gli stessi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria -. Anche in questo caso il fenomeno è complesso e la casistica è molto varia per cui è necessario preliminarmente chiarire quali sono i mezzi di impugnazione esperibili, come si conforma il ruolo del curatore e gli interessi che questi può legittimamente tutelare attraverso l'utilizzo dei mezzi di gravame.

C'è da notare, inoltre, che solo con la novella del 1994 il Legislatore ha previsto espressamente la possibilità di impugnazione del lodo da parte dei terzi attraverso i rimedi previsti all'art. 404 c.p.c.. Precedentemente, erano previste le sole impugnazioni per nullità e per revocazione riservate alle parti del giudizio arbitrale.

Nel silenzio della norma, già nel vigore del codice del 1865, dottrina e giurisprudenza si erano a lungo confrontate tra chi riteneva l'azione, seppur non espressamente prevista, comunque esperibile¹⁰⁴ e chi, invece, non riusciva ad arrivare a questa conclusione soprattutto a causa delle difficoltà procedurali di adattamento del mezzo di gravame rispetto alla disciplina specifica del lodo.¹⁰⁵

Sotto la vigenza dell'attuale Codice di rito, ma prima della novella del '94, la giurisprudenza invece è stata alquanto oscillante e tendenzialmente negava la

¹⁰⁴ A. CHIAPPELLI, *il rimedio dell'opposizione di terzo*, Milano, 1907, p. 10; E. GALLUPPI, *Teoria dell'opposizione di terzo*, Torino, 1895, p. 83 ss.

¹⁰⁵ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli, 1934, p. 650.

possibilità di proposizione di un'azione autonoma in favore dei terzi¹⁰⁶, seppur con alcune eccezioni¹⁰⁷ che sono via via aumentate in tempi più recenti.

La giurisprudenza che negava la proponibilità dell'azione di opposizione di terzo si basava soprattutto su un'allora pressoché pacifica impossibilità che il lodo, in quanto dotato di efficacia solo tra le parti del giudizio arbitrale, potesse in qualche modo pregiudicare i diritti dei terzi. Allo stesso modo, non si sarebbe potuto pretendere che la convenzione di arbitrato stipulata autonomamente da altri soggetti potesse, così, obbligare il terzo a subirne le conseguenze, una fra tutte il diverso regime impugnatorio.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Cfr. Cass. Civ., 6.03.1962, in *Giust. Civ.*, 1962, I, p. 1773.

¹⁰⁷ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 11.02.1988, n. 1465, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 2: "La questione dell'ammissibilità dell'intervento presenta certamente aspetti distinti nel procedimento arbitrale e nel giudizio d'impugnazione avverso la sentenza resa in detto procedimento: la partecipazione al giudizio che si svolge davanti agli arbitri è infatti da ritenere (come del resto riconosce la stessa ricorrente) preclusa al terzo che sia rimasto estraneo al compromesso, con il quale le parti delimitano l'ambito soggettivo e oggettivo del giudizio che essi richiedono agli arbitri, spesso fissando norme per lo svolgimento del processo (art. 816 CPC) e per la pronunzia (secondo diritto o secondo equità: art. 822); e ciò anche nello stesso interesse del terzo, che non è certo tenuto a subire le limitazioni e le regole predette, in deroga alle norme (sulla competenza e sul rito) del processo ordinario. Data la natura di giudizio "chiuso" e ad oggetto definito, la legge prevede (art. 827 CPC) un'impugnabilità del lodo limitata alla "querela nullitatis" e alla revocazione (entrambe poi per un numero ristretto di cause) e, in particolare, non include nel detto elenco - da considerarsi tassativo - l'opposizione di terzo. Ed in tali sensi questa Corte già ha avuto modo di pronunziarsi con la sentenza 6.3.1962 n. 437, affermando il principio secondo il quale, nel silenzio dell'art. 827 CPC, (che dichiara la sentenza arbitrale soggetta soltanto all'impugnazione per nullità e a quella per revocazione), al terzo non è dato il rimedio di cui all'art. 404 CPC dell'opposizione contro la sentenza arbitrale, al fine di spiegare nel giudizio d'impugnazione proposto dalle parti un'autonoma azione di nullità; cosicché in tale situazione unico rimedio per il terzo è l'azione di accertamento negativo, peraltro svincolata dai termini di cui agli art. 404, 326 CPC e dalle regole sulla competenza indicate nell'art. 828 CPC (...) L'intervento del terzo estraneo al compromesso è inammissibile nel giudizio di impugnazione per nullità della decisione arbitrale, mentre la tutela dei suoi diritti, che subiscono pregiudizio per effetto dell'accordo raggiunto dalle parti col compromesso, è affidata ad un ordinario giudizio di accertamento (svincolato dalla osservanza dei termini di cui agli art. 404 e 326 c.p.c. e dalle regole sulla competenza indicate nell'art. 828 dello stesso codice)". Ancora: Cass. Civ., sez. II, 03.08.1992, n. 9225, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 8-9, "I terzi estranei alla stipulazione del compromesso non possono proporre azione di nullità del lodo né intervenire nel relativo giudizio, ma possono far valere i loro diritti in quanto pregiudicati dall'accordo fra le parti del compromesso, in un ordinario giudizio di cognizione svincolato dall'osservanza dei termini di cui agli art. 326 e 404 c.p.c. e delle regole di competenza di cui all'art. 828 stesso codice"

¹⁰⁸ Per un approfondimento sulla dottrina ante riforma si veda: S. SATTA, *Commentario al c.p.c.*, Milano, 1968, IV, p. 324.

Tuttavia, nonostante il Legislatore, con la novella del 2006, sia intervenuto in maniera determinata nell'affermare la possibilità dei terzi di avvalersi di detto mezzo di gravame con l'introduzione dell'art. 831 c.p.c., anche successivamente alla riforma, non sono scomparsi i dubbi sull'esatta interpretazione della norma che ha diviso la dottrina sul problema del momento a partire dal quale sarebbe possibile proporre l'opposizione di terzo.

Secondo alcuni autori,¹⁰⁹ infatti, l'opposizione di terzo sarebbe proponibile già dalla pronuncia del lodo stante la possibilità di portarlo ad esecuzione senza il necessario deposito e soprattutto considerato che l'art. 827 c.p.c. non lega la proposizione dei mezzi di impugnazione dal deposito del lodo.¹¹⁰

Secondo altra interpretazione,¹¹¹ invece, affinché il mezzo d'impugnazione sia concretamente esperibile sarebbe necessario il passaggio in giudicato della decisione, così come previsto per le sentenze del giudice ordinario. Tale interpretazione si fonda saldamente sul tenore letterale della norma contenuta all'interno dell'art. 831 c.p.c. ed al rinvio all'art. 404 c.p.c. che prevede testualmente che *"Un terzo può fare opposizione contro la sentenza passata in giudicato o comunque esecutiva"*.

Con ciò il Legislatore ha vincolato, anche per l'arbitrato, l'opposizione di terzo al passaggio in giudicato della decisione arbitrale il che risulta coerente con la normativa in materia di impugnazione del lodo considerato che questo è suscettibile di divenire inoppugnabile anche senza l'eventuale *exequatur*.

¹⁰⁹ F.P. LUISSO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 31; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., p. 272.

¹¹⁰ Art. 827, comma II, c.p.c. *"I mezzi d'impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo"*.

¹¹¹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 831 c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, op. cit., p. 860; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, p. 292.

Evidentemente la prima tesi ha il pregio di avere una visione più pragmatica ed attenta alle effettive necessità del terzo pregiudicato dalla decisione degli arbitri, ma ciò, a parere di chi scrive, non vale a sovvertire il chiaro dettato normativo che, richiamando l'art. 404 c.p.c., compreso il secondo comma, ne determina l'integrale applicazione.

Nel delineato contesto, il riferimento all'equiparazione del lodo alla sentenza pronunciata dal giudice dello Stato, effettuata anche formalmente solo con la novella del 2006,¹¹² costituisce un passaggio obbligato per precisare che il rapporto che tra il lodo e l'interesse dei terzi eventualmente danneggiati dalla pronuncia, quale che sia la natura negoziale o giurisdizionale, si atteggia come il medesimo rapporto che sussiste tra la sentenza e lo stesso interesse dei terzi.¹¹³

¹¹² Anche prima della novella del 2006 che ha inserito l'art. 824 bis c.p.c. la giurisprudenza aveva recepito le osservazioni della dottrina e già considerato il lodo equiparabile alla sentenza almeno sotto il profilo della possibilità di impugnazione. Cfr. Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 2005, n. 13442, in *Riv. Arb.*, 2006, 4, p. 709, con nota di G. SANTAGADA, *"Le innovazioni introdotte dalla l. n. 25 del 1994 e la più marcata autonomia del giudizio arbitrale rispetto a quello civile, nella prospettiva del giudizio di impugnazione per nullità, neppure sono sufficienti ad escludere l'equiparazione del lodo alla sentenza, quindi ad incidere sulla configurazione di detto giudizio come di impugnazione processuale diretta ad accertare, attraverso l'esame del lodo, la sussistenza dei vizi previsti dall'art. 829 c.p.c."*.

¹¹³ G. TOTA, *Sulla legittimazione del curatore all'opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nel contraddittorio del solo fallito*, commento alla sentenza della Cass. Civ., sez. I, 28 maggio 2003, n. 8545, in *Riv. Arb.*, 2004, IV, p. 713: *"quale che sia la natura (negoziale ovvero giurisdizionale) della pronuncia impugnata, pertanto, l'interesse del terzo ad opporsi ex art. 404, comma 1, c.p.c. sarà dato unicamente dal pregiudizio, quale criterio di individuazione dei soggetti che, pur estranei al procedimento di formazione della decisione, possano comunque risentire un danno dall'attuazione inter partes del diritto ivi accertato"*. Contra L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 46 ss. Secondo il quale la natura meramente privatistica dello strumento arbitrale determinerebbe l'inefficacia del lodo nei confronti dei soggetti terzi e, quindi, l'inammissibilità dell'intervento del terzo nel procedimento arbitrale, ovvero dell'opposizione di terzo al lodo pronunciato. Bisogna tenere in debita considerazione che tale teoria è stata sviluppata precedentemente alla novella del 1994, pertanto, in quanto smentita esplicitamente anche dal legislatore, risente di tale svantaggio. In ogni caso, anche prima della novella si poteva facilmente obiettare che, quantomeno nel caso in cui il lodo fosse stato omologato, avrebbe indubbiamente acquisito tutte le caratteristiche proprie della sentenza, tra le quali, l'opponibilità ai terzi. Sul punto Cfr. B. SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1995, II, p. 199.

Quindi, per comprendere pienamente le ragioni di opportunità che determinano la differente conformazione della figura del curatore come parte ovvero come terzo rispetto al procedimento arbitrale, è necessario preliminarmente esaminare le impugnazioni da questi (ma anche da qualunque altro soggetto) in astratto esperibili e le relative modalità di azione. In generale, il lodo per arbitrato rituale è impugnabile per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo ai sensi dell'art. 827 c.p.c.¹¹⁴.

Ai sensi dell'art. 827 c.p.c., *"il lodo è soggetto ad impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo"*. Quindi, legittimati ad impugnare il lodo per nullità ovvero per revocazione sono solo i soggetti che siano stati parte del procedimento stesso. Le impugnazioni per nullità e per revocazione sono mezzi di gravame a critica vincolata e devono, a pena d'inammissibilità essere proposti entro i termini di decadenza stabiliti dalla legge.

L'art. 828 c.p.c. dispone il termine c.d. breve in novanta giorni dalla notificazione del lodo e il termine c.d. lungo, entro un anno dall'ultima sottoscrizione dello stesso. Il secondo termine, c.d. lungo, decorre dalla data dell'ultima sottoscrizione del lodo, risultando indifferente il deposito o l'omologazione dello stesso.

L'opposizione di terzo, invece, è esperibile nei casi indicati dall'art. 404 c.p.c., quindi sia nella forma ordinaria che revocatoria.¹¹⁵ In entrambi i casi,

¹¹⁴ Art. 827 c.p.c., rubricato "mezzi d'impugnazione": *"Il lodo è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo. I mezzi d'impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo. Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo"*.

¹¹⁵ A bene vedere questo strumento è coerentemente creato dal Legislatore in favore dei soggetti terzi, soprattutto tenuto conto della "impermeabilità" del giudizio arbitrale che, a differenza del processo in sede giurisdizionale, non permette ai terzi di partecipare volontariamente o di essere coinvolti nel giudizio tramite lo strumento della domanda giudiziale, poiché quello arbitrale è uno strumento che trova nell'accordo negoziale la sua fonte e, contemporaneamente, il suo limite.

l'opposizione di terzo è esperibile da soggetti che non abbiano preso parte al procedimento arbitrale.¹¹⁶

Nel caso dell'opposizione di terzo ordinaria, secondo la dottrina maggioritaria, il soggetto terzo deve necessariamente essere titolare di un diritto autonomo ed incompatibile rispetto al diritto accertato dal lodo pronunciato "inter alios" e che riceva un inevitabile pregiudizio dall'esecuzione del lodo impugnato.¹¹⁷

Come noto, l'opposizione di terzo, regolata dall'art. 404 c.p.c., costituisce un mezzo d'impugnazione straordinario, poiché può essere esperito senza limiti temporali anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza (o del lodo) e facoltativo, poiché non è l'unica azione esperibile potendo il terzo ricorrere anche ad un'autonoma azione di accertamento.

Infine, l'opposizione di terzo revocatoria, di cui al secondo comma dell'art. 404 c.p.c., è esperibile, per espressa previsione di legge, dai creditori o dagli aventi causa delle parti e si caratterizza per essere un'impugnazione in senso stretto, ossia volta non a rinnovare il giudizio, ma a far rilevare l'inopponibilità della decisione, frutto di dolo o della collusione delle parti, nei confronti del terzo che quindi rimane indenne dalla produzione di ogni eventuale danno.

¹¹⁶ Se si tiene presente la distinzione tra ambito oggettivo del patto compromissorio ed ambito soggettivo del giudizio arbitrale, sembra doversi riconoscere che un soggetto vincolato dall'accordo compromissorio, ma rimasto estraneo al processo arbitrale, possa proporre opposizione di terzo. E' proprio questo spunto a costituire il grimaldello che, secondo alcuni, permetterebbe al curatore rimasto estraneo al giudizio arbitrale, di proporre impugnazione ai sensi dell'ar. 404 c.p.c.. Cfr. sul punto E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, *op. cit.*, p. 629 ss..

