

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

La sottoscritta

COGNOME | Daverio |

NOME | Francesca Chiara Noemi Diva |

Matr. | 1197177 |

| Titolo della tesi: Arbitrato e fallimento |

Dottorato di ricerca in | Diritto dell'impresa |

Ciclo | XXII |

Tutor del dottorando | Prof. Cesare Cavallini |

Anno di discussione | 2010 |

DICHIARA sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;

2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;

3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);

4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:

- Arbitrato e fallimento
- Francesca Chiara Daverio
- discussa presso l'Università Commerciale "Luigi Bocconi" – Milano nell'anno 2010

- La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;

- solo nel caso sia stata sottoscritta apposita altra dichiarazione con richiesta di embargo: La tesi è soggetta ad embargo della durata di 36 mesi;

5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviate ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;

6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di

qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;

7b) che la tesi di Dottorato rientra in una delle ipotesi di embargo previste nell'apposita dichiarazione "RICHIESTA DI EMBARGO DELLA TESI DI DOTTORATO" sottoscritta a parte.

Data: 16 Gennaio 2010

F.to Francesca Chiara Daverio



Institut suisse de droit comparé
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
Istituto svizzero di diritto comparato
Swiss Institute of Comparative Law

Questo lavoro è stato in parte finanziato dalla borsa di studio “van Calker”, gentilmente elargita all’autrice dall’Istituto Svizzero di Diritto Comparato, che in questa sede si desidera ringraziare anche per il prezioso contributo documentativo alla presente ricerca.

Università Commerciale “Luigi Bocconi”

Dottorato in Diritto dell’Impresa

XXII Ciclo

ARBITRATO E FALLIMENTO

Tutor: Chiar.mo Prof. Cesare Cavallini

Dott.ssa Francesca Chiara Daverio

Anno accademico: 2009-2010

INDICE

PREMESSA

PROGRAMMA

CAPITOLO I

COMPROMETTIBILITÀ E FALLIMENTO

1. ALCUNI CENNI SULLE CONTROVERSIE ARBITRABILI
2. LA COMPATIBILITÀ CONCETTUALE TRA ARBITRATO E FALLIMENTO
3. (*SEGUE*)...L'ART. 25 L.F.
4. (*SEGUE*)...L'ART. 35 L.F.
5. (*SEGUE*)...L'ART. 83 *BIS* L.F.
6. L'AMMISSIBILITÀ DELL'ARBITRATO NEL FALLIMENTO: I PRINCIPI
7. (*SEGUE*)...LORO APPLICAZIONE
8. (*SEGUE*)...LE CONTROVERSIE ARBITRABILI NEL FALLIMENTO
9. IL DIBATTITO CIRCA IL PRESUNTO LIMITE DELLE AZIONI DERIVANTI DAL FALLIMENTO EX ART. 24 L.F.
10. ALCUNI CENNI SUI LIMITI DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE, CON RIGUARDO ALLE PROCEDURE CONCORSALE MINORI

CAPITOLO II

GLI ACCORDI COMPROMISSORI E L'ARBITRATO DEL CURATORE

1. NOTE ESPLICATIVE CIRCA L'INTEGRAZIONE DEI POTERI DEL CURATORE NELLA NUOVA DISCIPLINA
2. LA STIPULAZIONE DEI COMPROMESSI DA PARTE DEL CURATORE
3. LA MANCANZA DELL'AUTORIZZAZIONE A REDIGERE UNA CONVENZIONE ARBITRALE. LA NOMINA DEGLI ARBITRI E DEI DIFENSORI. L'AUTORIZZAZIONE A STARE IN GIUDIZIO EX ART. 25 L.F.
4. L'ARBITRATO NELLE PROCEDURE CONCURSUALI MINORI

CAPITOLO III

IL CURATORE INNANZI ALL'ACCORDO COMPROMISSORIO E ALL'ARBITRATO DEL FALLITO

1. PROGRAMMA
2. PREMESSA METODOLOGICA
3. COMPROMESSO E CLAUSOLA COMPROMISSORIA STIPULATI DAL FALLITO IN DATA ANTERIORE ALLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO: LA TESI DELLA GENERALE INCOMPATIBILITÀ TRA I DUE PROCEDIMENTI E SUA CRITICA
4. (*SEGUE*)...LA TESI DELL'OPPONIBILITÀ ALLA CURATELA DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE PENDENTE E SUA CRITICA
5. (*SEGUE*)...LA TESI DELL'APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA PREVISTA DALLA LEGGE FALLIMENTARE PER I CONTRATTI PENDENTI. CRITICA

6. EFFETTI DEL FALLIMENTO SULL'ARBITRATO IN CORSO. ANALISI DELL'ART. 83-BIS L.F. E ASPETTI PROBLEMATICI
7. (SEGUE)...PORTATA, EFFETTI E LIMITI DELLA DISCIPLINA DETTATA DALL'ART. 83 BIS L.F.
8. CONCLUSIONI
9. GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO SUL CONTRATTO DI ARBITRATO IN ESSERE TRA LE PARTI E GLI ARBITRI
10. PROBLEMI DI COORDINAMENTO TRA L'ART. 15 DEL REGOLAMENTO CE 1346/2000 E L'ART. 83 BIS L.F.
11. EFFETTI DEL FALLIMENTO SUL LODO PRONUNCIATO PRIMA LA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO
12. EFFETTI DEL FALLIMENTO SUL LODO EMESSE DOPO A SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO
13. REVOCABILITÀ DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA, DEL COMPROMESSO, DEL COMPROMESSO DI FONTE LEGALE, EXTRA CONTRATTUALE, DEL PATTO PER DECISIONE DI EQUITÀ E DEL LODO

CAPITOLO IV

IL FALLIMENTO INTERNAZIONALE, CONFLITTI DI GIURISDIZIONE E ARBITRATO

1. INTRODUZIONE
2. IL PUNTO DI VISTA DEL COLLEGIO ARBITRALE
3. (SEGUE)...LA VALIDITÀ DEL CONSENSO A COMPROMETTERE IN ARBITRI RESO PRIMA O DOPO L'APERTURA DI UNA PROCEDURA CONCORSALE A CARICO DI UNA DELLE PARTI
4. (SEGUE)...DELL'ARBITRABILITÀ DELLA LITE
5. (SEGUE)...DELLA VERIFICAZIONE DEI CREDITI

6. (*SEGUE*)...DELLA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE
7. IL PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE

CAPITOLO V

LE RELAZIONI TRA ARBITRATO E FALLIMENTO: UNO SGUARDO COMPARATISTICO

1. INTRODUZIONE
2. BREVE *EXCURSUS* SULLE PROCEDURE CONCORSALE IN FRANCIA A SEGUITO DELLA RIFORMA DEL 2005
3. IL PROCEDIMENTO ARBITRALE DINNANZI AL PRINCIPIO DEL DIVIETO DI AZIONI ESECUTIVE INDIVIDUALI IN CASO DI APERTURA DI UNA PROCEDURA COLLETTIVA
4. PROCEDIMENTO ARBITRALE PENDENTE E FALLIMENTO: INTRODUZIONE
5. (*SEGUE*)...DAL PUNTO DI VISTA DELL'ATTORE
6. (*SEGUE*)...DAL PUNTO DI VISTA DEL CONVENUTO
7. (*SEGUE*)...DAL PUNTO DI VISTA DEL COLLEGIO ARBITRALE

BIBLIOGRAFIA

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

PREMESSA

L'incontro tra la materia arbitrale e quella delle procedure concorsuali non è mai stato sereno per una pluralità di ragioni.

Innanzitutto l'assenza di un quadro normativo adeguato e completo, quindi la mancanza di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali unitari e organici e, infine, la complessità e molteplicità dei controversi aspetti che caratterizzano entrambe queste materie.

Da un lato, infatti, la disciplina legislativa in argomento, da sempre carente, disorganica e lacunosa, ha rimesso alla produzione giurisprudenziale e alle riflessioni dottrinarie quel lavoro di regolamentazione e di armonizzazione necessaria all'operatore giuridico per la risoluzione delle questioni pratiche. È noto, infatti, come il problema degli effetti del fallimento sul compromesso o sulla clausola compromissoria ⁽¹⁾, sull'arbitrato pendente ovvero ancora con riguardo al lodo già emesso, trovi solo ora

⁽¹⁾ Nel presente lavoro compromesso, clausola compromissoria e la convenzione arbitrale in materia non contrattuale *ex art. 808 bis c.p.c.*, quali accordi relativi alla disciplina processuale di un rapporto sostanziale e derogativi della giurisdizione ordinaria dai quali sorgono obblighi e nascono poteri, verranno citati congiuntamente e senza operare, se non ove necessario, distinzioni concettuali o differenziazioni di disciplina. Si tratta, infatti, di singole *species* dell'unitario *genus* «convenzione di arbitrato». Infatti, come insegna già da molti anni l'autorevole dottrina, la differenza tra i primi due strumenti si limiterebbe a poca cosa se li si considerano in relazione al tema che si sta trattando.

La clausola compromissoria sarebbe, infatti, equiparabile al compromesso differenziandosi nel deferire agli arbitri anziché una lite già sorta, un gruppo di liti, delle quali si preveda il sorgere tra le parti. Tenuto conto che il distinguo poggerebbe sulla determinabilità o meno della lite, la mera differenza tra i due strumenti riguarderebbe la nomina dell'arbitro prima o dopo il sorgere della controversia. Detto in altro modo il compromesso continua a regolare liti già sorte, la clausola compromissoria le liti eventuali e future scaturenti da un contratto ivi determinato, e la convenzione arbitrale contrattuale le liti eventuali e future scaturenti da uno o più rapporti ivi determinati.

Per un approfondimento dell'argomento si veda, FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 550 ss.; dello stesso autore *Clausola*

una parziale disciplina nella legge fallimentare, alla sezione dedicata agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, con l'art. 83 *bis* l.f. e viceversa sia totalmente ignorata dal codice di rito. È evidente, quindi, che lo sforzo elaborativo dell'interprete già di ampia portata risulti ancora più complesso allorché si considerino le articolate problematiche attinenti al tema, nonché la difficoltà di scelta tra i vari orientamenti formati. A tal riguardo, infatti, si ravvisa davvero di rado un'opinione comune sia all'interno della dottrina che con riguardo alla giurisprudenza e, in senso più ampio, tra le due.

compromissoria e competenza degli arbitri, in *Rivista di diritto commerciale*, 1921, II, p. 327 ss., *Pactum de compromittendo?*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1934, II, p. 100 ss.; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, Cedam, Padova, 2000, p. 4. Se poi si considerasse l'ulteriore distinguo messo in luce ancora in dottrina riguardante il diverso ciclo vitale di compromesso e clausola compromissoria, si concluderebbe ancora per una considerazione unitaria dei due strumenti. Gli effetti del fallimento sulle due fattispecie, infatti, influisce in modo unitario e identico sulle obbligazioni e sui poteri che sorgono da tali atti sostanziali. Infine, come ricorda parte della dottrina, nell'ipotesi di compromesso e clausola compromissoria per arbitrato rituale le parti conferiscono ad uno o più arbitri l'incarico di pronunciare un lodo che ha alla data della sua ultima sottoscrizione e salvi gli effetti esecutivi, gli effetti della pronuncia della autorità giudiziaria. Diversamente a dirsi con riferimento all'istituto dell'arbitrato irrituale o libero ove compromesso e clausola compromissoria sottendono un accordo in base al quale le parti deferiscono ad uno o più terzi il compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte o insorgenti tra loro in ordine a determinati rapporti giuridici, mediante una composizione amichevole conciliativa o transattiva, ovvero mediante un negozio di accertamento. Testualmente RODOLFO VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 935.

Sulla scelta terminologica «*convezione arbitrale*» operata dal Legislatore della riforma, ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Convezione arbitrale e fallimento - Commento sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, Zanichelli editore, seconda ed., 2007, mette in luce come essa sia ascrivibile alla volontà dello stesso di conformarsi alle convezioni internazionali, in particolare a quella di New York del 1958 (art. II) e quella di Ginevra del 1961 (art. I). La ragione, si dice, starebbe nella esigenza di non imporre strumenti definitivi, essendo ancora viva la disputa, sul piano internazionale, circa la riconducibilità del patto *de quo* al piano sostanziale del contratto o a quello processuale. Per questo ultimo aspetto si veda anche DANIEL GIRSBERGER, CHRISTIAN HAUSMANINGER, *Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate*, in *Arbitration International*, 1992, p. 1 ss.

Dall'altro lato, con riguardo all'insita complessità delle materie, se è incontestabile che esiste una tensione tra l'uno e l'altro procedimento, occorre nondimeno riconoscere che questa non è dovuta solo al carattere privato dell'arbitrato quale modo di risoluzione delle controversie alternativo al processo ordinario di cognizione. Infatti, il carattere proprio e i principi fondamentali del diritto fallimentare hanno effetti perturbatori non solo sull'arbitrato ma persino, in determinati casi, sul contenzioso statale. Questi effetti sono inevitabili con riferimento all'interesse pubblico sotteso alla procedura collettiva, ciò in quanto uno dei principali obbiettivi è, in ossequio al principio della *par condicio creditorum*, quello di centralizzare tutto il contenzioso relativo ai crediti.

Il presente lavoro, quindi, sicuramente utile sotto un profilo pratico, si presenta ancora oggi particolarmente interessante anche dal punto di vista scientifico. Le recenti e profonde riforme legislative intervenute in entrambi i settori, infatti, suggeriscono un riesame di tale complessa disciplina. Qui di seguito alcuni primi spunti.

Considerando in primo luogo l'arbitrato, il legislatore con il d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, entrato in vigore il 1° marzo 2006, è tornato, dopo dieci anni di distanza dalla precedente riforma, a novellare tale istituto introducendo significative novità. Le modifiche alla disciplina previgente, per i fini che qui ci occupano, sono indiscutibilmente rilevanti sotto diversi profili.

Innanzitutto la questione circa la natura e gli effetti del lodo arbitrale.

Da molto tempo la dottrina discuteva se il lodo arbitrale rituale avesse effetti equiparabili alla sentenza ovvero ad un contratto ⁽²⁾. A mente del novellato art. 824 *bis*

⁽²⁾ Circa la natura e gli effetti del lodo arbitrale, è nota la questione che contrappone la tesi giurisdizionale a quella contrattuale. Per una sintetica rassegna della posizione giurisdizionale, Cfr. EDOARDO F. RICCI, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28, modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Nuove leggi commerciali*, 1983, 635; ID. *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1989, p. 671; ID. *Sull'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, in *Rassegna dell'arbitrato* 1985, p. 243; GIUSEPPE TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazione nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1987, p. 14; ID. *Efficacia e impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1985, p.9; Per una sintetica rassegna della posizione contrattuale, CARMINE PUNZI, *La riforma*

c.p.c., salvo quanto disposto dall'art. 825 c.p.c. che concerne l'esecutività del lodo, lo stesso ha «*dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*». Come è possibile notare, nonostante non manchino autorevoli voci dissenzienti ⁽³⁾, la volontà del Legislatore della riforma è nel senso di ritenere superate le tesi sostenute sia in dottrina che in giurisprudenza che riconoscevano alla decisione arbitrale, sino a che manchi il decreto di esecutorietà, i soli effetti di un negozio tra le parti. L'interprete di oggi, dunque, che si trovi a riflettere sui rapporti tra procedimento arbitrale e fallimento, non può prescindere dalla considerazione che, salvo gli effetti esecutivi, il lodo è legislativamente equiparato quanto agli effetti sostanziali, di accertamento, costitutivi e di condanna alla sentenza giurisdizionale ⁽⁴⁾. Tale presa di posizione da parte del Legislatore ha un impatto

dell'arbitrato (osservazioni a margine della Legge 9 febbraio 1983, n. 28), in *Rivista di diritto processuale*, 1983, p. 84; ID. *Disegna sistematico dell'arbitrato*, II, Padova 2000, p. 76; ELIO FAZZALARI, *Una buona novella*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 8.

⁽³⁾ Riafferma la natura contrattuale del lodo e nega che lo stesso possa acquisire autorità di giudicato sostanziale CARMINE PUNZI, *Luci e ombre nella disciplina dell'arbitrato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 95 ss. Rileva nella norma in commento, invece, profili di incostituzionalità ELIO FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p. 661 ss.

⁽⁴⁾ In questi precisi termini RODOLFO VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 926. Tuttavia sul punto lo stesso autore ha doverosamente e correttamente osservato «*che l'equiparazione effettuale non può intendersi quale totale coincidenza atteso che l'istituto arbitrale promana pur sempre da un atto volontario di fondo e quindi rimane pur sempre un atto autoritativo; sicché, quand'anche, come il legislatore non ha fatto, si riconoscessero al medesimo effetti esecutivi, giammai lo si potrebbe in tutto e per tutto equiparare alla sentenza giurisdizionale*». Si può, quindi, condividere l'asserzione, alla luce dell'assetto normativo risultante dalla riforma arbitrale, che gli effetti del lodo *ex art. 824 bis c.p.c.* sono da qualificarsi quali effetti propri di una sentenza avente medesimo contenuto, con la precisazione che tali effetti sono da intendersi rigorosamente circoscritti alle parti, mentre alcuna efficacia il lodo potrebbe esplicare nei confronti dei terzi. Così, FEDERICO CARPI, *sub art. 824 bis*, in AA.VV., *Riforma del diritto arbitrale. Commentario sistematico*, a cura di SERGIO MENCHINI, *Le nuove legge civili commentate*, 6, 2007, pp.1393-1394. Infatti, secondo l'insegnamento di ENRICO TULLIO LIEBMAN, «*La sentenza giudiziale si qualifica per la sua attitudine a produrre unilateralmente e in modo vincolante nella sfera giuridica dei soggetti, nel loro status, nei loro diritti e obblighi, gli effetti certativi e modificativi conformi a*

notevole ai fini della fattispecie che ci occupa, atteso che molti dei problemi che nel passato si sono posti, ben potrebbero essere risolti attraverso un'applicazione analogica dei principi che comunemente si affermano in merito ai rapporti tra processo ordinario e procedimento arbitrale ⁽⁵⁾. Si fa qui cenno in particolare agli effetti del lodo arbitrale definitivo non ancora impugnabile o gli effetti, e la sorte, del lodo non ancora definitivo.

*ciò che essa a disposto» in Manuale di diritto processuale civile a cura di Vittorio Coesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci, Milano, Giuffrè, 2002, p. 245 ss., e pertanto non paiono esserci limiti soggettivi all'efficacia della sentenza quale atto tipicamente autoritativo. Diversamente con riguardo al loro arbitrale, nei confronti di terzi, il riconoscimento di effetti giuridici vincolanti postula la necessaria mediazione del pubblico potere. In tal senso Cfr. EDOARDO F. RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la cassazione risponde alle critiche*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 559 ss.*

⁽⁵⁾ In tal senso GUIDO CANALE, *Commento sub art. 83 bis l.f.*, in AA.VV. *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 1336 ss., ove si legge che «*preso atto della equiparazione effettuale del lodo alla sentenza dell'autorità giudiziaria, diviene incontestabile desumerne, ad esempio, che il procedimento arbitrale pendente tra una parte dichiarata fallita ed il terzo incontra i medesimi limiti, per quanto concerne l'oggetto sul quale si chiede la pronuncia degli arbitri, che avrebbe il processo civile davanti ai giudici togati*». Per una acuta analisi delle conseguenze della dichiarazione di fallimento intervenuta nel corso del giudizio arbitrale si veda GIAN FRANCO RICCI, *Commento sub art. 816 bis, c.p.c.*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, Zanichelli editore, 2° ed., 2007, p. 368, nota 30, ove si legge che «*Circoscrivendo il problema prevalentemente agli orientamenti della giurisprudenza, si deve porre in rilievo che per consolidata opinione di quest'ultima, gli effetti della dichiarazione di fallimento sul giudizio arbitrale costituirebbero una variante di quanto avviene nel giudizio ordinario nel quale, sempre secondo l'orientamento dei nostri giudici, il fallimento produrrebbe un effetto obbligato ed un effetto eventuale. 1) Il primo è costituito dall'interruzione del giudizio con la necessità di dover riassumere nei confronti del curatore, che si determina a seguito della perdita di capacità processuale del fallito causata dal fallimento. L'opinione è fortemente contestata in dottrina sul presupposto che essa stravolgerebbe l'istituto dell'interruzione, in quanto la tesi della giurisprudenza mal si adatta ad una situazione di mera incapacità relativa, che non impedisce al fallito di continuare i procedimenti in corso con l'unico limite dell'inopponibilità del provvedimento conclusivo alla massa dei creditori [...]. 2) L'effetto eventuale invece dell'improcedibilità del giudizio, che opera però soltanto ove esso abbia ad oggetto un credito nei confronti del fallimento[...]*». L'autore prosegue concludendo che ove la dichiarazione di fallimento intervenga invece nel corso del giudizio arbitrale, anziché in quello ordinario, la possibilità di applicare la misura dell'interruzione non è estendibile in via analogica all'arbitrato ma conferma invece la sorte della improcedibilità del giudizio anche di fronte al giudice laico.

Nello stesso tempo, occorre prendere atto anche, e forse soprattutto, delle rilevanti modifiche che sono state apportate alla legge fallimentare con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, entrato in vigore il 16 luglio 2006 e delle ulteriori correzioni ed integrazioni contenute nel c.d. decreto correttivo ⁽⁶⁾. Con riguardo a quest'ultimo intervento, il Governo, usufruendo della delega conferitagli dall'art. 5-*bis*, L. 14 maggio 2005, n. 80, ha varato il D.lgs. 169/2007, in vigore dal 1° gennaio 2008, recante disposizioni integrative e correttive al R.D. 16 marzo 1942, n. 267. La delega, aveva lo scopo di consentire al legislatore, ad un anno dalle modifiche apportate alla legge fallimentare dal d.lgs. 5/2006, di correggere le eventuali imperfezioni emerse dalla concreta applicazione della nuova disciplina.

Premesso in sintesi il travagliato *iter* di riforma delle procedure concorsuali, si può constatare come le modifiche apportate al testo della legge fallimentare, attualmente in vigore, siano numerose e di ampio respiro, ma con riguardo al tema che si qui si

⁽⁶⁾ Dalla relazione illustrativa del c.d. decreto correttivo: «L'art. 1, 5° comma, della l. 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, ha delegato al Governo l'attuazione della riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali. La delega è stata attuata nel termine di legge con l'emanazione del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Il comma 5-*bis* della l. n. 80 del 2005, aggiunto dall'art. 1, 3° comma, della l. 12 luglio 2006, n. 5, dispone inoltre, che il Governo, entro un anno dalla data di entrata in vigore del d.lgs. emanato in attuazione della delega di cui al precedente comma 5, e nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al successivo comma 6 "può adottare disposizioni correttive e integrative". Conseguentemente, poiché il d.lgs. n. 5 del 2005 è entrato in vigore il giorno 16 luglio 2006, il termine per attuare la nuova delega scade il 16 luglio 2006. Nei primi mesi di applicazione del d.lgs. n. 5 del 2006, sono però emerse diverse problematiche della riforma, che potevano essere superate attraverso gli interventi correttivi ed integrativi previsti dal menzionato decreto. Al fine di pervenire ad una riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali e di chiarire i punti più controversi dell'attuale normativa concorsuale, le correzioni e le integrazioni non hanno riguardato soltanto le disposizioni della legge fallimentare modificate dal citato decreto legislativo, ma hanno interessato anche altre norme della legge fallimentare, comprese quelle già modificate ed introdotte dal decreto legge n. 35 del 2005, convertito con modificazioni, nella legge n. 80 del 2005». In dottrina si veda FABRIZIO DI MARZIO, *Il correttivo della riforma fallimentare: riflessioni degli operatori*, Itaedizioni, Torino, 2008.

approfondisce -e cioè al rapporto che lega l'arbitrato al fallimento-, l'intervento legislativo si sia infine rilevato inadeguato e insoddisfacente ⁽⁷⁾.

Se la novella fallimentare, infatti, ha il merito di aver posto, per la prima volta, una norma espressamente destinata a regolare gli effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente, non può sottacersi che la soluzione fornita, anche a causa di un certo grado di approssimazione legislativa, non offra molti termini di chiarificazione alla dottrina e alla giurisprudenza.

Nessuna integrazione, infine, è stata poi effettuata in sede di decreto correttivo ove è rimasto invariato il sopra citato articolo, che tratta del destino dell'arbitrato pendente a seguito dello scioglimento del contratto in cui sia contenuta la clausola compromissoria.

Quanto all'art. 24 l.f., invece, che ha ad oggetto la competenza del tribunale fallimentare a conoscere tutte le azioni che derivano dal fallimento, con il decreto correttivo si è abrogato il secondo comma che richiamava le disposizioni del codice di procedura civile sui procedimenti in camera di consiglio.

All'art. 35 l.f., che conferisce al curatore il potere di stipulare compromessi dietro l'autorizzazione del comitato dei creditori, è stato aggiunto un nuovo comma che si occupa di specificare che nel richiedere l'autorizzazione del comitato dei creditori, il curatore formuli le proprie conclusioni anche sulla convenienza della proposta.

Infine, all'art. 25, primo comma, n. 6, l.f. la sostituzione «*agli avvocati*» con il più generico «*ai difensori*» consente ora al curatore, che sia subentrato o abbia iniziato un procedimento arbitrale, di nominare qualsiasi persona idonea ad assumere la difesa nel giudizio.

⁽⁷⁾ All'evidenza la totalità dei commentatori è concorde nel ritenere insoddisfacente l'intervento legislativo volto a disciplinare i rapporti tra arbitrato e fallimento. Tra tutti si veda, FRANCESCA VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi pendenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Novembre-Dicembre 2008, n. 6, p. 773 ss. ove si fa riferimento ad una disciplina incompleta.

PROGRAMMA

Tanto premesso, si è creduto opportuno nel presente lavoro dare atto primariamente del problema dei limiti dell'arbitrato in sede fallimentare e tracciare in positivo le ipotesi di lavoro sulle quali si ritiene utile soffermarsi. Quindi, si è ritenuto conveniente affrontare la trattazione del tema suddividendolo in due distinti argomenti.

Il primo argomento attiene alla possibilità per il curatore, una volta che la procedura sia stata aperta, di stipulare dei compromessi o delle clausole compromissorie e alle modalità attraverso cui può giungere a tale stipulazione.

Il secondo argomento riguarda invece il c.d. subentro della curatela al fallito, e si fraziona a sua volta nelle seguenti sotto questioni: gli effetti del fallimento sul compromesso o sulla clausola compromissoria stipulati dal debitore in seguito sottoposto a fallimento; gli effetti del fallimento sull'arbitrato pendente al momento dell'apertura della procedura e, infine, gli effetti del lodo emesso prima dell'apertura della procedura, rispetto alla medesima.

Inoltre si prenderà in considerazione il quesito del se e in che misura il quadro dei rapporti tra arbitrato e fallimento subisca alterazioni nel caso in cui si considerino l'arbitrato irrituale, da un lato, e le procedure concorsuali minori dall'altro.

Infine si effettuerà una rassegna dello studio della materia in altri ordinamenti europei.

CAPITOLO I

COMPROMETTIBILITÀ E FALLIMENTO

1. ALCUNI CENNI SULLE CONTROVERSIE ARBITRABILI

Prima di indagare la complessa disciplina dei limiti all'arbitrato in ambito concorsuale, pare opportuno accennare alle più generali regole che attengono alle controversie passibili di decisione da parte dei giudici laici.

La norma base di riferimento in materia di arbitrabilità è sicuramente costituita dall'art. 806 c.p.c. in forza della quale, oltre alla disciplina ricavabile dal dato letterale, è possibile riflettere in ordine ad alcuni principi generali da essa desumibili in tema di compromettibilità.

Innanzitutto, con la sopra citata novella dell'istituto arbitrale nel 2006, si constata come l'area dell'inarbitrabilità coincida con quella dell'indisponibilità del diritto ⁽⁸⁾. Si assiste, così, al superamento della precedente elencazione che escludeva espressamente dall'area di arbitrabilità le controversie di cui agli artt. 409 e 442 c.p.c. (fatta eccezione, precisava il secondo comma, al caso in cui la possibilità di decisione arbitrale fosse stata prevista dalla legge o da contratti, da accordi collettivi di lavoro), le controversie che riguardavano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e quelle che non potevano formare oggetto di transazione.

L'attuale formulazione dell'art. 806 c.p.c., infatti, abbandonata l'elencazione ora vista, non lascia dubbi e determina che le parti possano far decidere da arbitri le

⁽⁸⁾ La Relazione illustrativa della novella, chiarisce che il concetto di «disponibilità» va riferito esclusivamente al diritto azionato, «non alle questioni che si pongano nel percorso logico-giuridico della decisione, salvo si tratti di questioni che per legge debbano essere decise con autorità di giudicato».

controversie tra loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge ⁽⁹⁾.

In secondo luogo, se la prima parte della disposizione non necessita di ulteriori approfondimenti fissando la natura disponibile del diritto oggetto della controversia come unico requisito, la clausola di salvezza chiama ad alcune puntualizzazioni.