¹¹⁷ F. CARNELUTTI, *Legittimazione alla opposizione di terzo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1946, II, p. 50; G. FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968, p. 70; S. MENCHINI, *Pretendenti (lite tra)*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 306 ss.; secondo altri, invece, detto mezzo di impugnazione può essere validamente utilizzato anche dal litisconsorte necessario illegittimamente pretermesso, cfr. C. CECHELLA, *l'opposizione di terzo alla sentenza*, Torino, 1995, p. 71 ss.; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965; A. PROTO PISANI, *A proposito dei «frammenti sull'opposizione di terzo» di Angelo Gualandi*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1320 ss.; in giurisprudenza: Cass. Civ., 28.05.2003, n. 8545, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5, con nota di G. TOTA; Cass. Civ., sez. I, 24.05.1999, n. 5026, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 1144; Cass. Civ., 13.08.1990, n. 8258, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 8.

L'opposizione di terzo revocatoria deve essere esperita dal terzo, a pena di decadenza, nel termine di trenta giorni dalla scoperta della collusione o del dolo delle parti in suo danno.¹¹⁸

La forte caratterizzazione dell'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.

Dopo questa necessaria e preliminare disamina delle azioni esperibili dai terzi avverso la sentenza e, conseguentemente, *ex art. 827 c.p.c.*, anche avverso il lodo, è abbastanza agevole comprendere come il curatore possa adoperare ognuna delle suddette impugnazioni secondo il diritto che intende, nello specifico caso, tutelare.

Come accennato in precedenza, infatti, il discrimine tra le diverse soluzioni è dato essenzialmente dall'interesse che il curatore intende perseguire attraverso l'impugnazione: 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 diverso 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..

In altre parole, sarà considerato soggetto "terzo" tutte le volte in cui intenderà far valere il diritto della massa o di uno o più creditori o di uno o più aventi causa, mentre sarà considerato come "parte" ogni qual volta vorrà tutelare un diritto del fallito.

¹¹⁸ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, *op. cit.*, p. 859; B. SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1995, II, p. 199.

Partendo da questa necessaria premessa, è importante 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.*¹¹⁹.

¹¹⁹ Con riferimento a questo caso va tenuta sempre presente la giurisprudenza della Suprema Corte sopra (Cass. Civ. 8545/2003) richiamata secondo la quale anche nel processo arbitrale il terzo può essere legittimamente introdotto nel procedimento e considerato parte dello stesso

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.¹²⁰

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.

Dopo aver riepilogato i vari mezzi d'impugnazione previsti dal nostro ordinamento nei confronti del lodo arbitrale rituale ed aver verificato quali di queste sono esperibili dal curatore, è il momento di verificare più puntualmente i casi in cui questi possa essere identificato come "parte" ovvero

solo a seguito della notifica di un formale atto assimilabile alla domanda giudiziale in cui, in altre parole, siano specificate le circostanze e le pretese della parte.

¹²⁰ Cfr. sul punto Cass. Civile, sez. I, 22 giugno 2005, n. 13442 con nota di G. SANTAGADA, *Sulle impugnazioni esperibili dal curatore fallimentare avverso un lodo rituale pronunciato anteriormente alla dichiarazione di fallimento e sulle possibili ripercussioni derivanti dal nuovo comma 5 dell'art. 72 Legge fall.*, in *Riv. Arb.*, 2006, IV, p. 712 ss., secondo il quale: "si ha l'impressione che talvolta la giurisprudenza, in nome di un non giustificato favor verso le ragioni del fallimento, consenta al curatore di esperire azioni (ovvero, per quello che qui maggiormente interessa, impugnazioni) anche in deroga rispetto a quelli che sono i normali limiti previsti dall'ordinamento"; nella sentenza commentata, infatti, addirittura la Suprema Corte parte aver ritenuto ammissibile un'opposizione di terzo revocatoria, quindi nell'interesse dei creditori, che ha dedotto un vizio del lodo riconducibile a quello di cui all'art. 829, n. 1 c.p.c.; è del tutto evidente che con lo strumento dell'impugnazione di cui al secondo comma dell'art. 404 c.p.c. non sarebbe stato ne' possibile ne' immaginabile dedurre un tale vizio che può essere utilmente dedotto solo con l'impugnazione per nullità; per una più completa rassegna giurisprudenziale, seppur risalente, Vedi anche F. BUCOLO, *Orientamenti giurisprudenziali sul curatore-parte e il curatore terzo nell'ottica dell'interesse perseguito*, in *Fall.*, 1980, p. 826 ss..

come “terzo” al fine di individuare le impugnazioni da questi concretamente esperibili anche avuto riguardo alla posizione che il curatore ha assunto - o non assunto - all’interno dell’arbitrato svolto.

Un primo orientamento ritiene che il curatore possa promuovere l’impugnazione per nullità per tutti i vizi previsti all’art. 829 c.p.c., ogni qual volta, dopo l’apertura della procedura concorsuale, decida di subentrare nel contratto cui la clausola compromissoria accede. Parimenti sarà esperibile anche l’impugnazione per revocazione. Naturalmente, in entrambi i casi sarà necessario che non siano trascorsi i termini decadenziali di novanta giorni dalla notificazione della sentenza e, in caso di mancata notificazione, di un anno dalla pubblicazione.¹²¹

Qualora il lodo fosse stato reso prima della dichiarazione di fallimento, il curatore non abbia deciso di sciogliersi dal contratto principale *ex art. 72 L.F.* ed il lodo sia divenuto inoppugnabile, perché è spirato il termine per l’impugnazione, allora, a parere di chi scrive, il curatore dovrebbe necessariamente conformarsi alle statuizioni in esso contenute.

Caso diverso, invece, è quello in cui il curatore abbia deciso di sciogliersi dal contratto *ex art. 72 L.F.*, poiché in questo caso non potrebbe essere considerato che “terzo” rispetto alle parti del procedimento arbitrale e, quindi, potrebbe utilmente esperire, sempre che ricorrano i presupposti previsti dalla legge come condizioni di ammissibilità, le impugnazioni per opposizione di terzo, ordinaria e revocatoria.

¹²¹ il termine “lungo” per l’impugnazione del lodo per nullità, previsto all’art. 828 c.p.c., ult. co., stabilito in un anno è rimasto invariato anche dopo la novella di cui al d. lgs. 69/2009 che ha ridotto a sei mesi il medesimo termine per l’impugnazione delle sentenze. Probabilmente si tratta di un errore di coordinamento in quanto non è dato ravvisare una ragione plausibile tendente a differenziare il regime temporale delle due impugnazioni, nonostante ciò, stante l’attuale chiara formulazione della norma non è comunque possibile sostenere un’interpretazione diversa che sarebbe, evidentemente, contraria al tenore letterale della norma.

Quest'orientamento è stato, tuttavia, criticato da Autorevole dottrina,¹²² poiché ritenuto in qualche modo carente di una necessaria prospettiva sistematica anche dal punto di vista processuale. Infatti, la distinzione testé citata si basa solo ed esclusivamente sul rapporto sostanziale controverso e sulla sorte del contratto: all'ingresso o meno del curatore nel contratto pendente si ricollegherebbe solo alla possibilità di impugnazione.

Invece, secondo altri sarebbe necessario fare riferimento non solo, o non tanto al rapporto sostanziale sottostante, ma alla pronuncia (degli arbitri ovvero del giudice dello Stato) che costituisce la vera fonte idonea a produrre effetti giuridici diretti nei confronti delle parti del procedimento, ma anche eventuali ed indiretti nei confronti dei terzi.

In altre parole, se la pronuncia fosse resa anche nei confronti del fallimento - come parte del procedimento - allora questo ne sarebbe vincolato, viceversa, se la pronuncia fosse stata resa solo nei confronti del fallito, allora questa spiegherebbe i suoi effetti solo nei confronti di quest'ultimo tornato *in bonis*.

Secondo questa tesi, infatti, si dovrebbe distinguere tra:

- a) il lodo avente ad oggetto la validità stessa e l'efficacia del contratto stipulato dal fallito quando era *in bonis*,¹²³
- b) il lodo (o i lodi) aventi ad oggetto singoli effetti del contratto che, quindi, in nessun caso può determinare la caducazione completa dello stesso¹²⁴.

Nel caso sub a), infatti, il curatore, non è più nella condizione di poter scegliere se subentrare o meno nel contratto pendente - *ex art. 72 L.F.* - poiché il

¹²² G. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, III ed., cit., p. 83;

¹²³ a titolo esemplificativo si può pensare al lodo che risolve il contratto in essere per inadempimento di una delle parti ovvero nei casi di nullità dall'art. 1418 c.c..

¹²⁴ in questo caso, invece, è possibile immaginare una controversia avente ad oggetto l'esatta determinazione dell'ammontare delle riserve iscritte dall'appaltatore durante l'esecuzione di un contratto d'appalto con la stazione appaltante, ovvero il lodo che venga pronunciato sulla domanda di riduzione del prezzo di vendita, ecc..

contratto, in realtà, è già stato dichiarato nullo a seguito della pronuncia del lodo. In tal caso, quindi l'unica possibilità d'intervento del curatore sarà l'impugnazione per nullità, sempre all'interno dello spettro di motivi previsti all'art. 829 c.p.c., nonché la revocazione ex art. 831 c.p.c., in quanto entrambe esperibili nell'interesse del fallito ed a tutela del diritto di cui questi è diretto titolare, sempre che residui tempo per l'impugnazione che, giova ricordarlo, ha un termine breve di novanta giorni dalla notificazione del lodo ed un termine lungo di un anno dalla pubblicazione, in caso di mancata notificazione. In ultima ipotesi, nel caso sia già spirato il termine per l'impugnazione, è ragionevole ritenere che anche il curatore debba adeguarsi alla pronuncia dell'arbitro ovvero del collegio arbitrale.

Nel caso in cui il lodo, pronunciato prima della dichiarazione di fallimento, avesse ad oggetto non la validità o l'efficacia del contratto, ma singoli effetti collegati a questo, si potrà dire che il curatore, in quanto subentrato nel contratto in luogo del fallito, in questa veste potrà impugnare il lodo sia per nullità che per revocazione.

Nonostante ciò, contemporaneamente potrà, nell'interesse dei creditori, proporre opposizione di terzo revocatoria chiedendo al giudice di dichiarare inefficace il lodo ottenuto fraudolentemente dalle parti.¹²⁵

Nel caso in cui il curatore, oltre a stare in giudizio a difesa degli interessi del fallimento, intenda tutelare anche gli interessi propri della massa creditoria, ben potrà, quindi esperire l'opposizione di terzo.

Dottrina e giurisprudenza, sul punto, si sono per lungo tempo confrontate tentando di riconoscere i diversi effetti a seconda della natura giurisdizionale o

¹²⁵ G. VERDE, op. ult. cit., p. 83 ss.; G. SANTAGADA, *Sulle impugnazioni esperibili dal curatore fallimentare avverso un lodo rituale pronunciato anteriormente alla dichiarazione di fallimento e sulle possibili ripercussioni derivanti dal nuovo comma 5 dell'art. 72 Legge fall.*, op. cit., p. 721; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, op. cit., p. 12 ss.; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, op. cit., p. 55 ss.

privata del procedimento arbitrale. Tuttavia, è plausibile ritenere che a prescindere dalla natura dell'arbitrato, l'interesse del terzo all'opposizione ex art. 404, comma primo, c.p.c. sia rinvenibile esclusivamente nel pregiudizio che lo stesso può subire a causa dell'esecuzione della decisione del collegio arbitrale.¹²⁶

In realtà, la diversa posizione, che determina anche diverse possibilità di azione, del curatore è diretta conseguenza sia dalla scelta di aderire o meno al procedimento arbitrale in corso sia al subentro dello stesso in luogo del fallito prima, durante o dopo la conclusione del procedimento arbitrale.

Infatti, a seconda della situazione che si può concretamente realizzare, il curatore può essere abilitato ad impugnare il lodo pronunciato tra le parti con i diversi mezzi previsti dall'ordinamento a tutela di differenti posizioni giuridiche: il fallito o la massa dei creditori.

Potrebbe accadere che il curatore, attraverso l'impugnazione del lodo, si proponga di tutelare la massa dei creditori del fallimento, ovvero potrebbe semplicemente voler tutelare i diritti del fallito all'esito di una pronuncia del giudice privato che egli ritiene erronea, o comunque lesiva degli interessi particolari del fallito, o ancora potrebbe mirare alla tutela di entrambe le

¹²⁶ La distinzione, soprattutto con riferimento agli effetti del lodo nei confronti dei terzi, seppur non condivisibile, aveva forse ragion d'essere prima della riforma con la quale il lodo è stato equiparato alla sentenza dal punto di vista degli effetti. Cfr. L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 46 ss. secondo il quale la matrice privatistica dell'arbitrato determinerebbe l'inefficacia del lodo rispetto alle parti che non abbiano aderito alla convenzione di arbitrato e al successivo procedimento. Tuttavia, successivamente anche il Legislatore, equiparando gli effetti del lodo a quelli della sentenza, ha confermato che, seppur la pronuncia è diretta alle parti del procedimento, ella possa occasionalmente investire la posizione giuridica di soggetti diversi rispetto alle parti del giudizio. Sul punto, Cfr. B. SASSANI, *op. ult. cit.*, 1995, II, p. 199 ss.; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 13 ss.; M. BOVE, *Processo arbitrale e terzi*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 784 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 831 c.p.c.*, in *Arbitrato* a cura di F. CARPI, *op. cit.*, p. 723 ss.;

posizioni giuridiche attraverso la contestuale proposizione dell'azione di nullità e dell'opposizione di terzo.

Quindi, la scelta del curatore di utilizzare l'uno o l'altro mezzo di gravame potrebbe scaturire da una sua scelta strategica e processuale, ma potrebbe anche essere diretta conseguenza della situazione processuale ereditata dal fallito.

Infatti, ove questi avesse preso parte, subentrando al fallito, al procedimento arbitrale, potrà certamente adoperare l'impugnazione per nullità per i casi previsti all'art. 829 c.p.c. e su questa possibilità non c'è discussione.

Viceversa, nel caso in cui il curatore non avesse preso parte all'arbitrato perché non a conoscenza della procedura e, quindi, formalmente non parte della stessa, secondo alcuni, non potrebbe essere considerato parte del procedimento. In tal caso, sarebbe il fallito a ricoprire questo ruolo e conseguentemente gli effetti del lodo non potrebbero che svilupparsi esclusivamente nei suoi confronti una volta tornato *in bonis*.

In questo caso, posto che il curatore non potrebbe essere considerato parte del procedimento, la sua posizione si potrebbe più concretamente configurare come quella di un soggetto terzo a tutela esclusiva della massa creditoria e, pertanto, sarebbe abilitato alle diverse impugnazioni per opposizione di terzo ordinaria o anche revocatoria con esclusione dell'impugnazione per nullità ex art. 829 c.p.c..

Ovviamente, in questo caso, non avendo il curatore preso parte al procedimento arbitrale, non potrà far valere i vizi di nullità del lodo previsti all'art. 829 c.p.c. se non - ma la dottrina non è unanime¹²⁷ - il vizio di nullità previsto al n. 9 per mancata osservanza del principio del contraddittorio. Infatti, secondo quella parte della dottrina che ritiene che sia onere degli

¹²⁷ G. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, III ed., op. cit., p. 86.

arbitri rilevare il mutamento della legittimazione passiva in capo al curatore a seguito della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, nel caso in cui questo non dovesse avvenire verrebbe violato il principio del contraddittorio all'interno del procedimento arbitrale cui l'art. 829, n. 9, c.p.c. ricollega la nullità.

Anche in questo caso, tuttavia, la conclusione non deve essere così affrettata in quanto la norma è certamente integrata dal comma successivo dell'art. 829 secondo il quale *"La parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo"*.

A parere di chi scrive, questa norma riveste capitale importanza nella vicenda e soprattutto in chiave interpretativa della dibattuta questione circa la necessità che siano gli arbitri a rendere edotta la parte dell'esistenza del procedimento arbitrale al fine di permetterle la partecipazione o sia, invece, la procedura fallimentare, attraverso i suoi organi e, in primis il curatore, a spendersi fattivamente per partecipare al procedimento arbitrale senza se e senza ma.

Un'opinione contraria, infatti, permetterebbe al curatore di scegliere se partecipare all'arbitrato in funzione dei risultati prevedibili dello stesso, ad esempio, avuto riguardo alle risultanze note dell'istruzione probatoria condotta dal collegio senza possibilità di influire in maniera determinante sulla decisione.

Seguendo la tesi per cui sarebbe onere del collegio avvisare la procedura fallimentare, ove questo fosse all'oscuro della dichiarazione di fallimento e in procinto di comunicare la decisione, il curatore potrebbe scegliere di non intervenire valutando più vantaggioso aspettare la decisione che, se negativa,

lascerebbe allo stesso la possibilità di impugnare il lodo per violazione del principio del contraddittorio.

In questa ipotesi, francamente aberrante, troverebbe sicura applicazione la norma sopra citata, poiché il curatore, a conoscenza della pendenza del procedimento arbitrale, scegliendo di non prendervi parte darebbe causa all'ipotesi di cui all'art. 829, n. 9, c.p.c., così determinando l'impossibilità di potersi avvalere dell'impugnazione. Detta violazione, tuttavia, dovrebbe essere oggetto di un'apposita eccezione di merito della controparte nel giudizio di impugnazione.

Inoltre, circa la possibilità per il curatore pretermesso di impugnare il lodo per nullità *ex art. 829, n. 9, c.p.c.* rileva anche un'altra ragione di carattere sistematico. E' stato correttamente sostenuto che i motivi di nullità di cui all'art. 829 c.p.c. possono essere fatti legittimamente valere solo da coloro i quali siano stati parte del procedimento. Infatti, nel caso in cui la parte non sia stata messa in condizioni di parteciparvi ben potrà fare ricorso alle impugnazioni previste all'art. 827 c.p.c. e riservate alla tutela dei soggetti terzi. Quindi, bisognerà verificare se il fallimento, in quanto succeduto al fallito, possa essere considerato *tout court* parte del procedimento arbitrale in forza della costituzione effettuata dal fallito ancora *in bonis* ovvero se possa essere considerato come tale sono nel caso in cui sia formalmente subentrato al fallito con un nuovo formale atto di costituzione.

Su questo punto è certamente rilevante l'assenza dell'istituto dell'interruzione nell'arbitrato e la connessa inesistenza dell'atto di riassunzione del procedimento interrotto.

Ciò considerato, quindi, in assenza dell'istituto dell'interruzione e stante la minore formalità del procedimento arbitrale, si potrebbe sostenere che il curatore subentri nell'arbitrato in luogo del fallito, come nelle altre

innumerevoli situazioni soggettive, *tout court* e, pertanto, che in quanto parte del procedimento possa utilizzare le impugnazioni riservate alle parti ai sensi dell'art. 829 c.p.c..

Anche su quest'aspetto, tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina risultano divise e, anzi, l'interpretazione della Suprema Corte¹²⁸ sembra avallare una visione più formalistica dell'istituto ritenendo che il fallimento non possa essere considerato come parte del procedimento arbitrale, in luogo del fallito, fintanto che questo non venga formalmente introdotto nell'arbitrato attraverso la notifica di una formale domanda, per così dire, giudiziale.

Detta autorevole opinione, tuttavia, si scontra con la struttura - meno formale - e l'intento - più pragmatico - dello strumento arbitrale riconoscendo, in questo modo, le soluzioni prima richiamate - e non condivise - circa la possibilità che il curatore, ove non formalmente introdotto nel procedimento, scelga di non prendervi parte così da pretendere, poi, che la decisione non spieghi i suoi

¹²⁸ Cfr. Cass. Civ., 28.05.2003, n. 8545, in Giust. civ. Mass. 2003, 5, con nota di G. TOTA. Secondo i giudici della Suprema corte, infatti *"Presupposto ineludibile perché un soggetto possa considerarsi parte in un giudizio è che nei suoi confronti venga proposta una domanda dalla controparte. A tale proposito occorre tenere presente la distinzione che esiste tra domanda, in quanto tale, in senso sostanziale e l'atto introduttivo del giudizio che normalmente la contiene. Sotto tale profilo deve ritenersi che, nel caso in cui la domanda venga proposta ma l'atto introduttivo del giudizio sia affetto da nullità, il convenuto destinatario della domanda ha, tuttavia, acquisito la qualità di parte nel giudizio, ed altrettanto deve ritenersi nel caso di nullità della notifica dell'atto introduttivo (Cass 6416-98), poiché in ogni caso esiste una manifestazione di volontà contenente una richiesta di giudizio diretta nei confronti di un dato soggetto. Non altrettanto può ritenersi nel caso in cui nessuna domanda venga proposta e nessun atto di parte venga indirizzato verso un dato soggetto. È quanto avvenuto nel caso di specie in cui - come verrà esaminato più approfonditamente nell'esame del sesto motivo di ricorso - la sentenza impugnata ha riscontrato che nessuna domanda era stata proposta dalla A. nei confronti del fallimento".* Contra: Cass. Civ., sez. III, 1.07.1998, n. 6416, in Giust. civ. Mass. 1998, 1431: *"si osserva che esso non spiega alcuna influenza allorquando il giudice, nonostante la mancata (o nulla) notifica della citazione, abbia ritenuto presente in giudizio il litisconsorte necessario non evocato (o irritualmente evocato) ed abbia emesso la pronuncia anche nei suoi confronti. In tal caso, infatti, al fine della legittimazione all'impugnazione, non potrebbe essere disconosciuta a quel soggetto la qualità, solo formale, di "parte" del giudizio e della sentenza impugnata (così, in motivazione, Cass. 23 aprile 1980 n. 2652)".*

effetti nei confronti della curatela, ma solo ed eventualmente nei confronti del fallito tornato *in bonis*.

Conclusivamente, da quanto esposto è possibile affermare che il curatore possa contestualmente impugnare il lodo reso dal collegio sia per nullità, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., sia per opposizione di terzo così facendo valere, anche all'interno del medesimo procedimento, posizioni soggettive diverse, del fallito e della massa.

Pur dovendo rappresentare delle perplessità sulla possibilità che un medesimo soggetto, il curatore, possa spiegare difese in favore di soggetti caratterizzati da interessi profondamente diversi, ossia la massa creditoria e il fallito, non si può non constatare che, allo stato, questa prerogativa gli sia concessa. Come accennato in precedenza, tuttavia, deve essere chiaro che i motivi di impugnazione di cui all'art. 829 c.p.c. devono essere utilizzati nel rigoroso rispetto delle norme, quindi solo dal curatore a tutela della posizione della parte che ha partecipato al procedimento arbitrale e non a tutela indistinta della massa creditoria. Detti motivi di impugnazione possono, viceversa, essere introdotti nel caso in cui il curatore abbia proposto, ad esempio, solo l'opposizione di terzo a causa del decorso del termine impugnatorio riferito all'azione di nullità.

Parte seconda - il caso pratico

La seconda parte di questo lavoro sul rapporto tra l'arbitrato e il fallimento è dedicata allo studio ed al commento critico di un caso pratico che lo scrivente ha avuto l'opportunità di seguire in veste di segretario del collegio autorevolmente composto dal dott. Mario Delli Priscoli - presidente -, dal prof. avv. Ernesto Stajano - arbitro - e dal prof. avv. Romano Vaccarella - arbitro -.

La lite trae origine da un contratto di affidamento delle attività di consulenza, assistenza, progettazione e servizi di ingegneria occorrenti per la realizzazione degli interventi di cui al piano di sviluppo di un aeroporto da parte della società di gestione aeroportuale al raggruppamento temporaneo di imprese composto da tre società, due mandanti ed una mandataria.

Al seguito di verifiche effettuate, la società di gestione aeroportuale decideva di recedere dal contratto per inadempimento del raggruppamento ai sensi di una clausola espressamente prevista in contratto e di accedere al procedimento arbitrale, ai sensi della clausola compromissoria contenuta in contratto, per il risarcimento dei danni nel frattempo occorsi ed asseritamente ascrivibili al r.t.i..

Per quel che interessa il presente studio, successivamente alla notifica della domanda di accesso all'arbitrato, il collegio si costituiva in data 19 ottobre 2009 ed il giorno successivo, il 20 ottobre 2009, il Tribunale di Milano dichiarava, con sentenza, il fallimento di una delle due società mandanti del r.t.i..

Il curatore di detta società in fallimento, nominato dal Tribunale, comunicava la volontà di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 72 L.F. e, conseguentemente,

determinare l'improcedibilità del giudizio arbitrale in corso ai sensi dell'art. 83 *bis* della medesima legge.

Il difensore della società che aveva dato accesso all'arbitrato, a questo punto, chiedeva al collegio di pronunciarsi "*immediatamente, anche con lodo parziale, in ordine alla sua persistente competenza a conoscere della controversia*", e che valutasse, altresì, "*la persistente legittimazione passiva della mandataria, in proprio e quale mandataria, nell'ambito del procedimento arbitrale in esame*".

Di seguito, si riporta il testo del lodo arbitrale parziale.

LODO ARBITRALE

Il collegio composto dai signori:

dott. Mario Delli Priscoli presidente

prof. avv. Ernesto Stajano arbitro

prof. avv. Romano Vaccarella arbitro

ha pronunciato il seguente

LODO

nella controversia

TRA

Società GE.S.A.C. – Gestione Servizi Aeroporti Campani S.p.a., elett.te domiciliata in Roma, piazza della Libertà, n. 20, presso lo studio dell'avv. Marco Orlando, che la rappresenta e difende per delega a margine della domanda di arbitrato.

E

Pascall & Watson Ltd, in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito in data 17-2-1998 tra la stessa Pascall & Watson Ltd, Ausglobe Formula S.p.a. e Jacobs Gibb Ltd,, elett.te domiciliata in Roma, piazza di Spagna n. 15, presso lo studio degli avvocati C. Ferdinando Emanuele e Milo Molfa, che la rappresentano e difendono, anche disgiuntamente, per procura autenticata e munita di apostile il 2-7-2009 in conformità alla Convenzione de L'Aia in data 5-10-1961.

Clausola compromissoria contenuta all'art. 12 del contratto stipulato tra le parti suddette in data 8 ottobre 1998. Sede dell'arbitrato in Napoli.

CONCLUSIONI

Con memorie depositate il 31 maggio 2010 le parti così precisavano le loro conclusioni:

Società GE.S.A.C.: "Voglia l'on. Collegio arbitrale accertare e dichiarare, anche con lodo arbitrale non definitivo, la propria competenza a decidere la presente controversia, ai sensi della clausola compromissoria contenuta all'art. 22" (recte: 12) "del contratto sottoscritto tra la GESAC S.p.a. e il R.T.I. in data 8 ottobre 1998, ancorché sia intervenuta, successivamente all'instaurazione del presente giudizio, la dichiarazione di fallimento della Ausglobe S.p.a. - società componente il raggruppamento.

Voglia, altresì, l'on. Collegio arbitrale accertare e dichiarare la legittimazione passiva della Pascall & Watson Ltd, in qualità di mandataria del R.T.I..

In via subordinata, nell'ipotesi in cui si ritenesse la Pascall & Watson priva dei poteri di rappresentanza delle società costituenti il R.T.I., voglia l'on. Collegio adito, per le ragioni esposte in narrativa, accertare e dichiarare comunque la legittimazione passiva nel presente giudizio della Pascall & Watson Ltd in proprio, quale società costituente il R.T.I..

Si ribadiscono, altresì, i quesiti sottoposti all'on. Collegio nell'atto di costituzione GESAC S.p.a.:

"PRIMO QUESITO: Voglia il Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare la violazione da parte dell'Affidataria degli obblighi contrattuali assunti con la sottoscrizione del contratto del 8/10/98, in quanto la Pascall & Watson, in qualità di capogruppo del RTI Affidatario composto anche dalla GIBB Ltd e dalla Ausglobe Formula S.p.a., non ha rispettato i criteri pattuiti dalle parti per la determinazione dei compensi professionali ad essa spettanti, violando l'art. 7 del contratto, il punto A) ed il punto B) del Capitolato d'Oneri e l'Offerta Economica presentata, nonché gli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto.

SECONDO QUESITO: Voglia l'Onorevole Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare che, a fronte della corretta applicazione dei criteri per la determinazione dei compensi professionali pattuiti nel contratto del 8/10/98 ed in virtù dell'attività professionale espletata da controparte, l'importo dovuto dalla GESAC S.p.a. al RTI - e dunque alle Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - a titolo di competenze professionali è pari ad € 5.128.820,01 e per l'effetto, tenuto conto che la GESAC S.p.a. ha versato in favore del RTI la somma di € 6.031.238,52, a fronte delle fatture emesse e già liquidate, voglia l'On. Collegio accertare e dichiarare che il RTI, e

dunque le Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd, ha indebitamente percepito la somma di € 953.664,96..

TERZO QUESITO: Voglia l'Onorevole Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare che, in considerazione dell'erronea applicazione da parte del RTI - e dunque delle Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - dei criteri per la determinazione dei compensi professionali pattuiti nel contratto del 8/10/98, risulta infondata la richiesta di pagamento di ulteriori € 4.267.355,13 in relazione all'importo totale fatturato, in quanto l'attività professionale espletata dal RTI già risulta soddisfatta dai versamenti eseguiti dalla GESAC S.p.a.

QUARTO QUESITO: Voglia l'Onorevole Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare che le perizie in variante, descritte in narrativa e riportate specificatamente nella consulenza tecnica allegata, sono state eseguite e realizzate dal RTI - e dunque delle Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - per sopperire ad originarie carenze progettuali e/o errori progettuali imputabili al medesimo RTI e, per l'effetto, accertare e dichiarare che in ordine a tali perizie in variante nessun compenso professionale è dovuto dalla GESAC in favore del RTI - e dunque delle Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd.