Ci pare, sul punto, di poter affermare che tale regola generale della disponibilità, così come completata dalla clausola di salvezza, debba essere intesa nel senso che la sola la legge possa prevedere limiti ulteriori all'interno della categoria dei diritti disponibili, ovvero prevedere altri e diversi limiti o condizioni restrittive ⁽¹⁰⁾ che

⁽⁹⁾ In argomento si veda FILIPPO CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, reperibile sul sito www.judicium.it nel quale si legge tra l'altro che «*Il nuovo art. 806 c.p.c., abbandonando il riferimento alle controversie che possono essere oggetto di transazione, afferma, con la massima chiarezza possibile, che l'unico limite all'arbitrabilità di una controversia è l'indisponibilità del diritto oggetto della stessa. La novità è apprezzabile, perché l'arbitrato è estraneo alla logica dell'aliquid datum aliquid retentum, propria invece della transazione. Dal punto di vista pratico, tuttavia, è facile prevedere che cambi poco rispetto al passato, anche alla luce dell'art. 1966, 2° comma, c.c.; se il nuovo art. 806 c.p.c. certamente stronca quella criticabile tesi che esclude l'arbitrabilità delle controversie in relazione alle quali sono dettati criteri di competenza esclusiva dei giudici ordinari, non contribuisce però ad individuare la categoria, dagli incerti contorni, dei diritti indisponibili, che sovente vengono confusi con i diritti regolati da norme inderogabili. L'autore nel prosieguo non manca di criticare l'impostazione adottata dal Legislatore rilevando che «Se mai, in considerazione dell'accentuata "giurisdizionalità" del procedimento arbitrale, ci si deve chiedere se, in un prossimo futuro, non possa esservi spazio per un nuovo intervento riformatore, che sancisca la possibilità di un arbitrato su diritti indisponibili, come già avviene in alcuni paesi stranieri (ad esempio la Germania; cfr. il par. 1030 ZPO per le liti patrimoniali) e come già accadrebbe anche oggi, secondo una parte autorevole della dottrina (la cui opinione non ci sentiamo però di condividere), anche nel nostro ordinamento in materia di impugnazioni di delibere assembleari di società».*

⁽¹⁰⁾ In questi termini, LUISA GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2009, p. 134 ss. In argomento si è espresso criticamente BRUNO CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, p. 1785 ss. il quale osserva che «*Seppur, letteralmente, la chiusa della disposizione sembri legittimare espressamente la sola facoltà per il Legislatore di porre divieti di arbitrato in materia di diritti disponibili, situazione di per sé possibile, ma che assumerebbe, posta nella norma fondamentale in tema di arbitrabilità, una diversa veste rispetto al passato: apparirebbe come una sorta di autorizzazione generale del Legislatore per*

esorbitino dalle questioni di disponibilità o indisponibilità del diritto controverso ma che si giustifichino con ragioni ritenute dal legislatore meritevoli della sola tutela giurisdizionale statale ⁽¹¹⁾.

Più profusamente, come ha messo in luce la dottrina, *«risulta chiaro che la regola è quella della arbitrabilità, mentre l'eccezione è quella della inarbitrabilità, così come la regola è la libertà riconosciuta dall'ordinamento e l'eccezione ne è il limite: con la conseguenza che le limitazioni debbono essere interpretate in senso restrittivo, nel senso di favorire la via dell'arbitrabilità con riguardo alle ipotesi di incerta qualificazione»* ⁽¹²⁾.

Ciò premesso, si darà conto nel prosieguo di quali sono i limiti all'arbitrabilità delle controversie fallimentari sulla base vuoi della indisponibilità del diritto (c.d. limite oggettivo) vuoi sulla base di ragioni diverse che di volta si metteranno in luce (c.d. limite soggettivo e speciale).

poter in futuro fissare divieti nell'ambito dei diritti disponibili, con un allontanamento dall'idea di interventi legislativi sporadici ed eccezionali volti a ridurre l'arbitrabilità relativamente a situazioni disponibili in ragione di particolari interessi».

⁽¹¹⁾ Sul punto incisivo è l'intervento di ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *I limiti imposti dalla legge - Commento sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, Zanichelli editore, seconda ed., 2007, p.17 ss. ove si legge che *«Oggi, l'incompromettibilità è definitivamente ed esclusivamente correlata all'indisponibilità ed al divieto espresso di legge»*; ed ancora *«Non vi può essere una graduazione del divieto di arbitrato: si deve infatti parlare di piena incompatibilità, ove il ricorso all'arbitrato sia escluso in via assoluta, mentre negli altri casi la controversia è da ritenersi pienamente compromettibile, con la precisazione, però, che l'autonomia delle parti e degli arbitri può essere compressa dall'intervento, più o meno incisivo a seconda del settore, di norme inderogabili».*

⁽¹²⁾ Si veda ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *I limiti imposti dalla legge - Commento sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, Zanichelli editore, seconda ed., 2007, p.17 ss.

2. LA COMPATIBILITÀ CONCETTUALE TRA ARBITRATO E FALLIMENTO

Tenendo a mente la premessa fatta, si giunge ora a delimitare l'area dell'ammissibilità dell'arbitrato in materia fallimentare ⁽¹³⁾, così precisando in positivo i contorni entro i quali si ritiene di dover contenere la presente trattazione avendo cura, in primo luogo di verificare la compatibilità concettuale tra i due istituti.

Nonostante gli interessi e le posizioni soggettive su cui incide il fenomeno fallimentare abbiano una natura spiccatamente pubblicistica che spiega e giustifica un regime processuale che si discosta dall'ordinario processo di esecuzione ⁽¹⁴⁾, la compatibilità concettuale tra arbitrato e fallimento è sicuramente garantita sul piano legislativo dagli artt. 25 e 35 l.f. ma soprattutto dall'art. 83 *bis* l.f. ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Per alcuni autori, anche a seguito della novella, la delimitazione dei confini dell'arbitrabilità in materia fallimentare rappresenta il problema di fondo a tutt'oggi ancora irrisolto. Cfr. FRANCESCA VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi pendenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Novembre-Dicembre 2008, n. 6, p. 773 ss. ove si fa riferimento ad una disciplina incompleta.

⁽¹⁴⁾ Per ulteriori considerazioni sul punto, PIERO PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 43 ss; ANNA LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, nota a Cassazione civile, 17 aprile 2003, n. 6165, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 701 ss.; GUIDO CANALE, *Commento sub art. 83 bis l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Alberto Jorio e coordinato da Massimo Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 1335 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr., tra gli altri, DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe, Torino 2007, p. 803 ss.; RODOLFO VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 933 il quale scrive che se è certamente vero che con l'art. 83 *bis* l.f. sia volto ad affermare la compatibilità concettuale tra fallimento e procedimento arbitrale, nondimeno questo non rappresenta una novità sistematica in quanto il dato poteva prima d'ora considerarsi acquisito in forza del disposto degli artt. 25 e 35 l.f. che prevedono rispettivamente che il giudice delegato nomini arbitri su proposta del curatore che quest'ultimo possa, con le dovute cautele, stipulare compromessi.

3. (SEGUE)...L'ART. 25 L.F.

Innanzitutto, il legislatore della riforma ha espressamente previsto, tra i poteri del giudice delegato, quello di nominare gli arbitri dopo la verifica della sussistenza dei requisiti di legge.

L'art. 25 l.f. prevede, infatti, che il giudice delegato eserciti funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura e, nell'interesse del fallimento, su proposta del curatore, nomini gli arbitri una volta che abbia verificato la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge.

Nella precedente disciplina, infatti, non vi era alcuna indicazione, circa tale possibilità per il giudice delegato è ciò era probabilmente dovuto al fatto che si è dubitato della possibilità che la pendenza del fallimento potesse essere compatibile con il giudizio arbitrale ⁽¹⁶⁾.

Nella formulazione attuale della norma, invece, la distribuzione dei poteri tra curatore e giudice delegato, riconosce al primo una funzione propositiva e al secondo una funzione decisoria. In questo particolare caso però, il potere del giudice delegato sembra più circoscritto che in altri (ad es. in caso di revoca e liquidazione dei compensi agli avvocati, o altri soggetti la cui opera sia richiesta nell'interesse del fallimento). Senz'altro, la proposta del curatore circa gli arbitri da nominare non è vincolante: tuttavia, la possibilità per il giudice delegato di discostarsi da essa è limitata alla verifica della sola sussistenza dei requisiti previsti dalla legge. Il controllo del giudice è quindi di sola legalità e non invade le sfere dell'opportunità.

Se ne può dedurre – ferma restando l'osservanza dei requisiti stabiliti dalla legge -, la nomina degli arbitri è rimessa alla sola discrezionalità del curatore, residuando al giudice delegato una funzione di supervisione ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Svolge questa osservazione GIOVANNI LO CASCIO, Commento *sub* art. 25 l.f., in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, pp. 490-491.

⁽¹⁷⁾ Non si ritiene di condividere appieno la scelta del Legislatore, la quale si presta a troppo facili atteggiamenti collusivi tra il curatore e i soggetti chiamati a svolgere la funzione di

4. (SEGUE)...L'ART. 35 L.F.

Nello stesso senso, in ossequio ai principi contenuti nella legge delega (rivolti ad un incremento del potere del comitato dei creditori e alla agevolazione della autonomia gestionale del curatore), l'art. 35 l.f., dal canto suo, riafferma anche nella nuova formulazione, il potere di stipula di accordi compromissori in capo al curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori. Come è possibile notare, l'ampiezza della formulazione della norma da ultimo citata, non dà conto se tale potere della curatela sia ravvisabile solo in relazione ai rapporti sorti in circostanza di fallimento ovvero anche in relazione ai rapporti precedentemente instaurati dal soggetto fallito.

Sul punto la tesi maggioritaria aderisce ad una interpretazione estensiva della norma, ravvisando la possibilità per il curatore di stipulare compromessi anche per risolvere controversie scaturenti da rapporti pregressi ⁽¹⁸⁾.

Vi sono, tuttavia, voci minoritarie che aderiscono ad una interpretazione della norma più rigida in virtù della quale la facoltà di stipulare patti compromissori sarebbe possibile esclusivamente in relazione ai rapporti perfezionatisi durante l'esercizio dell'impresa.

Sull'argomento si ritornerà approfonditamente nel secondo capitolo.

arbitri. La previgente disciplina collocava il curatore in una posizione in qualche modo subordinata rispetto a quella del giudice delegato demandando al primo funzioni esecutive rispetto alle direttive impartite dal secondo anche se, nello svolgere questa critica, occorre considerare che nella prassi dei tribunali fallimentari, nella pratica il giudice delegato si limitava spesso a ratificare formalmente decisioni già assunte dal curatore che è senza dubbio l'organo del fallimento che ha maggiore cognizione dello stato attivo e passivo del fallimento e che perciò dispone degli strumenti più adatti per assumere le scelte rispondenti all'interesse della procedura. Si veda, GIOVANNI LO CASCIO, Commento *sub* art. 25 l.f., in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, p. 481

⁽¹⁸⁾ Aderiscono alla tesi maggioritaria: FILIPPO GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in ANGELO BUONFRATE, CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, Utet, 2006, p. 315.

5. (SEGUE)... L'ART. 83 BIS L.F.

Infine, l'art. 83 *bis* l.f. di recente introduzione nella legge fallimentare, fissa il principio secondo il quale il curatore è sempre legittimato a fare venire meno il giudizio arbitrale già pendente ogni qual volta quest'ultimo abbia origine dall'attivazione della clausola compromissoria contenuta in un contratto, da quale, il curatore stesso si sciogla per effetto della determinazione assunta ai sensi dell'art. 72 l.f.

6. L'AMMISSIBILITÀ DELL'ARBITRATO NEL FALLIMENTO: I PRINCIPI

Circoscritto sommariamente l'ambito applicativo queste tre norme cardine per la trattazione del nostro argomento, è bene ora prendere le mosse da alcuni punti fermi e nodali.

Innanzitutto da un punto di vista sostanziale, anche nella materia fallimentare, non nuoce ribadirlo, l'incompromettibilità resta esclusivamente circoscritta all'indisponibilità dei diritti controversi, non avendo il legislatore optato espressamente un ampliamento dell'area di inarbitrabilità.

Secondariamente, la sopraggiunta dichiarazione di fallimento priva il fallito, *ex* art. 42 l.f. dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento ⁽¹⁹⁾. Ne deriva quindi, che solo per i rapporti giuridici che afferiscono a beni o diritti che debbono o possono qualificarsi come beni ricompresi nel fallimento possa realmente porsi la questione dell'opponibilità agli organi della procedura del compromesso o della clausola compromissoria *ex ante* stipulate dal

⁽¹⁹⁾ Quanto all'ambito soggettivo va semplicemente osservato che lo spossessamento colpisce coloro nei cui confronti è aperta la procedura: cioè l'imprenditore individuale, la società e gli eventuali soci falliti. Sul piano oggettivo lo spossessamento tocca tutto il patrimonio del soggetto: così da ricomprendere oltre ai beni, i diritti, i poteri, le aspettative, le azioni e persino i beni non commerciabili, i beni del fallito che si trovino nella disponibilità di terzi ed i beni di terzi nella disponibilità del fallito. Per una puntuale ricognizione del tema si veda DE FERRA- LINO GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento per il fallito*, in *Commentario alle legge fallimentare*, Scialoja-Branca, p.1 ss. e gli Autori ivi riportati nelle note.

fallito, laddove, viceversa, per beni o diritti non ricompresi nel fallimento, tali rapporti possono proseguire senza effetti nei confronti dei creditori concorsuali ⁽²⁰⁾.

Ciò premesso, l'area dei diritti suscettibili di essere compromessi in arbitri subisce nondimeno limitazioni.

In considerazione del silenzio legislativo sul punto, la demarcazione dello spazio di arbitrabilità in costanza di dichiarazione di fallimento va, pertanto, operata tenendo presente alcuni principi di carattere generale, i quali, pur non essendo contenuti in alcuna espressa disposizione legislativa, rispondono tuttavia a perentorie indicazioni di sistema e che elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel vigore delle precedenti legislazioni possono dirsi tutt'ora validi ⁽²¹⁾.

Il primo di questi, di natura processuale, è contenuto nell'affermazione secondo la quale l'arbitrato rituale è strumento alternativo al processo ordinario di cognizione non avente carattere di esclusività che non sia cioè configurato dal legislatore esclusivo per il conseguimento dell'effetto proposto. Tale assunto deriva direttamente dalla formulazione dell'art. 806 c.p.c. che impone di escludere il ricorso agli arbitri

⁽²⁰⁾ In questi precisi termini, RODOLFO VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 936. Con riguardo alla giurisprudenza Cfr. Cass. civ., 28 maggio 2003, n. 8545, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, p. 401; in *Il Fallimento*, 2004, p. 739, con nota di MONTANARI, *Decisioni pronunciate nei confronti del solo fallito e opposizione di terzo al curatore*; in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 718 con nota di GABRIELLA TOTA, *Sulla legittimazione del curatore all'opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nei confronti del solo fallito*.

⁽²¹⁾ La ricognizione dei principi utili a demarcare l'arbitrabilità in costanza di fallimento è compiutamente trattata da SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, Capitolo I; ID. *Compromesso e clausola compromissoria*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di Lino Guglielmucci, collana diretta da Paolo Cendon, capitolo XXII, Cedam, Padova, 2006, pp. 311- 338; GUIDO CANALE, *Commento sub art. 83 bis l.f.*, in AA.VV. *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 1338.

ogniquale volta la funzione da essi esercitata non si sostanzia nel decidere controversie⁽²²⁾.

Ciò risulta ancor più vero in seguito all'equiparazione funzionale del lodo rituale alla sentenza che definisce l'ordinario processo di cognizione operata con la legge delega n. 80 del 2005⁽²³⁾ che a sua volta viene fatta dipendere dalla convinzione dall'equivalenza tra l'attività svolta dai giudici laici e quella esercitata dai giudici dello Stato desumibile dall'art. 824 *bis* c.p.c.

Da ciò discende, in primo luogo, che solo ciò che può essere oggetto di decisione giudiziaria, può essere oggetto di decisione nell'arbitrato rituale.

L'arbitrato dovrebbe soccombere pertanto, in tutti quei casi che non rientrano nella giurisdizione contenziosa, dinanzi a tutte le domande che non sono volte a ottenere una cognizione piena in ordine a diritti disponibili e che, di conseguenza, non si concluda con un atto assimilabile, quanto agli effetti, ad una sentenza. Va precisato, tuttavia, che la fine che qui interessa sarà da qualificarsi quale sentenza in senso sostanziale o decisione, ivi ricomprendendosi anche l'arbitrato irrituale, quel provvedimento da cui promana un giudizio vincolante sulla esistenza o inesistenza di quel diritto o di quella situazione giuridica, anche sostanziale, che sia idoneo a fare stato sino a quando il provvedimento non sarà caducato con appositi mezzi⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Dello stesso avviso, LUISA GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2009, p. 136 ss.

⁽²³⁾ Anche prima dell'equiparazione operata nel 2005 dal Legislatore, parte della dottrina riteneva che il lodo avesse gli effetti della sentenza a prescindere dall'*exequatur*: GIUSEPPE TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1985, p. 1 ss.; SERGIO LA CHIA, *La nullità nei procedimenti arbitrali*, in *Studi in onore di E. Allorio*, tomo II, Milano, 1989, p. 1445; EDOARDO F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1994, p. 809 ss; GIUSEPPE TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 631 ss; CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995, p. 413 ss.; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996 pp. 1 e 2.

⁽²⁴⁾ In questi precisi termini SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 2006.

Lo sguardo va pertanto distolto da tutti quei casi, nei quali durante il corso della procedura fallimentare ci si trovi di fronte a provvedimenti e procedimenti che non appartengono alla giurisdizione contenziosa. Tali procedimenti sono definiti di natura amministrativa, al fine di evidenziarne il carattere di funzionalità all'amministrazione della procedura.

In secondo luogo, ne discende, altresì, che l'arbitrato rituale è strumento alternativo di processi in disteso contraddittorio che possono considerarsi come equivalenti e sostitutivi del processo ordinario sotto il profilo strutturale.

Resta comunque fermo il principio secondo cui l'arbitrato rituale sia inammissibile tutte le volte in cui il legislatore delinei dei procedimenti diversi dal procedimento ordinario o dai suoi equivalenti strutturali e, a tal riguardo, va sottolineata in particolare l'inammissibilità dell'arbitrato nei casi nei quali il legislatore delinei dei procedimenti di carattere camerale o sommario.

Infine, occorre anche tenere conto di un ulteriore principio, secondo il quale il processo davanti al giudice togato può essere sostituito con l'arbitrato rituale, solo in quanto tale processo non venga configurato dal legislatore come mezzo esclusivo (e processualmente necessario) per il conseguimento dell'effetto proposto⁽²⁵⁾.

In tale ultimo contesto si devono considerare, in primo luogo, i procedimenti qualificabili in senso ampio come di impugnazione. A tal riguardo si pensi allo strumento generalmente previsto dall'art. 26 l.f., per impugnare i decreti del giudice delegato, nonché ai procedimenti di opposizione allo stato passivo promossi ex art. 98 l.f. dai creditori esclusi o ammessi con riserva⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e altre ADR*, a cura di Buonfrate-Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, pp. 314-315; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 2006.

⁽²⁶⁾ Dello stesso avviso ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, *Convenzione arbitrale e fallimento - Commento sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, Zanichelli editore, seconda ed., 2007, p.109 ss. Sul dibattito circa la compromettibilità dell'opposizione allo stato passivo si veda anche ENZO CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1959, p.

Quanto ai procedimenti impugnatori, per i quali è necessariamente prevista la forma del ricorso, deve essere ovviamente esclusa la possibilità di ricorrere all'arbitrato in sostituzione dell'appello, della revocazione e dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

In particolare poi, l'impugnazione alla sentenza dichiarativa di fallimento ci pare sia inarbitrabile *a priori*, per ragioni che attengono alla necessità che ci appaiono del tutto diverse da quelle sino ad ora analizzate. In tale caso, infatti, si deve considerare l'indisponibilità della situazione giuridica sottesa nonché degli interessi pubblici predominanti in tale fase eventuale del fenomeno fallimentare; indisponibilità data dalla prospettiva che limita l'arbitrato nell'ambito del controllo degli atti emanati da giudici appartenenti all'organizzazione statale⁽²⁷⁾.

Vengono inoltre presi in considerazione i processi concepiti dal legislatore come fasi interne o come giudizi incidentali di processi d'esecuzione e comunque preordinati alla attuazione della responsabilità patrimoniale quali ad esempio l'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi.

Infine, il carattere della necessità è attribuibile a quei processi di natura cognitiva che il legislatore ha specificamente disciplinato e per i quali il mancato utilizzo del procedimento fallimentare non consentirebbe di ottenere un effetto opponibile alla procedura, con conseguente sua dichiarazione di improcedibilità quanto meno nella parte in cui l'accertamento risulta rilevante ai fini del fallimento. In tale ultima casistica rientrano il processo di cognizione scaturente *ex* 512 c.p.c. relativo alle controversie circa la sussistenza e l'ammontare di uno o più crediti o circa la sussistenza di clausole

539 ss.; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, Padova, 2000, p. 57 ss.; SERGIO LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, p. 25.

⁽²⁷⁾ Con l'entrata in vigore del decreto correttivo, all'art. 18 l.f. si legge che contro la sentenza che dichiara il fallimento può essere proposto reclamo dal debitore e da qualunque interessato con ricorso da depositarsi nella cancelleria della Corte d'Appello nel termine perentorio di trenta giorni. Sul punto si vedano le riflessioni di MASSIMO FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, supplemento in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, p. 12. Prima della riforma ma dello stesso avviso sul punto Cfr., ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, Padova, 2000, p. 57 ss.; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 18, GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il Fallimento*, 1993, p. 483.

di prelazione e le domande tardive di rivendica e restituzione *ex art. 103 l.f.* Tale disciplina si osserva evidentemente in risposta all'esigenza di concentrare davanti all'ufficio fallimentare tutte le azioni dirette a far valere diritti di credito sul patrimonio del debitore insolvente per assicurare tra i creditori concorrenti il *simultaneus processus* e la *par condicio creditorum* ⁽²⁸⁾.

7. (SEGUE)...LORO APPLICAZIONE

Una volta ricordati questi principi è opportuno ora analizzare le conseguenze in ambito fallimentare.

In virtù di tali principi vanno pertanto estromessi dall'ambito della possibile compromettibilità in arbitri rituali e dal possibile subentro del curatore nell'accordo compromissorio del fallito tutti quei casi nei quali, pur avendo il provvedimento carattere di decisione su situazioni soggettive, il relativo procedimento è sommario o/e camerale e in tutti quei casi qualificabili *latu sensu* come impugnatori.

Ci si riferisce, nel primo caso, ai procedimenti conclusi con decreti del giudice delegato con i quali si provvede su diritti soggettivi vantati da creditori e da terzi all'interno del fallimento.

In particolare, tra i procedimenti camerale, si ricordano i procedimenti nei quali il giudice delegato, statuendo in merito a diritti soggettivi di creditori e di terzi nei confronti della massa, emette un decreto. Ne costituiscono un esempio la verifica dello stato passivo *ex art. 96 e 97 l.f.* ⁽²⁹⁾, l'ammissione tardiva al passivo *ex art. 101 l.f.*, il

⁽²⁸⁾ In questo senso si veda Cassazione civile 6 giugno 2003, n. 9070 in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 964, dove si legge che «risponde all'esigenza di concentrare davanti ad un unico organo, individuato attraverso il procedimento stabilito dalla legge speciale, tutte le azioni dirette a fare valere diritti di credito sul patrimonio del debitore insolvente, per assicurare, anche nella successiva fase di cognizione, il concorso necessario dei creditori con il contraddittorio potenzialmente esteso a tutti i crediti concorrenti, e realizzare così, nel *simultaneus processus* il principio della *par condicio creditorum*».

⁽²⁹⁾ Cfr. la giurisprudenza di Cass. SSUU, 6 giugno 2003, n. 9070, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 964.

procedimento relativo a domande di rivendica e restituzione *ex art. 103 l.f.* e il procedimento che porta il giudice delegato a conoscere delle questioni relative alla graduazione dei privilegi e a giudicare della convenienza o meno al riparto parziale dell'attivo *ex art. 110 l.f.*

Tra i procedimenti a carattere sommario si annoverano invece quei procedimenti previsti dall'art. 150 l.f. che, inserendosi incidentalmente nella procedura fallimentare, conducono a provvedimenti assimilabili, quanto a natura ed effetti, ad un decreto ingiuntivo ⁽³⁰⁾. In tali casi, parte della dottrina è giunta ad affermare che, pur dovendosi escludere l'ipotesi che l'opposizione a decreto ingiuntivo possa essere oggetto di giudizio arbitrale, nulla impedisca di considerare compromettibile, salvo il limite dell'indisponibilità del diritto, la distinta azione di merito sottesa al procedimento monitorio ⁽³¹⁾.

Vi sono a tal proposito due rilevanti novità che pare qui necessario mettere in luce.

In primo luogo, a differenza di quanto accadeva sotto il vigore della precedente normativa fallimentare, si ritiene che ora vada esclusa l'ammissibilità dell'arbitrato anche per le controversie che abbiano ad oggetto i c.d. crediti prededucibili e assoggettate al rito dell'accertamento fallimentare dal nuovo art. 111 *bis* l.f., nonché per le controversie che abbiano ad oggetto la restituzione o la rivendicazione di beni mobili o immobili (e non solo di beni immobili come era prima della riforma) e sia che la pretesa abbia fondamento reale sia che la stessa sia invece fondata su diritti personali (prima l'esclusione riguardava solo le pretese con fondamento reale, almeno secondo l'opinione più rigorosa) ⁽³²⁾. In questo caso i nuovi artt. 91 e 93 l.f. prevedono infatti

⁽³⁰⁾Si veda in proposito VIRGILIO ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, terza ed riveduta, 4 vol., Napoli, Jovene, 1954-1964, secondo cui anche all'interno della giurisdizione contenziosa, «*La circostanza che i lodi arbitrali possano conseguire solo efficacia di sentenza induce a dire non compromettibili quelle procedure che, introdotte avanti a giudice statale, sarebbero definite con ordinanza o decreto [...]»*.

⁽³¹⁾ SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Cedam, Padova, 1996, p.

⁽³²⁾ ANGELO CASTAGNOLA, *Arbitrato e fallimento*, in *L'arbitrato fondamentali e tecniche*, 2006, in www.camera-arbitrale.com.

l'applicazione del rito relativo all'accertamento del passivo che si è visto essere esclusivo.

Secondariamente, in virtù del carattere camerale, nonché del carattere impugnatorio del procedimento occorre estromettere dal catalogo tutti i procedimenti di reclamo contro gli atti del giudice delegato e del Tribunale che si rivolgono al Tribunale o alla Corte di Appello *ex art. 26 l.f.*, così come i procedimenti di impugnazione dei decreti del giudice delegato che rendono esecutivo lo stato passivo e lo stato delle rivendiche, i quali si svolgono ora in forma camerale e si concludono con decreto e contro il quale è ammesso ricorso in Cassazione.

Per concludere sul punto e chiarire con un esempio, possiamo immaginare, in virtù dei principi appena ricordati, che se il fallito avesse stipulato con il terzo un accordo compromissorio per arbitrato rituale prima della dichiarazione di fallimento, avente ad oggetto l'accertamento di un credito o la restituzione di un bene mobile o immobile, con il sopraggiungere del fallimento questo accordo sarebbe da considerare del tutto inefficace nei confronti dell'amministrazione fallimentare; né al curatore sarebbe possibile stipulare un accordo avente tale oggetto ⁽³³⁾.

8. . (SEGUE)...LE CONTROVERSIE ARBITRABILI NEL FALLIMENTO

A seguito di questo *excursus*, che ci ha condotto ad estromettere gran parte delle controversie perché non compromettibili a causa della sopravvenuta apertura di una procedura concorsuale, occorre ora esaminare quali siano invece i campi in cui è ancora possibile rimettere la lite ad arbitri, e concentrare la nostra successiva analisi su queste specifiche ipotesi.

⁽³³⁾ Dello stesso avviso ma con riguardo ai soli beni mobili MARIACARLA GIORGETTI, FEDERICO CLEMENTE, *La legge fallimentare commentata*, Franco Angeli, 2008, commento all'art. 83 bis l.f. L'Autrice afferma che « *i procedimenti arbitrali instaurati o instaurandi debbono cedere il passo alla competenza degli Uffici fallimentari, per tutti i procedimenti inderogabili connessi alla verifica dello stato passivo, quali l'accertamento dei crediti, la rivendica, la restituzione, la separazione di cose mobili, le revocatorie e, in genere, i gravami interni alla procedura concorsuale*».

Si ritiene vengano in considerazione due tipi di controversie.

Le prime sono le liti dell'amministrazione fallimentare contro i terzi debitori o soggetti passivi in generale.

Si fa riferimento, in particolare, alle controversie nelle quali il curatore pretende contro i terzi la soddisfazione di crediti pecuniari o prestazioni in forza di diritti che già trovi nel patrimonio fallimentare. Si intendono le liti c.d. "attive" ovvero dirette ad accertare l'esistenza di crediti pecuniari nei confronti di terzi, o di prestazioni che il curatore, in veste di gestore della procedura, può trovare già presenti nel patrimonio in cui subentra *ex art. 43 l.f.* Si è, infatti, già visto come le liti "passive", cioè quelle in cui si discute in merito ad un credito che un terzo vanta nei confronti del fallimento, dovendo queste seguire necessariamente la procedura prevista per l'accertamento del passivo, ne siano escluse.

In secondo luogo, si fa riferimento alle liti che possono sorgere in merito ai contratti stipulati con terzi nell'esercizio provvisorio dell'impresa, ai contratti conclusi per le esigenze della procedura o con persone la cui opera sia stata richiesta nell'interesse del fallimento. Per il fallito, infatti, la perdita dei poteri di amministrazione e disposizione del suo patrimonio si riflette anche sul piano processuale: a norma dell'art. 43 l.f. «*Nelle controversie, anche in corso, relative ai rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore*». Dalla norma, che fa espresso riferimento ai rapporti compresi nel fallimento, si desume come al fallito residui una capacità processuale per i rapporti non assorbiti dalla procedura concorsuale o per quelli non opponibili alla massa; come nel caso dei giudizi che abbiano ad oggetto crediti nei confronti del fallito tornato in *bonis*, dopo la chiusura del fallimento ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Vedi, per tutti, VIRGILIO ANDRIOLI, *Accertamento del passivo fallimentare e processi di cognizione pendenti*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1958, p. 70 ss.; LANFRANCHI, *La verifica del passivo*, Milano, 1979, p. 285 ss.; ID., *Fallimento e giudizi pendenti*, in *Diritto Fallimentare*, 1993, p. 478; CARRATTA, *L'arbitrato rituale su credito ed interferenze con la verifica del passivo*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, p. 106 ss.; ID., *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 112 ss. *Contra* Cassazione civile, 28 maggio 2003, n. 8545 secondo cui

Nel secondo tipo di controversie vi rientrano le liti dell'amministrazione fallimentare sorte a seguito del subentro del curatore nei contratti pendenti che siano ineseguiti o non compiutamente eseguiti dalle parti alla data di dichiarazione di fallimento. Quest'ultimo, come accennato, per poter partecipare all'arbitrato deve subentrare nei contratti pendenti che abbiano generato la controversia e che contengano la clausola che ne rimette la soluzione ad arbitri, perché, nel caso contrario in cui non vi subentri, a norma dell'art. 83-bis di nuova introduzione, «*il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito*». A questa categoria si aggiungono anche le azioni di recupero, ovvero le azioni revocatorie (ex artt. 66 e 67 l.f.) e quelle con le quali si faccia accertare l'inefficacia *ex lege* degli atti a titolo gratuito effettuati nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento se sproporzionati rispetto al patrimonio del donante e i pagamenti eseguiti dal fallito sempre nei due anni anteriori alla sentenza con cui è dichiarato il suo fallimento e che scadono, ai sensi degli artt. 64 e 65 l.f., contemporaneamente o posteriormente a questa ⁽³⁵⁾.

Si è detto poco sopra che non vi è la possibilità di arbitrato tutte le volte in cui si debba fare valere una pretesa creditoria nei confronti del fallimento e ciò è evidentemente molto scoraggiante. Occorre qui precisare che l'impossibilità di proporre in via arbitrale una domanda con tale contenuto, non implica anche l'impossibilità per la

«ai sensi dell'art. 43 l.f., il fallito perde la propria capacità processuale in modo non assoluto, ma relativo alla massa dei creditori, alla quale soltanto è consentito eccipirla (...), con la conseguenza che, se ciò non avviene, il giudizio arbitrale può continuare nei confronti del fallito e il lodo pronunciato non è "inutiliter datum", ma è destinato ad esplicare i propri effetti nei confronti del fallito una volta che questi sarà tornato in bonis», in Giurisprudenza commerciale, 2004, I, p. 401; in Il Fallimento, 2004, p. 739, con nota di MONTANARI, Decisioni pronunciate nei confronti del solo fallito e opposizione di terzo al curatore; in Rivista dell'arbitrato, 2004, p. 718 con nota di GABRIELLA TOTA, Sulla legittimazione del curatore all'opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nei confronti del solo fallito

⁽³⁵⁾Vedi, sul punto, LINO GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, cap. XI, *Compromesso e clausola compromissoria*, a cura di Simonetta Vincere, p. 322; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, 2000, p. 62 e ss.; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 23 e ss.

parte *in bonis* di proporre nel corso del processo arbitrale promosso dalla curatela un'eccezione di compensazione che abbia ad oggetto quello stesso credito. Se si aderisce a quella tesi proposta in dottrina e in giurisprudenza secondo la quale l'eccezione di compensazione può essere sollevata nel giudizio promosso dalla curatela, nei limiti della domanda dell'attore, anche senza che sia necessario un previo accertamento del credito opposto in compensazione in sede fallimentare. Ci pare quindi che anche alla luce dei nuovi art. 817 bis e 819 c.p.c., non possano sorgere ostacoli ad ammettere tale possibilità anche in sede arbitrale.

9. IL DIBATTITO CIRCA IL PRESUNTO LIMITE DELLE AZIONI DERIVANTI DAL FALLIMENTO EX ART. 24 L.F.

Si tratta ora di vedere se, entro l'ambito appena delineato, un limite ulteriore sia dato dall'affermata esclusività ed inderogabilità della competenza del tribunale fallimentare⁽³⁶⁾ e dalla *vis attractiva* contenuta nell'art. 24 l.f.⁽³⁷⁾ per controversie pur aventi ad oggetto diritti disponibili.

⁽³⁶⁾ Per uno sguardo alla giurisprudenza delle corti di merito si veda Tribunale di Milano, 25 maggio, 1985, in *Il fallimento*, 1986, p. 1083; Tribunale di Verona, 28 febbraio 1991, in *Il fallimento*, 1991, p. 1189, nella quale si legge che «*non possono essere devolute ad arbitri le controversie che ratione materiae appartengono alla competenza funzionale ed inderogabile del tribunale fallimentare, senza che rilevi la distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*».

⁽³⁷⁾ Per un maggior approfondimento circa il tema della *vis attractiva* fallimentare si veda CARLO VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, Cedam, 1996. Tale autore in particolare evidenzia la differente *ratio* sottesa al fenomeno della competenza per attrazione in campo concorsuale e nel processo civile ordinario. Nel secondo caso ci si riferisce alle ipotesi contenute negli artt. a 31 a 36 c.p.c. ovvero nell'art. 40 c.p.c. disciplinanti rispettivamente i casi di modificazione della competenza per connessione e il caso di attrazione della competenza al tribunale in luogo del giudice di pace. In ambito concorsuale invece la *vis attractiva* sarebbe connessa al raggiungimento delle finalità del fallimento tali da imporre agli organi fallimentari di «*avere una visione più possibile completa di tutti i rapporti che riguardano il procedimento*» ove nel processo civile andrebbe ricondotta «*all'economia dei giudizi, al coordinamento delle decisioni, alla preferenza per il giudice togato o collegiale, alla*

Come è noto, questa norma attribuisce al tribunale che ha dichiarato il fallimento la competenza per «*tutte le azioni*»⁽³⁸⁾ *che ne derivino*»⁽³⁹⁾.

Seppur con molte incertezze riguardo al suo preciso ambito di applicazione, la dottrina maggioritaria ritiene, come accennato, che si tratti di una competenza di tipo funzionale e inderogabile⁽⁴⁰⁾, motivo che varrebbe ad escludere la possibilità di deferire

prevalenza del rito ordinario o del lavoro». SALVATORE NICOLSI, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo art. 24 l.f.*, in www.judicium.it.

⁽³⁸⁾ Una parte autorevole della dottrina ha ritenuto di dover interpretare il termine “azioni” contenuto nell’art. 24 l.f. nell’accezione di “situazioni giuridiche”. In tal senso si veda EDOARDO F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 323 ove si legge che «*il discorso può divenire concreto solo se si traduce il termine azioni con il termine situazioni giuridiche, fissando lo sguardo sull’oggetto (e quindi sul thema decidendum) di possibili processi; e se dovessimo intendere l’art. 24 l.f. nel senso più estensivo possibile, si potrebbe essere indotti a ricomprendere nella competenza del tribunale fallimentare anche controversie diverse da quelle, nelle quali è parte l’amministrazione fallimentare in persona del curatore*».

⁽³⁹⁾ La versione originaria dell’art. 24 l.f. come contenuta nella legge fallimentare non riformata, nel sancire la deroga per la competenza per le azioni derivanti dal fallimento, lasciava comunque ferme le norme ordinarie di competenza per le azioni reali immobiliari, e ciò in virtù di mere ragioni di opportunità. Successivamente con le modifiche apportate dal D.lgs 9 gennaio 2006, n. 5, la norma non menzionava più il riferimento all’eccezione stabilita per le azioni reali immobiliari, né conteneva il richiamo alle cause di lavoro, ma si arricchiva di un secondo comma che definiva l’applicabilità del rito camerale previsto dagli artt. 737 e 742 c.p.c. per tutte le azioni che derivavano dal fallimento, comma poi abrogato con il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007. In questo senso, LUISA GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2009, p. 140 la quale prosegue annotando come già la prima versione dell’art. 24 l.f. lasciasse scorgere la mancanza di correlazione tra l’arbitrabilità della controversia e l’inderogabilità della competenza in materia fallimentare. Proprio dalla sancita prevalenza delle regole ordinarie di competenza, si legge, in tema di diritti reali immobiliari sulla *vis attractiva* del foro fallimentare e dalla constatazione che tali regole non avrebbero minato la compromettibilità in arbitri di tali controversie, si è giunti ad affermare che non vi era ragione di ritenere che il compromesso in arbitri potesse essere escluso dall’art. 24 l.f. più di quanto lo fosse l’art. 21 c.p.c.

⁽⁴⁰⁾ Si veda VIRGILIO ANDRIOLI, voce *Fallimento*, p. 320 ss.; SALVATORE SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 106; F. FERRARA JR., A. BORGIOI, *Il fallimento*, 5° edizione, Milano, 1995, p. 273; RENZO PROVINCIALI, *Trattato*, I, p. 129; DOMENICO MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, Jovene, p. 71; TITO SEGRE, *Premesse sulla competenza*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Enrico Allorio, Torino, 1973, I, p. 144; GIOVANNI LO CASCIO, *La competenza del tribunale fallimentare*, in *Giustizia civile*, 1992, p. 1202, F. SANDULLI, *Sulla c.d. vis attractiva in materia fallimentare*

ad arbitri le liti previste dall'art. 24 l.f. quand'anche abbiano ad oggetto diritti disponibili⁽⁴¹⁾.

La giurisprudenza, pur avendo ridotto l'ambito di applicazione dell'articolo e, conseguentemente l'incidenza della *vis attractiva* del foro fallimentare, si è comunque largamente espressa nel senso di rendere la norma in esame idonea a bloccare il compromesso in arbitri delle questioni che rientrano nel suo ambito di applicazione⁽⁴²⁾. In tale area, infatti, vengono ricomprese le azioni rispetto alle quali il fallimento opera come presupposto o che nel fallimento ricevono una particolare qualificazione e

con riguardo all'ambito delle sue limitazioni, in *Giustizia Civile*, 1984, I, p. 1305. *Contra*, EDOARDO F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1998, p. 328, che ritiene la competenza del tribunale fallimentare esclusiva ma derogabile.

In argomento si ritiene interessante segnalare, altresì, le riflessioni svolte da G. BOTTA il quale non ritiene corretto rintracciare la *ratio* dell'art. 24 l.f. nelle finalità pubblicistiche della procedura esecutiva collettiva in quanto «*se così fosse, la trattazione e la decisione della causa dovrebbe essere riservata allo stesso giudice ovvero alla stessa sezione del tribunale che ha provveduto alla dichiarazione di fallimento*». La ragione sottostante la norma in commento sarebbe per l'Autore da rintracciarsi in motivi di opportunità del riunire avanti allo stesso tribunale – inteso appunto quale ufficio giudiziario e non come la stessa sezione che ha dichiarato il fallimento, cui partecipi il giudice delegato – tutte le controversie derivanti dalla dichiarazione di fallimento. In tal senso la deroga operata dall'art. 24 l.f. alla ordinaria competenza, deve avere la stessa valenza degli altri casi di competenza funzionale per materia dettata dallo stesso legislatore.

⁽⁴¹⁾ Osserva LUISA GROPPOLI, come l'esclusione dell'arbitrato di controversie su diritti disponibili ma riservate alla competenza funzionale ed inderogabile degli organi giurisdizionali non sia nuova. Si vuol qui fare riferimento alle controversie agrarie o alle controversie relative ai procedimenti di convalida di sfratto o di licenza per finita locazione e di sfratto per morosità, estromesse dalla tutela arbitrale anche in virtù della competenza funzionale del giudice ordinario, ID. *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2009, p. 134 ss.

⁽⁴²⁾ Sul convincimento di tale inderogabilità da parte della Corte di Cassazione si legga *ex plurimis*: Cassazione civile, 2 febbraio 2001, n. 1511, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2001; Cassazione civile, 2 agosto 2000, n. 10116, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2000. Da ultimo si veda Cassazione civile, Sez. I, 4 settembre 2004, n. 17891, in *Foro Italiano*, 2005, I, p. 744 e per un commento alla sentenza si legga ROBERTA TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, pp. 623 ss.

vengono escluse solo quelle che a quest'ultimo sono legate da un mero rapporto di occasionalità ⁽⁴³⁾.

A questi problemi si aggiungeva, a seguito della riforma del 2006, un'ulteriore e apparente ostacolo: nel secondo comma dell'art. 24 l.f. si prevedeva, infatti, che «*salvo non fosse diversamente disposto, alle controversie di cui al primo comma, - si sarebbero applicate - le regole previste dagli artt. 737 a 742 c.p.c.*» ovvero il rito camerale che, come visto, avrebbe precluso la via arbitrale e parte della dottrina vi aveva ravvisato un doppio impedimento all'arbitrabilità delle azioni che derivino da fallimento. Sulla norma ora in commento è, però, intervenuto successivamente il c.d. decreto correttivo che ha abrogato tale comma e con esso il richiamo alle disposizioni del codice di procedura civile sui procedimenti in camera di consiglio.

Venuto meno il dibattito sull'inarbitrabilità per ragioni di rito, si ritiene nondimeno di non poter aderire alla tesi maggioritaria in giurisprudenza e minoritaria in dottrina secondo cui la norma in disamina è idonea ad impedire la compromissione in arbitri delle controversie ad essa riferibili ⁽⁴⁴⁾.

Innanzitutto, il nuovo testo dell'art. 806 c.p.c., nell'ottica del fondamento negoziale dell'arbitrato, segna quale limite alla compromettibilità la sola indisponibilità del diritto ⁽⁴⁵⁾. La formulazione del primo comma, secondo cui «*le parti possono fare decidere da arbitri le controversie tra loro insorte che non abbiano per oggetto diritto indisponibili, salvo espresso divieto di legge*», fissa la natura disponibile del diritto

⁽⁴³⁾ In giurisprudenza, in merito al rapporto di occasionalità delle azioni rispetto al fallimento si veda Cassazione civile, 15 aprile 2003, n. 5950, in *Massimario della giurisprudenza Italiana*, 2003.

⁽⁴⁴⁾ Nel senso di non considerare il precetto di cui all'art. 24 l.f. un ulteriore limite all'arbitrabilità in sede fallimentare, FILIPPO GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in ANGELO BUONFRATE, CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR.*, Torino, Utet, 2006, p. 317.

⁽⁴⁵⁾ Sulla disponibilità dei diritti si veda da ultimo, *sub art. 806 c.p.c.*, AA.VV. Arbitrato. Commento al Titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile. Artt. 806-840 di Federico Carpi, Zanichelli, Bologna, 2008, A. BARLETTA, *La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 979 ss.

oggetto della controversia come unico requisito per affermare l'inarbitrabilità. Su questo punto la legge delega precisava che il legislatore avrebbe dovuto assumere “*la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge*”. Tale autorevole precisazione dovrebbe essere già di per sé sufficiente a vincere i dubbi di quegli autori che, pur in presenza di un oggetto disponibile, pretendono di limitare l'arbitrato in virtù della supposta supremazia della competenza funzionale e inderogabile ⁽⁴⁶⁾.

Invero, in termini più generali, si è osservato come l'inderogabilità o l'imperatività della norma, anche comunitaria ⁽⁴⁷⁾, che regola il diritto, non trasforma automaticamente quest'ultimo in indisponibile. Per assumere tale carattere di indisponibilità, infatti, un diritto necessita di altri e più pregnanti indizi che possono derivare vuoi dalla previsione espressa della legge, vuoi dalla natura di per sé indisponibile del diritto ⁽⁴⁸⁾.

In secondo luogo si dovrà chiarire cosa si intende con il termine “competenza” quando lo si usa con riguardo ai rapporti tra giudice ordinario e arbitro, tenuto conto che di per sé le regole sull'inderogabilità della competenza attengono ai rapporti tra i soli giudici togati. Bisogna, infatti, chiedersi se l'inderogabilità della competenza possa effettivamente costituire una barriera alla compromettibilità tenendo a mente che la

⁽⁴⁶⁾ Dello stesso avviso FILIPPO GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in ANGELO BUONFRATE, CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, Utet, 2006, p. 317, il quale puntualizza che la *vis attractiva* del foro fallimentare non sia idonea a determinare, di per sé, l'inefficacia dell'accordo arbitrale concluso dal soggetto poi fallito. «Tale circostanza, si legge, sarebbe confermata in via indiretta ma puntuale dall'art. 806 c.p.c., tanto nella vecchia quanto nella nuova formulazione, il quale nel definire i limiti della compromettibilità in arbitri, esclude ogni riferimento ad ipotesi di competenza funzionale».

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Corte di Giustizia Ce, 1 giugno 1999, in *Foro italiano*, 1999, IV. c. 470 con nota di Luca G. Radicati Di Brozolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario, e regole nazionali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 297.

⁽⁴⁸⁾ Si veda in argomento, VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 371 ss., CLAUDIO CONSOLO, *Sul campo disossato della compromettibilità in arbitri*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2003, p. 241 ss.

disciplina sulla competenza, come si è visto, riguarda la ripartizione e l'organizzazione del lavoro tra i diversi giudici togati e viene definita dalla dottrina come la misura della giurisdizione che spetta ad ogni magistrato.

Si ritiene che il sopravvenuto fallimento del soggetto debitore, quindi, non renda incompromettibili a priori le controversie derivanti dal fallimento. Ad oggi, invero, con l'abrogazione della disposizione che affidava al rito camerale tutte le azioni derivanti da fallimento e la conseguente permanenza della cognizione piena ed esauriente in ordine alle stesse, si è concordi nell'affermare che l'art. 24 l.f. continui a dettare semplicemente una regola sulla competenza, tale da non poter incidere sulla arbitrabilità di una lite derivante dal fallimento tutte le volte in cui essa abbia ad oggetto diritti disponibili, e ciò per la semplice constatazione che le norme sulla competenza sono dettate per gli scopi di cui si è detto.

Ponendo dei punti fermi in argomento, dunque, in tutti quei casi in cui la ammissibilità dell'arbitrato non può essere esclusa in base ai rilievi compiuti in precedenza, può dunque essere coltivata come ipotesi di lavoro sia in relazione alla possibilità del curatore di stipulare un accordo compromissorio sia in relazione all'opponibilità del compromesso e della clausola compromissoria all'amministrazione fallimentare.

Appurato che la competenza funzionale ed inderogabile non è argomento che incide sulla arbitrabilità delle controversie fallimentari, è ora opportuno brevemente analizzare in positivo quali sono le liti che possono dirsi «*derivanti da fallimento*».

Secondo l'insegnamento della dottrina ⁽⁴⁹⁾ e della giurisprudenza ⁽⁵⁰⁾, vi è accordo nel ritenere che rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo in questione le

⁽⁴⁹⁾ Si veda, MASSIMO FABIANI, *Commento sub art. 24 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Alberto Jorio e coordinato da Massimo Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 425 ss.; LINO GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 2007, p. 92; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, Padova, Cedam, 200, p. 50 e 59; A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, II, Torino, 1999, p. 167; EDOARDO F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, 1997, Milano, Giuffrè, p. 325; CARLO VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 8 e 27 ss.

⁽⁵⁰⁾ Parte della giurisprudenza ricomprende tra le azioni *ex art. 24 l.f.* quelle liti che traggono origine e fondamento dal fallimento, nonché quelle destinate comunque ad incidere

azioni che traggono origine e fondamento dal fallimento e quelle relative a rapporti preesistenti, che a causa della dichiarazione di insolvenza abbiano subito deviazioni dal loro schema legale tipico, nel senso di dar vita a questioni di diritto cui applicare i principi propri del concorso quali ad esempio, l'azione revocatoria ordinaria ⁽⁵¹⁾ e l'azione tendente alla declaratoria di simulazione ⁽⁵²⁾.

sulla procedura concorsuale, Cfr. Cassazione civile 21 marzo 2003, n. 4210, in *Diritto fallimentare*, 2004, II, p. 392; Cassazione civile, 8 agosto 2002, n. 8238, in *Il Fallimento*, 2003, p. 380; Cassazione civile, 12 novembre 1993, n. 11189, in *Il Fallimento*, 1994, p. 371; Cassazione civile 9 settembre 2005, n. 14468, in *Guida al diritto*, 2005, p. 70; Cassazione civile 20 aprile 2004, n. 13496, in *Guida al diritto*, 2004, p. 60; Cassazione civile 21 dicembre 2001, n. 16183, in *Archivio Locazioni*, 2002, p. 416. Altra parte della giurisprudenza tende ad escludere la *vis attractiva* dell'art. 24 l.f. solo in presenza di controversie legate alla procedura da una mera occasionalità. Cfr. Cassazione civile, 9 novembre 2005, n. 21708, in *Repertorio del Foro italiano*, 2005, voce *Fallimento*, p. 325; Cassazione civile, 15 aprile 2003, n. 5950, in *Foto italiano*, 2003, I, colonna 2393; Cassazione civile, 5 luglio 2000, n. 8990, in *Repertorio del Foro italiano*, 2000, voce *Fallimento*, p. 309.

⁽⁵¹⁾ La dottrina più recente si è occupata della particolare ipotesi della azione revocatoria ordinaria esperibile dai creditori prima del fallimento (e quindi da questo non derivante), quale esempio di azione che di per sé non trova fondamento e presupposto nella dichiarazione di insolvenza, ma che a causa di essa subirebbe una modificazione del suo schema legale tipico tale da poter essere ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 24 l.f. Si tratta infatti di una azione esperibile dai creditori prima del fallimento e, dunque, da questo non derivante, e che, se esercitata o proseguita dal curatore dopo il fallimento, relativamente agli atti di disposizione compiuti in pregiudizio dei creditori dal debitore poi fallito, ricade comunque nell'ambito della competenza del tribunale fallimentare in virtù dell'art. 66 l.f. Di recente, si è però messo in luce in giurisprudenza che l'azione revocatoria ordinaria promossa in via esclusiva dal curatore, presenti aspetti peculiari tali da farla ritenere causa derivante dal fallimento ex art. 24 l.f. Da questa prospettiva di peculiarità che si fonderebbe su elementi quali la legittimazione del curatore, la competenza del tribunale fallimentare, la possibilità di applicare esenzioni di cui al terzo comma dell'art. 24 l.f., l'azione revocatoria ordinaria deriverebbe dal fallimento non certo perché in esso trovi il suo fondamento e presupposto, ben potendo preesistere, ma in quanto con la dichiarazione di fallimento subirebbe una modificazione dello schema legale tipico suo proprio "sufficiente per poterla ritenere un'azione derivante da fallimento ai sensi dell'art. 24 l.f.". Si veda nella giurisprudenza di merito Tribunale di Treviso 2 luglio 2007, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 849 con nota di C: CHERUBINI, *Azione revocatoria e nuove discipline del rito applicabile alle azioni derivanti da fallimento*; in dottrina, svolge le osservazioni ora riportate LUISA GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2009, p. 142 ss.

⁽⁵²⁾ Con riguardo alla azione di simulazione, la *vis attractiva* dell'art. 24 l.f., sul presupposto della incidenza di tale azione sul patrimonio del fallito, è stata estesa sia nel caso in cui la domanda venga proposta dal terzo per ottenere il recupero dei beni di cui risulti fittiziamente titolare il fallito, sia nel caso in cui venga attivata dal curatore in riferimento ad un contratto stipulato dall'imprenditore poi fallito. La costruzione di tale azione come derivante dal

Nel primo caso, si fa vuol far qui riferimento alle azioni che il curatore promuove per fare valere crediti o altri diritti del fallito, ove nel secondo ci si riferisce alle azioni riguardanti il potere del curatore di sciogliersi o meno dal contratto *ex art. 72 l.f.* o relative pretese restitutorie scaturenti dallo scioglimento stesso, o ancora alle azioni che riguardano la responsabilità degli organi e, infine, alle revocatorie.

10. ALCUNI CENNI SUI LIMITI DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE CON RIGUARDO ALLE PROCEDURE CONCORSUALI MINORI

Si darà brevemente conto se quanto affermato nei paragrafi precedenti, circa le ipotesi di incompatibilità tra arbitrato e fallimento, sia applicabile *tout cour* anche alle altre procedure concorsuali.

Con riguardo alla liquidazione coatta amministrativa, di cui agli art. 194 e ss. l.f., è noto che il legislatore nel disciplinarla abbia fatto uso di abbondanti richiami a quanto già previsto per la procedura fallimentare. Rinvii espliciti sono compiuti, infatti, all'intera sezione II "*Degli effetti del fallimento per i creditori*" ed alla sezione IV "*Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*" del capo III, titolo II, l. f., ed altri ve ne sono negli articoli che disciplinano la fase liquidatoria. Focalizzandosi sul tema in commento, però, si sottolinea come ad esempio, riguardo all'accertamento dello stato d'insolvenza l'art. 195, al terzo comma, l.f. ⁽⁵³⁾, rinvii espressamente alle modalità di cui all'art. 15 detta in tema di istruttoria prefallimentare. Ugualmente il quinto comma del medesimo art. 195 l.f. rinvia alla disciplina contenuta negli artt. 18 e 19 l.f. che regolano l'appello contro la sentenza dichiarativa di fallimento.

fallimento ha incontrato però il dissenso di quella parte della dottrina che evidenzia come, nel caso di azione proposta dal fallimento, il curatore eserciti, a tutela della massa dei creditori, un'azione già spettante ai creditori stessi *ex art. 1415, 2° comma, c.c.*, la quale per effetto del fallimento non subirebbe nessuna alterazione idonea ad estendere la *vis attractiva* dell'art. 24 l.f. In questi termini LUISA GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2009, p. 134 ss.

⁽⁵³⁾ Art. 195 l.f., c.3, «[...] il tribunale deve sentire il debitore, con le modalità di cui all'art. 15...»; c. 5 «contro la sentenza predetta può essere proposto appello da qualunque interessato, a norma degli artt. 18 e 19».

Per gli stessi motivi di esclusione dell'arbitrato nell'ambito fallimentare visti nei paragrafi precedenti dunque, con riguardo alle controversie qui di seguito in elenco non si può concludere diversamente nella liquidazione coatta amministrativa.

In primo luogo, non sono compromettibili in arbitri quelle liti sorte nel contesto della fase di accertamento delle condizioni per l'apertura della procedura *de quo*. Secondariamente si esclude, per le ragioni già ricordate, la possibilità di compromettere in arbitri l'appello contro il provvedimento di apertura della liquidazione coatta amministrativa.

Al medesimo risultato esclusivo si deve pervenire anche quando si tratta di una controversia che abbia ad oggetto l'accertamento di un credito nei confronti del soggetto sottoposto a liquidazione. Quanto già detto, in merito alla *vis attractiva* del fallimento e all'improcedibilità dell'arbitrato che si proponga di accertare un credito nei confronti del fallito, deve essere dunque ripetuto anche in questo caso, perché evidente è il richiamo operato dall'art. 201 l.f. ⁽⁵⁴⁾ al titolo II, capo III, sezione II in cui è contenuto l'art. 52, sul concorso formale di tutti i creditori. Tale norma sancisce la necessaria confluenza entro l'alveo della procedura endoconcorsuale di verifica dello stato passivo, della cognizione di tutte le pretese di natura pecuniaria esperibili contro la parte dichiarata fallita o anche, per via appunto del rinvio operato dal legislatore, messa in liquidazione.

Vengono estromessi, poi, dall'ambito delle materie arbitrabili, così come nel fallimento, per il fatto che il relativo procedimento è qualificabile *lato sensu* come impugnatorio, le opposizioni alla formazione dello stato passivo previste dall'art. 209 l.f. il quale richiama, tra l'altro, le disposizioni degli articoli da 98 l.f. a 103 l.f., in quanto applicabili.

Stessa logica è applicabile per le norme che disciplinano l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi ⁽⁵⁵⁾. Secondo l'art. 36 d.lgs. 270/1999 ⁽⁵⁶⁾,

⁽⁵⁴⁾ Art. 201 l.f. «Dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si applicano le disposizioni del titolo II, capo III, sezione II e sezione IV e le disposizioni dell'art. 66».

⁽⁵⁵⁾ D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

tale procedura si rifà alle disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa. Conseguentemente, il giudizio per l'accertamento dello stato d'insolvenza è quindi simile a quello previsto per la dichiarazione di fallimento, dal quale se ne discosta solo per le peculiarità imposte dalla verifica dei requisiti dimensionali e dalla presenza dell'autorità amministrativa. Si tratta, ad ogni modo, di un procedimento a carattere sommario escludente, come visto, dalla possibilità di compromettere in arbitri tali liti.

Detta espulsione dall'area dell'arbitrabile, invero, deve comprendere anche l'opposizione contro la sentenza che dichiara l'insolvenza, in ossequio al principio che il processo davanti al giudice togato può essere sostituito con l'arbitrato rituale, solo in quanto tale processo non venga configurato dal legislatore come mezzo esclusivo (e processualmente necessario) per il conseguimento dell'effetto proposto, e quindi per il suo carattere impugnatorio. Quanto all'accertamento del passivo, invece, l'art. 18 d.lgs. 270/1999 stabilisce che *«la sentenza che dichiara lo stato d'insolvenza determina gli effetti previsti dagli artt. 45, 52 [...] della legge fallimentare»*, rinviando dunque alle norme, già viste, che contengono i principi dell'inopponibilità alla massa degli atti venuti in essere in data successiva alla dichiarazione dello stato d'insolvenza e del concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. L'art. 48 della stessa legge richiama, poi, quanto previsto nell'art. 51 l.f. stabilendo il divieto di azioni esecutive individuali. Infine, l'art. 53, rubricato *“accertamento del passivo”* prevede che *«L'accertamento del passivo prosegue sulla base delle disposizioni della sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza, secondo il procedimento previsto dagli artt. 93 e seguenti della legge fallimentare, sostituito al curatore il commissario straordinario»*.

Ciò premesso, nonostante l'intera procedura si modelli sulla liquidazione coatta amministrativa, si applicano, in questo caso, le norme dettate per il fallimento. Anche in questa occasione e per le medesime ragioni che riguardano l'inderogabilità del rito utilizzato, si ritiene di dover escludere la possibilità di rivolgersi ad un collegio arbitrale

⁽⁵⁶⁾Art. 36 D.lgs. n. 270/1999 *«Per quanto non previsto nel presente decreto, si applicano alla procedura di amministrazione straordinaria, in quanto compatibili, le disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa, sostituito al commissario liquidatore il commissario straordinario»*.

per la parte che voglia far accertare un credito che sia opponibile agli altri creditori, nei confronti del soggetto sottoposto a questa procedura concorsuale.