QUINTO QUESITO: Voglia l'Onorevole Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare che, ai sensi e per l'effetto dell'art. 5 del contratto suindicato, la GE.S.A.C. S.p.a. ha esercitato legittimamente il diritto di recesso dal contratto a causa degli inadempimenti agli obblighi contrattuali perpetuati dal RTI Affidatario - e dunque dalle Società costituenti il medesimo, rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - come sopra specificati e, per l'effetto, accertare e dichiarare l'intervenuta risoluzione del contratto per inadempimento del RTI.

SESTO QUESITO: Voglia l'Onorevole Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare il diritto della GE.S.A.C. S.p.a. alla restituzione della somma di € 953.664,96, indebitamente percepita dal RTI - e dunque dalle Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - a fronte delle fatturazioni emesse e liquidate, maggiorata degli interessi maturati e della rivalutazione monetaria a far data dagli indebiti versamenti sino all'effettivo soddisfo e per l'effetto condannare il RTI - e dunque le Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - al versamento in favore di GESAC S.p.a. di detta somma.

SETTIMO QUESITO: Voglia l'Onorevole Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare il diritto della

GE.S.A.C. S.p.a. al risarcimento del danno subito a causa della condotta inadempiente assunta dal RTI e condannare il RTI - e dunque le Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - al pagamento in favore della GESAC S.p.a. della somma di € 2.000.000,00, a titolo di risarcimento del danno, ovvero della somma minore o maggiore ritenuta di giustizia.

Accertare e dichiarare, altresì, il diritto della Committente alla liquidazione in proprio favore da parte del RTI - e dunque delle Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd. - della penale di cui all'art. 7, ultimo comma, del contratto.

Tale disposizione prevede l'applicazione di una penale pari al 1% del valore del progetto, in caso di ritardo nella consegna dell'elaborato.

OTTAVO QUESITO: In via subordinata, voglia l'Onorevole Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare che il RTI - e dunque le Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - ha ottenuto un arricchimento senza giusta causa avendo percepito la somma di € 953.664,96, senza aver svolto alcuna prestazione professionale a giustificazione di tale compenso.

Per l'effetto, voglia l'On. Collegio accertare e dichiarare il diritto della GESAC S.p.a. a vedersi restituire dal RTI - e dunque dalle Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - ai sensi e per gli effetti dell'art. 2041 c.c. la somma di € 953.664,96, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data dei versamenti fino all'effettivo soddisfo e condannare il RTI - e dunque le Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd - al pagamento di detta somma in favore della Società istante.

NONO QUESITO: Voglia l'Onorevole Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare l'infondatezza della domanda riconvenzionale proposta dal RTI - e dunque le Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd.

La Committente ha esercitato il diritto di recesso, ai sensi dell'art. 5 del contratto, a causa della grave condotta inadempiente assunta dall'Affidataria.

Pertanto, ai sensi dell'articolo contrattuale suindicato, la Affidataria non ha diritto ad alcun indennizzo e risarcimento del danno.

CONCLUSIONI Voglia il Collegio Arbitrale, contrariis reiectis, dare risposta affermativa sui quesiti sopra formulati, con ogni consequenziale pronuncia e statuizione accertativi, ivi compresa la condanna della controparte al pagamento delle spese, diritti ed onorari del giudizio arbitrale stesso in

favore della GESAC S.p.a., nonché l'integrale condanna del RTI - e dunque delle Società costituenti il medesimo rappresentate dalla Pascall & Watson Ltd. - delle spese ed onorari per il Collegio arbitrale."

Pascall & Watson Ltd: "Voglia l'ecc.mo Collegio Arbitrale, contrariis rejectis:

a. In via pregiudiziale di rito, dichiarare che Pascall+Watson Ltd è ormai priva di legittimazione passiva rispetto alle domande di GE.S.A.C. - Gestione Servizi Aeroporti Campani S.p.a. o, comunque, estrometterla dal presente giudizio;

b. In via subordinata e nel merito, rigettare tutte le domande proposte da GE.S.A.C. - Gestione Servizi Aeroporti Campani S.p.a. in quanto infondate in fatto ed erronee in diritto;

c. In via riconvenzionale, qualora non fosse accolta la domanda di cui al precedente punto a., condannare GE.S.A.C. - Gestione Servizi Aeroporti Campani S.p.a. a pagare le seguenti somme al Raggruppamento, oltre interessi legali e rivalutazione:

(i) Euro 4.447.539,13 oppure la diversa somma che risulterà dovuta in corso di causa a titolo di corrispettivo per prestazioni regolarmente eseguite in base al contratto;

(ii) Euro 546.949,47 oppure la diversa somma che risulterà dovuta in corso di causa a titolo di indennizzo ex art. 5 del contratto;

(iii) L'importo che sarà quantificato in corso di causa oppure liquidato in via equitativa a titolo di risarcimento del danno subito dal Raggruppamento;

d. In ogni caso, condannare GE.S.A.C. - Gestione Servizi Aeroporti Campani S.p.a. a pagare tutte le spese e gli onorari del Collegio Arbitrale e dei difensori di Pascall+ Watson Ltd nel presente giudizio, (oltre IVA e CPA come per legge), anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c."

FATTO

Con atto notificato il 16 giugno 2009 la Società GE.S.A.C. - Gestione Servizi Aeroporti S.p.a., premesso di essere titolare della gestione totale dell'Aeroporto Internazionale di Napoli Capodichino in virtù della Concessione n. 50 stipulata con l'E.N.A.C. il 9 dicembre 2002 avente ad oggetto "l'affidamento della concessione, della progettazione, sviluppo, realizzazione, adeguamento, gestione, manutenzione ed uso degli impianti e delle infrastrutture aeroportuali, comprensivi dei beni demaniali dell'Aeroporto di Napoli Capodichino", esponeva che "con bando pubblicato sulla G.U. CEE il 19.11.1997 e successiva lettera di invito del 10.01.1998"

essa aveva "indetto una gara tra soggetti selezionati al fine di affidare lo svolgimento delle attività di consulenza, assistenza, progettazione e servizi di ingegneria occorrenti per la realizzazione degli interventi di cui al piano di sviluppo" di detto Aeroporto;

che all'esito della gara era risultato aggiudicatario il raggruppamento di imprese composto da Pascall + Watson Ltd, Austin Italia S.p.a. e Gibb Ltd;

che essa Soc. Gesac in data 8 ottobre 1998 aveva stipulato "il contratto per l'affidamento dell'incarico di consulenza, assistenza, progettazione e servizi di ingegneria occorrenti per la realizzazione degli interventi di cui al piano di sviluppo" predetto con la Pascal + Watson Ltd, quale mandataria del menzionato raggruppamento di imprese;

che le prestazioni richieste, presuntivamente previste per il quinquennio 1998-2003, si erano "naturalmente protratte anche oltre il termine previsto";

che "nonostante Pascal+Watson fosse stata designata quale mandataria del raggruppamento di imprese, i rapporti con la committente venivano intrattenuti dalla Austin Italia S.p.a., che provvedeva a curare la fase progettuale, ad assegnare le direzioni lavori e a svolgere in prima persona tutte le attività previste dal contratto, compresa la emissione degli avvisi di pagamento e la riscossione dei corrispettivi, il tutto con espressa accettazione della Pascal + Watson Ltd";

che in data 01.01.2004 la Austin Italia S.p.a. aveva mutato la propria denominazione sociale in Ausglobe Formula S.p.a.;

che nel corso dell'anno 2008 essa Società aveva "provveduto ad una valutazione più approfondita della corrispondenza" delle fatture "alle prestazioni effettivamente eseguite", accertandone la non corrispondenza;

che pertanto con lettera del 22 dicembre 2008 aveva comunicato alla Società Ausglobe "di aver provveduto al pagamento delle fatture emesse fino a quel momento e di aver disposto la sospensione dei pagamenti e iniziato la verifica sia delle fatture da emettere che di quelle già emesse";

che all'esito di tale verifica aveva constatato che "si erano verificati diversi e gravi inadempimenti" della controparte "nel corso dell'appalto e sotto innumerevoli profili";

che ai sensi della clausola compromissoria contenuta nell'art. 12 del contratto, che prevedeva un "arbitrato rituale di diritto", la relativa controversia doveva essere demandata ad un collegio di tre arbitri, di cui due nominati dalle parti e il terzo da tali due arbitri "d'accordo tra loro".

Premesso quanto sopra, esprimeva la volontà di far decidere "l'insorta controversia" al collegio arbitrale "al fine di fare accertare sotto il profilo economico uno scostamento tra le competenze riconoscibili al raggruppamento di imprese e quelle effettivamente richieste di oltre 4.800.000,00 euro, nonché il risarcimento dei danni" conseguenti.

Dichiarava di nominare proprio arbitro il prof. avv. Ernesto Stajano, con studio in Roma, via di Villa Albani n. 12/A e invitava la Pascall+Watson Ltd a procedere nel termine di 20 giorni alla nomina del proprio arbitro.

Con atto notificato il 6 luglio 2009 la Pascall+Watson Ltd esponeva che le domande della Società Ge.S.A.C. erano "del tutto infondate perché il Raggruppamento ha adempiuto esattamente tutte le proprie obbligazioni in base al contratto";

e che "invece dal mese di aprile 2007 GESAC si è resa inadempiente alle obbligazioni di pagamento assunte con il contratto, perché non ha corrisposto almeno € 4,5 milioni", oltre accessori.

Nominava, pertanto, quale proprio arbitro, il prof. avv. Romano Vaccarella, con studio in Roma, via Michele Mercati n. 51 e chiedeva che il collegio arbitrale in via principale rigettasse le domande proposte dalla Società GE.S.A.C. e in via riconvenzionale condannasse tale Società a pagare al Raggruppamento: "almeno € 4,5 milioni a titolo di corrispettivo per prestazioni regolarmente eseguite in base al contratto, oltre interessi e rivalutazione"; l'indennizzo previsto dall'art. 5 del contratto e pari "al 15% dei compensi già maturati e relativi all'incarico" per l'avvenuto recesso senza giusta causa da parte della controparte; e "ogni ulteriore somma dovuta a titolo di risarcimento del danno causato dagli inadempimenti in cui è incorsa la GE.S.A.C."

I due arbitri così nominati concordavano di nominare quale terzo arbitro e presidente del collegio arbitrale il dott. Mario Delli Priscoli, residente in Roma, via Carlo Poma n. 2.

Il 19 ottobre 2009, presso lo studio del prof. avv. Ernesto Stajano avveniva la costituzione del collegio arbitrale, consacrata in verbale in pari data, sottoscritto dai tre arbitri e dal segretario e trasmesso poi, a cura di quest'ultimo, alle parti e ai difensori costituiti.

Da tale verbale risulta che i tre arbitri dichiaravano di accettare l'incarico e di costituirsi in collegio arbitrale sotto la presidenza del dott. Delli Priscoli; e che il collegio così costituito disponeva testualmente:

1) "fissa la propria sede presso lo studio del prof. avv. Ernesto Stajano in (00198) Roma, via di Villa Albani n. 12/A;

- 2) *nomina segretario del collegio il dott. Giampaolo Austa, che dichiara di accettare il relativo incarico e, seduta stante, è immesso nell'esercizio delle relative funzioni;*
- 3) *il segretario provvederà alla custodia degli atti;*
- 4) *assegna alle parti termine fino al 20 novembre 2009 per il deposito delle memorie illustrative, di precisazione dei quesiti e formulazione delle eventuali istanze istruttorie e deposito documenti;*
- 5) *assegna alle parti un secondo termine fino al 14 dicembre 2009 per il deposito di seconda memoria in replica e deposito di ulteriori documenti;*
- 6) *è delegata al presidente del collegio la facoltà di fissare la convocazione delle parti davanti al collegio e di disporre ogni altro atto ordinatorio del procedimento ed ogni incombente che non sia riservato al collegio stesso;*
- 7) *fissa l'udienza per il tentativo di conciliazione tra le parti e l'eventuale discussione della causa per il giorno 18 dicembre 2009, alle ore 15,30 in Roma, via di Villa Albani n. 12/A, presso lo studio del prof. avv. Ernesto Stajano;*
- 8) *le parti provvederanno autonomamente allo scambio delle memorie e dei documenti, alla consegna diretta degli stessi ai singoli componenti del collegio, anche tramite e-mail, presso i recapiti indicati nel presente verbale, nonché a depositare copia presso la sede del collegio. Ai fini del rispetto dei termini di cui ai nn. 4 e 5 si terrà conto esclusivamente del deposito effettuato presso la sede del collegio arbitrale, entro e non oltre le ore 18:00".*

Con atto in data 9 novembre 2009 diretto al collegio arbitrale la Pascall+Watson Ltd esponeva che con sentenza n. 598 del 20 ottobre 2009 il tribunale di Milano aveva dichiarato il fallimento della Ausglobe Formula S.p.a.; che solo il successivo 28 ottobre aveva avuto conoscenza di tale evento; e che in data 3 novembre 2009 la Soc. GE.S.A.C. aveva respinto la sua richiesta "di discutere un nuovo calendario del presente procedimento da sottoporre" al collegio arbitrale.

Aggiungeva che era pacifico che tutti i rapporti con la Soc. GE.S.A.C. venivano intrattenuti dalla Soc. Ausglobe; che dal giorno della dichiarazione di fallimento non aveva "potuto avere accesso alla documentazione contabile e contrattuale, alla corrispondenza e alle altre informazioni riguardanti l'esecuzione del rapporto oggetto" dell'arbitrato, anche perché il curatore nominato dal tribunale non aveva accettato l'incarico, con la conseguenza che "fino al giorno in cui sarà nominato il curatore del fallimento e redatto l'inventario ex art. 87 L.F." essa "si

continuerà a trovare nell'impossibilità materiale giuridica di esercitare il proprio diritto di difesa".

Chiedeva pertanto di "differire fino al 19 febbraio 2010, o alla diversa data ritenuta opportuna, il termine attualmente fissato al 14 dicembre 2009, nonché l'udienza per il tentativo di conciliazione tra le parti e l'eventuale discussione della causa".

Con ordinanza del 13 novembre 2009, ritualmente comunicata alle parti, il presidente del collegio arbitrale, acquisito il parere favorevole degli altri due arbitri, osservava che la domanda della Pascall+Watson Ltd. meritava parziale accoglimento in quanto occorreva tener conto da un lato che il Raggruppamento dalla data di notifica della domanda di arbitrato, avvenuta il 16 giugno 2009, aveva avuto a disposizione un notevole lasso di tempo per preparare le proprie difese, e dall'altro che l'intervenuto fallimento della Soc. Ausglobe non poteva non aver causato difficoltà nel reperimento di documentazione utile alla preparazione delle difese: differiva pertanto i tre menzionati termini del 20 novembre, 14 dicembre e 18 dicembre 2009 rispettivamente al 21 dicembre 2009, al 15 gennaio 2010 e al 22 gennaio 2010.