Per quanto riguarda la procedura introdotta con il d.l. 347/2003 ⁽⁵⁷⁾, comunemente nota come amministrazione straordinaria «speciale», occorre premettere che la sua disciplina è ricavata da un rinvio generale all' amministrazione straordinaria «comune» e da una formulazione specifica solo con riguardo alla peculiarità che da quest'ultima la differenziano (Cfr. art. 8). Per quel che qui rileva, un richiamo specifico è operato dall'art. 4-ter, sull'accertamento del passivo, all'art. 53 d.lgs. 270/1999 che, come visto sopra, a sua volta rinvia al procedimento previsto dalla legge fallimentare per l'accertamento del passivo.

Concludendo in argomento, per evitare una inutile ripetizione, basti qui segnalare che anche in questa ultima ipotesi le conclusioni da rassegnarsi devono essere le medesime che si sono date prima.

⁽⁵⁷⁾ D.l. 23 dicembre 2003, n. 347 “*Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato d’insolvenza*”.

CAPITOLO II

GLI ACCORDI COMPROMISSORI E L'ARBITRATO DEL CURATORE

1. NOTE ESPLICATIVE CIRCA L'INTEGRAZIONE DEI POTERI DEL CURATORE NELLA NUOVA DISCIPLINA

L'art. 35 l.f. integra e completa la disciplina dei poteri del curatore dettata dagli artt. 26 e 31 l.f. relativamente alla partecipazione ai giudizi e agli atti di gestione ordinaria della procedura, nonché il compimenti di quelli di straordinaria amministrazione.

Quanto ai primi, l'ampliamento dei poteri gestionali del curatore e della sua capacità di agire, con la riforma, si sono mantenute nei limiti degli atti di ordinaria amministrazione, facendo salva la necessaria partecipazione degli altri organi alla procedura alla decisione di compiere gli atti che non siano strettamente riconducibili alle finalità liquidatorie proprie del fallimento.

Per quanto riguarda, appunto, la categoria degli atti di straordinaria amministrazione il legislatore ha, nel corpo del 1° comma dell'articolo in commento, contemplato un complesso di atti oggetto di specifica enunciazione il cui regime giuridico è assolutamente identico a quello degli atti di straordinaria amministrazione genericamente indicati. Gli atti singolarmente elencati, tra cui i compromessi, costituiscono una mera esemplificazione di atti di straordinaria amministrazione. Per tutti questi atti è necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori, al quale è attribuita la potestà integrativa dei poteri del curatore, in luogo del giudice delegato⁽⁵⁸⁾ e del tribunale ai quali era precedentemente affidata.

⁽⁵⁸⁾ Nella precedente formulazione letterale l'art. 35 l.f. si limitava alla indicazione di taluni atti specificamente elencati per il cui compimento il curatore doveva essere autorizzato

In particolare, nella norma si legge che qualora di valore inferiore o pari a cinquanta mila euro, le rinunzie ai crediti, i compromessi ⁽⁵⁹⁾, le rinunzie alle liti, le ricognizioni dei diritti di terzi, le cancellazioni delle ipoteche, le restituzioni di pegni, gli svincoli delle cauzioni, le accettazioni delle eredità ed in genere, gli atti di straordinaria amministrazione, possono essere compiuti dal curatore previa autorizzazione del comitato dei creditori. Se di valore superiore, il curatore, ferma comunque l'autorizzazione del comitato dei creditori deve preventivamente informare il giudice delegato. La finalità che l'onere di previa informazione assolve, si ravvisa nella necessità di consentire al giudice delegato il preventivo riscontro della conformità a legge degli atti suddetti e che il curatore mira a compiere.

dal giudice delegato e, se superiori a Lire 200.000, da tribunale, sentito il comitato dei creditori e se possibile, il fallito.

⁽⁵⁹⁾ Nella procedura fallimentare, una delle attività preminenti della curatela, come risulta dal combinato disposto degli artt. 31 e 38 l.f., è l'amministrazione e la diligente gestione del patrimonio fallimentare. Tale attività, anche a seguito della riforma e in ragione dei profili pubblicistici del procedimento fallimentare, pur annoverando quali soggetti principali il curatore e il comitato dei creditori, avviene comunque in una certa misura sotto la vigilanza del giudice delegato. Per il raggiungimento di tale scopo, la legge fallimentare riconosce al curatore il potere di compiere determinati atti che vengono convenzionalmente designati di ordinaria o straordinaria amministrazione. I primi possono essere compiuti senza procedure autorizzative di altri organi fallimentari in ragione della necessità di snellezza che consenta una gestione del patrimonio efficiente. I secondi, invece, sulla presunzione che possano economicamente incidere in modo più importante sul patrimonio fallimentare involvendo in modo sensibile sulle possibilità di soddisfacimento della massa dei creditori, è previsto all'art. 35 l.f. che debbano essere previamente autorizzati dal comitato dei creditori se di valore superiore a cinquantamila euro, ed in ogni caso per le transazioni, che ne venga informato il giudice delegato; salvo il caso in cui i medesimi atti non siano stati indicati all'interno del programma di liquidazione, approvato dallo stesso giudice delegato ai sensi del primo comma dell'art. 104-ter l.f. In tal caso, opererà l'effetto autorizzativo generale previsto dallo stesso art. 104-ter, quarto comma, l.f. ove è disposto che *«l'approvazione del programma di liquidazione tiene luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie ai sensi della presente legge per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni inclusi nel programma»*.

2. LA STIPULAZIONE DEI COMPROMESSI DA PARTE DEL CURATORE

Una volta ammessa la compromettibilità della controversia, legittimato a stipulare il patto compromissorio, dopo la declaratoria di fallimento, non è l'imprenditore fallito bensì il curatore.

Si è visto come la legge fallimentare contempra la possibilità per il curatore di compiere anche atti eccedenti l'ordinaria amministrazione previa autorizzazione dal comitato dei creditori.

Affinché il curatore possa, quindi, stipulare *ex novo* una convenzione arbitrale, è necessario rispettare il dettato del novellato art. 35 l.f., che nella sua veste attuale prevede l'autorizzazione del comitato dei creditori per la stipulazione dei compromessi fino a cinquanta mila euro non essendo più necessario il decreto motivato del tribunale fallimentare. Se il valore è superiore, da determinarsi con riferimento solo all'ambito devoluto all'arbitrato, il curatore deve informare anche il giudice delegato salvo che non vi abbia provveduto ai sensi dell'art. 104-*ter* l.f. con autorizzazione in occasione del programma di liquidazione. Si ritiene che uguale autorizzazione debba essere data anche con riguardo alla clausola compromissoria, e all'accordo compromissorio che preveda il ricorso ad equità, in quanto si tratta in entrambe i casi di pattuizioni rientranti negli atti di straordinaria amministrazione.

Premessa la disciplina di base, occorre ora chiedersi se l'art. 35 l.f. attribuisca il potere al curatore di compromettere in arbitri controversie relative esclusivamente a rapporti sostanziali da lui posti in essere successivamente alla dichiarazione di fallimento della parte, o se, invece, detto potere possa estendersi anche alle liti generate da rapporti sorti antecedentemente alla stessa sentenza dichiarativa.

In passato si è preferita la soluzione più restrittiva basandosi sul rilievo che le liti nate da rapporti antecedenti la dichiarazione di fallimento dovessero necessariamente

seguire il rito previsto dalla stessa legge fallimentare per l'accertamento del passivo e che, per tale motivo, la via arbitrale in tal caso fosse preclusa ⁽⁶⁰⁾.

Si noti però come non tutti i rapporti precedenti la sentenza dichiarativa di fallimento abbiano necessariamente ad oggetto l'accertamento di un credito nei confronti del fallito. Vi sono, ad esempio, controversie per il recupero di un credito vantato dal fallito o ancora questioni relative alla sorte dei contratti conclusi dal curatore nell'esercizio provvisorio dell'impresa per le quali non è previsto uno specifico rito e che, dunque, nella disponibilità del diritto, si ritiene possano essere compromesse in arbitri.

Ora è forse preferibile interpretare estensivamente l'art. 35 l.f. fino a comprendervi tra le liti arbitrabili anche quelle che originino da rapporti precedenti alla dichiarazione di fallimento ⁽⁶¹⁾.

Il curatore, che vorrà risolvere una o più liti ricorrendo al giudizio arbitrale, dovrà perciò richiedere l'autorizzazione del comitato dei creditori per stipulare il compromesso, e se la lite, in applicazione dei criteri stabiliti dal codice di rito, ha un valore indeterminato o superiore a cinquantamila euro, dovrà informare previamente anche il giudice delegato.

L'autorizzazione sarà necessaria anche se il curatore sia stato immesso nell'esercizio provvisorio dell'impresa ai sensi dell'art. 104 l.f. Quest'ultima infatti rientra tra le attività di liquidazione considerate in senso lato e che, a seguito della riforma attuata con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, può essere ora disposto sia dal Tribunale, in via provvisoria con la sentenza dichiarativa di fallimento, che dal giudice

⁽⁶⁰⁾ Così GIANNI SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p. 150; BERNINI, *L'arbitrato*, Bologna, 1993, p. 265.

⁽⁶¹⁾ Di tale opinione ENZO CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Rivista diritto processuale*, 1959, p. 537; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1986, p. 286; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, 2000, p. 84; AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 555; GUIDO UBERTO TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 170.

delegato, acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, nell'ambito del programma di liquidazione che il curatore è tenuto a predisporre entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario.

Si è dibattuto in dottrina sulla unicità dell'atto autorizzativo ovvero sulla molteplicità delle autorizzazioni per ogni singolo atto disposto dalla curatela. La *ratio* delle differenti posizioni evidentemente oscilla tra l'una più favorevole ad un attento e puntuale controllo dell'attività del curatore e l'altra che preferisce e agevola una gestione dell'impresa più snella e adeguata al mercato e alle sue tempistiche. Sul punto, la dottrina prevalente ha ritenuto che a seguito dell'autorizzazione ad esercitare provvisoriamente l'attività d'impresa, il curatore dovesse essere esonerato dal richiedere il consenso degli organi fallimentari competenti per il compimento dei singoli atti di gestione, poiché questi, anche se in ipotesi rientranti negli atti di amministrazione straordinaria e soggetti dunque alle autorizzazioni previste dall'art. 35 l.f., debbono ritenersi autorizzati in blocco perché necessari all'esercizio di tale attività. Pare preferibile quindi ritenere che tutti gli atti del curatore che siano ricompresi nell'esercizio di tale attività e che siano altresì ad essa servili e necessari, debbano essere considerati alla stregua di atti ordinaria amministrazione e conservare la loro validità ed efficacia anche in assenza di una specifica autorizzazione ⁽⁶²⁾.

Diverse considerazioni debbono però essere svolte con riguardo al compromesso in quanto si è convinti che il deferimento di una lite ad arbitri non possa essere considerato attività ordinaria nell'ambito dell'esercizio dell'impresa. Ipotizzare pertanto una deroga al disposto dell'art. 35 l.f. e aggirare la disciplina prevista dalla legge fallimentare non pare né legittimo né giustificabile ⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Così FERRARA - BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 511; CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1986, p. 234; RENZO PROVINCIALI, *La continuazione dell'impresa del fallito*, in *Diritto fallimentare*, 1972, p. 424.

⁽⁶³⁾ AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 555; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 83; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 36 ss.

Per quanto concerne le modalità alle quali sarebbe vincolato il curatore nell'inserimento in un contratto della clausola arbitrale, una tesi maggioritaria nella dottrina ⁽⁶⁴⁾, ha ritenendo di dover interpretare estensivamente il dettato dell'art. 35 l.f. ricomprendendo al suo interno, oltre ai compromessi qualunque accordo idoneo a deferire la risoluzione di una lite ad arbitri. Data l'identità di effetti tra le due fattispecie non sarebbe, secondo questa tesi, giustificabile un trattamento differenziato per la clausola compromissoria, alla quale, invece, dovrebbe essere applicata la medesima disciplina prevista per il compromesso. Si argomenta sull'assunto che quest'ultimo riguardi una lite determinata mentre la clausola una controversia determinabile, sicché la sola difformità tra le due fattispecie risiede nella nomina dell'arbitro che avviene prima o dopo la controversia ⁽⁶⁵⁾ o ancora che la peculiarità dell'uno rispetto all'altra riguarda la determinazione della lite ⁽⁶⁶⁾.

In replica a questo argomentare, altra parte della dottrina, pur concordando sulla identità di effetti, ritiene che clausola compromissoria e compromesso traendo origine da situazioni diverse, non dovrebbero essere sottoposti ad una disciplina egualitaria. Alla prima infatti non vi sarebbe ragione di estendere il più severo procedimento di autorizzazione delineato nell'art. 35 l.f. ⁽⁶⁷⁾, in quanto inserendosi in un contratto come qualsiasi patto a questo accessorio, sarebbe già oggetto di un'attenta pattuizione ad opera delle parti. Più corretto, secondo quest'ultima corrente dottrinarica, sarebbe procedere considerando la clausola compromissoria alla stregua di un atto di

⁽⁶⁴⁾ Su questo tema vedi: SALVATORE SATTA, Commentario al codice di procedura civile, Milano, 1970, p.244; AZZOLINA, Il fallimento e le altre procedure concorsuali, Torino, 1961, p. 1293; ERNESTO ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1965, p. 12.

⁽⁶⁵⁾ FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 550.

⁽⁶⁶⁾ ENRICO REDENTI, voce *Compromesso* (Diritto processuale civile), in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1960, p. 788.

⁽⁶⁷⁾ SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 50 e segg.

amministrazione straordinaria ove al punto 6 dell'art. 25 l.f. è prevista una autorizzazione del solo giudice delegato senza limiti di altra sorta⁽⁶⁸⁾.

Con la riforma del 2006 che ha modificato l'art. 25 l.f., è stato eliminato l'inciso *de quo* al punto 6, così venendo meno la possibilità di far rientrare nell'alveo applicativo di questa norma la clausola compromissoria. Inoltre, il legislatore della riforma, dopo aver riproposto all'art. 35 l.f. l'elenco di atti speciali già contenuti nel testo previgente, ha confermato che quella disciplina si applichi a qualsiasi atto che ecceda l'ordinaria amministrazione, dissipando in tal modo i dubbi insorti nel vigore del vecchio regime in ordine alla tassatività o meno dell'elencazione ed alla possibilità di configurare, *ex art. 25, n. 6, l.f.*, una categoria aperta di atti di straordinaria amministrazione all'interno del quale far confluire anche la clausola compromissoria.

Ad oggi, sul punto, si ritiene di poter condividere il pensiero di quella dottrina che considera l'elencazione contenuta nell'art. 35 l.f., indicativa e non tassativa⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Sul punto si ritengono interessanti i contributi della dottrina resi prima dell'introduzione della riforma della legge fallimentare del 2006. Cfr. MIRABELLI, *La capacità a compromettere in arbitri*, In *Rivista dell'arbitrato*, 1994, p. 244; e ancora SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 50 e segg. Contra: AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 555, secondo cui «la disciplina dell'art. 35 l.f. va riferita tanto al compromesso quanto alla clausola compromissoria [...] lascia perplessi, d'altra parte, che il curatore possa, tramite la scelta della stipulazione della clausola compromissoria, anziché del compromesso, escludere, a priori, indipendentemente dal valore della causa da deferire agli arbitri, l'intervento del tribunale fallimentare e il parere del comitato dei creditori». Da sottolineare come tutte queste opinioni siano state espresse prima della riforma del 2006 che ha inciso notevolmente sulla soluzione del problema.

⁽⁶⁹⁾ Sulle modifiche apportate dalla riforma all'art. 35 l.f. si veda: GUIDO UBERTO TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p.169; IANNIELLO, *Il nuovo diritto fallimentare: guida alla riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2006, p.80; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*: D.lg. 9 gennaio 2006, n. 5, Torino, 2006, p. 65; AA. VV., *Gli organi del fallimento: Compiti e responsabilità nelle nuove procedure concorsuali*, a cura di Pasi, Scovazzo, Stasi, Milanofiori Assago, 2007, p. 188; BONFATTI - CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 86; AA. VV., *La legge fallimentare: Commentario teorico pratico*, a cura di Massimo Ferro, Padova, 2007, p. 264.

In conclusione, il curatore che intenda avviare un arbitrato ha la possibilità, di stipulare un compromesso, ma anche di inserire in un contratto una clausola compromissoria; dovendo però, in entrambi i casi, richiedere previamente l'autorizzazione del comitato dei creditori che, ai sensi dell'art. 41, c. 3, l.f., deve pronunciarsi entro il termine massimo di quindici giorni da quando la richiesta è pervenuta al presidente del comitato e, se il valore da attribuire alla lite risulti superiore a cinquantamila euro, informare anche il giudice delegato che pertanto non ha più alcun potere autorizzatorio.

Da tale dovere di informazione si può desumere tuttavia l'esistenza in capo a quest'ultimo di una qualche facoltà di paralisi o di opposizione in senso atecnico nei confronti dell'atto stesso. Si ritiene che non sarebbe in altro modo giustificabile la previsione di un obbligo di informazione preventiva di un atto gestorio se non si ammettesse l'esistenza di un qualunque potere di reazione da parte del soggetto destinatario della notizia. L'interrogativo concerne dunque la tipologia di provvedimenti di cui il giudice delegato dispone per impedire l'adozione di un atto ritenuto dannoso per la procedura. In argomento si ritiene corrette condividere l'opinione di chi sostiene che il giudice possa, ex art. 25, c. 1, n.3 l.f.,⁽⁷⁰⁾ procedere alla convocazione del curatore e del comitato dei creditori per richiedere eventuali chiarimenti e per comunicare loro il proprio dissenso in ordine all'operazione da svolgere, richiamandoli semmai al rispetto della legge e dei loro doveri di diligenza. In caso di decisione di proseguire del curatore contraria all'avviso del giudice delegato quest'ultimo potrebbe procedere con un provvedimento urgente per la conservazione del patrimonio di cui al medesimo art. 25, c. 1, l.f. al numero 2. Questi provvedimenti non potranno assumere il carattere di definitivo divieto al compimento dell'atto, pena la indebita invasione della sfera di competenza autorizzativa ora esclusiva del comitato dei creditori nella verifica dell'attività della curatela curatore, ma avranno obbligatoriamente efficacia temporanea, limitata ad esempio al tempo necessario affinché il tribunale si pronunci sulla eventuale

⁽⁷⁰⁾ Art. 25, c.1, n.3, l.f., Poteri del giudice delegato, Il giudice delegato «convoca il curatore e il comitato dei creditori nei casi previsti dalla legge e ogni qualvolta lo ravvisi opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura».

proposta di revoca del curatore promossa dallo stesso giudice delegato ai sensi dell'art. 37 l.f. ⁽⁷¹⁾, o al fine di ottenere altri chiarimenti sull'opportunità di adottare l'atto.

Infine, il giudice potrebbe avvalersi al limite del potere che gli è riconosciuto dall'art. 40, c.2, l.f. ⁽⁷²⁾ e procedere così alla sostituzione, per giustificato motivo, di uno o più componenti del comitato dei creditori ⁽⁷³⁾.

3. LA MANCANZA DELL'AUTORIZZAZIONE A REDIGERE UNA CONVENZIONE ARBITRALE. LA NOMINA DEGLI ARBITRI E DEI DIFENSORI. L'AUTORIZZAZIONE A STARE IN GIUDIZIO EX ART. 25 L.F.

Prima della riforma attuata con il d.lgs. n. 5/2006 si era discusso, in dottrina e in giurisprudenza, di quali fossero le conseguenze della mancanza o dei vizi delle autorizzazioni richieste dall'art. 35 l.f. per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione in esso elencati, e le soluzioni prospettate sono state le più varie: nullità assoluta, inefficacia, mera annullabilità.

Intervenuta la riforma il problema è rimasto aperto poiché il legislatore del 2006 non se ne è minimamente preoccupato, lasciando la situazione del tutto inalterata. Da sottolineare come tuttavia l'ipotesi di un atto compiuto senza la necessaria autorizzazione parrebbe del tutto residuale, attesa l'evidenza del disposto normativo di cui all'art. 35 l.f. che individua in modo chiaro e preciso tutti i casi in cui il potere di gestione del patrimonio fallimentare da parte del curatore richieda le necessarie autorizzazioni. Nonostante ciò una tesi tra le tante sembra essersi affermata in dottrina,

⁽⁷¹⁾ Art. 37 l.f., Revoca del curatore, «Il tribunale può in ogni tempo, su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d'ufficio, revocare il curatore».

⁽⁷²⁾ Art. 40, c.2, l.f., Nomina del comitato, «Salvo quanto previsto dall'art. 37-bis, la composizione del comitato può essere modificata dal giudice delegato in relazione alle Variazioni dello stato passivo o per altro giustificato motivo».

⁽⁷³⁾ Così in dottrina: SPAGNUOLO, Commento agli artt. 27-35, in NIGRO - SANDULLI, La riforma della legge fallimentare, Torino, 2006, p. 216; GROSSI, La riforma della legge fallimentare, Milano, 2006, p. 519; AA. VV., La legge fallimentare: Commentario teorico pratico, a cura di Massimo Ferro, Padova, 2007, p. 266.

tesi già secondata in passato da numerose pronunce della Suprema Corte e che sostiene come sia razionalmente più corretto applicare in via analogica, all'atto concluso dal curatore in difetto di autorizzazione (nel nostro caso un compromesso) la disciplina contenuta nel codice civile che prevede l'annullabilità degli atti compiuti nell'interesse dell'incapace, rispetto alla nullità o all'inefficacia ⁽⁷⁴⁾. La mancanza dell'autorizzazione, data la sua natura integrativa della capacità del curatore, non può, infatti, comportare la nullità dell'atto da quest'ultimo compiuto, ma esclusivamente la sua annullabilità; l'annullabilità del resto è la sanzione tipica prevista dal legislatore nei rapporti tra atto autorizzato ed autorizzazione, anche al di fuori dei casi di incapacità. Trattandosi poi di prescrizioni poste nell'interesse della massa tale contratto è inoltre suscettibile di sanatoria con efficacia *ex tunc*; l'art. 1444 c.c. stabilisce, infatti, che lo stesso contraente al quale spetta l'azione di annullamento può convalidare il contratto; il curatore può pertanto, previo conferimento della autorizzazione mancante a stipulare un compromesso da parte del comitato dei creditori, rendere valido detto contratto ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ Si veda Cassazione civile, 9 dicembre 1971, n. 3563; Cassazione civile, 12 ottobre 1981, n. 5334 secondo cui la mancanza dell'autorizzazione del giudice delegato o del tribunale, prevista dall'art. 35 l.f. ad integrazione dei poteri spettanti al curatore nello svolgimento di attività negoziali, importa, non già la nullità dei negozi posti in essere, ma l'annullabilità dei medesimi; questa poi, essendo il citato articolo dettato nell'interesse dell'amministrazione fallimentare, può essere fatta valere unicamente dal curatore. Vedi anche la più recente Cass., 8 agosto 1995, n. 8669. 113 il vizio può essere fatto valere o per mezzo di un'azione ordinaria del curatore, unico legittimato ai sensi dell'art. 1441 c.c. che prevede come «*l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge*», o ancora in via d'eccezione, sempre dal curatore, nell'eventuale giudizio proposto dal terzo che vantasse una qualsiasi pretesa dal negozio viziato.

⁽⁷⁵⁾ In tal senso AA. VV., *La legge fallimentare: Commentario teorico pratico*, a cura di Massimo Ferro, Padova, 2007, p. 267; AA. VV., *Gli organi del fallimento: Compiti e responsabilità nelle nuove procedure concorsuali*, a cura di Pasi, Scovazzo, Stasi, Milanofiori Assago, 2007, p. 194; BONFATTI - CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2007, p. 88; GUIDO UBERTO TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2006, p.171; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali: D.lg. 9 gennaio 2006, n. 5*, Torino, 2006, p. 66; SPAGNUOLO, *Commento agli artt. 27-35*, in NIGRO - SANDULLI, *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 217; AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 556; SIMONETTAVINCRE,

Quanto, invece, alla circostanza che anche alla controparte venisse attribuita la facoltà di sollevare il vizio del compromesso, la dottrina maggioritaria, seppur con qualche voce dissenziente ⁽⁷⁶⁾, ha ritenuto ammissibile questa possibilità in via d'eccezione durante il processo arbitrale. Tale estensione della legittimità a far valere il vizio è prospettata come necessaria, al fine di evitare che la controparte del curatore sia costretta a proseguire un giudizio destinato in ogni caso a concludersi con una decisione caducabile ad opera del curatore stesso, che potrebbe sempre proporre l'impugnazione del lodo per nullità del compromesso. Occorre tuttavia sottolineare come a seguito della riforma del 2006, che ha toccato in prima linea l'istituto arbitrale, anche l'art. 829 c.p.c. sia stato novellato, così che oggi l'impugnazione per nullità del lodo a causa dell'invalidità della convenzione arbitrale è ammessa sempre che la parte eccepisca la suddetta invalidità nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri. Passando ora all'analisi delle modalità con le quali il curatore può in concreto dare inizio al procedimento arbitrale e, dunque, designare l'arbitro (o gli arbitri a seconda di quanti ne preveda la convenzione arbitrale); prima della riforma la dottrina, ritenendo correttamente che tale figura non potesse essere assimilata a quella dei delegati o dei coadiutori la cui nomina è riservata al giudice delegato dall'art. 32 l.f., ha optato per l'applicazione analogica dell'art. 25, n. 4 l.f., ai sensi del quale il giudice delegato

Arbitrato rituale e fallimento, Padova, Cedam, 1996, p. 40 e ss. con un'ampia bibliografia riferita alla dottrina e alla giurisprudenza meno recenti.

⁽⁷⁶⁾ Così ENRICO REDENTI, voce *Compromesso* (Diritto processuale civile), in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1960, p. 795; CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, il quale ritiene che la parte, che non necessita di autorizzazione, possa eccepire nel processo arbitrale il vizio dell'accordo compromissorio, al fine sia di invitare il curatore a porre in essere tutte le attività necessarie a sanare il compromesso, e sia di precludere lo svolgimento del procedimento arbitrale fino a che il vizio non venga sanato; e ciò al fine di tutelare la sua aspettativa alla validità del compromesso in funzione della definitività degli effetti che produrrà nella sua sfera giuridica. *Contra* SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 44, la quale non ritiene il procedimento arbitrale la sede giusta in cui far valere in via di mera eccezione l'annullabilità del compromesso, prospettando come possibile per la controparte la sola proposizione del reclamo contro l'atto del curatore ex art. 36 l.f. «*al fine di stimolare una autorizzazione successiva che sani in radice il compromesso*».

«autorizza il curatore a nominare le persone la cui opera è richiesta nell'interesse del fallimento, salvo che la nomina sia a lui riservata dalla legge». Era indiscusso, infatti, che si trattasse di soggetti la cui opera fosse richiesta proprio nell'interesse della procedura, agendo, gli arbitri, per definizione sempre nell'interesse di entrambe le parti in lite. Anche su questo punto è intervenuto però il d.lgs. 5/2006, modificando l'art. 25 l.f., e con esso il ruolo stesso del giudice delegato all'interno della procedura fallimentare. La riforma ha, di fatto, ridimensionato incisivamente i suoi compiti, trasformandolo da vero gestore della procedura cui era, a semplice vigilante e controllore dell'operato della curatela e del comitato dei creditori, a cui molti dei suoi poteri sono stati trasferiti ⁽⁷⁷⁾. Così, ad esempio, abbiamo già visto come non sia più il giudice, ma il comitato, ad autorizzare il curatore a compiere atti di straordinaria amministrazione o a subentrare in un rapporto giuridico preesistente. Nonostante tutto a alcuni poteri sono ancora attribuiti dalla legge fallimentare al giudice delegato, che in base al punto sette, di nuova introduzione, dell'art. 25 l.f., «*su proposta del curatore, nomina gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge*». Compete pertanto al giudice la nomina degli arbitri che dovranno dirigere la procedura ed, in conclusione, emettere il lodo sul diritto controverso. Nomina che in ogni caso dovrà avvenire in seguito ad una proposta in tal senso operata dal curatore fallimentare.

Quanto, invece, alla designazione dei difensori, premesso che la legge fallimentare prevede all'art. 31, c. 3, norma ritenuta applicabile anche al processo arbitrale, che il curatore, nei giudizi che riguardano il fallimento, non può assumere la veste di avvocato, si è fatto riferimento in passato al dettato dell'art. 25, n. 6, che attribuiva al giudice delegato il potere di nominare gli avvocati e i procuratori, interpretando estensivamente il termine “*avvocati*” fino a farvi rientrare qualsiasi soggetto che assumesse la difesa di una parte nel giudizio arbitrale ⁽⁷⁸⁾. Come detto però, tale norma

⁽⁷⁷⁾ Si legge nella Relazione ministeriale «*il giudice delegato non è più l'organo motore della procedura, essendo stata sostituita l'attività di direzione, con quella di vigilanza e di controllo*».

⁽⁷⁸⁾ Di parere contrario SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 67, secondo cui, viste le notevoli differenze che su questo tema contraddistinguono il

ha subito una radicale revisione a seguito della riforma del 2006; il risultato è stato quello di trasferire il potere in questione al curatore, che di conseguenza provvede oggi, in tutta autonomia alla designazione degli avvocati (*adottando sempre un'interpretazione elastica di questo termine, sufficiente a farvi ricadere qualunque figura professionale che ricopra il ruolo di difensore*); restando in capo al giudice delegato esclusivamente la liquidazione del loro compenso, nonché la revoca dell'incarico conferito ai medesimi, poteri questi in ogni caso esercitabili su proposta del curatore⁽⁷⁹⁾. Sempre l'art. 25, n. 6, l.f., prevede inoltre che il curatore, per stare in giudizio come attore o come convenuto, sia tenuto a richiedere previamente l'autorizzazione del giudice delegato. Ci si chiede, dunque, se tale autorizzazione debba essere richiesta dal curatore anche per dare inizio ad un arbitrato o resistervi. A questo interrogativo la dottrina⁽⁸⁰⁾ ha dato una risposta che ritengo in linea di massima di poter condividere, sostenendo che data l'equivalenza di risultato tra processo davanti al giudice togato e procedimento davanti agli arbitri non si possa non concludere per la necessaria autorizzazione a stare in giudizio anche per quest'ultimo. Nel caso in cui si giungesse, però, ad un giudizio arbitrale per mezzo di un compromesso, la stessa dottrina ha ritenuto che l'autorizzazione in questione dovesse considerarsi implicitamente assorbita da quella rilasciata al curatore *ex art. 35 l.f.*, giacché, essendo la lite ormai sorta, l'autorizzazione a stipulare un compromesso comprenderebbe di necessità anche quella a stare in giudizio. Tuttavia, alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, credo che quanto appena detto sia oggi da respingere. Occorre, infatti, ricordare come la riforma del 2006 ha mutato i ruoli degli organi

procedimento arbitrale rispetto al processo ordinario, nega la possibilità di interpretare estensivamente detta norma, ritenendo più corretto riferirsi anche in questo caso, così come per la nomina degli arbitri, all'art. 25, n. 4.

⁽⁷⁹⁾ Si legge, infatti, nella seconda parte del punto 6 dell'art. 25 l.f., che il giudice delegato «*su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito agli avvocati nominati dal medesimo curatore*».

⁽⁸⁰⁾ Così AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 560; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 63.

fallimentari riscrivendo numerose norme della legge fallimentare, tra cui proprio l'art. 35 l.f. che, come ampiamente esaminato al paragrafo primo, vuole oggi che l'autorizzazione al curatore a compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione competa al comitato dei creditori e non più, come era previsto nella disciplina previgente, al giudice delegato; così che attualmente ci si ritrova di fronte a due autorizzazioni, la prima a stipulare un compromesso, e la seconda a stare in giudizio, provenienti da organi diversi, e ciò deve indurci a ritenere che non possa la prima assorbire la seconda, permettendo così, al comitato dei creditori di appropriarsi di un potere che esorbita da quella che è la sua competenza. La conclusione perciò è ovvia; se si ammette, infatti, che la curatela fallimentare, per far parte di un procedimento arbitrale, necessita dell'autorizzazione a stare in giudizio *ex art. 25, n. 6, l.f.*, tale autorizzazione deve considerarsi imprescindibile sia, qualora al giudizio arbitrale si pervenga per mezzo di una clausola compromissoria inserita dal curatore stesso in un contratto, sia quando, invece, ci si giunga tramite un compromesso; rimettendo, dunque, ad una prima, sommaria valutazione, dell'organo giurisdizionale preposto al controllo della regolarità della procedura, la fondatezza delle azioni che il curatore intende attivare, all'interno appunto di un procedimento arbitrale, tenuto conto delle conseguenze pregiudizievoli che possono derivare alla massa da iniziative avventate in termini non solo di spese legali, ma anche di responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. L'autorizzazione ha poi ad oggetto la sola fase decisionale dell'iniziativa processuale, essendo rimessa, invece, alla valutazione del comitato dei creditori, *ex art. 35 l.f.*, l'eventuale successiva rinuncia o transazione del giudizio arbitrale instaurato, salvo il dovere di preventiva informazione al giudice delegato di cui al secondo comma del medesimo articolo. Si ricorda inoltre che, in base al dettato dell'art. 25, n. 6, l.f., l'autorizzazione deve essere data per iscritto e per ogni grado di giudizio; quindi, trasferendo detta prescrizione nell'ambito del giudizio arbitrale, ricaviamo che il curatore dovrà nuovamente richiederla nel caso intenda impugnare il lodo, o qualora voglia ottenere l'*exequatur*. Brevemente, per quanto riguarda, invece, la mancanza

dell'autorizzazione a stare in giudizio, la dottrina maggioritaria ⁽⁸¹⁾ sostiene che si versi in un'ipotesi di carenza di legittimazione processuale del curatore ⁽⁸²⁾. Una simile situazione nel processo ordinario è inquadrabile nella fattispecie di cui all'art. 182 c.p.c. in base al quale il giudice, quando ravvisa un difetto di rappresentanza o di autorizzazione, può assegnare alle parti un termine per la regolarizzazione, salvo che si sia verificata una decadenza. Il curatore potrà pertanto, in un momento successivo al compimento dell'atto processuale, fornirsi dell'autorizzazione mancante per non incorrere nella nullità della sua costituzione in giudizio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, nullità riconducibile all'art. 161, c.1, c.p.c.

Nessuna difficoltà si incontra poi nel trasferire tale disciplina alla materia arbitrale. Tra le norme che regolano questo istituto, l'art. 816-bis c.p.c.⁽⁸³⁾ consente, infatti, agli arbitri, in assenza di esplicita indicazione delle parti, di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno, con l'unico limite di assicurarne la

⁽⁸¹⁾ In tal senso AA. VV., *Gli organi del fallimento: Compiti e responsabilità nelle nuove procedure concorsuali*, a cura di Pasi, Scovazzo, Stasi, Milanofiori Assago, 2007, p. 195; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali: D.lg. 9 gennaio 2006, n. 5*, Torino, 2006, p. 66; AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 561; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 64. Vedi anche, in passato, RENZO PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 709; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, p. 187.

⁽⁸²⁾ Sulla necessità di integrazione della capacità del curatore di stare in giudizio tramite decreto del giudice delegato vedi: Cassazione civile., 17 marzo 1993, n. 3189 la quale precisa che la curatela non è fornita di capacità processuale autonoma, bensì di una capacità che deve essere necessariamente integrata dall'autorizzazione del giudice delegato al fallimento in relazione a ciascun grado del giudizio, altrimenti sussisterebbe un difetto di legittimazione processuale del curatore. Vedi, inoltre, Cassazione civile, 15 maggio 1997, n. 4310; Cassazione civile, 6 febbraio 1999, n. 1031; Cassazione civile, 1 giugno 1999, n. 5308.

⁽⁸³⁾ Art. 816-bis c.p.c., Svolgimento del processo, «*Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno la facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*».

funzionalità, e di garantire il principio del contraddittorio e di difesa. Nulla esclude perciò che, rilevato il vizio, possano assegnare alle parti un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, rifacendosi in tal modo alla disciplina dell'art. 182 c.p.c.

4. L'ARBITRATO NELLE PROCEDURE CONCORSUALI MINORI

Nel quadro della panoramica sinora tracciata dei rapporti tra arbitrato e fallimento non si può prescindere da alcune sommarie osservazioni relative alle procedure concorsuali minori. Occorre però, prima di tutto precisare che anche per ciò che riguarda questo genere di procedimenti, la manchevolezza del legislatore nell'introdurre una norma che espressamente ne regolasse i rapporti con l'istituto arbitrale, ha dato adito ad un vigoroso dibattito dottrinale, basato essenzialmente su principi di carattere generale, che prosegue ormai da decenni, e da cui è difficile trarre indicazioni precise e concordanti.

Partendo con l'esaminare per primo il concordato fallimentare, si è sostenuta, in passato, l'inammissibilità assoluta dell'arbitrato nella procedura concordataria per le stesse ragioni che ne impedivano l'applicazione in seno a quella fallimentare. In particolare, innestandosi il concordato all'interno di un procedimento fallimentare già in atto, si è ritenuto che gli effetti di quest'ultimo operassero anche a seguito della proposta concordataria, continuando così ad ostacolare la possibilità di ricorso all'arbitrato. La risoluzione privata delle liti sarebbe poi incompatibile con la finalità del concordato stesso, avendo questo il medesimo scopo del fallimento⁽⁸⁴⁾. Ad un attento

⁽⁸⁴⁾ GIANNI SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p. 150, secondo cui «è da ritenere la inammissibilità assoluta in quanto contrastante con la finalità stessa del concordato e perché, nonostante il concordato, il fallimento resta sempre tale». (26) Vedi quanto ampiamente detto *supra* nel cap. II, par. 2. (27) Su questo punto ELENA FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, In *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1996, p. 419; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 89; vedi anche ALDO BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, II, Torino, 1999, p. 173.

esame le considerazioni precedenti si sono dimostrate in realtà infondate e debbono essere perciò respinte. Abbiamo già visto, infatti, come tra le varie opinioni dottrinali emerse sul tema della compatibilità tra arbitrato e fallimento, sia stata abbandonata, alla luce anche delle poche ma rilevanti norme contenute nella legge fallimentare, prima fra tutti l'art. 35 l.f., quella che prospetta una assoluta inammissibilità della procedura arbitrale per contrasto esplicito con le finalità del fallimento.⁽²⁶⁾ Finalità, tra l'altro, differenti rispetto a quelle che caratterizzano il concordato fallimentare che oggi, e ancor di più a seguito della riforma del gennaio 2006 che ne ha accentuato il carattere privatistico e reso più rapida e accessibile la procedura, punta ad una celere e flessibile chiusura del fallimento con soddisfacimento parziale dei creditori, anche se privilegiati, e il conseguente effetto di esdebitazione a favore del fallito; con la possibilità, inoltre, di inserire nel piano di concordato anche un vero e proprio programma di ristrutturazione dei debiti, che miri, quindi, alla conservazione dell'attività d'impresa. Si tratta, dunque, di finalità che non si vede come possano contrastare con il compromesso, la clausola compromissoria o l'arbitrato stesso.

Il concordato fallimentare, come accennato, si innesta nella procedura fallimentare determinandone la chiusura; è oggi una, forse sin troppo comoda, alternativa alla liquidazione fallimentare, praticabile in via immediata, persino senza più attendere il decreto che rende esecutivo lo stato passivo. La procedura fallimentare si chiude, dunque, con il passaggio in giudicato del decreto che omologa il concordato; fino a quel momento, però, restano pienamente efficaci gli effetti del fallimento, con la conseguente operatività dei limiti alla compromettibilità in arbitri già visti. Non vi è, difatti, all'interno del r.d. n. 267/1942, e successive modificazioni, una disposizione normativa che regoli appositamente il rapporto tra concordato e arbitrato. Ne consegue che saranno esclusi dalla compromettibilità in arbitri, per il loro carattere di controversie incidentali, inscindibilmente connesse alla procedura, per le quali, ragioni di opportunità, inducono a considerarne il rito come esclusivo e inderogabile, sia i giudizi di risoluzione e di annullamento del concordato *ex artt.* 137 e 138 l.f. che conducono ad una nuova pronuncia di fallimento, che il giudizio di omologazione stesso del concordato fallimentare di cui all'art. 129 l.f., anche se a seguito dell'ultima riforma è

stato abrogato l'art. 132 della stessa legge che richiedeva la presenza del pubblico ministero sia nel giudizio di primo grado che in appello. Quando poi il decreto che omologa il concordato diventa definitivo, perché sono scaduti i termini per proporre opposizione o la stessa si è conclusa, si chiude il fallimento, e cessano i suoi effetti sul patrimonio del fallito; riacquistando quest'ultimo la capacità di amministrare e disporre dei propri beni, e potendo pertanto anche compromettere efficacemente in arbitri le controversie che lo riguardano. A quel momento, infatti, l'imprenditore, ormai *ex fallito*, rientra in possesso della sua capacità ad assumere nuove obbligazioni, permanendo, per lui, come unico limite espresso alla stipulazione di compromessi, l'indisponibilità dei diritti oggetto della lite *ex art. 806 c.p.c.*; dovendo tuttavia adottare una particolare cautela imposta dal fatto di aver assunto, proprio con il concordato, determinati obblighi patrimoniali che debbono necessariamente essere rispettati, anche in considerazione della eventualità di una riapertura del fallimento. Gli organi della procedura, vale a dire il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori, hanno inoltre, *ex art. 136 l.f.*, precisi compiti di sorveglianza preordinati alla verifica, appunto, del corretto adempimento degli impegni assunti dall'imprenditore nel concordato e con il decreto di omologazione, potendo richiedere, *ex artt. 137 e 138 l.f.*, la risoluzione o l'annullamento del patto concordatario ⁽⁸⁵⁾. Passando ora ad analizzare le diverse problematiche che riguardano il rapporto tra arbitrato e concordato preventivo è opportuno sottolineare, per prima cosa, come distinte siano le finalità di questa procedura rispetto al fallimento vero e proprio. Il concordato preventivo mira, infatti, a salvaguardare la funzionalità dell'impresa che si ritrovi in uno stato di crisi, più o meno grave, ma tale da poter essere

⁽⁸⁵⁾ Vedi RUGGIERI, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Diritto & Formazione*, 2003, p. 687, che si richiama a FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1996, p. 420 secondo cui «*il debitore dopo il passaggio in giudicato di detta sentenza, potendo assumere nuove obbligazioni, può parimenti definire con lo strumento arbitrale le controversie insorte*». Si veda, inoltre, ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 90, per il quale «*l'imprenditore, ritornato in bonis, come può stipulare nuovi contratti, così ha la capacità di sottoscrivere compromessi e clausole compromissorie, e iniziare ex novo arbitrati*»; e ALDO BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, II, Giappichelli, Torino, 1999, p. 174.

superato con un accordo, realizzato ed eseguito sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, tra la maggioranza dei creditori chirografari e l'imprenditore insolvente, su una proposta che può avere il contenuto economico più vario; sarebbe quindi errato anche in questo caso estendere aprioristicamente al concordato le stesse conclusioni raggiunte quanto alla possibilità di rimettere una lite in arbitri per la procedura concorsuale maggiore. Occorre piuttosto partire dal dettato dell'art. 167, c.2, l.f., per scorgere come la stessa disciplina fallimentare riconosca indirettamente la possibilità per il debitore, in pendenza del concordato preventivo, di stipulare compromessi. La citata norma individua proprio una serie di atti, ritenuti eccedenti l'ordinaria amministrazione, per il compimento dei quali il debitore deve munirsi dell'autorizzazione del giudice delegato, e all'interno di questo elenco compare la voce "compromessi". Da questa disposizione possiamo desumere, quindi, che non v'è incompatibilità in astratto tra concordato preventivo, da un lato, e compromesso, o più in generale, arbitrato, dall'altro; producendo la mancanza dell'autorizzazione richiesta esclusivamente l'inefficacia dell'atto adottato nei confronti dei creditori anteriori al concordato. Per cui tali atti sono perfettamente validi tra le parti contraenti, e l'inefficacia può essere fatta valere solo da o nell'interesse dei creditori che da tale preventiva autorizzazione sono protetti⁽⁸⁶⁾. Il problema consiste ora nell'analizzare se la facoltà dell'imprenditore di compromettere in arbitri possa riguardare, oltre ai rapporti sorgenti dopo l'apertura del processo di concordato preventivo, arbitrabili a norma dell'art 167, c.2, l.f. appena visto, anche i rapporti già pendenti alla data di tale apertura. Per dare una risposta a questo quesito è necessario vagliare l'intero titolo

⁽⁸⁶⁾ Così BUONFRATE - GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, Cap. XVII a cura di Filippo Ghignone, p. 322; AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 578; RUGGIERI, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Diritto & Formazione*, 2003, p. 687; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, 2000, p. 91; CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, 2000, p. 578; ALDO BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Vol. II, Torino, Giappichelli, 1999, p. 174; FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1996, p. 422.

terzo, intitolato al concordato preventivo, del r.d. n. 267/1942 al fine di ricavare i vincoli che l'inizio di questa procedura genera sulla facoltà dell'imprenditore di rimettere una lite al giudizio degli arbitri. Muovendo dal primo comma dell'art. 167 già richiamato notiamo come, a differenza di quanto accade per l'apertura del fallimento, il concordato preventivo non comporta lo spossessamento per il debitore che, invece, conserva l'amministrazione del suo patrimonio e la gestione dell'impresa; attività, tuttavia, che non sono del tutto libere, ma che vengono sottoposte ad una generale vigilanza del commissario giudiziale, e condizionate, come abbiamo visto, limitatamente agli atti di straordinaria amministrazione, alla previa, specifica autorizzazione scritta del giudice delegato. Nonostante ciò, possiamo ad ogni modo affermare che il debitore, sia pure con le cautele viste che ne restringono l'ambito, ha una certa libertà di amministrazione che fa sì che non sia tenuto «*a sopportare alcun effetto modificativo o estintivo sui rapporti pendenti, sul genere di quelli che operano nel fallimento a norma degli artt. 72 e seguenti l.f.*»⁽⁸⁷⁾ che gli articoli che compongono la Sezione IV, Capo III, l.f. che regolano gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti non fossero applicabili alla procedura di concordato preventivo era stato già affermato in passato da una autorevole dottrina,⁽⁸⁸⁾ con cui peraltro concordo, sulla base del rilievo che l'art. 169 l.f. rinviando, per il completamento della disciplina del concordato preventivo, ad alcune norme contenute nella Sezione II, intitolata «*degli effetti del fallimento per i creditori*», non richiama invece gli artt. 72 e seguenti che regolano la sorte dei rapporti contrattuali al momento della dichiarazione di fallimento non ancora eseguiti da entrambi i contraenti, sebbene già perfezionati. D'altronde il richiamo di tale disciplina sarebbe stato del tutto fuori luogo viste le finalità della

⁽⁸⁷⁾ Vedi ANGELO BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 676.

⁽⁸⁸⁾ Su tutti FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1996, p. 421 la quale osserva come il legislatore «*nel proporsi all'art. 169 legge fallimentare di completare la disciplina del concordato preventivo mediante un rinvio recettizio alle norme dettate per il fallimento, di quest'ultimo istituto ha richiamato solo la sezione II, [...] mentre non ha richiamato le norme della sezione IV, intitolata "gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti"»*.

procedura concorsuale in esame che prevede, come accennato, la continuazione dell'impresa senza cesure rispetto al passato. Così che si può concludere affermando che il debitore, con l'apertura del concordato preventivo non è costretto a subire le scelte unilaterali degli organi della procedura quanto al subentro o lo scioglimento dai rapporti preesistenti, come avviene invece nel fallimento, ma questi continueranno ad avere regolare esecuzione in base alle norme di diritto comune; ciò significa che dovranno essere adempiuti anche dal debitore concordatario, il quale si troverà esposto all'esercizio, da parte del contraente in *bonis*, dei comuni strumenti di autotutela (*pensiamo alla facoltà di sospendere l'esecuzione della prestazione ex art. 1461 c.c. in considerazione del fatto che l'insolvenza dell'altro contraente mette in pericolo il conseguimento della controprestazione*) e alle comuni sanzioni della risoluzione per inadempimento e del risarcimento dei danni. Stesso discorso varrebbe anche per il compromesso stipulato dal debitore in crisi, prima dell'apertura della procedura concordataria, qualora si aderisse a quella corretta dottrinale ⁽⁸⁹⁾ che vede nel patto compromissorio un contratto pendente qualora non sia stato ancora seguito dall'inizio del giudizio arbitrale. Essendo esclusa, come appena visto, nella procedura concorsuale in commento la possibilità di scelta *ex art. 72 l.f.* tra scioglimento e subentro nei contratti pendenti, la convenzione arbitrale preesistente rimarrebbe pienamente efficace. Soluzione che del resto non cambia qualora, invece, si consideri il compromesso come un contratto che ha già prodotto tutti i suoi effetti al momento della sua stipulazione, poiché anche in questo caso, non essendo comunque applicabile anche per quest'ultimo motivo a disciplina contenuta nella Sezione IV, Capo III, l.f., il compromesso vincolerebbe il debitore concordatario. Dopo quanto visto risulta agevole dare ora una risposta all'interrogativo che ci eravamo posti, riguardo alla facoltà dell'imprenditore in crisi di compromettere in arbitri anche rapporti che fossero già pendenti alla data di apertura del concordato preventivo. Escluso, infatti, che i rapporti pendenti si scioglano a seguito dell'inizio di detta procedura, ed ammesso che la convenzione arbitrale stipulata dal debitore prima dell'ammissione al concordato continua a produrre tutti i

⁽⁸⁹⁾ Vedi *supra* cap. II, par. 4, nota 24

suoi effetti, dobbiamo concludere che essendo espressamente riconosciuta, come visto, all'art. 167, c.2, l.f. la possibilità per il debitore di stipulare compromessi, dietro autorizzazione scritta del giudice delegato, atti a risolvere le liti sorte da un rapporto nato successivamente all'apertura della procedura di concordato preventivo, tale possibilità debba essere estesa, alle stesse condizioni, e quindi prevedendo sempre la necessità di richiedere la previa approvazione da parte del giudice, anche alle liti generate da rapporti già pendenti a quella data. Trattandosi, infatti, di controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, l'art. 806 c.p.c. ne consente esplicitamente la compromettibilità in arbitri. L'assenza poi, tra le disposizioni che regolano questa procedura concorsuale, di una norma che abbia lo stesso contenuto dell'art. 24 l.f., mette definitivamente a tacere anche quegli autori che, erroneamente, da tale norma ricavano la prevalenza della regola di competenza inderogabile attribuita al Tribunale fallimentare sul principio di arbitrabilità espresso dall'art. 806 c.p.c. ⁽⁹⁰⁾.

Quanto, invece, al diverso problema della compatibilità del giudizio arbitrale già in corso con l'apertura del concordato preventivo, basterebbe qui richiamare quanto già detto in precedenza riguardo alla mancanza, in questa procedura, del generale principio di spossessamento, vigente, invece, nel fallimento, che comporta la permanenza in capo al debitore della capacità di amministrare i suoi beni e gestire l'impresa, per affermare la continuazione di tale giudizio pendente anche a seguito dell'ammissione alla procedura concordataria. A conferma di ciò vi è poi l'assenza, tra le norme che regolano detto istituto, di uno speciale procedimento di verifica del passivo, che impone nel fallimento l'accertamento unitario dei crediti concorrenti e che esclude l'arbitrabilità delle relative controversie; ed ancora, il mancato richiamo dell'art. 43 l.f. che concerne

⁽⁹⁰⁾ In tal senso vedi DIMUNDO - PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999, p. 426; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 91. A conferma poi dell'arbitrabilità delle controversie antecedenti l'ammissione alla procedura di concordato preventivo vedi in giurisprudenza Cass. civ., 10 marzo 1995, n. 2802 in cui si dichiara che «l'ammissione alla procedura di concordato preventivo di uno dei contraenti non comporta l'automatica caducazione dell'accordo stipulato, prima dell'apertura della procedura, per deferire ad arbitri (...) la composizione di controversia tra le parti».

la perdita della legittimazione processuale del debitore per le controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale comprese nel fallimento. Ne consegue che il debitore mantiene, oltre alla disponibilità del suo patrimonio, anche la capacità processuale a stare in giudizio come attore o come convenuto potendo, dunque, proseguire il giudizio arbitrale già instaurato ⁽⁹¹⁾. Sarebbe, del resto, incongruo consentire la prosecuzione dei processi pendenti davanti al giudice statale e dichiarare, invece, improseguibili i giudizi arbitrali che siano allo stesso modo pendenti alla data di ammissione al procedimento concordatario. La stessa Corte di Cassazione ⁽⁹²⁾ ha stabilito inoltre che, ove si tratti di controversie su diritti disponibili e dunque arbitrabili ai sensi dell'art. 806 c.p.c., nessuna norma consente all'imprenditore ammesso al concordato preventivo di sottrarsi alla deliberazione degli arbitri, e qualora tentasse di farlo, rivolgendosi al giudice ordinario, si vedrebbe opporre l'eccezione di improponibilità della domanda, non essendo ipotizzabile in alcun modo l'automatica caducazione del patto stipulato, prima dell'apertura della procedura, per deferire agli arbitri la composizione della vertenza in atto tra le parti. Occorre infine sottolineare, così come fatto in precedenza per il concordato fallimentare, che, nonostante al debitore sia riconosciuta, alla luce di quanto appena detto, una generale libertà di rimettere una lite preesistente al giudizio degli arbitri, costui sia comunque vincolato agli impegni assunti con la proposta di concordato; proposta sulla cui esecuzione vigila il commissario giudiziale, che ha in qualsiasi momento il potere di provocare la dichiarazione di fallimento dello stesso debitore da parte del tribunale qualora ravvisi dei comportamenti non coerenti con l'esecuzione del piano concordatario ⁽⁹³⁾. Il potere di controllo affidato agli organi della procedura trova la sua *ratio*, infatti, nella necessità di proteggere l'interesse dei creditori a che il patrimonio del comune debitore venga destinato alla soddisfazione delle loro

⁽⁹¹⁾ Così ancora ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 91.

⁽⁹²⁾ Vedi la già richiamata Cassazione civile, 10 marzo 1995, n. 2802.

⁽⁹³⁾ L'art. 186 l.f. richiama, a completamento della disciplina del concordato preventivo, gli artt. 137 e 138 della medesima legge sulla risoluzione e l'annullamento del concordato fallimentare, sostituendosi al curatore il commissario giudiziale.

ragioni attraverso la corretta esecuzione, appunto, del concordato così come approvato. Il debitore, quindi, pur come detto nella sua generale libertà, dovrà utilizzare molta cautela nel dare inizio ad un giudizio arbitrale, così come, più in generale, nel gestire il suo patrimonio e la sua azienda. Per quanto attiene, invece, la liquidazione coatta amministrativa, possiamo brevemente sottolineare come l'art. 206 l.f., nell'individuare i poteri del commissario liquidatore, richiama espressamente l'art. 35 l.f. che, come ormai più volte visto, concede al curatore la possibilità di stipulare compromessi. Gli atti di cui all'art. 35 l.f., se di valore indeterminato o superiore ad euro 103,29, possono quindi essere compiuti dal commissario liquidatore previa autorizzazione dell'autorità che vigila sulla liquidazione, la quale provvede sentito il comitato di sorveglianza. Da tutto ciò si ricava che non sussiste alcun impedimento che porti ad escludere la possibilità di rimettere una lite ad arbitri in capo al commissario liquidatore durante una procedura di liquidazione coatta amministrativa,⁽⁹⁴⁾ salvo per quanto riguarda le controversie che abbiano ad oggetto l'accertamento di un credito nei confronti del soggetto sottoposto a liquidazione ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁴⁾ Così BUONFRATE - GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, Cap. XVII a cura di Filippo Ghignone, p. 324; ALDO BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 1999, p. 175.

⁽⁹⁵⁾ Vedi sul punto quanto già detto *supra* al Cap. I, par. 7.

CAPITOLO III

IL CURATORE INNANZI ALL'ACCORDO COMPROMISSORIO E ALL'ARBITRATO DEL FALLITO

1. PROGRAMMA

Si giunge ora a considerare la posizione della curatela sia dinnanzi al procedimento arbitrale di cui il fallito abbia posto le premesse mediante la stipulazione di un compromesso e di una clausola compromissoria, sia dinnanzi all'arbitrato che sia iniziato anteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento dal debitore poi fallito. Nel prosieguo di darà conto, anche, dell'ipotesi in cui un procedimento arbitrale sia terminato con l'emissione del lodo prima dell'apertura della procedura concorsuale.

Per quanto concerne la prima ipotesi su menzionata, si fa riferimento in primo luogo, alla situazione in cui il curatore si trovi di fronte ad un compromesso o ad una clausola compromissoria stipulati dal debitore *in bonis* anteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento e all'analisi dei limiti entro i quali si possa prospettare un subentro della curatela nella medesima posizione del fallito. Appena di seguito si verificherà, altresì, in che misura l'ufficio fallimentare sia assoggettato agli effetti di un compromesso o di una clausola compromissoria stipulati dal fallito e relativi al rapporto sostanziale nel quale il curatore sia subentrato ovvero, se abbia la facoltà di resistere loro rendendo inopponibili all'ufficio fallimentare i loro effetti.

In secondo luogo, si prenderà in considerazione l'ipotesi in cui, al momento della sentenza dichiarativa di fallimento, il procedimento arbitrale abbia già -con il verificarsi dei requisiti per la valida pendenza⁽⁹⁶⁾- avuto inizio.

⁽⁹⁶⁾ Occorre sin d'ora evidenziare che non è del tutto pacifica la definizione di giudizio arbitrale pendente. L'opinione prevalente, muovendo dall'art. 669-*octies* c.p.c., ultimo comma, considera quale momento iniziale del giudizio la proposizione della domanda di arbitrato;

Si coltiverà come ipotesi di lavoro, il caso in cui il contratto venga sciolto a norma dell'art. 83-*bis* l.f. e si riferirà della dottrina, pressoché unanime sul punto, che ritiene che possano, a seguito di ciò, solo residuare delle pretese risarcitorie o restitutorie. In argomento, si dice che, se si verifica che il soggetto non sottoposto a esecuzione collettiva sia parte attrice del procedimento arbitrale, tali pretese devono seguire la via obbligatoria della formazione del passivo con indiscussa esclusione dell'arbitrabilità. Diversamente, nel caso in cui parte attrice di tali pretese risarcitorie o restitutorie sia la curatela, si vedrà come trovi applicazione la disciplina ordinaria, ivi inclusa l'eventualità che sia il curatore a stipulare un nuovo compromesso.

Si farà poi riferimento a quelle situazioni rimaste prive di una regolamentazione specifica, vale a dire alle ipotesi nelle quali vi sia un arbitrato pendente, e il contratto non si sia sciolto, ma anzi prosegua con la curatela, trasformandosi in un rapporto di massa, così come all'ipotesi in cui l'arbitrato abbia origine in una ipotesi contrattuale, *ex art. 808 bis c.p.c.* Sono questi casi in cui la legge fallimentare non prevede

diversamente un altro orientamento postula, a questi fini, l'avvenuta nomina degli arbitri o la valida costituzione del collegio (Tribunale di Milano 13 marzo 1975, in *Diritto Fallimentare*, 1975, II, p. 919). Per una ricognizione del complesso e vasto tema della pendenza dell'arbitrato si vedano in dottrina: ENRICO REDENTI, voce *Compromesso* (Diritto processuale civile), in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1960, p. 792 ss.; RENATO VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 395 ss.; TITO CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Torino, p. 882 ss.; CARMINE PUNZI, Voce *Arbitrato*, Sezione: *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, p. 17 ss.; L. BIAMONTI, Voce *Arbitrato*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, p. 913; G. SCHIZZOROTTO, *Dell'arbitrato*, 3° edizione, Milano, 1988, p. 70; RAFFAELLA MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, collana: Biblioteca di diritto processuale civile, ed. Giappichelli, Milano, 2008. Infine, critico sul punto, ritenendo che non abbia più senso porsi il problema della pendenza o meno dell'arbitrato in relazione al tema di cui si tratta, RODOLFO VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 923 ss. ove si legge, in sede di conclusioni, che «Neppure ha più senso porre il problema - sul quale spesso e inutilmente si affanna la dottrina - di quando un arbitrato può dirsi pendente o meno. Se la regola è che l'opzione arbitrale cade quando si scioglie il contratto, vuoi che l'arbitrato penda, vuoi che esso non sia stato ancora introdotto, la clausola compromissoria sulla quale esso si fonda non può che sciogliersi con il regolamento cui accede, ovvero, se autonoma rispetto ad esso esigere una autonoma opzione di subentro».

espressamente nessuna norma. Si darà, quindi, ragione della dottrina che, limitatamente alle ipotesi nelle quali la curatela subentra nella medesima posizione del fallito, ritiene che il giudizio arbitrale debba proseguire.