In data 13 novembre 2009, poche ore dopo la emanazione della menzionata ordinanza, perveniva ai componenti del collegio una missiva con la quale il rag. Giovanni Astone, curatore del fallimento della Soc. Ausglobe, comunicava di essersi "sciolto dal contratto di associazione temporanea d'impresе stipulato il 17/2/1998 con la Pascall+Watson Ltd e Gibb Ltd" e di aver "revocato il mandato di rappresentanza conferito col medesimo atto, come da autorizzazione del giudice delegato in data 12/11/2009". Aggiungeva testualmente: "Pertanto ai sensi dell'art. 83 bis L.F. il procedimento arbitrale non può essere proseguito. Resta impregiudicato il diritto del fallimento di adire le vie giudiziarie per il recupero dei crediti di sua spettanza oggetto del giudizio arbitrale interrotto".

Alla detta missiva erano allegati, oltre al menzionato decreto del giudice delegato, la sentenza di fallimento e il decreto di nomina a curatore del fallimento.

Con missiva in data 9 dicembre 2009 diretta ai componenti e al segretario del collegio arbitrale nonché al difensore della Società GE.S.A.C., avv. Marco Orlando, i difensori della Pascall+ Watson Ltd, avv.ti Ferdinando Emanuele e Milo Molfa, chiedevano il differimento della udienza fissata per il 22 gennaio 2010, deducendo di essere entrambi impegnati all'estero dal 18 al 25 gennaio "per improrogabili impegni professionali precedentemente assunti".

Con ordinanza dell' 11 dicembre 2009, ritualmente comunicata alle parti, il presidente del collegio arbitrale, acquisito il parere favorevole degli altri due arbitri e dei difensori delle parti, disponeva il differimento dell'udienza del 22 gennaio 2010 al 27 gennaio 2010, stessi luogo ed ora.

Entrambe le parti depositavano nei termini stabiliti sia memorie illustrative contenenti i quesiti posti al collegio arbitrale, nonché copiosa documentazione, sia memorie di replica, con ulteriore documentazione.

Con ordinanza del 25 gennaio 2010, ritualmente comunicata alle parti, il presidente del collegio arbitrale, per sopravvenuto impedimento dell'avv. Stajano, acquisito il parere favorevole degli altri due arbitri e dei difensori delle parti, disponeva il differimento dell'udienza del 27 gennaio 2010 al 12 febbraio 2010, ad ore 15, stesso luogo.

All'udienza del 12 febbraio 2010, alle ore 15, presso lo studio dell'avv. Stajano, comparivano dinanzi al collegio arbitrale, assistito dal segretario, l'avvocato Maurizio Dello Russo in nome e per conto della Soc. GESAC, assistito dall'avv. Marco Orlando e il sig. Ian Douglas in nome e per conto della Pascall+Watson Ltd, assistito dagli avvocati C. Ferdinando Emanuele e Milo Molfa. Erano altresì presenti la signora Susan Chema e il sig. John Rogers della Società Jacobbs Gibb Ltd., facente parte del raggruppamento.

E' stato esperito un tentativo di conciliazione, che è fallito in quanto entrambe le parti sono rimaste sulle loro posizioni, senza avanzare la minima proposta transattiva.

Dato atto che la Società GESAC ha insistito per l'ammissione di una consulenza tecnica e che la controparte non si è opposta, chiedendo, peraltro, "che ne sia delimitato l'ambito nella misura che sarà precisata in atti, con particolare riferimento alle perizie di variante", il Collegio arbitrale, sull'accordo delle parti, così provvedeva:

- "Dispone l'espletamento di consulenza tecnica, riservandosi la nomina del consulente.*
- Concede alla GESAC termine fino al 10 marzo 2010 per memoria contenente proposte per la formulazione dei quesiti.*
- Concede al R.t.i. termine fino al 31 marzo 2010 per osservazioni alla proposta di quesiti formulati dalla GESAC.*
- Concede alla GESAC termine fino al 12 aprile 2010 per memoria contenente nuove osservazioni.*
- Concede al R.t.i. termine fino al 26 aprile 2010 per memoria di replica.*

- Fissa per la comparizione delle parti, la comparizione del consulente e la formulazione dei quesiti l'udienza del 3 maggio 2010, alle ore 15,00 presso questa stessa sede".

Le parti provvedevano ritualmente al deposito delle rispettive memorie entro le scadenze stabilite.

Peraltro con "istanza" in data 27 aprile 2010 la Soc. Gesac, con riferimento alla situazione evidenziata dalla menzionata missiva del curatore del fallimento della Soc. Ausglobe pervenuta il 13 novembre 2009, poneva, tra l'altro, in rilievo che la curatela aveva preannunciato l'avvio di una azione giudiziaria nei confronti di essa Società, che "pertanto potrebbe essere per gli stessi motivi parte in un giudizio arbitrale e in procedimento giudiziario"; e conseguentemente chiedeva che il collegio arbitrale si pronunciasse "immediatamente, anche con lodo parziale, in ordine alla sua persistente competenza a conoscere della controversia", nonché valutasse "la persistente legittimazione passiva di Pascall & Watson LTD, in proprio e quale mandataria, nell'ambito del procedimento arbitrale in esame".

Con nota in data 29 aprile 2010 la Soc. GESAC produceva copia di decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti da giudice del tribunale di Milano e notificato il 22 aprile 2010, con la quale le veniva intimato il pagamento della somma di € 4.548.310,66, oltre interessi e spese, per gli stessi titoli fatti valere in questa sede da Pascall & Watson Ltd..

All'udienza del 3 maggio 2010, alle ore 15, presso lo studio dell'avv. Stajano, comparivano dinanzi al collegio arbitrale, assistito dal menzionato segretario, l'avv. Marco Orlando per la Soc. GESACe il sig. Ian Douglas in nome e per conto della Pascall+Watson Ltd, assistito dagli avvocati C. Ferdinando Emanuele, Milo Molfa e Sabrina Costanzo.

Le parti esponevano oralmente le rispettive posizioni in ordine alle questioni sollevate dalla Soc. Gesac con la nota del 27 aprile 2010.

Il Collegio arbitrale, dopo una breve camera di consiglio, disponeva che fossero precisate le conclusioni e le parti, preso atto di ciò e del fatto che era imminente la scadenza del termine di cui all'art. 820 c.p.c., dichiarando di averne i poteri, concedevano il differimento del termine per la pronuncia del lodo al 12 luglio 2010.

Il collegio, preso atto di quanto sopra, fissava, su accordo delle parti, il termine del 31 maggio 2010 per il deposito di memorie, contenenti anche la precisazione delle conclusioni. Le parti provvedevano ritualmente al predetto deposito.

Motivi della decisione

La Soc. GESAC sostiene che sulla competenza del collegio arbitrale non può influire il fallimento della Soc. Ausglobe in quanto intervenuto dopo l'instaurazione del presente procedimento e la rituale costituzione della mandataria P. & W., con contestuale domanda riconvenzionale; che la clausola di cui all'art. 12 del contratto RTI è "opponibile" ed "efficace anche nei confronti della curatela fallimentare della Ausglobe S.p.a."; che tale fallimento "non muta la posizione processuale e sostanziale" della società mandataria, per cui permane la sua "legittimazione passiva nel presente giudizio sia in qualità di mandataria del Raggruppamento che in qualità di singola impresa costituente il RTI", dato che con il contratto in data 17-2-1998, con il quale è stato costituito il Raggruppamento stesso, si è stabilito che il mandato conferito dalle altre due società alla Pascall & Watson è "irrevocabile" (art. 4) e che la sua eventuale revoca "anche per giusta causa" sarebbe stata "inefficace nei confronti della committente" (art. 5), per cui "il fallimento di una società mandante non comporta l'automatico scioglimento del contratto di mandato"; che pertanto "la revoca del mandato esercitata dalla curatela con comunicazione del 13-11-2009 non produce effetti nei confronti della GESAC S.p.a."; che la revoca non ha effetto anche ai sensi dell'art. 1726 c.c.; che, comunque, il "potere di rappresentanza in capo alla Pascall & Watson permane almeno nei confronti della Gibb Ltd"; e che anche a voler considerare sciolto il Raggruppamento e ritenere quindi la società mandataria "priva di poteri gestori e di rappresentanza sia della Ausglobe che della Gibb, non vi è dubbio che la stessa società vada comunque considerata come soggetto passivo legittimato a stare in giudizio in nome proprio".

La Pascall & Watson, premesso che a suo giudizio persiste la competenza del Collegio arbitrale in quanto le comunicazioni del curatore del 13-11 e del 30-12-2009 hanno determinato lo scioglimento del contratto costitutivo del Raggruppamento, ma non del contratto in data 8 ottobre 1998, del resto già risolto dalla Soc. GESAC in data 27-3-2009 "senza incidere sull'efficacia della clausola compromissoria ivi contenuta ex art. 808, comma 2, c.p.c.", sostiene che "GESAC ha imputato dei presunti inadempimenti soltanto ad Ausglobe Formula S.p.a."; che inoltre, "essendo stato sciolto il contratto di Associazione temporanea di imprese e revocato il mandato di rappresentanza conferito col medesimo, P. & W. non può più partecipare al giudizio in nome e per conto del raggruppamento, con conseguente difetto di legittimazione passiva (Cass. 30-1-2003, n. 1396)"; che pertanto "soltanto il Fallimento di Ausglobe Formula S.p.a. ha legittimazione passiva rispetto alle domande di GESAC".

Osserva il Collegio che in tutti i casi l'arbitro è giudice dei suoi poteri: il potere degli arbitri come giudici della propria competenza si giustifica con la necessità di risolvere le controversie a cui il negozio compromissorio in

modo espresso si riferisce. Nel procedimento arbitrale il principio, sancito dall'art. 808, comma 2, c.p.c., trova una applicazione generale, come si desume dall'art. 817, comma 1, c.p.c. e dal nuovo testo dell'art. 819, comma 1, c.p.c., in base al quale "gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge".

E' poi incontestato e incontestabile che la controversia in esame rientra nell'ampia previsione della clausola compromissoria contenuta nel contratto di cui trattasi; clausola che è del seguente tenore: "tutte le controversie relative all'interpretazione, esecuzione e/o risoluzione del presente contratto saranno deferite ad un Collegio Arbitrale composto di tre membri, dei quali uno nominato da ciascuna parte ed il terzo con funzione di presidente dai due arbitri d'accordo tra loro. Il Collegio giudicherà secondo diritto ed avrà sede in Napoli - Italy". Si tratta dunque di un arbitrato rituale secondo diritto.

Altrettanto incontestabile è che il giudizio arbitrale si sia ritualmente instaurato anteriormente alla dichiarazione di fallimento della Soc. Ausglobe. Infatti la domanda di arbitrato, con specificazione dei quesiti, è stata notificata alla Pascall & Watson il 16 giugno 2009, e quest'ultima il 6 luglio 2009 ha notificato alla Soc. GESAC l'atto contenente la nomina del proprio arbitro e la formulazione della domanda riconvenzionale. Il collegio arbitrale si è costituito il 19 ottobre 2009 e il fallimento della Soc. Ausglobe è stato dichiarato il 20 ottobre 2009. E l'impresa mandataria (Pascall & Watson) ha, come è pacifico, in base al contratto costitutivo del Raggruppamento, la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti (Ausglobe e Gibb) nei confronti della Soc. GESAC.

Pertanto il solo soggetto legittimato a stare in giudizio per le controversie derivanti dai contratti conclusi dal Raggruppamento è la società capogruppo, in qualità anche di rappresentante delle imprese associate, che non sono, quindi, terze nel rapporto processuale (cfr. Cass. 17-10.2008, n. 25368) e in giudizio sono sostituite dalla mandataria (Cass.30-8-2004, n. 17411). Infatti le associazioni temporanee di imprese danno luogo ad una forma temporanea ed occasionale di cooperazione che lascia salva l'autonomia operativa delle singole imprese riunite (o associate). La rappresentanza spettante all'impresa mandataria opera sia sul piano sostanziale che su quello processuale, ha carattere esclusivo e si estende a tutte le operazioni e a tutti gli atti di qualsiasi natura dipendenti dal contratto di appalto o di altra natura stipulato dal raggruppamento.

Il contratto relativo al Raggruppamento temporaneo di imprese di cui trattasi è certamente sciolto per quanto concerne la Soc. Ausglobe, a seguito del suo fallimento. Ma sicuramente tale contratto non si è sciolto per quanto riguarda le altre due società. Si veda sul punto l'art. 94, comma 2, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, che, in materia di associazione temporanea di imprese, stabilisce che se il fallimento colpisce una impresa mandante, la mandataria "è tenuta all'esecuzione, direttamente o a mezzo delle altre imprese mandanti", della parte che era stata assegnata a detta impresa, a meno che "non indichi altra impresa subentrante, in possesso dei prescritti requisiti di idoneità". La Pascall & Watson invoca, a sostegno della tesi dell'avvenuto scioglimento del "contratto di associazione temporanea d'impresa" la sentenza della Cassazione 30-1-2003, n. 1396. Ma da tale sentenza si deduce il contrario, in quanto, proprio in un caso di associazione temporanea di imprese (in numero di quattro), viene richiamato l'art. 94 cit. ed affermato il principio che "se il fallimento colpisce una delle imprese mandanti, l'amministrazione appaltante non ha la possibilità di recedere dal contratto di appalto": il che presuppone la persistenza del vincolo associativo tra l'impresa mandataria e le imprese mandanti non fallite e dei poteri di rappresentanza della mandataria nei loro confronti (conforme sul punto Cass. 13-9-2007, n. 19165). Ciò, peraltro, contrariamente a quanto ritenuto dalle parti, non rileva ai fini della decisione.

Infatti ai sensi dell'art. 5 c.p.c. la competenza si determina con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda. Orbene, con riferimento a tale momento sussiste, come si è visto, la competenza del Collegio arbitrale e la piena e valida rappresentanza della Pascall & Watson Ltd nei confronti delle due società mandanti. In altri termini, il Collegio deve pronunciare sulla situazione che si è cristallizzata al momento della domanda, restando del tutto irrilevanti le vicende successive, per cui, ai fini del presente giudizio, permane la legittimazione della Pascall & Watson, sia in proprio che come rappresentante delle altre due società.

Né, contrariamente a quanto sostenuto dalla società mandataria, può avere alcuna rilevanza, ai fini della competenza e della legittimazione passiva, il fallimento della Soc. Ausglobe che è intervenuto, come si è visto, solo nel corso del procedimento arbitrale e non può nemmeno determinare l'interruzione di tale procedimento in quanto detta Società non è costituita in proprio, ma è rappresentata dalla Pascall & Watson Ltd, con mandato su cui non può certo incidere la dichiarazione di fallimento, dal momento che la presente controversia non si riferisce ad attività svolte o a crediti sorti dopo la dichiarazione di fallimento. E lo stesso si deve affermare per quanto concerne la persistente validità della clausola compromissoria,

punto sul quale le parti sono del tutto concordi e non vi è contrasto in giurisprudenza.