In terzo luogo, si valuteranno gli effetti per il fallimento di un procedimento arbitrale concluso con lodo alla data della dichiarazione di fallimento.

Infine, fissato l'ordine degli argomenti da trattare in questo capitolo, si ritiene utile svolgere alcune preliminari considerazioni di carattere generale.

Innanzitutto la pressochè totale carenza legislativa circa le problematiche prima accennate, non agevola il lavoro dell'interprete. Infatti, né il codice di procedura civile, né la legge fallimentare contemplano una compiuta disciplina del tema oggetto di indagine. Come si è avuto modo di accennare, infatti, nel riformare la legge fallimentare il legislatore, se non ha totalmente tralasciato di prendere posizione riguardo a queste problematiche, ha invero espressamente disciplinato solo con riguardo al procedimento pendente nell'art. 83 *bis* l.f e quindi rimangono sfornite di una regolamentazione specifica gli altri casi nei quali vi sia un arbitrato pendente, e il contratto non si sia sciolto, ma anzi prosegua con la curatela, trasformandosi in un rapporto di massa, così come anche l'ipotesi in cui l'arbitrato abbia origine in una ipotesi non contrattuale ex art. 808 *bis* c.p.c. o ancora gli effetti del lodo di cui si detto poco prima.

Questo programma, da ultimo, verrà qui di seguito introdotto da alcuni paragrafi sulla la disciplina vigente prima delle riforme intervenute dell'istituto arbitrale e delle procedure concorsuali. Si ritiene, infatti, importante ai fini della presente trattazione dar conto vuoi delle teorie elaborate negli anni pregressi dalla dottrina e delle critiche alle quali queste teorie si sono espone, vuoi degli orientamenti giurisprudenziali che di volta in volta si sono venuti formando.

2. PREMESSA METODOLOGICA

Si ritiene ancora consigliabile premettere alcune, seppur brevi, premesse metodologiche, che sono in parte ereditate dalla precedente dottrina ma che possono ritenersi tuttora valide ⁽⁹⁷⁾.

In prima battuta, se è pur vero che dall'art. 35 l.f. è possibile ricavare il principio secondo il quale non sussiste inconciliabilità tra il fallimento ed il giudizio arbitrale ora, a seguito della riforma, si constata in aggiunta come la procedura autorizzativa per la stipula di un accordo compromissorio, veda quale fulcro il comitato dei creditori con un residuale dovere di informazione al giudice delegato per gli atti di valore superiore a cinquantamila euro ⁽⁹⁸⁾.

E quindi, se tale affermazione mal si concilia con l'indirizzo più risalente che assumeva esservi una generale incompatibilità tra fallimento e giudizio arbitrale, ciò tuttavia non si ritiene sia sufficiente a giustificare da sé sola la sopravvivenza e l'opponibilità degli accordi compromissori all'ufficio fallimentare nel caso in cui la dichiarazione di fallimento intervenga in un momento successivo alla loro stipula ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁷⁾ Si veda SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, pp. 71 ss.

⁽⁹⁸⁾ Art. 35 l.f. «*Le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le riconoscizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo di cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori. 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 approvati dal medesimo ai sensi dell'art. 104-ter*». In dottrina si veda GIULIO NICOLA NARDO, *Commento sub art. 35 l.f. – Integrazione dei poteri del curatore*, in *La legge fallimentare: commentario teorico pratico*, Padova, Cedam, 2007, p. 263 ss.

⁽⁹⁹⁾ In tal senso cfr. SIMONETTA VINCRE, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali 2004*, p. 527; LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 708; LAPENNA, *Dichiarazione di fallimento ed accordi arbitrali anteriormente stipulati dal fallito*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1999, p. 247; GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1993, p. 478.

Questa premessa è utile a chiarire che l'approccio di studio all'argomento è quanto più possibile scevro da prese di posizione aprioristiche che assumano per certo la piena e totale opponibilità degli accordi compromissori in ogni tempo e momento della vita del processo di esecuzione collettiva, ovvero il suo contrario, ma viceversa si intende valutare in quali termini e con quali limiti questi possano dispiegare effetti nei confronti della curatela anche e soprattutto alla luce delle rinnovate finalità del fallimento non più soltanto liquidatorie.

Pur se si prende in considerazione l'art. 83 *bis* l.f., introdotto con il d.lgs. 5 del 2006, la convinzione ora espressa non muta di direzione. La norma infatti, che verrà compiutamente analizzata nel prosieguo, nel disciplinare la sorte del giudizio arbitrale che sia già stato instaurato al momento della dichiarazione di fallimento, concretizza solo un legame parallelo tra l'arbitrato pendente ed il contratto nel quale la clausola compromissoria, che ne ha dato origine, è contenuta. Invero, se è pur vero che la disciplina vuole evitare che il giudizio arbitrale, il quale era destinato a risolvere i conflitti nascenti dal regolamento di interessi, sopravviva a quest'ultimo nel caso in cui si trovi ad essere ravalto dal fallimento ⁽¹⁰⁰⁾, nondimeno non si preoccupa di suggerire alcuna altra soluzione ai problemi, di natura sicuramente teorica -ma anche soprattutto pratica-, che scaturiscono dal più generale rapporto tra le procedure concorsuali e il procedimento arbitrale.

In seconda battuta, poiché, come visto, la clausola compromissoria e il compromesso non possono prescindere dal rapporto sostanziale per il quale sono stati previsti, giova sin da ora premettere che fuoriescono dal tema in questione tutte le situazioni, nelle quali l'oggetto del processo arbitrale eventualmente instaurato tra il curatore e il terzo, non sia lo stesso di quello che potrebbe svolgersi tra il terzo e il fallito. Infatti, si può coltivare l'ipotesi che il compromesso o la clausola compromissoria abbiano per il curatore una qualche rilevanza, solo se si assume che il curatore debba o possa dedurre nella sua controversia con terzo, come oggetto della

⁽¹⁰⁰⁾ In tal senso ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali: D.lg. 9 gennaio 2006, n. 5*, Torino, 2006, p. 165.

decisione, lo stesso rapporto sostanziale del fallito al quale il compromesso o la clausola compromissoria si riferiscono ⁽¹⁰¹⁾. L'argomento merita di essere approfondito in ragione dell'orientamento di una parte della dottrina che vede quasi sempre la diversità dell'oggetto nelle controversie tra il curatore e il terzo e le controversie tra il fallito e il terzo ⁽¹⁰²⁾.

Fuoriescono pertanto da tema in questione tutti i casi in cui il curatore deve intervenire nel procedimento arbitrale per dedurre nella controversia con il terzo un diritto diverso da ciò che è stato oggetto dei patti compromissori tra il terzo e il fallito.

Sul punto, infatti, la lite del curatore avrebbe uguale oggetto rispetto alla lite del fallito solo quando l'amministrazione fallimentare subentra nel rapporto del fallito facendolo proprio e trasformandolo in un rapporto della massa.

Poiché la clausola compromissoria ed il compromesso sono accordi relativi alla disciplina applicabile al fine di risolvere le liti nascenti da un rapporto sostanziale tra il fallito ed un terzo, in tutti i casi in cui il curatore possa dedurre nella sua controversia con il suddetto terzo lo stesso rapporto sostanziale del fallito, perché ad esempio è subentrato nel contratto contenente la clausola compromissoria da cui discende la lite, la convenzione arbitrale, precedentemente contratta, ha per lui una qualche rilevanza, che subito in seguito andremo ad esaminare. Nel caso opposto in cui, invece, l'oggetto dell'eventuale giudizio arbitrale tra il curatore ed il terzo sia diverso da quello che poteva inizialmente essere alla base dell'arbitrato tra il terzo ed il soggetto poi fallito, il curatore non è vincolato dalla convenzione arbitrale da quest'ultimo stipulata ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰¹⁾ In questi precisi termini SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, pp. 71-73 in particolare in relazione alla premessa metodologica circa il dovere o la possibilità per la curatela di dedurre nella controversia con il terzo, come oggetto della decisione, lo stesso rapporto sostanziale del fallito.

⁽¹⁰²⁾ Nota è la posizione in argomento di EDOARDO F. RICCI, in *Lezioni sul fallimento*, Giuffrè, Milano, 1997.

⁽¹⁰³⁾ Vedi BUONFRATE - GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, Cap. XVII a cura di Filippo Ghignone, p. 317; ampiamente sul tema anche LINO GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2006, cap. XI, *Compromesso e clausola compromissoria*, a cura di Simonetta Vincre, p. 323; infine DEL VECCHIO, *Clausola*

Ciò va sottolineato, in quanto solo di rado le liti tra il curatore ed il terzo hanno lo stesso oggetto delle originarie liti tra il terzo ed il fallito e si sostanziano principalmente in quelle in cui la curatela subentra nei rapporti stipulati dal fallito, facendoli propri *ex artt. 72 ss. l.f.*

Ferma restando la validità del principio appena esposto e riprendendo ora anche i principi esposti nel primo capitolo, lo studio in merito agli effetti del fallimento ed al conseguente regime di opponibilità al curatore dei patti compromissori, può essere condotta solo in relazione a quelle controversie che non sono necessariamente inserite nella procedura fallimentare e che non sono attratte dall'art. 24 l.f.

Puntualizzato ciò, l'indagine quindi si concentrerà sul se il curatore, nel momento in cui subentra nel rapporto del fallito trasformandolo in un rapporto della massa, sia soggetto alla convenzione arbitrale stipulata anteriormente in relazione a quel rapporto, o se questa sia ad esso inopponibile; avendo riguardo di iniziare con il contributo delle varie tesi formatesi in dottrina e in giurisprudenza.

3. COMPROMESSO E CLAUSOLA COMPROMISSORIA STIPULATI DAL FALLITO IN DATA ANTERIORE ALLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO: LA TESI DELLA GENERALE INCOMPATIBILITÀ TRA I DUE PROCEDIMENTI E SUA CRITICA

Compiuta questa premessa metodologica, ci si può occupare, secondo un criterio temporale, dell' orientamento dottrinale più risalente ⁽¹⁰⁴⁾, supportato da una ormai

compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1986, p. 300, in cui l'autore usa dette argomentazioni per escludere la tesi dell'inopponibilità assoluta della convenzione arbitrale alla curatela nelle ipotesi in cui quest'ultima sia subentrata nei rapporti sostanziali del fallito.

⁽¹⁰⁴⁾ In dottrina, a sostegno di questo indirizzo, si veda ALBERTO JORIO, *Le crisi di impresa. Il Fallimento*, Milano, 2000, p. 540 che parte dall'idea che si applichi analogicamente la disciplina sullo scioglimento del mandato in ragione della presunta incompatibilità tra procedimento arbitrale e procedura concorsuale sopravvenuta; RENZO PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 1322, che afferma come vi sia una «*inconciliabilità di deferire a giudici privati la decisione di liti appartenenti a materie devolute a una amministrazione giudiziaria e all'attività specifica della stessa, delle quali, pertanto la*

lontana giurisprudenza degli anni cinquanta e sessanta ⁽¹⁰⁵⁾, che ha affrontato il problema degli effetti del fallimento sul compromesso e sulla clausola compromissoria stipulati dal fallito in data antecedente al fallimento e risolto, vuoi decretandone la loro inefficacia, vuoi sancendone la caducazione automatica.

Questa posizione più intransigente, che nega ogni validità agli accordi compromissori precedentemente conclusi dal fallito è stata variamente motivata. A suo sostegno sono stati invocati, in generale, sia il profilo pubblicistico che caratterizza le procedure concorsuali sia, in particolare, la motivazione per cui le azioni di accertamento dell'attivo e del passivo dovrebbero essere concentrate con esclusività nella procedura fallimentare, sia la totale inoperatività *ex lege* della clausola compromissoria per l'intervenuto fallimento dello stipulante, sia l'automatica caducazione degli accordi attributivi della competenza al momento della sentenza di

cognizione è ormai acquisita alla magistratura ordinaria»; GIORGIO DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, p. 250 ss., che, richiamando gli argomenti di Provinciali, afferma come l'ufficio fallimentare non possa ricorrere al compromesso ed alla clausola compromissoria adottati prima della sentenza dichiarativa poiché la legge ha concentrato nell'autorità giudiziaria ordinaria e nell'ufficio fallimentare la competenza a conoscere tutte le controversie, escludendo i giudici privati; GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *Diritto Fallimentare*, Napoli, 1964, p. 208 ss., secondo cui la competenza per materia del Tribunale fallimentare opera anche nei confronti della clausola compromissoria che diviene *ope legis* inoperante a seguito della dichiarazione di fallimento; PIERO PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, p. 349 ss., che configura il rapporto fra parti ed arbitri come un mandato tipicamente ed intensivamente fiduciario che, quindi, non può continuare a seguito del fallimento di una parte.

Particolare è, infine, la posizione di GUSTAVO BONELLI, *Commentario al codice del commercio, Del Fallimento*, volume VIII, Milano, 1938, p. 491 il quale limita lo scioglimento al solo contratto autonomo di compromesso, mentre per la clausola compromissoria accessoria ad un contratto ha sostenuto per primo la tesi dell'inscindibilità, con il conseguente obbligo per il curatore che intende subentrare in tale contratto di dare esecuzione ad ogni sua clausola ivi compresa quella compromissoria.

⁽¹⁰⁵⁾ In giurisprudenza si veda, Cassazione civile 4 agosto 1958, n. 2866, in *Giustizia Civile*, 1959, I, p. 130 ss. e in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1958, II, pp. 590 ss.; Cassazione civile 20 marzo 1965, n. 462, in *Rassegna avvocatura di Stato*, 1965, I, pp. 1075 ss. e in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1965, II, pp. 228 ss.; Cassazione civile 11 giugno 1969, n. 2064, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1970, II, p. 59; Tribunale di Milano, 18 settembre 1980, in *Il Fallimento*, 1981, pp. 714 ss.

fallimento, vuoi ancora il mancato perfezionamento dell'accordo compromissorio in assenza di nomina e accettazione di tutti gli arbitri ⁽¹⁰⁶⁾.

Date tali premesse risulta evidente, anticipando la risoluzione della *quaestio de quo*, che tale indirizzo concluda nel senso di ritenere inopponibili alla curatela subentrante nel rapporto del fallito un compromesso o una clausola compromissoria da esso stipulati in data anteriore alla sentenza che lo ha dichiarato tale.

Questa posizione, un tempo prevalente e di forte chiusura nei confronti dell'arbitrato poggia, come accennato, su una molteplicità di considerazioni tra di loro connesse che meritano una breve analisi.

In primo luogo, secondo questa dottrina, il carattere pubblicistico si traduce nell'applicazione di un regime processuale inderogabile, e quindi non sostituibile con il ricorso a soluzioni privatistiche delle controversie ⁽¹⁰⁷⁾. Il supporto normativo di tale

⁽¹⁰⁶⁾ In giurisprudenza si veda Cassazione civile, 4 agosto 1958, n. 2866 per la quale «*l'applicazione -della clausola compromissoria- rimane influenzata dalle esigenze della procedura fallimentare, la quale importa che tutte le azioni di accertamento dell'attivo e del passivo siano concentrate esclusivamente nel procedimento di verifica, sicché in definitiva la clausola compromissoria risulta incompatibile con i fini del fallimento*».

Nel senso di escludere qualsiasi compatibilità tra giudizio arbitrale e fallimento, ma limitatamente alle controversie aventi ad oggetto l'accertamento di ragioni di credito verso il fallito si veda in giurisprudenza, Cassazione SS.UU. 6 giugno 2003 n. 9070, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 964 ss., che ha riaffermato l'incompatibilità tra il procedimento arbitrale e l'inderogabile procedimento di verifica dello stato passivo.

In dottrina si dimostra invece critico sul punto ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 3, dove si legge: «*È indubbio che chi postula una assoluta indifferenza del fenomeno arbitrale rispetto al fallimento o viceversa un totale assorbimento del primo nel secondo, può essere tentato di offrire una soluzione che faccia derivare l'inammissibilità del giudizio arbitrale, pendente il fallimento, dall'inefficacia del compromesso o della clausola compromissoria, dai quali quello deriva, ma mi sembra che una deduzione del genere non possa ritenersi corretta, soffrendo del salto logico che si commetterebbe argomentando dall'inefficacia del contratto per giungere all'impossibilità dell'arbitrato, che, una volta iniziato, segue norme sue proprie, del tutto indipendenti da quelle disposizioni dalle quali pure trasse origine*».

⁽¹⁰⁷⁾ Nella giurisprudenza delle Corti di merito, si veda il Tribunale di Milano che con sentenza del 18 settembre 1980 afferma che «*il curatore, tutte le volte in cui il debitore fallito abbia assunto l'obbligo di compromettere ad arbitri una controversia, ed anche se si tratta di*

convincimento è individuato nell'art. 24 l.f. ⁽¹⁰⁸⁾, che fa tutt'ora riferimento alle azioni che derivano dal fallimento disponendo che «*il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore*».

Secondo questo pensiero, il diniego del ricorso all'arbitrato è tassativo in quanto contrario alla espressa volontà del legislatore che avrebbe inteso dare attuazione al concorso dei creditori attraverso specifiche attività processuali ispirate dalla natura pubblicistica dei fini che perseguono. Ed ancora, nel concetto di azione derivante da fallimento vengono ricomprese, da questa stessa dottrina con l'avallo di una ormai non più recente giurisprudenza, non solo le azioni che traggono origine dall'insolvenza ma tutte quelle che in qualsiasi modo o per qualsiasi ragione incidono sull'accertamento della massa attiva o passiva.

Ora, se si opta per una interpretazione anche solo letterale, il risultato di totale chiusura all'arbitrato appena visto, non pare condivisibile.

Se la conoscenza di tutte le azioni –affermata dall'articolo in analisi– si ha con riguardo alle sole che derivano dal fallimento, sono escluse dall'ambito di operatività

rapporti giuridici patrimoniali disponibili o per i quali non sia prevista una competenza funzionale del tribunale fallimentare, non può ritenersi obbligato a rispettare tale vincolo. La possibilità di sottrarre infatti una controversia, nella quale il fallimento è parte, alla giurisdizione ordinaria costituirebbe un diverso modo di gestire il procedimento concorsuale, nell'ambito del quale invece le singole attività processuali devono assolvere alla funzione pubblicistica con la quale il legislatore ha inteso caratterizzare l'attuazione dell'intero concorso dei creditori e dove pertanto non possono trovare spazio soluzioni privatistiche delle controversie e dei modi di ricostruzione del patrimonio del fallito» in il Fallimento, 1981, p. 710 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ In giurisprudenza, tra le tante, vedi Corte di Appello Milano, 5 agosto 1958 secondo cui «*nel concetto di azione derivante dal fallimento debbono intendersi comprese, non soltanto le azioni che traggono origine dal dissesto o dall'insolvenza dell'imprenditore dichiarato fallito, ma tutte quelle che comunque incidano sull'accertamento dell'attivo o del passivo e come tali debbano necessariamente confluire nella procedura concorsuale, giacché in essa si realizza l'unità dell'esecuzione sul patrimonio del fallito e viene soddisfatta in concreto l'esigenza della par condicio creditorum*»; ed anche, la più recente, Tribunale di Orvieto, 4 novembre 1987, che stabilisce come «*la dichiarazione di fallimento rende inefficace la clausola compromissoria relativa ad una controversia attribuita alla competenza del tribunale fallimentare*».

dell'art. 24 l.f. e di conseguenza incluse nelle azioni arbitrabili quelle che già si trovino nel patrimonio del fallito alla declaratoria di fallimento e che con tutta evidenza non possono ritenersi derivanti da esso.

Sulla scorta di questo ragionare, si può affermare che compromesso e clausola compromissoria eventualmente sottoscritti dal debitore *in bonis*, fallito successivamente alla stipula⁽¹⁰⁹⁾, siano di buon diritto opponibili alla curatela che subentri nel rapporto cui i patti compromissori ineriscono.

Secondo questa interpretazione, che si reputa condivisibile, si ha l'inarbitrabilità per le sole azioni rispetto alle quali il fallimento opera come presupposto o per quelle che in esso trovino la loro origine ontologica e funzionale. Ci si riferisce, a titolo esemplificativo, alle azioni in materia di accertamento del passivo (artt. 92-97 l.f.), di accertamento di diritti mobiliari dei terzi (art. 103 l.f.), alle opposizioni alla sentenza dichiarativa di fallimento, alle opposizioni alla definizione dello stato passivo, alle impugnazioni dei singoli crediti ammessi (artt. 98-103 l.f.).

In aggiunta, come è stato autorevolmente osservato in ordine alla competenza inderogabile del foro fallimentare, la disciplina della competenza che regola i rapporti tra i giudici togati non è, infatti, *tout court* applicabile anche agli arbitri che non appartenendo alla organizzazione giudiziaria regolata nel codice di rito⁽¹¹⁰⁾. Quand'anche per la risoluzione di alcuni problemi relativi ai rapporti tra giudici ed

⁽¹⁰⁹⁾ Cassazione civile, 17 aprile 2003, n. 6165, in cui si dispone che «*la competenza inderogabile del tribunale fallimentare non si estende alle azioni che già si trovino 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*» in *il Fallimento*, 2004, p. 523 con nota di SIMONETTA VINCRE o in *Giustizia civile*, 2004, I, 2408.

⁽¹¹⁰⁾ Vedi ancora Cass. civ., 17 aprile 2003, n. 6165, che, richiamando quanto detto da Cass., 3 novembre 2002, n. 14223, afferma «*lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del G.O. ovvero debba essere deferita ad arbitri, con arbitrato sia rituale che irrituale, è questione, comunque, non di competenza in senso tecnico ma di merito[...]*»; sul punto anche ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, 2000, p. 9, secondo cui la delimitazione di competenza «*non può riguardare se non i limiti della funzione giurisdizionale nei rapporti fra giudici e giudici, come organi differenziati, ma omogenei, mentre gli arbitri non sono organi dello Stato*».

arbitri si rinvii alle regole sulla competenza contenute nel codice di procedura civile, questo non impone con automaticità che l'attribuzione di competenza ad un giudice togato prevalga sull'investitura di un collegio arbitrale.

Si ritiene, infatti, che in tema di rimessione in arbitri delle liti, il *discrimen* debba essere operato esclusivamente dalla indisponibilità dell'oggetto sancita dall' art. 806 c.p.c. che, nel determinare le materie che possono formare oggetto di convenzione arbitrale, non esclude quelle sottoposte alla competenza funzionale inderogabile di un giudice statale, ma fa esclusivo riferimento alla natura indisponibile dei diritti controversi ⁽¹¹¹⁾.

La dichiarazione di fallimento non determina che l'indisponibilità soggettiva dei diritti di fronte alla quale si riscontra l'attribuzione del potere di amministrazione e disposizione dei diritti del fallito alla curatela e non anche quella oggettiva valutabile a norma dell'art. 806 c.p.c. ⁽¹¹²⁾.

Del resto la *ratio* della regola di competenza posta dall'art. 24 l.f. non è ispirata alla tutela di ragioni pubblicistiche, quali possono essere la difesa degli interessi dei creditori o lo scopo di assicurare il concorso a garanzia della *par condicio*, poiché, se così fosse, la trattazione e la decisione della causa sarebbe riservata alla stessa sezione del tribunale che ha dichiarato il fallimento; cosa che, invece, spesso non accade, essendo, la competenza, per ragioni di mera opportunità, affidata allo stesso tribunale, inteso, però, quale ufficio giudiziario, con la possibilità, assai frequente, di procedere davanti ad altra sezione che non sia la stessa che abbia pronunciato il fallimento. Da ciò si desume che manca quell'interesse specifico, che attiene al rito più che alla competenza, tale da giustificare una deroga al principio di generale deferibilità ad arbitri di ogni tipo di controversia che verta su diritti disponibili.

⁽¹¹¹⁾ Vedi ancora sul punto ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 51, secondo cui la compromettibilità in arbitri dipende esclusivamente dal carattere disponibile o indisponibile dei diritti controversi, «solo questa indisponibilità, infatti, rende inammissibile l'arbitrato, mentre l'inderogabilità della competenza non sottrae i diritti controversi alla via arbitrale».

⁽¹¹²⁾ VINCENZO PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Diritto fallimentare*, 1991, I, pp. 1182 ss.

La preferenza va quindi espressa per la tesi sostenuta per primo da Enzo Capaccioli, secondo cui «l'attribuzione di una controversia al tribunale fallimentare, ai sensi dell'art. 24 legge fallimentare, è circostanza irrilevante rispetto all'ammissibilità dell'arbitrato e quindi anche rispetto alla sorte del compromesso o della clausola compromissoria anteriori al fallimento»⁽¹¹³⁾.

In aggiunta sul punto si è visto come, con riguardo ai limiti dell'arbitrato in relazione al fenomeno concorsuale, che le liti siano sottratte agli arbitri, non già in forza della competenza inderogabile sancita dall'art. 24 l.f., ma, bensì, in virtù del principio enunciato dall'art. 52 l.f. che prevede l'obbligatorietà e l'esclusività del rito specifico di verifica del passivo, previsto al capo V della legge fallimentare, per chiunque voglia far valere un diritto di credito nei confronti del fallimento. Di fatto, in tale sede, l'esclusione della investitura del collegio arbitrale attiene, dunque, al rito previsto per tali materie, e ai fini che il legislatore si è prefissato di raggiungere tramite l'istituzione di detto rito; fini che implicano la partecipazione necessaria di tutti i creditori per assicurare il rispetto della concorsualità e il principio della *par condicio creditorum*.

Alla luce di quanto detto, si è inclini a concludere, in generale, per l'esistenza legittima di uno spazio operativo entro il quale può essere ospitato l'arbitrato, sia rituale che libero, ed in particolare all'opponibilità alla curatela dei patti compromissori stipulati in data antecedente alla dichiarazione di fallimento, avuto riguardo alle

⁽¹¹³⁾ Si vedano, ENZO CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1959, p. 533; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, 2000, p. 51; ma anche BUONFRATE - GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, Cap. XVII a cura di Filippo Ghignone, p. 316; TIZI, *Fallimento e giudizi arbitrali pendenti su crediti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* 2005, p. 436; CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, 2000, p. 229; NARDO, *Questioni in tema di arbitrato libero e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1999, p.1221; CARRATTA, *L'arbitrato rituale su credito ed interferenze con la verifica del passivo*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, p. 104; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam 1996, p. 26 - 33; GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1993, p. 482; PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1991, p. 1184 ss.

limitazioni che derivano dalla specialità del rito richieste da alcuni procedimenti fallimentari.

A difesa della tesi qui criticata, alcuni autori hanno sostenuto come la dichiarazione di fallimento renda indisponibili i diritti in capo al fallito ed hanno concluso, a norma dell'art. 806 c.p.c., per l'impossibilità di comprometterli in arbitri ⁽¹¹⁴⁾. A questa affermazione si è obiettato come sia vero che l'art. 42 l.f. preveda che la sentenza dichiarativa di fallimento privi dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, ma che tale perdita di disponibilità sia solo soggettiva, in quanto agisce esclusivamente nei confronti dell'imprenditore fallito, non incidendo, dunque, sulla possibilità di deferire ad arbitri la decisione su eventuali liti insorgenti in merito a quei diritti; possibilità affidata al curatore, grazie al subentro previsto nel patrimonio del fallito.

La legge fallimentare prevede, infatti, che a fronte dell'indisponibilità imposta al fallito di gestire i propri beni vi sia l'attribuzione agli organi fallimentari del potere di amministrare e disporre della massa attiva, e conseguentemente la possibilità per il curatore di prendere parte ai giudizi arbitrali che abbiano origine da patti compromissori stipulati in precedenza dal fallito.

In ultima analisi giova, poi, sottolineare genericamente come la tesi ora analizzata, che come visto postula una incompatibilità assoluta tra i due istituti, strida con il dettato dell'art. 35 l.f. che, nel concedere al curatore autorizzato, il potere di compromettere in arbitri determinate materie, seppur non dà prova di una opponibilità assoluta della convenzione arbitrale stipulata dal fallito anteriormente alla data del suo fallimento nei confronti del curatore, lascia intravedere, comunque, uno spazio all'interno della procedura concorsuale nel quale può aver vita un arbitrato.

⁽¹¹⁴⁾ In particolare BONELLI, *Del fallimento*, Milano, 1938, p. 490. Si veda in proposito ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 7; PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1991, p. 1184; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1986, p. 300.

A questa norma si affianca poi, ad ulteriore conferma di una compatibilità tra gli istituti, l'art. 25, c.1, punto 7, l.f., che fissa il compito del giudice delegato, su proposta del curatore, di nominare gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti dettati dalla legge; ed il già menzionato art. 83- *bis* l.f. che configura come possibile la continuazione di un arbitrato pendente, qualora il curatore subentri nel contratto che ne contenga la clausola compromissoria.