Pertanto, in relazione alla situazione anteriore al fallimento, solo il sopravvenire di una vicenda patologica quale il fallimento della mandataria (non di una mandante) avrebbe potuto far venir meno la rappresentanza esclusiva processuale (Cass. 30-8-2004, n. 17411),

Del resto, in via generale, la sopravvivenza, prevista dall'art. 1723, comma 2, c.c., del mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi alla morte e alla perdita di capacità, nonché, come è generalmente ritenuto, anche al fallimento, riguarda proprio l'ipotesi in cui tali eventi colpiscono il mandante (Cass. 13-9-2007, n. 19165).

Erroneamente poi il curatore ha invocato, come si è visto, l'art. 83 bis legge fall. in base al 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". Infatti il contratto che contiene la clausola compromissoria non è quello con cui è stato costituito il Raggruppamento temporaneo di imprese (da cui il curatore del fallimento ha comunicato di essersi "sciolto"), bensì il contratto in data 8 ottobre 1998, di cui si discute in questa sede e su cui sono fondate le contrapposte domande sulle quali il collegio arbitrale è chiamato a pronunciarsi.

Va poi ricordato che Pascall & Watson sostiene la propria carenza di legittimazione passiva anche per il fatto che "la Gesac ha imputato dei presunti inadempimenti soltanto ad Ausglobe Formula S.p.a." Sul punto, a tacer d'altro, è sufficiente osservare che la Soc. Gesac si è limitata ad esporre che "i rapporti con la commitente venivano intrattenuti" dalla Soc. Ausglobe, ma ha addebitato gli asseriti inadempimenti al Raggruppamento, nei cui confronti ha proposto le sue domande. Né, del resto, avrebbe potuto fare altrimenti.

Infine, per quanto riguarda il fatto, evidenziato dalla Soc. Gesac, della pendenza di un giudizio instaurato nei di lei confronti dalla curatela del fallimento dinanzi al Tribunale di Milano, si deve osservare che la pendenza di tale giudizio, oltre tutto iniziato successivamente a quello arbitrale, non determina alcuna conseguenza processuale (attrazione) dal momento che, ai sensi dell'art. 819 ter c.p.c., "la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una pendente davanti al giudice".

Va quindi ribadito che il collegio arbitrale è tuttora pienamente legittimato a decidere la controversia in esame, non essendo venuto meno, come si è

visto, il rapporto di rappresentanza della Pascall & Watson nei confronti delle altre due società. In altre parole il Collegio deve affermare la persistenza della propria competenza a decidere la controversia tra la Soc. Gesac e il Raggruppamento di imprese costituito tra Soc. Auglobe, Jacpb Gibb Ltd e Pascall & Watson Ltd. e rappresentato da quest'ultima.

Allo stato non è possibile la decisione del merito della controversia, essendo necessario il previo esperimento di consulenza tecnica, del resto già disposta con ordinanza del 12 febbraio 2010. E a tal fine il collegio provvede con separata ordinanza. La decisione in ordine alle spese del giudizio va rimessa alla pronuncia definitiva.

P. T. M.

Il collegio arbitrale, pronunciando in via non definitiva, dichiara la propria competenza a decidere la controversia tra la Soc. Gesac e il Raggruppamento temporaneo di imprese di cui in epigrafe, rappresentato da Pascall & Watson Ltd.

Provvede con separata ordinanza per l'ulteriore trattazione della controversia. Spese al definitivo.

Così deciso e sottoscritto il 1 luglio 2010

dott. Mario Delli Priscoli presidente

prof. avv. Ernesto Stajano arbitro

prof. avv. Romano Vaccarella arbitro

Il lodo riportato offre molteplici spunti di riflessione sull'applicazione pratica dei principi enunciati nella prima parte di questo studio.

Si tratta di un arbitrato rituale di diritto avente sede a Napoli, in Italia, nonostante una delle società partecipanti, la mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese, avesse sede a Londra, in Inghilterra.

A ben vedere, si tratta di un caso molto particolare, in quanto il fallimento della società mandante è avvenuto un giorno dopo la data di costituzione del

collegio arbitrale.¹²⁹ Pertanto, al momento della dichiarazione di fallimento di una delle società mandanti, l'arbitrato poteva essere considerato pendente.

Questo ha indotto il curatore nominato dal Tribunale a comunicare lo scioglimento del contratto, ai sensi dell'art. 72 L.F. e la conseguente estinzione del procedimento arbitrale pendente ai sensi dell'art. 83 *bis* L.F..

A seguito di detta richiesta, la società costituita in giudizio, la mandataria, ha chiesto che il procedimento fosse dichiarato improcedibile nei suoi confronti a causa del sopraggiunto fallimento in quanto sarebbe stata la stessa mandante a curare il contratto risolto prima della dichiarazione di fallimento configurandosi, così, come "mandataria sostanziale".

Sulla competenza iniziale, infatti, non sussistevano dubbi considerato che la clausola compromissoria per arbitrato rituale era presente all'interno del contratto sottoscritto dalla stazione appaltante e dal r.t.i..

All'esito di tale richiesta e, in particolare, della comunicazione pervenuta dal curatore del fallimento, con la quale anche questi ha chiesto di sciogliere il collegio arbitrale, poiché a norma dell'art. 83 *bis* L.F. l'arbitrato sarebbe divenuto improcedibile, al collegio è stato chiesto di pronunciarsi sulla persistenza della propria competenza a decidere la controversia.

¹²⁹ In particolare, questo si è costituito attraverso l'accettazione contestuale dell'incarico da parte degli arbitri e del presidente del collegio riuniti in conferenza personale in occasione della prima riunione del collegio.

I. Sulla legittimazione del curatore fallimentare a chiedere la non prosecuzione del procedimento arbitrale.

Dalla descrizione in fatto, è stato possibile ricostruire che il curatore, a seguito del fallimento della società mandante, ha comunicato al collegio la volontà di sciogliere il contratto a cui la clausola compromissoria era riferita, determinando, così, l'impossibilità di proseguire il procedimento arbitrale, ai sensi dell'art. 83 *bis* L.F..

Come descritto nella prima parte di questo studio, il curatore che sostituisce il fallito nella rappresentanza, anche processuale, della società ha la possibilità di scegliere se proseguire o meno i rapporti contrattuali pendenti e non ancora completamente eseguiti. Conseguentemente, in caso di prosecuzione del rapporto contrattuale pendente, anche la convenzione di arbitrato sarà pienamente opponibile al fallimento ed efficace. Viceversa, ai sensi dell'art. 83 *bis* della Legge Fallimentare, nel caso di scelta del curatore di sciogliersi dal contratto, la clausola compromissoria non sarà opponibile al fallimento e l'arbitrato pendente, nel frattempo instaurato, non potrà essere proseguito.

Preliminarmente, però, è necessario capire se il curatore avesse effettivamente la legittimazione a formulare tali richieste.

Certamente questi era il soggetto titolare del diritto di decidere se proseguire o meno il rapporto contrattuale pendente ai sensi dell'art. 72 L.F., ma, prima di decidere avrebbe dovuto verificare se questo rapporto fosse effettivamente ancora pendente alla data di dichiarazione del fallimento.

Infatti, come abbiamo avuto modo di riepilogare, il contratto era già stato sciolto per decisione della controparte, quindi è ragionevole ritenere che il curatore non potesse provvedere ad un ulteriore scioglimento del contratto.

Questa circostanza ha estrema rilevanza anche in tema di applicabilità dell'art. 83 *bis* L.F., perché questa norma è ontologicamente legata al presupposto

necessario di scioglimento del contratto ai sensi della sezione IV del Capo III della legge fallimentare.

D'altronde, non potrebbe essere altrimenti, poiché, in caso contrario, si potrebbe ritenere che il curatore abbia un potere incondizionato di deroga alla convenzione di arbitrato, precedentemente sottoscritta dal fallito *in bonis*, con rilevanti conseguenze, sia dal punto di vista della tutela dei terzi coinvolti, sia di ordine sistematico.

Per quanto riguarda il primo aspetto, infatti, ove fosse ritenuta fondata una tale opinione, si dovrebbe concludere per una sostanziale incompatibilità dello strumento arbitrale con il fallimento, considerato che questo, più che un vincolo per le parti precedenti sottoscrittrici, sarebbe uno strumento nella esclusiva disponibilità degli organi della procedura fallimentare.

Dall'altro lato, vi sarebbe un'eccessiva sproporzione, già troppe volte accentuata,¹³⁰ tra i poteri degli organi fallimentari rispetto alle prerogative riconosciute ai terzi coinvolti che, spesso anche creditori, sono conclusivamente i soggetti che subiscono la procedura causata dall'insolvenza del fallito.

E', inoltre, interessante capire in che modo il curatore avrebbe dovuto effettuare detta comunicazione al collegio arbitrale.

Considerato che il procedimento arbitrale non è connotato di particolari formalismi che spesso caratterizzano il processo dinanzi al giudice ordinario, è plausibile ritenere che il curatore avrebbe potuto procedere utilizzando qualsiasi strumento desse prova dell'avvenuta ricezione della comunicazione. In particolare è possibile ipotizzare una trasmissione con lettera raccomandata

¹³⁰ Cfr. la giurisprudenza di legittimità sopra richiamata in tema di impugnazione del lodo rituale da parte del curatore fallimentare che amplia in maniera eccessiva le possibilità di gravame a favore del fallimento spesso perdendo al bussola dei presupposti che legittimano l'impugnazione.

con ricevuta di ritorno o anche una trasmissione tramite posta elettronica certificata.

Quello che è certo è che detta comunicazione avrebbe dovuto essere notificata almeno al presidente del collegio arbitrale ovvero alla segreteria dello stesso al fine di rendere edotta la struttura - seppur non permanente - dell'organo giudicante di una decisione potenzialmente molto importante per le sorti dell'arbitrato e delle parti.

Invece, in maniera alquanto incomprensibile, la comunicazione è stata effettuata solo ed esclusivamente nei confronti dei difensori delle parti e degli arbitri di parte confidando che questi portassero la questione all'attenzione del collegio.

Questo, correttamente, ha scelto di valutare ugualmente le circostanze sollevate dal curatore, ma è possibile esprimere quantomeno perplessità sulle modalità di trasmissione che, in caso di un maggiore rigore formale da parte degli arbitri, avrebbero potuto condurre alla non valutazione dell'istanza.

Infine, un ultimo spunto interessante è relativo alla necessità e/o opportunità di coinvolgere il curatore del fallimento all'interno del procedimento arbitrale al fine di verificare, nel contraddittorio con le parti, le richieste pervenute e produrre una decisione in merito.

Nel caso esaminato, in realtà, non si è nemmeno presentata la necessità di discutere della vicenda in quanto le questioni proposte avevano natura essenzialmente documentale e il collegio ha potuto decidere senza approfondimenti particolari.¹³¹

In ogni caso, e senza pretesa di esaustività su un punto che non riguarda direttamente questo lavoro, è importante sottolineare che, ai sensi degli artt.

¹³¹ Infatti, era documentalmente provato sia che la società mandante in fallimento non aveva la rappresentanza processuale né sostanziale del r.t.i. sia che il fallimento era intervenuto dopo la fine del contratto così sancendo l'inconferenza degli artt. 72 e 83 bis L.F..

816 *quater*¹³² e 816 *quinquies* c.p.c.¹³³ nel procedimento sono sostanzialmente ammessi solo interventi volontari, ossia, il caso in cui terzo pretermesso, che sia in qualche modo interessato alla decisione, intervenga nel giudizio sostenendo integralmente la posizione di una delle due parti.

Infatti, Autorevole dottrina ha brillantemente rappresentato che *“il procedimento si svolge e deve svolgersi fra i soggetti che hanno sottoscritto la convenzione d'arbitrato e non è aperto a terze persone, perché gli arbitri non sono i giudici di quella controversia, e non di altre, ma sono anche i giudici di quelle parti, e non di altre”*¹³⁴.

Ora, nel caso che involge, il curatore non avrebbe comunque avuto modo di intervenire nel procedimento o, almeno, detto intervento non avrebbe potuto essere ammesso, poiché inizialmente il raggruppamento aveva conferito la rappresentanza, sia sostanziale che processuale, alla mandataria con mandato “irrevocabile”.

Pertanto, sarebbe stata comunque la mandataria l'unica abilitata a stare in giudizio a tutela degli interessi degli altri soggetti coinvolti nel raggruppamento temporaneo di imprese.

¹³² Art. 816 *quater* c.p.c. - Pluralità di parti -: *“I. 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. II. 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. III. Se non si verifica l'ipotesi prevista nel primo comma e si versa in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato è improcedibile”*.

¹³³ Art. 816 *quinquies* c.p.c. - Intervento di terzi e successione nel diritto controverso -: *“I. L'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo sono ammessi solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri. II. Sono sempre ammessi l'intervento previsto dal secondo comma dell'articolo 105 e l'intervento del litisconsorte necessario. III. Si applica l'articolo 111”*.

¹³⁴ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 118.

In ogni caso, volendo comunque ipotizzare un caso di scuola, la mandante qualora avesse voluto intervenire nell'arbitrato, avrebbe dovuto supportare incondizionatamente la posizione e la difesa della mandante in forza delle norme sopra richiamate e delle conclusioni rassegnate.

Questo costituisce certamente un limite dell'arbitrato, soprattutto ove lo si valuti come alternativa al processo ordinario, poiché, in questa prospettiva si rivela non perfettamente fungibile al ricorso al giudice dello Stato. Tuttavia, la dottrina ha, più volte, tentato di trovare un sistema che permettesse, da un lato, di assecondare l'opportunità dei terzi di intervenire nel giudizio e, dall'altra, la necessità di garantire un completo contraddittorio, ma con scarsa fortuna. In ogni caso, come approfondito in precedenza, la possibilità di formulare impugnazione per opposizione di terzo costituisce un primo presidio anche a tutela dei terzi contro i lodi che, avendo efficacia della sentenza pronunciata dall'Autorità giudiziaria, sono senz'altro suscettibili di pregiudicare anche i diritti di terzi non direttamente coinvolti nel procedimento.

II. Sull'opponibilità della clausola compromissoria dopo il fallimento della mandante.

Il Collegio ha pronunciato il lodo parziale al fine di decidere solo sulle specifiche questioni sollevate dalle parti, in particolare, sulla sua persistente competenza a decidere e sulla rappresentanza processuale della mandataria.

Inoltre, la seconda domanda è stata motivata in base ad un duplice ordine di ragioni: la prima di carattere, per così dire, sostanziale, essendo, secondo la difesa della mandataria, la società fallita ad aver sempre interloquuto con la stazione appaltante comportandosi "sostanzialmente" come reale mandataria del raggruppamento. Dall'altro lato, si è sostenuto che la dichiarazione di fallimento di una delle società avrebbe determinato lo scioglimento del rapporto di mandato intercorrente tra questa e gli altri componenti del raggruppamento temporaneo di imprese.

È immediatamente evidente che il caso considerato non corrisponde al tipico esempio di scuola in cui il fallimento della mandataria promana i suoi effetti sia sul raggruppamento temporaneo di imprese che sui contratti in essere fra questo e soggetti terzi. Infatti in tal caso, il richiamo all'art. 78, comma II e all'art. 83 *bis* L.F., sarebbe stato molto più semplice e, probabilmente, avrebbe determinato lo scioglimento del procedimento arbitrale ed il deferimento della controversia al giudice ordinario.

Tuttavia, va chiarito che correttamente il collegio non ha ritenuto applicabili le suddette norme.

Come noto, infatti, per quanto concerne il richiamo all'art. 78 L.F., dopo la novella del 2006, non può determinarsi lo scioglimento del rapporto di mandato se non nel caso di fallimento della mandataria, mentre il caso sottoposto agli arbitri riguardava il fallimento di una delle società mandanti a

prescindere dalla sua effettiva partecipazione, più o meno intensa, allo svolgimento dell'appalto.

A supporto della decisione del collegio è stata citata anche la normativa in materia di lavori pubblici che prioritariamente mira ad evitare che le modificazioni soggettive della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese, comunque denominato, possa incidere sulla prosecuzione della commessa.

In evidenza c'è ovviamente la necessità di preservare la realizzazione dell'oggetto del contratto e, in quest'ottica, le modificazioni soggettive non hanno ripercussioni particolari sempre che il raggruppamento riesca mantenere i requisiti minimi, oggettivi e soggettivi, richiesti per il conferimento dell'incarico.

Per quanto, invece, riguarda l'applicazione dell'art. 83 *bis* L.F., va sottolineato che la stazione appaltante, prima del fallimento di una delle società mandanti del raggruppamento, aveva già provveduto a risolvere il rapporto contrattuale con le imprese associate in forza di una clausola del contratto di appalto che le permetteva di recedere dallo stesso in casi specifici ed al ricorrere di determinate condizioni.

In secondo luogo, il fallimento della sola società mandante non avrebbe, in ogni caso, potuto determinare *tout court* l'inefficacia della clausola compromissoria sottoscritta unitamente al contratto di appalto anche in ragione di una specifica clausola contenuta nel contratto di mandato che lo definiva "irrevocabile".

Ciò detto, è possibile trarre ulteriori ed interessanti spunti di riflessione dalla pronuncia riportata.

Come chiarito in precedenza, in occasione dell'approfondimento del tema dell'opponibilità della clausola compromissoria al fallimento, questa è

opponibile ai soggetti che l'abbiano sottoscritta anche in caso di fallimento, tuttavia l'efficacia della stessa è subordinata alla prosecuzione del rapporto contrattuale in corso stante il chiaro disposto di cui all'art. 83 *bis* L.F..

Con riferimento al caso di specie, è opportuno sottolineare che il contratto di affidamento era già concluso alla data della dichiarazione di fallimento di una delle società mandanti del r.t.i. e, quindi, la clausola compromissoria sarebbe stata comunque opponibile al fallimento.

In altre parole, la norma disposta dall'art. 83 *bis* avrebbe potuto trovare applicazione solo nel caso in cui il curatore avesse ereditato il contratto ancora in essere e, a seguito della necessaria sospensione, si fosse trovato nella condizione di decidere se continuare il contratto ovvero scioglierlo.

Invece, nel caso che involge, la controparte aveva già esercitato il diritto di recesso in forza di una clausola prevista nel contratto con ciò cristallizzando definitivamente, da un lato, la conclusione del rapporto contrattuale e, dall'altro, il vincolo costituito dalla clausola compromissoria contenuta nel contratto.

A questo punto, la validità e l'efficacia della convenzione di arbitrato avrebbero potuto essere considerate solo con riferimento alle norme che, in generale, sovrintendono l'arbitrabilità delle controversie, ossia, come sopra esposto, alla compromettibilità in generale - ex art. 806 ss. c.p.c. collegata alla disponibilità dei diritti controversi - ed alla peculiarità dei procedimenti previsti dal Legislatore nell'alveo della procedura fallimentare di accertamento di debiti e crediti.

Infatti, l'art. 83 *bis* L.F., nella sua scarna formulazione, sancisce che *"se il contratto in cui è contenuta la clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito"*. In altre parole, la scelta legittima del curatore di sciogliere il

contratto in essere e pendente ai sensi dell'art. 72 L.F. costituisce un presupposto imprescindibile per l'applicazione della norma che prescrive l'improcedibilità del procedimento arbitrale, anch'esso, pendente.

In assenza di detta condizione, la norma conseguente non trova applicazione, e, anzi, considerata l'espressa compatibilità dello strumento arbitrale con le procedure concorsuali, resta ferma la deroga alla competenza del giudice ordinario stabilita contrattualmente dalle parti che, quindi, non potranno che procedere alla nomina dei propri arbitri di parte e del presidente del collegio.

Quindi, è possibile affermare che se il curatore non ha la possibilità di sciogliere il contratto perché questo è già stato precedentemente risolto. In questo modo, l'art. 83 *bis* non è più applicabile e le parti sono obbligate a deferire la controversia agli arbitri.

La seconda delle eccezioni sollevate dalla società mandataria del r.t.i., invece, si fonda sull'asserito scioglimento del mandato intercorso tra le parti a seguito del fallimento della mandante che, tuttavia, viene rappresentata dalla difesa come "mandataria sostanziale".

Con riferimento a detta circostanza, nella parte teorica di questo lavoro, abbiamo ricordato che una delle importanti innovazioni del Legislatore del 2006 è consistita nella modifica dell'art. 78 della legge fallimentare che, con riferimento al rapporto di mandato, sancisce che *"il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario"*.

In questo caso, mandataria era la società evocata nel giudizio arbitrale, quindi, da un lato, si può affermare che il contraddittorio è stato correttamente instaurato. Dall'altro, anche con riferimento a detto aspetto, non si ritiene che l'eccezione potesse essere accolta anche perché la designazione della mandataria, lungi dal poter essere ricercata con un'indagine sostanziale dei compiti svolti all'interno dell'appalto doveva essere considerata in forza di

specifici atti sottoscritti dai componenti del r.t.i.. Questi atti disponevano che la società evocata in giudizio era stata designata mandataria del r.t.i. con potere di rappresentanza processuale e sostanziale.

Il collegio, in particolare, ha sviluppato una tesi che tiene conto della giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni e precedente alle recenti riforme sia in ambito di arbitrato che di fallimento. Con ciò non si vuole certo sostenere che abbia errato nel proprio giudizio anche se è possibile fornire, alla luce della recente normativa e degli sviluppi dottrinari e giurisprudenziali successivi, descritti anche nella prima parte, una strada in parte diversa che conduce comunque alle medesime conclusioni cui è giunto il collegio, ossia la persistenza della legittimazione a decidere la controversia.

Infatti, il collegio arbitrale valorizza quella giurisprudenza della Suprema Corte¹³⁵, precedente alla modifica apportata con la novella del 2005, secondo la quale il mandato conferito nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, in quanto ascrivibile alla più generale categoria del mandato conferito anche nell'interesse del terzo, non avrebbe potuto essere comunque sciolto a seguito del fallimento della sola società mandante in quanto detta decisione non sarebbe stata nella disponibilità del solo curatore della società mandante dichiarata fallita. Con ciò, la giurisprudenza ha interpretato la

¹³⁵ Cfr. nota 10, Cass. Civ., sez. I, 17 aprile 2003, n. 6165 *"il compromesso per arbitrato, anche irrituale costituendo un atto negoziale riconducibile alla figura del mandato collettivo, o congiunto, e di quello conferito nell'interesse di terzi non è soggetto allo scioglimento nel caso di fallimento del mandante, non operando rispetto ad esso la regola dettata, dall'art. 78 L.F., per il mandato individuale (cfr. sentenza n. 11216-92; e successive conformi). Il che trova, del resto, ulteriore riscontro nel disposto dell'art. 35 L.F. che - con l'attribuire al curatore la facoltà (previe le dovute autorizzazioni) di fare compromessi (per date controversia) - conferma, appunto, per tabulas che non vi è, in linea di principio, l'incompatibilità, fra fallimento e cognizione arbitrale, pretesa dalla ricorrente. Mentre neppure potrebbe in contrario invocarsi la "competenza inderogabile del Tribunale fallimentare", atteso che questa non si estende anche alle azioni che già si trovino (come nella specie) nel patrimonio del fallito, all'atto del fallimento, e che quindi avrebbero potuto essere esercitate dall'imprenditore, a tutela del proprio interesse, ove non fosse fallito"; con nota di A. LIPPONI, Ancora su arbitrato e fallimento, in Riv. Arb., 2004, IV, p. 705.*

norma in considerazione della complessità delle opere oggetto di appalto e del coinvolgimento di diversi soggetti pensando che sarebbe stato irragionevole precludere alle altre società coinvolte nel raggruppamento, compresa la mandataria, di proseguire il contratto a danno della stazione appaltante, dei terzi e degli stessi soggetti facenti parte del raggruppamento.

Invero, la modifica apportata con il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 probabilmente costituisce il naturale sbocco di detta giurisprudenza che tendenzialmente mira ad evitare che il fallimento della sola società mandante mini il rapporto contrattuale intercorrente con i soggetti terzi e che, nella maggioranza dei casi, è stato concluso con la collaborazione di diverse imprese proprio in considerazione della complessità e dell'importanza dell'appalto.

Quindi, è possibile affermare che il collegio si sia mosso sulla scia del dettato dell'attuale art. 78 della legge fallimentare pur richiamandolo solo indirettamente attraverso un diverso approccio che passa dal richiamo al più generale principio sancito dall'art. 1726 c.c. sulla revoca del mandato *in rem propriam*.¹³⁶

Inoltre, la conclusione disposta dal collegio è sospinta anche dalla specifica previsione contenuta nel contratto del raggruppamento temporaneo di imprese che, all'art. 4, prevede il mandato conferito alla mandataria come "irrevocabile" così eliminando *in nuce* qualsiasi disquisizione sulla possibile revoca.

Piuttosto, sul punto, è interessante verificare quale sarebbe potuta essere la tenuta della clausola che dispone l'irrevocabilità del mandato nel caso di fallimento della mandataria. Infatti, se da un lato il mandato era stato descritto come irrevocabile nel contratto, nel caso di fallimento della mandataria il

¹³⁶ art. 1726 c.c. – Revoca del mandato collettivo: "Se il mandato è stato conferito da più persone con unico atto e per un affare d'interesse comune, la revoca non ha effetto qualora non sia stata fatta da tutti i mandanti, salvo ce ricorra una giusta causa".

disposto dell'art. 78 L.F. sancisce lo scioglimento automatico del contratto e lo fa per ragioni che evidentemente attengono al carattere fiduciario dell'istituto ed alla tutela dei soggetti terzi nel caso patologico dello stati di insolvenza.

Sul punto la giurisprudenza anche *ante* riforma ha sostenuto l'irrevocabilità del mandato conferito anche nell'interesse del terzo, tuttavia, detto principio trova pur sempre un limite generale che è sopravvissuto anche alla nuova formulazione della norma e che risiede nell'eventuale contrasto della validità del mandato rispetto alle finalità del fallimento.¹³⁷

¹³⁷ M. SELLERI, *sub art. 78*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2009, p. 416.

III. Sull'art. 5 c.p.c., criterio per stabilire la competenza - anche - del collegio arbitrale.

Il collegio si sofferma, inoltre, 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*"¹³⁸, ha ritenuto opportuno e necessario cristallizzare la situazione a quel momento onde valutare la sua competenza.

Invero, come sopra accennato, il collegio si è costituito, mediante accettazione dell'incarico da parte di tutti i suoi componenti, un giorno prima della sentenza dichiarativa di fallimento della società mandante e questo, ad opinione degli arbitri, avrebbe determinato l'ininfluenza della procedura concorsuale rispetto al procedimento arbitrale già instaurato.

Questa pronuncia, quindi, 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 teoria¹³⁹, infatti, considerato che il procedimento arbitrale può dirsi pendente nel momento in cui viene costituito il collegio, è questo il

¹³⁸ La norma in esame codifica il principio della *perpetuatio iurisdictionis* in virtù del quale permangono per tutta la durata del giudizio la competenza e la giurisdizione possedute dal giudice al momento in cui la domanda è proposta (Cfr. Chiovenda, *Foro it.*, 23, I, 362); la norma è stata modificata dall'art. 2 l. 353/90 recependo i suggerimenti della dottrina ed estendendo il principio della *perpetuatio iurisdictionis* anche allo *ius superveniens*. Nell'attuale formulazione, la norma prevede, pertanto, che la giurisdizione e la competenza si determinino con riferimento non solo allo stato di fatto esistente al momento della domanda, ma anche alla legge vigente in quel determinato momento restando senza conseguenze i successivi mutamenti dello stato di fatto o della legge medesima.

¹³⁹ A dire il vero, la teoria sostenuta prima della riforma postulava, in maniera parzialmente diversa, che la clausola compromissoria divenisse pienamente efficace solo con l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri. Per questo era stata ampiamente criticata, poiché, già

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.

In particolare, se il fallimento interviene dopo la costituzione del collegio arbitrale, si riteneva che la controversia non potesse più essere deferita al giudice ordinario.

Successivamente, però, il Legislatore, con l'art. 83 *bis* L.F. ha limitato le ipotesi in cui detta eventualità può verificarsi ancorando, come noto, il destino del procedimento arbitrale pendente a quello del contratto a cui la clausola compromissoria si riferisce.

Il caso sottoposto all'attenzione del collegio, tuttavia, è diverso, perché il contratto era stato già risolto a seguito dell'espressione di volontà di una delle parti e, pertanto, al fine di dirimere la questione circa la permanente competenza del collegio arbitrale non poteva essere d'aiuto il dettato dell'art. 83 *bis*. A questo punto, essendo fuori dall'ipotesi regolata dalla nuova norma, si riproponevano gli stessi problemi interpretativi *ante* riforma e, a parere di chi scrive, correttamente il collegio ha ritenuto di dover valorizzare la portata dispositiva dell'art. 5 c.p.c. al fine di dimostrare la persistente competenza del collegio a conoscere della vicenda e a pronunciare il lodo.