4. (SEGUE)...LA TESI DELL'OPPONIBILITÀ ALLA CURATELA DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE PENDENTE E SUA CRITICA

Un secondo orientamento presente in dottrina ⁽¹¹⁵⁾ e in giurisprudenza ⁽¹¹⁶⁾, pur inserendosi nel solco dell'orientamento precedente, ha ritenuto di dover scalfire il

⁽¹¹⁵⁾ L'Autore che ha posto le basi di questa teoria, ancor prima che venisse emanato l'attuale codice, è L. MORTARA, nel *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, volume III, p. 70, ove si legge che «*il compromesso conserva i suoi effetti dopo la dichiarazione di fallimento solo qualora si sia perfezionato con la nomina e l'accettazione degli arbitri, dato che solo in questo caso il processo arbitrale può dirsi legittimamente costituito*». Questa impostazione è stata poi sviluppata, da L. BIAMONTI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, p. 913, che sostiene come «*il fallimento di una delle parti, prima che gli arbitri abbiano accettato per iscritto l'incarico, costituisca causa di cessazione dell'efficacia della clausola compromissoria in quanto solo dopo detta accettazione si può parlare di costituzione del rapporto processuale ai sensi dell'art. 5 c.p.c.*». Nello stesso senso, si veda; GIANNI SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p. 150 secondo cui, «*quando il giudizio arbitrale non sia stato ancora iniziato, la parte non fallita non può invocare il contratto compromissorio*»; MAZZOCCA, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1980, p. 146, che sostiene come «*per il carattere assoluto della competenza del Tribunale fallimentare perde efficacia l'eventuale clausola compromissoria con il fallimento di una delle parti, a meno che l'arbitrato non sia già iniziato*»; ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1965, p. 15, per il quale «*la clausola compromissoria stipulata dal fallito prima della dichiarazione di fallimento, richiedendo il compimento di attività ulteriori, quali la nomina e l'accettazione degli arbitri, è inefficace ed inopponibile alla massa fallimentare*»; ed infine, U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, II, p. 1291, secondo cui «*il compromesso stipulato dal fallito è atto inopponibile, per caducazione, al fallimento quando il giudizio arbitrale non sia stato ancora costituito al momento della dichiarazione di fallimento*»; ENRICO REDENTI, *voce Compromesso (Diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, p. 794.;

principio di generale inopponibilità riconoscendo che i procedimenti arbitrali già avviati al momento della declaratoria fallimentare siano opponibili alla curatela la quale subentrerà quindi nel giudizio arbitrale pendente.

Tale indirizzo, dunque, distingue a seconda che il procedimento arbitrale sia o meno già instaurato con la nomina e l'accettazione degli arbitri riconducendo il rapporto, nel primo caso, al mandato *in rem propriam* già perfezionatosi tra le parti e con effetti vincolanti anche dopo la dichiarazione di fallimento. Diversamente nel secondo caso prospettato, l'amministrazione fallimentare non sarebbe vincolata nel subentro al fallito nell'arbitrato potendo il curatore disconoscere la clausola compromissoria e rendere inopponibili al suo ufficio gli effetti conseguenti.

Secondo questa tesi, sostenuta anche da numerose pronunce della Corte di Cassazione (¹¹⁷), il contratto di arbitrato, basato sul solo consenso delle parti, sarebbe una fattispecie incompleta, non in grado di spiegare una efficacia vincolante nei confronti dell'amministrazione fallimentare, ponendosi alla stregua di un accordo derogativo di competenza, inefficace e caduco rispetto alla competenza inderogabile ed

G. CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento*, in *Commentario legge fallimentare Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, p. 61 ss.; LINO GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario della legge fallimentare Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 26.

(¹¹⁶) In giurisprudenza si veda Cassazione civile 20 dicembre 1934, n. 3643, in *Foro italiano*, 1935, I, colonna 262; Cassazione civile, 12 gennaio 1956, n. 30, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1956, II, p. 57; Cassazione civile, 10 dicembre 1958, n. 3861, in *Foro italiano*, 1959, I, colonna 1848; Cassazione civile, 23 gennaio 1964, n. 162, in *Banca e borsa*, 1964, II, p. 162, con nota di G. GRAZIADEI; Cassazione civile 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Il Fallimento*, 1993, p. 475, con nota di GIUSEPPE BOZZA; *Arbitrato e fallimento*; Cassazione civile 18 agosto 1998, n. 8145, in *Repertorio del Foro italiano*, 1998, voce Fallimento, n. 356; Corte di Appello di Ancona, 19 luglio 1952, in *Giustizia civile*, 1953, p. 933; Tribunale di Locri, 1° agosto 1959, in *Giurisprudenza italiana*, 1960, I, 2, colonna 181; Tribunale di Genova, 24 novembre 1959, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1960, II, p. 718.

(¹¹⁷) La più remota decisione in merito è Cassazione civile 20 dicembre 1934, n. 3643; seguita a distanza di tempo da Cassazione civile, 12 gennaio 1958, n. 30, che può definirsi la prima dopo l'entrata in vigore del r.d. 16 marzo 1942 n. 267; da Cassazione civile 18 maggio 1959, n. 1474 e da Cassazione civile, 23 gennaio 1964, n. 162.

esclusiva consacrata dall'art. 24 l.f. a favore del Tribunale fallimentare ⁽¹¹⁸⁾. Solo con l'accettazione degli arbitri, in forza del principio della *perpetuatio iurisdictionis* sancito dall'art. 5 c.p.c., in virtù del quale ove il processo è già instaurato non si determinano modificazioni di competenza per effetto di mutamenti delle situazioni di fatto e di diritto, la competenza si radicherebbe in mano agli arbitri stessi, rendendo l'arbitrato opponibile alla curatela ⁽¹¹⁹⁾.

In altre parole, se l'arbitrato non fosse ancora pendente, l'art. 24 l.f., che attribuisce una competenza inderogabile in capo al Tribunale fallimentare, prevarrebbe rispetto all'accordo intervenuto tra le parti finalizzato a ricorrere alla giustizia privata, facendo perdere a quest'ultimo d'efficacia. Diversamente se il giudizio arbitrale fosse già stato instaurato, l'art. 24 l.f. non potrebbe più applicarsi per effetto dell'art. 5 c.p.c., in base al quale i fatti nuovi modificativi della competenza (costituiti in questo caso dalla sopravvenuta dichiarazione di fallimento) non hanno rilievo alcuno rispetto alla competenza stessa che si è determinata al momento della costituzione del giudizio arbitrale, il quale resterebbe, dunque, pienamente efficace ed opponibile al fallimento.

Ciò detto, si ritiene di dover prendere le distanze anche dalla teoria meglio conosciuta come «dicotomica».

Anzitutto, riprendendo proprio le obiezioni già avanzate alla teoria dell'inopponibilità assoluta viste nel paragrafo precedente, bisogna ricordare come l'attribuzione, ex art. 24 l.f., di una competenza inderogabile al Tribunale fallimentare sia una circostanza irrilevante rispetto alla possibilità di rimettere la controversia ad arbitri. Infatti, la possibilità del ricorso alla giustizia arbitrale soffre i soli limiti

⁽¹¹⁸⁾ Si veda Cassazione civile, 11 giugno 1969, n. 2064 nella quale si legge che «*il fallimento produce l'automatica caducazione degli accordi attributivi di competenza anche se attinenti a controversie che non interferiscono con alcun rito o competenza speciale determinata dal fallimento o con alcun effetto sostanziale o processuale di questo*», in *Diritto fallimentare*, 1970, II, p. 487 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Per una sintetica ed efficace sintesi della tesi in esame si veda GUIDO CANALE, *Commento sub art. 83 bis l.f.*, in AA.VV. *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 1336 ss. ed i richiami alla dottrina ivi effettuati.

strettamente sanciti dall'art. 806 c.p.c., che, ricordiamolo, prevede come unico ostacolo l'indisponibilità dei diritti in capo ai compromettenti. Pertanto, la prevalenza dell'art. 24 l.f. rispetto al patto compromissorio stipulato dalle parti non può postularsi, dato che si tratta di una norma di competenza che deve cedere il passo di fronte ad una deroga, voluta dalle parti e consentita dal legislatore, alla tutela giurisdizionale ordinaria a favore della giustizia privata ⁽¹²⁰⁾.

In seconda battuta, lo stesso art. 24 l.f. fa riferimento alle controversie che derivano dal fallimento, e trattandosi qui di liti già oggetto di una convenzione arbitrale, o addirittura di liti in cui sia già provveduto alla nomina degli arbitri, si ritiene che le stesse non possano esservi ricomprese in quanto estranee al campo d'azione dell'articolo in questione.

In caso di arbitrato pendente, si ritiene, pertanto, che quanto affermato convinca per l'inapplicabilità dell'art. 5 c.p.c. in assenza di quel fatto nuovo, modificativo della competenza, che ne giustificherebbe il richiamo e quindi per l'inconferenza di invocare la competenza esclusiva del Tribunale che ha dichiarato il fallimento fissata con l'art. 24 l.f. ⁽¹²¹⁾.

In aggiunta, aderendo alle argomentazioni di questa tesi, si finirebbe con l'attribuire all'art. 5 c.p.c. una funzione che non gli appartiene. Detta norma si limiterebbe a considerare, infatti, ininfluenti rispetto alla competenza già fissata le variazioni che riguardano la competenza per valore e per territorio, ove la teoria dicotomica vorrebbe assegnargli il compito di dirimere il conflitto tra la convenzione

⁽¹²⁰⁾ Vedi, su tutti, ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam 2000, p. 23 secondo cui «mentre (l'art. 24 l.f.) detta una regola di competenza per materia e per territorio, nel senso di attrarre al foro del fallimento ogni controversia che abbia origine dal fallimento o sia direttamente influenzata dalle norme della legge fallimentare, al contrario il compromesso o la clausola compromissoria conferiscono alle parti il potere di sottrarre la controversia al giudice ordinario e di affidare il giudizio agli arbitri: dunque, si tratta di una diversità di contenuto, che rende la comparazione irrealizzabile».

⁽¹²¹⁾ In tal senso GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1993, p. 489.

arbitrale, che attribuirebbe ad arbitri il potere di decidere la lite, e l'art. 24 l.f., che, invece, riserverebbe tale potere al Tribunale fallimentare ⁽¹²²⁾.

Un'ulteriore obiezione che si concorda di dover muovere, prende le mosse dalla circostanza che la tesi non distingue fra convenzione d'arbitrato, che vincola fra loro le parti alla scelta compiuta, e contratto d'arbitrato, che vincola, invece, le parti e gli arbitri, che abbiano accettato l'incarico; così che ci si trova in presenza di due distinti contratti, collegati, sì, tra di loro, ma di cui il secondo non costituisce elemento di completamento o di efficacia del primo, che ha da solo, sin dalla sua stesura, l'effetto di sottrarre la controversia all'autorità giudiziaria ordinaria, senza la necessità che si provveda anche alla nomina degli arbitri ⁽¹²³⁾.

In altro modo, far dipendere l'opponibilità del giudizio arbitrale al curatore dal mero fatto che sia perfetto il contratto d'arbitrato è errato, poiché, quand'anche il giudizio arbitrale non sia pendente, il vincolo che deriva dal compromesso o dalla clausola compromissoria conserva ad ogni modo efficacia, producendo, sin dalla data della loro stipulazione, l'effetto di sottrarre la lite al giudice togato.

In ultima analisi, la *ratio* che ha portato alla formulazione di questa tesi, ad opera del Mortara già nel 1923, risiede nella circostanza che, vigente il codice del 1865, la deroga convenzionale al foro ordinario si perfezionava, appunto, solo con la nomina e l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri. Questo atto si riteneva, dunque, fosse

⁽¹²²⁾ L'argomento è stato ampiamente trattato da ENZO CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1959, p. 558. L'autore motiva l'irrilevanza dell'art. 5 c.p.c. muovendo dal presupposto della sua inapplicabilità alla competenza per materia, poiché un mutamento dei fatti che determinano tale genere di competenza inciderebbe sulla natura stessa della lite, generando una diversa controversia; e la convenzione arbitrale opererebbe proprio su tale competenza seppur in modo particolare, pertanto l'art. 5 c.p.c. non sarebbe applicabile.

⁽¹²³⁾ In dottrina, dello stesso avviso, LINO GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2006, cap. XI, *Compromesso e clausola compromissoria*, a cura di Simonetta Vincre, p. 331 ss.; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 16; ALDO BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. 2. Le materie non compromettibili*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 164; VINCENZO PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1991, p.1180.

essenziale per giungere alla perfezione del compromesso e quindi per produrre effetti derogativi alla giurisdizione ordinaria.

Ciò evidentemente ha perso d'attualità già con l'introduzione del codice di procedura civile del 1942, e ancor più con le sue successive modificazioni.

Attualmente, infatti, l'art. 669-*octies*, comma 5 c.p.c. ⁽¹²⁴⁾, trattando dell'ordinanza di accoglimento della domanda finalizzata ad ottenere un provvedimento cautelare proposta prima dell'inizio della causa di merito, nel fissare la pendenza del giudizio arbitrale, non discerne a seconda che il collegio sia già stato o meno costituito, bensì rinvia semplicemente alla notifica dell'atto introduttivo della procedura con cui si dichiara la propria intenzione di promuovere l'arbitrato. L'art. 810 c.p.c. prevede una disciplina specifica che interviene qualora la parte che ha ricevuto l'invito a nominare i propri arbitri non vi adempia nel termine previsto di venti giorni, stabilendo che, in tal caso, *«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»*, degradando, in tal modo, la nomina degli arbitri da elemento vitale a che si potesse dire instaurata la procedura arbitrale, a fattore complementare e surrogabile, su richiesta di parte, ad opera del tribunale competente.

In tal modo si può affermare che la nomina e l'accettazione degli arbitri sia un momento irrilevante ai fini dell'opponibilità dell'arbitrato al fallimento, poiché la soggezione di entrambe le parti al giudizio arbitrale sorge esclusivamente dalla perfezione dell'accordo compromissorio. A ciò consegue che se il curatore decide di subentrare in un contratto stipulato dal fallito in cui è contenuta una clausola compromissoria, questa sarà opponibile all'ufficio fallimentare a prescindere dalla avvenuta nomina degli arbitri.

⁽¹²⁴⁾ Si ricorda qui per comodità che l'art. 669-*octies* c.p.c., c. 1, recita che *«L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito [...]»*, c. 5 *«Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale [...]»*.

Per completezza pare opportuno mettere in luce come parte della dottrina ⁽¹²⁵⁾ sia giunta alle medesime conclusioni qui sopra esposte, pur argomentando diversamente nelle premesse.

Alcuni autori pur aderendo alla tesi dicotomica ne hanno giustificato in passaggi logici non, come visto sino ad ora, con argomentazioni di natura procedurale, bensì «negoziale». Per questo secondo orientamento l'accordo compromissorio, seguito dalla nomina e dall'accettazione scritta da parte degli arbitri, costituirebbe un "mandato atipico", collettivo, perché conferito non solo nell'interesse del mandante, ma anche nell'interesse del mandatario e dei terzi.

Per i sostenitori di questa variante quanto detto comporterebbe, in primo luogo, l'impossibilità di applicare la disciplina, -contenuta nella sezione IV e prevista dall'art. 78 l.f.-, relativa agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, secondo cui il fallimento di una delle parti rende inefficace il contratto di mandato. Di converso, hanno ritenuto che fosse applicabile l'art. 1723, c. 2, c.c. in base al quale il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi non si estingue per la morte o la sopravvenuta incapacità, -equiparate quanto ad effetti alla dichiarazione di fallimento -, del mandante; cosicché il procedimento arbitrale già pendente non poteva arrestarsi per causa dell'intervenuto fallimento di uno dei compromittenti con conseguente obbligo di subentro per la curatela.

A tal punto occorre mettere in luce che con la riforma, attuata con il d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, l'art. 78 l.f. è stato riscritto e prevede ora, al secondo comma, che «*Il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del (solo) mandatario*». La

⁽¹²⁵⁾ In tal senso, su tutti, ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1965, p. 15; Si veda anche, in giurisprudenza, Cassazione civile, 14 ottobre 1992, n. 11216 in base alla quale «*poiché il conferimento dell'incarico agli arbitri è espressione della volontà concorde di tutte le parti che pattuiscono la clausola (o il compromesso), ne risulta una figura negoziale diversa da quella del mandato ordinario ed affine a quella del mandato collettivo e del mandato conferito anche nell'interesse del terzo, trattandosi di mandato conferito con un unico atto da più soggetti, nell'interesse a tutti loro comune ad ottenere un determinato risultato (la pronuncia del lodo) da parte degli arbitri mandatarî*»; e, sulla stessa linea, Cassazione civile, 17 aprile 2003, n. 6165.

formulazione attuale della norma *de quo*, dunque, non lascia più la possibilità di configurare il rapporto tra parti ed arbitri alla stregua di un mandato collettivo, e dunque non soggetto allo scioglimento a causa del fallimento di una parte.

In aggiunta, questa forzatura interpretativa, già in passato dubbia per le osservazioni prima svolte, fondata sulla possibilità di far dipendere l'opponibilità dell'arbitrato dal solo fatto di essere lo stesso pendente è ora da respingere perché obsoleta ⁽¹²⁶⁾.

L'art. 83 *bis* l.f., infatti, disciplinando il caso di un procedimento arbitrale pendente, prevede, come visto, la possibilità per il curatore di non subentrare nel contratto contenente la clausola compromissoria determinando, così, l'estinzione dell'arbitrato stesso. Detto in altro modo, l'inizio del procedimento arbitrale non ne impedisce, quindi, la sua interruzione; la quale è legata unicamente allo scioglimento del contratto contenente l'accordo compromissorio che ne ha dato origine ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁶⁾ Dello stesso avviso RODOLFO VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 923 ss. ove si legge «*che le acrobazie interpretative che hanno condotto a distinzioni che paiono all'evidenza forzate tra la nozione di subentro e quella più generale di successione nel contratto non hanno più ragion d'essere, con l'ulteriore conseguenza che, se l'idea di successione del contratto evoca il rischio che si determinino per la procedura ricadute non del tutto in linea con le finalità liquidatorie, questo rischio non deve più spaventare, la scelta di fondo dovendo essere operata su valutazioni di opportunità fondate su diverso presupposto*».

⁽¹²⁷⁾ Sul punto SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato: commento sistematico*, Padova, 2007, p. 290; AA. VV., *La legge fallimentare: Commentario teorico pratico*, a cura di Massimo Ferro, Padova, 2007, p. 633; AA.VV., *La nuova legge fallimentare annotata*, a cura di Terranova, Ferri, Giannelli ecc., Napoli, 2006, p. 163; AA.VV., *La riforma della legge fallimentare: profili della nuova disciplina*, a cura di Stefano Ambrosini, Bologna, 2006, p. 175; CATTANO - PALLADINO, *La riforma del diritto fallimentare: vecchia e nuova normativa a confronto*, Milano, 2006, p. 92.

5 (SEGUE)...TESI DELL'APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA PREVISTA DALLA LEGGE FALLIMENTARE PER I CONTRATTI PENDENTI. CRITICA

L'ultima rilevante corrente interpretativa da analizzare, anch'essa imprescindibile se si vuol bene intendere il quadro attuale del dibattito sul tema, è data da quella parte autorevole della dottrina che ha ricondotto la risoluzione della *quaestio* circa l'opponibilità o meno degli accordi compromissori nell'alveo della disciplina applicabile analogicamente per i contratti pendenti di cui agli artt. 72-83 l.f. che, come noto, regolano gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti.

Si ricorda sin da subito che tale soluzione sarebbe ammissibile solo per la convenzione arbitrale che non riguardasse rapporti il cui accertamento costituisse oggetto di una specifica fase di cognizione, ritenuta essenziale all'interno del fallimento, come ad esempio la verifica del passivo con le relative opposizioni. In tali casi, come si è avuto modo di vedere, si determinerebbe, infatti, l'improponibilità, ovvero l'improcedibilità qualora sia già pendente alla data di apertura del concorso, dell'eventuale giudizio in conseguenza dello scioglimento automatico della convenzione arbitrale per contrasto implicito con le norme del processo fallimentare.

Questo impianto interpretativo, cui ha aderito una parte autorevole della dottrina (¹²⁸), presuppone il riconoscimento della natura sostanziale del compromesso e della

(¹²⁸) Seppur con qualche sfumatura diversa, vedi ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, 2000, p. 30 ss., secondo cui «non esistono ragioni che portino a escludere aprioristicamente il ricorso agli artt. 72-83 l.f.», «si produce la sospensione del rapporto, e si realizza quella situazione di prevalenza, che consente all'ufficio fallimentare di potere effettuare la scelta fra lo scioglimento del contratto o la sua attuazione»; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1986, p. 302 in base al quale il compromesso e la clausola compromissoria rientrano «se ancora ineseguiti, tra i rapporti giuridici preesistenti al fallimento, ossia tra quei rapporti che, pur essendo perfezionati prima della dichiarazione di fallimento, non hanno avuto la loro piena esecuzione da entrambe le parti». Dalla disciplina degli artt. 72-83 l.f. si può desumere poi il principio generale per cui «il fallimento non è di per sé causa di scioglimento dei rapporti giuridici preesistenti, salvo espressa clausola in contrario o diversa disposizione di legge. Fuori da queste due ipotesi, l'amministrazione fallimentare ha la facoltà di subentrare o meno in essi, di scegliere cioè tra

clausola compromissoria per arbitrato rituale. Le norme dettate dalla legge fallimentare per regolare il futuro dei rapporti giuridici preesistenti al fallimento fanno, infatti, riferimento a rapporti di natura sostanziale; quindi, per essere applicabili in via analogica alla convenzione arbitrale, questa si è ritenuto dovesse presentare uguale carattere ⁽¹²⁹⁾.

Da questo complesso di norme si ricaverebbe poi il principio secondo cui, la convenzione arbitrale pendente alla data di dichiarazione di fallimento, rimarrebbe sospesa in attesa di una valutazione del curatore circa la convenienza per il fallimento. Egli si dice, deve valutare se operare il subentro e dare così corso all'arbitrato, oppure sciogliersi dal contratto, fatto salvo il diritto del contraente *in bonis* a conoscere la decisione del curatore in un tempo ragionevole, con la facoltà, in caso di ritardo, di metterlo in mora, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine perentorio non superiore ad otto giorni entro il quale effettuare la scelta e decorso il quale, in mancanza

l'esecuzione o lo scioglimento del rapporto, mentre al terzo spetta il diritto di mettere in mora l'amministrazione fallimentare perché operi senza indugio la scelta»; ENZO CAPACCIOLI, L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato, in Rivista di diritto processuale, 1959, p. 527 il quale sostiene che «come regola generale è da ritenere che la dichiarazione di fallimento sia incompatibile non con la convenzione in sé, ma con l'efficacia automatica di quest'ultima; l'efficacia resta sospesa a seguito del fallimento e spetta agli organi fallimentari decidere se eseguire la convenzione medesima o invece sciogliersi, salva la facoltà dell'altra parte di mettere in mora detti organi perché prendano la loro decisione in un lasso di tempo ragionevole».

⁽¹²⁹⁾ Aderiscono alla tesi c.d. *contrattualistica* dell'arbitrato rituale, CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923 p. 110; Id, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, p. 70 nel quale l'Autore sottolineava come tutto il processo arbitrale, fino alla pronuncia del lodo, si svolgesse senza esercizio di poteri giurisdizionali, per cui gli arbitri sarebbero artefici di un materiale logico improduttivo di effetti giurisdizionali, derivanti solo dal decreto pretorile di omologa; ma anche CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 47; CARMINE PUNZI, *Sull'ammissibilità dell'impugnazione per nullità ex art. 828 c.p.c. del lodo arbitrale non depositato*, in *Rassegna Arbitrato.*, 1985, p. 237; ELIO FAZZALARI, *Omologazione del lodo ed azione di nullità*, In *Giustizia civile*, 1986, p. 2915; BERNINI, *L'arbitrato*, Bologna, 1993, p. 77 ss.

di decisione esplicita, il compromesso o la clausola compromissoria si ritengono sciolti, e così anche il vincolo che da questi ne deriva.

Oggi, con la riforma attuata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 questo principio, ricavabile fino ad ora dalle norme che compongono l'intera sezione IV sui rapporti giuridici preesistenti, è stato statalizzato.

Difatti, attualmente l'art. 72 l.f., che nella precedente formulazione disciplinava l'ipotesi della vendita non ancora eseguita da entrambi le parti, è divenuto norma generale, applicabile, dunque, in tutti i casi non espressamente previsti. Essa prevede che *«se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo. Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto»*.

Sul punto si osserva che, anche tra coloro che negano la natura sostanziale del rapporto arbitrale, fonte solo di effetti processuali, ci sono alcuni autori che giungono alle medesime conclusioni in virtù del fatto che spetterebbe, sicuramente, al curatore la facoltà di scelta se subentrare o meno nel contratto, dopo un'attenta analisi circa l'opportunità per la massa di dar corso a tali rapporti.

Sostiene in merito parte della dottrina che il compromesso e la clausola compromissoria producono soltanto effetti processuali, dando luogo a situazioni da un punto di vista patrimoniale di carattere neutro per la massa, dunque ad essi non si potrà applicare "in via diretta" la disciplina prevista oggi dall'art. 72 l.f. sui rapporti pendenti, facendo questo riferimento a rapporti di tipo sostanziale. Nonostante ciò l'Autore rileva come detta norma possa in ogni caso essere applicata per analogia anche nell'ipotesi in esame, poiché dal compromesso e dalla clausola compromissoria derivano aspetti di tipo attivo e passivo che influiscono sulla massa; aspetti che, anche se non hanno un rilievo direttamente economico, inducono a riconoscere comunque al curatore, nel

rispetto dei fini tipici della procedura concorsuale, la stessa possibilità di valutazione, in merito alla possibilità di subentrare o no nel rapporto, che avrebbe di fronte ad un più comune contratto di compravendita ⁽¹³⁰⁾.

Contro questa tesi sono state sollevate importanti obiezioni.

Si è detto, infatti, che se per quanto riguarda l'arbitrato irrituale, o libero, la conclusione illustrata in precedenza potrebbe essere accettata, e, dunque, sarebbe possibile applicare ad esso il principio contenuto nell'art. 72 l.f., avendo, questo genere di arbitrato, una genesi negoziale e mirando a risolvere le controversie mediante una decisione con caratteri, natura ed effetti di contratto ⁽¹³¹⁾; lo stesso non potrebbe dirsi riguardo all'arbitrato rituale previsto dal c.p.c.

Secondo questa critica, di ramo processualistico ⁽¹³²⁾, non può attribuirsi all'accordo per arbitrato rituale la natura di rapporto di diritto sostanziale solo perché sia inserito in un contratto di tal tipo. Con tale accordo si realizzerebbe semplicemente un'opzione, consentita dal legislatore, in favore del giudizio arbitrale con esclusione del giudice ordinario; opzione che non comporterebbe una disposizione di diritti di natura

⁽¹³⁰⁾ ENZO CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1959, p. 548; della stessa opinione DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1986, p. 303, che, ricalcando sostanzialmente il pensiero di Enzo Capaccioli, sottolinea come la persistenza o la decadenza del compromesso o della clausola compromissoria, pur trattandosi di rapporti processuali, dipenda in ogni caso dalla scelta del curatore di chiedere l'adempimento o di sciogliersi dai contratti in questione; vedi, inoltre, GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1993, p. 485 e ss.

⁽¹³¹⁾ Per la natura negoziale dell'arbitrato libero o irrituale, anche alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, vedi *supra* cap. I, par. II.

⁽¹³²⁾ La teoria processualistica ha autorevoli sostenitori, primo fra tutti, come già visto, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura*, Milano, 1923, p. 34; sul punto vedi anche CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1977, p. 61; PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1991, p. 1177; MORINI, *Arbitrato e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1995, p. 780.

sostanziale, poiché sarebbe preordinata essenzialmente alla scelta del procedimento da seguire per l'esercizio del diritto d'azione.

Detto altrimenti, con la convenzione d'arbitrato, le parti si limiterebbero a demandare agli arbitri l'accertamento della loro pretesa, senza che vi sia, quindi, un immediato interesse di natura economica e questa carenza d'interesse patrimoniale comporterebbe l'esclusione della facoltà, attribuita alla curatela, di scegliere se subentrare o sciogliersi dal contratto.

La *ratio* della scelta attribuita al curatore è finalizzata, infatti, alla tutela delle prerogative dei creditori concorsuali; tutela attuata proprio grazie alla possibilità concessa al gestore della massa, prima di vincolarsi al contratto pendente, di effettuare una analisi circa la convenienza economica dell'operazione oggetto del contratto stesso. Nel caso, invece, di compromesso o di clausola compromissoria, mancando appunto quell'immediato interesse patrimoniale da tutelare, non si potrebbe, in virtù di una applicazione analogica delle norme contenenti la disciplina dei contratti preesistenti, concedere la stessa scelta al curatore, che, una volta subentrato nel contratto principale, sarebbe, in questo caso, semplicemente tenuto a rispettare l'obbligo di natura extrapatrimoniale assunto dal compromittente fallito; salvo che, come sempre, per ragioni di natura processuale (ad es. per la necessaria applicazione del rito previsto per l'accertamento del passivo) la convenzione arbitrale non diventi inefficace.

In dottrina si è cercato di dare una risposta a questa critica avanzata dalla corrente processualistica, distinguendo fra clausola compromissoria e compromesso.

Riguardo alla prima, si è sostenuto, il problema non si porrebbe neppure, poiché il curatore, subentrando nel contratto contenente la clausola compromissoria, si vincolerebbe automaticamente anche alla clausola stessa. In altre parole, la scelta sul subentro del curatore, come affermato più volte anche dalla Suprema Corte ⁽¹³³⁾, si

⁽¹³³⁾ Tale principio era stato affermato per la prima volta, seppur in via incidentale, dalla sentenza della Cassazione, 25 gennaio 1964, n. 162 in cui si legge «nessuno dubita che sia opponibile al fallimento la clausola compromissoria contenuta nel contratto, nel quale subentra il curatore, perché questi non potrebbe accettare il regolamento contrattuale solo in parte, disconoscendo valore alla clausola predetta, che ne costituisce parte integrante»; qualche anno dopo la sentenza della Corte di Cassazione, 25 marzo 1966, n. 786, ha espressamente stabilito

avrebbe nei confronti del contratto pendente contenente la clausola; da ciò deriverebbe ulteriormente, che il curatore non potrebbe disconoscerla poiché ne costituirebbe parte integrante.