Invero, seguendo un'interpretazione più rigorosa della norma, si dovrebbe ritenere che il momento determinante per la configurazione della competenza

all'epoca, sia la dottrina che la giurisprudenza concordavano sul fatto che la convenzione di arbitrato vincola le parti a prescindere dall'esatta designazione - e addirittura dall'accettazione - degli arbitri eccezion fatta, ovviamente, per i casi in cui le parti avessero conferito un incarico di tipo maggiormente fiduciario agli arbitri e, in assenza di tale designazione, avessero già espresso la volontà di non avvalersi della clausola compromissoria. Cfr. E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1959, p. 548; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, op. cit., p. 24; V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 1182 ss.; G. CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento: Art. 23-41*, in *Commentario Scialoja - Branca, Legge Fallimentare, a cura di F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI*, Milano, 1977, p. 61.

del collegio arbitrale ai sensi dell'art. 5 c.p.c. non sia tanto quello di costituzione del collegio, bensì il giorno della notifica dell'atto di accesso all'arbitrato che, nel caso di specie, è, anch'esso, molto precedente alla data di pubblicazione della sentenza di fallimento.

Detta interpretazione, tuttavia, potrebbe rivelarsi dubbia anche in funzione del fatto che la norma è riferita al processo ordinario. Nel caso dell'arbitrato, non esistendo una struttura connessa al collegio arbitrale - che al momento di proposizione della domanda ovviamente non è ancora costituito - la parte non avrebbe la possibilità di depositare l'atto e instaurare il giudizio immediatamente determinando così uno spostamento rilevante del tempo intercorrente tra la notifica dell'atto di accesso all'arbitrato, la costituzione del collegio e il deposito degli atti presso la segreteria dello stesso.

Anche in quest'ottica, quindi, cautelativamente è possibile condividere la scelta del collegio di individuare la data di costituzione del collegio arbitrale come termine al quale riferirsi ai fini della determinazione della competenza *ex art. 5 c.p.c.*, tuttavia, resta fermo che una lettura rigorosa della norma permette di identificare detta data con quella della notifica dell'atto di accesso all'arbitrato. In ogni caso, sia la data della notifica dell'atto di accesso all'arbitrato, sia quella di costituzione del collegio arbitrale sono anteriori alla dichiarazione di fallimento della società mandante, quindi, nulla sarebbe cambiato sia in un caso che nell'altro.

- Conclusioni

Il presente studio, nel rispetto delle premesse formulate, è stata un'interessante occasione per l'approfondimento delle possibili interferenze tra la convenzione di arbitrato sottoscritta dalle parti e il fallimento di una di esse.

La base dello studio è stata costituita dall'approfondimento dei riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali nell'ottica di un commento critico ad una decisione arbitrale in cui venivano affrontati alcuni tra i temi più interessanti dell'interferenza tra convenzione di arbitrato e fallimento.

L'approccio allo studio non ha potuto che partire dalle norme contenute nella legge fallimentare, in particolare quelle regolanti il regime dei contratti pendenti, il mandato ed il nuovo art. 83 *bis* riguardante i procedimenti arbitrali pendenti. Sullo sfondo, ovviamente, sono state tenute presenti e, all'occorrenza, considerate le norme generali in materia di arbitrato di cui agli artt. 806 ss. c.p.c..

L'approfondimento delle norme ha richiesto una preliminare verifica del panorama normativo precedente e lo studio delle varie teorie di dottrina – trasposte spesso anche in massime giurisprudenziali – che si confrontavano già prima delle modifiche normative introdotte con il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

E' stato rilevato, infatti, che la produzione dottrinale *ante* riforma era molto variegata e perveniva a soluzioni a volte antitetiche sull'esatta rappresentazione degli effetti della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento sull'arbitrato pendente o sulla convenzione di arbitrato precedentemente sottoscritta.

In particolare, si erano sviluppate diverse teorie tanto che alcuni autori ipotizzavano, da un lato, l'assoluta inefficacia ovvero la caducazione

automatica della clausola compromissoria e, dall'altro la piena o la relativa opponibilità della clausola nei confronti del fallimento.

Tutte le teorie sopra richiamate premettevano che un notevole gruppo di controversie non avrebbe comunque potuto essere deferito agli arbitri, perché di competenza esclusiva e funzionale del giudice dello Stato. Per avere un'idea basterà considerare le azioni revocatorie, ovvero le azioni di accertamento dello stato passivo. Quelle per le quali si ipotizzava l'intervento della curatela, quindi, sono le controversie diverse dalle suddette che si riteneva non fossero di competenza esclusiva degli organi del fallimento. Più in generale, per tutti quei casi in cui oggetto della controversia è l'accertamento di un credito del fallito nei confronti di un altro soggetto, si potrebbe ritenere che la controversia sia deferibile agli arbitri in quanto non intaccherebbe, almeno direttamente, le ragioni creditorie degli aventi diritto del fallito.

Viceversa, dal novero delle controversie arbitrabili, andrebbero esclusi procedimenti di tipo sommario e/o camerale come i procedimenti conclusi dal Giudice Delegato con decreto. Parimenti, andrebbero esclusi i procedimenti di reclamo, ai sensi dell'art. 26 l. fall., per una duplice ragione. Innanzitutto per il già detto carattere sommario e camerale del procedimento, dinanzi al Tribunale o alla Corte d'Appello, ma anche in considerazione del carattere impugnatorio della decisione che, in quanto tale, non può essere deferita ad un collegio arbitrale.

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.

Secondo il disposto dell'art. 808 c.p.c., infatti, *“la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”*.

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.

Il Legislatore del codice di procedura, in questo modo, aveva inteso favorire l'utilizzo dello strumento arbitrale in alternativa alla giustizia ordinaria.

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, criticabile.

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 sommo 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.

Bibliografia:

- AA.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. VERDE, Torino, 2005;
- AA.Vv., *Sull'arbitrato – Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010;
- Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, III, Milano, 2000;
- Aa.Vv., *Del Fallimento*, terza ed., a cura di V. ANDRIOLI, Milano, 1938;
- Aa.Vv., *Commentario Scialoja - Branca, Legge Fallimentare*, a cura di F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI, Milano, 1977;
- Aa.Vv., *Codice di procedura civile commentato*, a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE, IV, Torino, 1997;
- AA.Vv., *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di M. BOCCHIOLA e A. PALUCHOWSKI, VI ed., Milano, 2002;
- AA.Vv., *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2009;
- AA.Vv., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, Torino, 2006;
- AA. Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, I, Bologna, 2006;
- V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, terza ed., IV, Napoli, 1964;
- V. Andrioli, voce Fallimento, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano, 1967;

- F. AULETTA, *sub art. 824 bis*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario* a cura di S. MENCHINI, *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2010, p. 420;
- U. AZZOLINA, *Il fallimento*, seconda ed., Torino, 1961;
- A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999;
- M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BRONZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010;
- A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999;
- P. BIAVATI, *sub art. 808 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. CARPI, op. cit., p. 160 ss.;
- G. BONELLI, *Del Fallimento*, terza ed., a cura di V. ANDRIOLI, I, Milano, 1938, p. 491;
- S. BONFATTI-P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, III ed., Padova, 2009;
- A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, II ed., Padova, 2000;
- D. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *L'arbitrato*, a cura di F. CARPI, II ed., Bologna, 2007, p. 312;
- A. BOSSI, *Rapporti tra arbitrato e fallimento dopo le riforme*, in *Fallimento e crisi d'impresa*, 2008, p. 685 ss.;
- M. BOVE, *sub art. 808 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, AA.VV. a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, p. 65 ss.;
- M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009;
- M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. Dir. Arb.*, 2012, II, p. 304;

- M. BOVE, *Processo arbitrale e terzi*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 784 ss.;
- G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1993, p. 483 ss..
- A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007;
- A. BRIGUGLIO, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE, IV, Torino, 1997;
- A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994;
- A. BRIGUGLIO, *Inderogabilità della competenza territoriale ex art. 810 c.p.c.*, nota a sentenza (Cass. 12 novembre 1992, n. 12188) in *Riv. Arb.*, 1993, 421;
- V. BROGGINI, *I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera*, in *Riv. Arb.*, 1991, p. 487 ss.;
- F. BUCOLO, *Orientamenti giurisprudenziali sul curatore-parte e il curatore terzo nell'ottica dell'interesse perseguito*, in *Fall.*, 1980, p. 826 ss.;
- E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte al fallimento*, in *Riv. Dir. Processuale*, 1959, p. 542 ss.;
- F. CARPI, *Arbitrato*, Bologna, 2007;
- F. CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1990, p. 1259 ss.;

- G. CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento: Art. 23-41*, in *Commentario Scialoja - Branca, Legge Fallimentare*, a cura di F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI, Milano, 1977, p. 60 ss.;
- G. CANALE, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, I, Bologna, 2006, *sub art. 83-bis*, p. 1347.
- F. CARNELUTTI, *Legittimazione alla opposizione di terzo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1946, II, p. 50;
- G. CASSANO, *La (nuova) disciplina dell'arbitrato in materia di lavori pubblici dopo l'illegittimità dell'art. 150 del D.P.R. 554/99, nota a sentenza (Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335)*, in *D&G - Dir. e giust.* 2003, 39, 72;
- A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato - studi offerti a Giovanni Verde*, AA.VV., Napoli, 2010, p. 169 ss.;
- C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, Milano, 2009;
- C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991;
- C. CECHELLA, *sub artt. 809-813 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010;
- C. CECHELLA, *l'opposizione di terzo alla sentenza*, Torino, 1995;
- A. CHIAPPELLI, *il rimedio dell'opposizione di terzo*, Milano, 1907;
- G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli, 1934;
- V. COMERCI e S. CHINAGLIA, *sub art. 35 l. fall.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2009;
- C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006;

- F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito, alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in *Sull'arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 357 ss.;
- F. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. Fall.*, 1986, I, p. 285 ss.;
- G. DELLA PIETRA, *L'atto introduttivo*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. VERDE, III ed., Torino, 2005, p. 165;
- G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968;
- G. FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968;
- E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997;
- F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001;
- E. FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis L.F. e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato – Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 372;
- E. GALLUPPI, *Teoria dell'opposizione di terzo*, Torino, 1895;
- F. GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV., *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Buonfrate e Giovannucci Orlandi, Torino, 2006;
- D. GROSSI, *I limiti del procedimento di liquidazione del compenso ex art 814 c.p.c.*, (Cass. Civ., sez. I, 6 maggio 1998, n. 4548), in *Riv. Arb.*, 1998, 709;

- L. GUGLIELMUCCI, *Effetti del Fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge Fallimentare*, Art. 72-83, Bologna, 1979;
- S. LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, II ed., Milano, 2004;
- A. LIPPONI, nota a sentenza, Cass. Civ., sez. I, 17 aprile 2003, n. 6165, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. Arb.*, 2004, IV, p. 705.
- F. P. LUIO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 31;
- F. P. LUIO, *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, 817 ss.;
- S. MENCHINI, *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2010;
- S. MENCHINI, Pretendenti (lite tra), in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, p. 306 ss.;
- G. MIRABELLI-D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994;
- L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III ed., III, Milano, 1923;
- L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994;
- A. MOTTO, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI, III, 2, Padova, 2007;
- R. MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*, *Corr. Giur.*, 2005, p. 666;
- P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, quarta ed., Milano, 1993;

- P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008;
- V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 1182 ss.;
- A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965;
- A. PROTO PISANI, *A proposito dei «frammenti sull'opposizione di terzo» di Angelo Gualandi*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1320 ss.;
- A. PROTO PISANI, *Crisi della cassazione: la (non più rinviabile) necessità di scelta*, in *Foro it.*, 2007, V, p. 122;
- R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974;
- C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000;
- C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012;
- C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2008;
- C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. Dir. proc.*, 2005, p. 968;
- L. RESTAINO, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, I, Torino, 2006, *sub art. 83-bis*;
- G.F. RICCI, in AA.VV., *Arbitrato, Commentario* a cura di F. CARPI, II ed., Bologna, 2008, *sub art. 816 bis*, p. 368;
- M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, quinta ed., Padova, 2006;
- G. RUFFINI, *Codice di procedura civile commentato*, in Aa.Vv. diretto da C. CONSOLO, III, Milano, 2000, *sub art. 806 c.p.c.*, p. 1532;

- G. RUFFINI e F. RAVIDÀ, *sub art. 814*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BRONZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale, op. cit.*, p. 146 ss..
- L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, p. 664;
- G. SANTAGADA, *Sulle impugnazioni esperibili dal curatore fallimentare....*, Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 2005, n. 13442, nota a sentenza in *Riv. Arb.*, 2006, IV, p. 697;
- B. SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1995, II, p. 199.
- S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, VI ed., Roma, 1966;
- S. SATTA, *Commentario al c.p.c.*, Milano, 1968;
- G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, III ed., Milano, 1988;
- M. SELLERI, *sub art. 78*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2009, p. 416;
- N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di C. PUNZI, vol. III, Padova, 2012;
- N. SOTGIU, Cass., SS.UU., 6 giugno 2003, n. 9070, nota a sentenza in *Riv. Arb.*, 2004, p. 299;
- M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 755;
- R. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Fall. e le altre procedure concorsuali*, 2005, p. 623 ss.;

- R. TISCINI, *Ordinanza di liquidazione del compenso agli arbitri, ricorso per cassazione ed incensurabilità del vizio logico della motivazione, tra Sezioni unite e riforme legislative*, su www.judicium.it;
- F. TIZI, *Fallimento e giudizi arbitrali pendenti su crediti*, in *Dir. Fall.*, 2005, II, p. 430 ss.;
- G. TOTA, *Sulla legittimazione del curatore all'opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nel contraddittorio del solo fallito*, nota a sentenza (Cass. Civ., sez. I, 28 maggio 2003, n. 8545) in *Riv. Arb.*, 2004, IV, p. 713;
- R. TUCCILLO, *La Corte di Cassazione interviene sulla natura giuridica dell'ordinanza di liquidazione dei compensi arbitrali emessa dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici*, nota a sentenza (Corte di Cassazione, SS.UU., 1° luglio 2008, n. 17930), in *Riv. Arb.*, 2010, fasc. 1, pagg. 95-119.
- M. VANZETTI, *sub art. 83-bis L.F.*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BRNZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010;
- V. VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, in *Dir. Fallim.*, 1956, II, p. 297;
- C. VELLANI, *l'art. 83 bis l. fall. E l'art. 15 Regolamento CE n. 1346 del 2000*, in *Sull'arbitrato – Studi offerti a G. Verde*, AA.VV., Napoli, 2010, p. 861 ss.;
- G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, seconda edizione, Torino, 2006;

- G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, terza edizione, Torino, 2010;
- G. VERDE, *L'arbitrato nelle controversie in materia di opere pubbliche: un problema ancora in cerca di una soddisfacente soluzione, nota a sentenza (Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335)*. in *Corr. giur.*, 2004, 522;
- S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996;
- S. VINCRE, in *Giust. Civ.*, 2004, I, p. 2408;
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004;
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 808 c.p.c., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, AA.VV. a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010;
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 808 c.p.c., in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2007;
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 831 c.p.c., in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, *op. cit.*, p 860;