In seguito, invocando l'autonomia della clausola compromissoria *ex art. 808, c. 2, c.p.c.* rispetto al contratto che la contiene, si è giunti alla medesima conclusione per una via argomentativa differente.

Si è ritenuto, infatti, che seppur qualificandosi come patto autonomo, il curatore, che fosse subentrato nel contratto principale, sarebbe comunque vincolato anche alla clausola arbitrale poiché questa si configurerebbe come un atto negoziale riconducibile all'istituto del mandato collettivo o di quello stipulato nell'interesse di terzi che, non sarebbe, dunque, assorbito dal disposto dell'art. 78 l.f. che prevede lo scioglimento, in caso di sopravvenuto fallimento, solo in ordine al mandato individuale⁽¹³⁴⁾.

Ulteriori critiche, però, sono state correttamente avanzate anche a questa impostazione.

Anzitutto non sembra corretto inquadrare la clausola compromissoria nello schema giuridico del mandato. Bisogna, infatti, distinguere l'accordo arbitrale, che ha

che la clausola compromissoria è operante per il fallimento tutte le volte che il curatore subentra nel contratto in cui la clausola stessa è prevista, in quanto egli non si pone in tal caso come terzo rispetto alle parti originarie dell'accordo, ma bensì viene a trovarsi nella medesima situazione processuale del compromettente fallito, risultando dunque vincolato anche alla clausola arbitrale.

⁽¹³⁴⁾ In tal senso, la già richiamata Cassazione civile, 14 ottobre 1992, n. 11216, dove si afferma che il curatore che subentra in un contratto stipulato dal fallito, nel quale sia contenuta una clausola compromissoria, non può disconoscere tale clausola ancorché configuri un patto autonomo, attesa la riconducibilità di essa allo schema negoziale del mandato collettivo e di quello conferito nell'interesse anche di terzi rispetto ai quali la revoca del solo mandante non ha effetto estintivo del rapporto giuridico costituito attraverso detto negozio; ancora, più di recente, Cassazione civile, 17 aprile 2003, n. 6165 la quale, dopo aver ribadito che non vi è incompatibilità tra la procedura fallimentare e la devoluzione di una controversia ad arbitri e che la convenzione arbitrale non si scioglie automaticamente per effetto del fallimento, afferma che, se il curatore subentra in un contratto contenente una clausola compromissoria, egli subentra anche in tale clausola, che non si scioglie poiché si configura come un mandato collettivo o nell'interesse del terzo cui non si applica l'art. 78 l.f.

ad oggetto la sottrazione al giudice ordinario delle eventuali liti nascenti dal contratto principale con il corrispettivo impegno di trasferirle a terzi da nominare, dal diverso, ancorché collegato, rapporto che si instaura tra le parti e gli arbitri. Solo quest'ultimo contratto potrà, al limite, essere qualificato come un mandato, che ad ogni modo, come dimostrato nel paragrafo precedente, non potrà certo sopravvivere qualora il curatore decida di non subentrare nel contratto pendente che ne contiene la clausola ⁽¹³⁵⁾.

In seconda battuta, si è detto essere errato considerare la clausola compromissoria come un patto autonomo rispetto al contratto cui accede. In passato, autorevole dottrina, basandosi proprio sull'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto principale nel quale questa stessa è contenuta, autonomia tra l'altro dichiarata espressamente dall'art. 808, c.2, c.p.c., è giunta a sostenere la possibilità, concessa al curatore, di effettuare una doppia scelta di subentro o scioglimento *ex art. 72 l.f.* in riferimento, in un primo tempo, al contratto da cui deriva il rapporto sostanziale tra il fallito ed il terzo, e successivamente, ed in modo indipendente e separato, in riferimento alla clausola compromissoria che rimetterebbe ad arbitri la soluzione delle eventuali liti che da tale rapporto derivassero. In tal modo al curatore sarebbe consentito subentrare nel contratto principale e, allo stesso tempo, decidere invece, di sciogliersi dalla convenzione arbitrale.

Alla luce, infatti, del principio di autonomia della clausola compromissoria, si è ritenuto che le parti, attraverso la predisposizione di quest'ultima, stipulassero un apposito contratto, separato dal contratto principale, e destinato a disciplinare le liti che dal rapporto principale traessero origine. In questo senso, il contratto separato avrebbe solo l'apparenza di una semplice clausola, essendo in concreto un negozio giuridico autonomo.

⁽¹³⁵⁾ Così SIMONETTA VINCRE, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, In *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, p. 527; LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 709; sulla distinzione tra l'accordo delle parti e il rapporto tra parti ed arbitri vedi già CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, p. 68; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 72.

A questo punto, bisogna tuttavia soffermarsi un istante sul significato che il legislatore del 1994 ha voluto attribuire al summenzionato art. 808, c. 2, c.p.c., rimasto invariato anche dopo la riforma del 2006, quando stabilisce che *«la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce»*.

Già in passato, infatti, erano state avanzate critiche all'impostazione appena illustrata, ed ancor più oggi, a seguito dell'introduzione nella legge fallimentare dell'art. 83-bis che conferma il legame esistente tra il contratto principale e la clausola che ne rimette le liti in arbitrato, occorre adottare molta cautela nel riconoscere una portata così ampia alla autonomia disposta dal citato articolo. L'autonomia della clausola arbitrale ex art. 808, c.2, c.p.c. rappresenta in realtà un fenomeno di minore portata rispetto a quello sopra prospettato; fenomeno che consta nella insensibilità della clausola stessa ai vizi che colpiscono il contratto cui afferisce, al fine, così, di consentire agli arbitri di conoscere nel merito anche le domande di nullità avanzate contro questo stesso contratto principale. Ed è questo il significato da attribuire all'art. 808, c. 2, c.p.c. Per ogni altra questione, la clausola resta è un patto accessorio al contratto che la contiene, tanto che, sempre a norma dell'art. 808, c. 2, c.p.c. *«il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria»*.

A supporto di ciò è bene menzionare anche l'impossibilità di cedere la clausola compromissoria autonomamente rispetto al contratto cui si riferisce, e, viceversa, l'impossibilità di cedere il contratto principale senza trasferire anche la clausola (salvo l'esistenza della volontà di risolvere quest'ultima).

Da quanto appena detto ricaviamo la conclusione che di autonomia della clausola compromissoria si può parlare esclusivamente in riferimento all'accertamento della sua validità rispetto al contratto principale, così che la validità o invalidità dell'una non comporterebbe la validità o l'invalidità dell'altro. Di fronte ad un vizio del contratto che, se accertato ne determinerebbe la nullità, gli arbitri, grazie proprio al principio di autonomia così inteso, resterebbero, quindi, competenti a giudicare della stessa sua validità, poiché non tutti i vizi del contratto principale si trasmettono automaticamente

anche alla clausola che ne fa parte. Altro, però, non è dato ricavare, senza, altrimenti, farsi fuorviare da una concezione dell'autonomia portata alle estreme conseguenze.

Oltre i confini appena tracciati la clausola compromissoria ha, dunque, carattere accessorio rispetto al rapporto cui si riferisce; presentandosi, il contratto principale, come l'insieme unitario della regolamentazione di interessi, sostanziali e processuali, voluti dalle parti. La clausola arbitrale non è che una delle clausole che compongono il contratto, e come tale ne deve seguire la sorte, per cui il curatore che subentra nel contratto principale subentra di necessità anche in detta clausola, non essendo concepibile, come correttamente affermato da Bozza, «l'accettazione di un regolamento contrattuale solo in parte, con esclusione di clausole che, pur autonome nella loro rilevanza giuridica all'interno e nella vita del negozio, formano parte integrante di quel contratto, in quanto così voluto dai contraenti originari al momento della formazione»⁽¹³⁶⁾.

Tale carattere di accessorietà della clausola compromissoria, rispetto al contratto principale in cui è contenuta, sembrerebbe ora, come già accennato, esplicitamente accolto, ancorché in termini negativi, anche dal nuovo art. 83-bis l.fl. che, come detto, crea una sorta di legame tra il contratto e la clausola stessa, con la conseguenza che se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, decidesse di sciogliersi dal contratto principale, o questo si dovesse ritenere comunque sciolto perché così stabilito da una delle norme specifiche contenute nell'intera Sezione IV, la clausola compromissoria si scioglierebbe anch'essa, ed il procedimento arbitrale pendente non potrebbe più essere proseguito.

⁽¹³⁶⁾ GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, In *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1993, p. 484; di opinione conforme GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, cap. XI, *Compromesso e clausola compromissoria*, a cura di Simonetta Vincere, p. 332; BUONFRATE - GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, Cap. XVII a cura di Filippo Ghignone, p. 319; LAURA SALVARESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 92; BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, p. 10; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 79.

Da ciò si conclude che la clausola non può sopravvivere allo scioglimento del contratto che la contiene, così come, *a contrariis*, non può essere sciolta se il contratto principale prosegue nella sua efficacia; e questo dal momento che la clausola ed il contratto formano un tutt'uno e soggiacciono alla stessa sorte, sicché il curatore, quando ha facoltà di scelta, può solo sciogliersi o subentrare nel contratto nel suo insieme, con l'accettazione automatica, nel secondo caso, anche di quelle clausole destinate a produrre effetti di stampo processuale. Riguardo, invece, al compromesso, e all'incidenza del fallimento su di esso, è stata avanzata una diversa soluzione. Si è ritenuto ⁽¹³⁷⁾, infatti, che questo configuri, sì, un negozio dipendente in quanto diretto a regolare liti derivanti da un altro rapporto, ma sicuramente autonomo perché entità distinta dal contratto principale cui si riferisce, e perché fornito di una causa propria consistente nel domandare *a posteriori* agli arbitri la decisione di controversie già sorte e identificate. In virtù di tale autonomia sarebbe, dunque, legittimo ritenere ad esso applicabile, vista anche l'indubbia sua genesi negoziale, la disciplina contenuta nell'art. 72 l.f. sui contratti pendenti, di modo che al curatore, che decidesse di subentrare nel contratto, si prospetterebbe un'ulteriore scelta in merito al subentro o meno nell'autonomo compromesso, senza, dunque, esserne automaticamente vincolato per il solo fatto di aver dato corso al contratto principale. Una obiezione decisiva è stata però, di recente, avanzata contro l'idea di poter configurare il compromesso, così come anche la clausola compromissoria, che non siano ancora stati seguiti dall'avvio di un arbitrato, alla stregua di contratti "*pendenti*" alla data di dichiarazione di fallimento di una delle due parti compromettenti, tanto da permettere l'applicazione dell'art. 72 l.f., che darebbe potere al curatore di decidere se subentrare o meno nella convenzione arbitrale.

Questa critica rende inutilizzabile l'interpretazione poc'anzi segnalata. Sul punto, si ritiene infatti, come non si possa ravvisare nella convenzione arbitrale una pendenza del rapporto giuridico se alla data della sentenza dichiarativa di fallimento, il

⁽¹³⁷⁾ Ancora GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, p. 485 e ss., che giunge alla medesima conclusione a prescindere che si voglia attribuire al compromesso natura negoziale o natura processuale.

giudizio arbitrale non è ancora instaurato. Per tale ragione, conseguentemente, non pare appropriato operare il riferimento al disposto dell'art. 72 l.f.

Ad avallo, una parte autorevole della dottrina (¹³⁸) ha ritenuto, che, anche quando non vi sia stata ancora la nomina e l'accettazione degli arbitri, gli effetti derivanti dalla convenzione arbitrale possano già dirsi prodotti. È noto, infatti, come il compromesso e la clausola compromissoria diano vita, precisamente ad un reciproco impegno, in capo alle parti, che ha come contenuti la deroga alla giurisdizione del giudice ordinario in favore eventualmente della giustizia arbitrale. Se si aderisce a tale impostazione, quindi, diventa impossibile vedere, nella situazione su prospettata, un contratto a prestazioni corrispettive non ancora eseguito, mancando per certo una sinallagmatica obbligazione ad adire l'arbitro.

La convenzione arbitrale, infatti, non fa discendere un obbligo di fare di natura processuale in quanto la parte che stipula un compromesso o una clausola compromissoria non assume anche l'impegno, che potrebbe essere inquadrato come obbligazione pendente, di instaurare in ogni caso un arbitrato. La parte compromettente

¹³⁸) In tal senso vedi FAVARA, *Effetti del fallimento sulla clausola compromissoria*, in *Rassegna Avvocatura di Stato*, 1965, p. 1079; CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento: Artt. 23 - 41*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1977, p. 61, ove l'A., pur aderendo alla tesi dicotomica qui criticata, afferma che quello nascente da un rapporto compromissorio non è un rapporto pendente e che «*la nomina degli arbitri e le altre attività d'impulso del giudizio arbitrale (...) non costituiscono un obbligo del compromettente, ma una sua facoltà, al cui mancato esercizio potrà supplirsi nei modi previsti dagli art. 810 e segg. cod. proc. civ.*»; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 80; PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1999, p. 981; DIMUNDO - PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999, p. 424; LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 709; SIMONETTA VINCRE, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, p. 528; AA. VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni Verde, Torino, 2005, p. 82; MACCHIA, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, p. 822; LINO GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, cap. XI, *Compromesso e clausola compromissoria*, a cura di Simonetta Vincre, p. 333; SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato: commento sistematico*, Padova, 2007, p. 294.

assume unicamente l'onere di esercitare l'azione, qualora intenda farlo, in certe forme e davanti a certi organi che non corrispondono ai giudici statali, e detto onere consegue in via immediata, istantanea e definitiva alla conclusione del negozio compromissorio, il quale esaurisce, dunque, i suoi effetti fin dal momento della sua stipula, senza che possa, perciò, rinvenirsi in esso un contratto ad esecuzione permanente o differita con riferimento al quale possa essere concepibile una non completa esecuzione da parte di entrambi i contraenti rilevante agli effetti dell'art. 72 l.f. ⁽¹³⁹⁾.

La nomina degli arbitri costituirebbe, poi, solo un ulteriore onere per le parti relativo all'effettivo inizio del procedimento arbitrale, e non una vera e propria obbligazione, come dimostrato dal fatto che lo stesso c.p.c., all'art. 810, prevede un meccanismo suppletivo di nomina degli arbitri in caso di inerzia delle parti.

Operate queste considerazioni si ritiene di poter affermare che il curatore si troverebbe innanzi non ad una convenzione arbitrale *latu sensu* "pendente", poiché questa avrebbe già consumato i propri effetti, derogatori della competenza a favore degli arbitri, immediatamente con l'avvenuta sua stipulazione, ma bensì di fronte ad un "*contratto pendente*", contenente la clausola compromissoria o a cui farebbe riferimento il compromesso. Ed è, quindi, a questo contratto principale che bisognerà indirizzare l'attenzione, così che il curatore, se le norme della Sezione IV non prevedono esplicitamente lo scioglimento o la continuazione del rapporto, dovrebbe effettuare un'unica scelta di subentro o scioglimento *ex art. 72 l.f.* riferita solo a questo

⁽¹³⁹⁾ Sul punto DIMUNDO - PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999, p. 424, ove si sostiene che «l'effetto essenziale che deriva dai negozi compromissori, ossia la sottrazione della controversia alla cognizione del giudice statale ordinariamente competente, si verifica *de iure* all'atto e per effetto della formazione dell'accordo negoziale, senza necessità di ulteriore collaborazione dei compromettenti»; della stessa opinione AA. VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni Verde, Torino, 2005, p. 82, il quale afferma che «per contratto non eseguito agli effetti della legge fallimentare deve intendersi quello da cui siano nati obblighi delle parti ancora inadempiti, là dove, nel nostro caso, la convenzione d'arbitrato ha *inter partes* già spiegato interamente il suo effetto tipico, che è quello di deferire la controversia agli arbitri»; ancora GIOVANNI VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 66.

contratto, con la conseguenza che dalla sua decisione deriverà automaticamente anche il subentro nel compromesso o nella clausola compromissoria.

6 EFFETTI DEL FALLIMENTO SULL'ARBITRATO IN CORSO. ANALISI DELL'ART. 83-BIS L.F. E ASPETTI PROBLEMATICI

Si giunge ora all'ipotesi in cui al momento della sentenza dichiarativa di fallimento vi sia un procedimento arbitrale pendente.

A questo proposito viene nuovamente in considerazione l'art. 83 *bis* l.f., inserito *ex novo* dal Legislatore dall'art. 69 del d.lgs. 9.gennaio 2006, n. 5, recante al riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali per disciplinare gli effetti conseguenti allo scioglimento di un contratto dovuto all'intervenuto fallimento di uno dei contraenti sul procedimento arbitrale già pendente. La norma, infatti, recita 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*».

Come si è avuto modo di mettere in luce nei capitoli che precedono, prima della riforma, seppur era possibile rintracciare norme favorevoli a fondare un ragionamento di compatibilità concettuale tra arbitrato e fallimento, nondimeno faceva difetto un riferimento legislativo esplicito che si ritiene operato solo con l'inserimento nel corpo della legge fallimentare dell'articolo in commento (¹⁴⁰).

Va da sé che nella positività di un impegno del Legislatore verso una disciplina della materia, non è possibile tacere le condivisibili critiche della dottrina quando rileva che facendo esclusivo riferimento all'arbitrato pendente ed alla clausola compromissoria inserita in un contratto nel quale il curatore decida di non subentrare, si

(¹⁴⁰) In questo senso si veda RODOLFO VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 924 ove si apprende con chiarezza che «*grazie alla novella, la compatibilità concettuale tra fallimento e procedura arbitrale risulta affermata*».

è persa l'occasione per regolare compiutamente un complicato rapporto tra due istituti che sotto non pochi aspetti rappresenta la cartina di tornasole di come si voglia, ancora oggi, impostare il problema della piena legittimità dell'autonomia privata, anche in merito agli strumenti di soluzione delle controversie alternativi rispetto alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria ⁽¹⁴¹⁾.

Infatti, rimangono prive di una regolamentazione specifica le altre ipotesi nelle quale vi sia un arbitrato pendente, e il contratto non si sia sciolto, ma anzi prosegua con la curatela, trasformandosi in un rapporto di massa, oppure l'ipotesi in cui l'arbitrato abbia origine in una ipotesi contrattuale, così come espressamente prevede l'art. 808 *bis* c.p.c. ⁽¹⁴²⁾.

7. (SEGUE)...PORTATA, EFFETTI E LIMITI DELLA DISCIPLINA DETTATA DALL'ART. 83 *BIS* L.F.

Così illustrate subito le carenze della disciplina qui in disamina, risulta più agevole analizzarne portata, effetti e limiti.

Come accennato, l'art. 83-*bis* l.f. dispone, quanto agli effetti della sopravvenuta dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente, che lo scioglimento del contratto in cui è inserita una clausola compromissoria in base alle disposizioni relative al trattamento dei rapporti giuridici preesistenti, determina l'improcedibilità del medesimo. Ricordiamo, opportunamente qui, che l'intento del legislatore è stato quello di evitare che il giudizio arbitrale possa sopravvivere al rapporto contrattuale travolto dal fallimento e nel quale rinveniva la sua fonte.

⁽¹⁴¹⁾ In questi termini RODOLFO VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Faucegna e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 926.

⁽¹⁴²⁾ Concordi sulla critica rivolta al legislatore AA. VV., *La legge fallimentare: Commentario teorico pratico*, a cura di Massimo Ferro, Padova, 2007, p. 634; CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, p. 1168; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali: D.lg. 9 gennaio 2006, n. 5*, Torino, 2006, p. 165.

Ciò significa che gli arbitri devono dichiarare d'ufficio l'estinzione del procedimento laddove il contratto da cui sorge la loro *potestas judicandi* si sciolga per effetto del fallimento. La soluzione pressoché scontata, ci sembra logicamente corretta.

Invero, se venisse meno la fonte del rapporto negoziale tra le parti, vuoi perché il rapporto sia soggetto allo scioglimento automatico secondo le norme della Sezione IV, Capo III, l.f., vuoi per volontà del curatore (previa autorizzazione del comitato dei creditori), non potrebbe sopravvivere l'arbitrato generato da quella clausola compromissoria in essi inserita.

Stessa soluzione, anche se la norma tace a riguardo, può essere data nel caso di arbitrato pendente sorto da un compromesso riferito ad una lite instauratasi in merito ad un rapporto contrattuale sciolto, in seguito al fallimento di una parte, dalla curatela fallimentare. Anche in tal ipotesi, infatti, la questione non muta. Con il mancato subentro del curatore nel rapporto pendente, il giudizio arbitrale non potrebbe proseguire⁽¹⁴³⁾.

Dall'art. 83-*bis* l.f. può inoltre ricavarsi, *a contrario*, il principio in base al quale affermare che se il curatore subentrasse nel contratto pendente, dovendo accettare di necessità tutte le clausole che lo compongono, sarebbe vincolato anche alla clausola compromissoria e, dunque, anche al procedimento arbitrale già in corso.

A sostegno di questa tesi pare opportuno invocare il primo comma dell'art. 43 l.f. secondo il quale «*nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore*». Da tale norma si ricava, appunto, che la dichiarazione di fallimento determina in capo all'imprenditore fallito la perdita della legittimazione processuale attiva e passiva, sia nei giudizi instaurati *ex novo* sia in quelli pendenti alla data di dichiarazione del fallimento e che proseguono durante la procedura concorsuale; tale legittimazione viene

⁽¹⁴³⁾ Quanto detto è in linea con la relazione ministeriale che ha accompagnato la riforma, nella quale si giustifica l'introduzione dell'art. 83-*bis* l.f. al fine di evitare che il giudizio arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento, e che era destinato a risolvere.

trasferita, poi, al curatore che interviene, così, nel procedimento in corso, previa autorizzazione del giudice delegato *ex art. 31, c. 2, l.f.*

Si ritiene ora giunto il momento di operare una prima sinterizzazione della disciplina ora in analisi.

Dall'art. 83 *bis* l.f. è possibile prospettare che il giudizio arbitrale si interrompa definitivamente se il contratto in cui è contenuta la clausola compromissoria o a cui si riferisce il compromesso si scioglie; viceversa non si interrompe, qualora il contratto continui per il subingresso del curatore; dando però vita, nello stesso tempo, ad un'eccezione al principio di cui al terzo comma, di nuova introduzione, dell'art. 43 l.f., secondo il quale «*l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo*».

Se si trattasse, infatti, di un normale processo ordinario, l'effetto del sopravvenuto fallimento, per via della norma di cui sopra, sarebbe proprio l'interruzione dello stesso ai sensi dell'art. 299 c.p.c. e segg., ma trattandosi in questo caso di un procedimento arbitrale si devono, a nostro avviso, svolgere alcune considerazioni.

Allo scopo di garantire l'effettività del contraddittorio, il legislatore, al verificarsi degli eventi di cui agli artt. 299 e segg. c.p.c., prevede l'istituto dell'interruzione del processo, così da non pregiudicare la parte che è impedita o impossibilitata all'esercizio dei poteri processuali ad essa riconosciuti. La dichiarazione di fallimento, in pendenza di un processo ordinario di cognizione, comporta quindi, come già anticipato, l'interruzione dello stesso *ex art. 299 c.p.c.*, essendosi prodotta la perdita di capacità di stare in giudizio dell'imprenditore a norma dell'art. 43 l.f.

Transitando e mutuando queste osservazioni per procedimento arbitrale è possibile rilevare, come, diversamente, anche dopo la recente riforma, non esista, nelle norme che regolano questo istituto, una disposizione di legge che riproduca, o indirettamente richiami, gli articoli che all'interno del codice di procedura civile sono preposti alla disciplina dei meccanismi dell'interruzione nel processo ⁽¹⁴⁴⁾; e, si osservi, l'impossibilità di applicare in via analogica la disciplina prevista dallo stesso codice di rito per il giudizio ordinario. Per tale ragione sia la dottrina maggioritaria che la

⁽¹⁴⁴⁾ Vedi sul punto quanto già detto nel capitolo I, nota 69.

giurisprudenza (¹⁴⁵) si riscontrano ferme nel negare la possibilità di ricorrere in sede arbitrale alla fattispecie dell'interruzione e della riassunzione nel processo, così come disciplinata dalle norme del codice di rito per il giudizio ordinario.

Atteso, infatti, che il sistema del processo arbitrale è un sistema che si posiziona metaforicamente su di una retta parallela a quella del processo civile, nell'ipotesi di carenza normativa su di una problematica che lo involve, di prima battuta è da preferirsi più che un'applicazione analogica delle norme del codice di procedura civile dettate per i giudizi ordinari, un'interpretazione sistematica di quelle dettate che compongono il sistema arbitrale stesso (¹⁴⁶). Ed è proprio all'interno delle norme che compongono oggi il Titolo VIII, del libro IV, c.p.c., dedicato all'arbitrato, che rinveniamo l'art. 816-*sexies* c.p.c. rubricato «*morte, estinzione o perdita di capacità della parte*», novella dell'abrogato art. 820, c. 3 c.p.c. ante riforma, che al primo comma stabilisce «*se la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio. Essi possono sospendere il procedimento*».

La norma opera un'equiparazione, dunque, tra la morte (*unico evento disciplinato prima della riforma dal menzionato art. 820, che prevedeva una semplice proroga del termine per la pronuncia del lodo nella misura di trenta giorni*) e la perdita

(¹⁴⁵) Così: VECCHIONE, *L'arbitrato*, Milano, 1971, p. 487; GIANNI SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p.186; ELIO FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 72; ancora di recente CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, 2000, p. 459; AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 572; BUONFRATE - GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, p. 320. In giurisprudenza si vedano: App. Torino, 14 gennaio 1955, in *Foro italiano* 1956, I, 659; App. Roma, 18 febbraio 1969, in *Giurisprudenza di merito*, 1969, I, 617, questa proprio a proposito di un fallimento.

(¹⁴⁶) In tal senso FUSILLO, *Processo arbitrale e fallimento sopravvenuto*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, p. 329; SERGIO LA CHINA, *L'arbitrato: Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, p. 96 ove l'Autore afferma che «*è bene non trasporre nel procedimento arbitrale soluzioni del processo giudiziario*».

di capacità legale, ipotesi questa ultima nella quale si suole ricomprendere il caso del fallimento della parte.

In tal modo, è consentito ora agli arbitri, che abbiano avuto notizia del fallimento e che non possano, come visto, interrompere il giudizio *ex art. 299 c.p.c.*, avvertire, o far avvertire, il curatore del procedimento in corso e assumere tutte le misure che ritengano idonee a garanzia del contraddittorio al fine della prosecuzione del giudizio, potendolo al limite sospendere per un termine anche superiore ai soliti trenta giorni, affinché il curatore possa, in tal modo, partecipare al giudizio, senza che venga pregiudicato il diritto di difesa che gli è assicurato dall'art. 24, c. 2, Cost. ⁽¹⁴⁷⁾.

Una volta poi che il curatore sia subentrato nel diritto sostanziale del fallito e, dunque, agisca nel giudizio arbitrale esercitando un diritto che ha trovato nel fallimento, e nel quale è succeduto, viene a trovarsi nella stessa posizione del fallito e può far valere tutte le difese che sarebbero spettate a quest'ultimo.

Qualora, invece, il curatore, pur avvisato del procedimento arbitrale in corso, non intervenga, il lodo sarà comunque vincolante per lui, non potendosi sottrarre alla decisione degli arbitri evitando semplicemente di partecipare al giudizio.

Ove, al contrario, non gli sia stata data notizia del procedimento pendente, il lodo che concluderà quest'ultimo non sarà opponibile al fallimento, potendolo il

⁽¹⁴⁷⁾ Prima della riforma che ha eliminato l'art. 820, c. 3, c.p.c. ed ha trasferito il suo contenuto, in parte modificandolo, nell'art. 816-*sexies* c.p.c. dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che l'unico effetto processuale del fallimento di una delle parti del procedimento arbitrale in corso fosse appunto la proroga del termine di trenta giorni *ex art. 820* per l'emissione del lodo, equiparando così la morte della parte al suo fallimento; proroga diretta a consentire la partecipazione al giudizio del curatore debitamente informato della procedura arbitrale. Così: GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1993, p. 489; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 99; CARMINE PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, p. 459; AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 572. In senso dubitativo ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 69, sul rilievo che la semplice proroga di trenta giorni non sarebbe sufficiente ad assicurare al curatore il pieno diritto di difesa; abbiamo visto però come l'art. 816-*sexies*, con formula generica, permetta oggi agli arbitri di sospendere il procedimento anche per un periodo di tempo superiore.

curatore impugnare; ma di tutto ciò tratterò nel paragrafo seguente sugli effetti del fallimento nei confronti del lodo. Bisogna in ogni caso precisare che nelle ipotesi esaminate al capitolo I, par. 6 riguardo alle materie per le quali la disciplina fallimentare prevede un rito non sostituibile da un giudizio arbitrale, questo dovrà essere dichiarato improcedibile, ricordando, però, come la giurisprudenza della Cassazione abbia più volte ormai affermato il principio che vuole il lodo pronunciato dopo la dichiarazione di fallimento, che accerti un credito nei confronti della parte fallita, non *inutiliter datum*, in quanto, pur essendo in opponibile alla massa, è ad ogni modo opponibile al fallito stesso una volta che sia tornato in *bonis* ⁽¹⁴⁸⁾.

8. CONCLUSIONI

In chiusura di questo discorso in merito agli effetti della sopravvenuta dichiarazione di fallimento sulla convenzione d'arbitrato stipulata dall'imprenditore poi fallito, possiamo, con tutte le dovute cautele imposte dalla complessità della materia e dagli scarsi riferimenti normativi sul tema, e facendo salvi i casi analizzati nel capitolo precedente in cui l'accordo arbitrale perde d'efficacia perché è incompatibile con le finalità attribuite dal legislatore ad uno specifico rito previsto all'interno della normativa fallimentare, procedere ad una schematica ricostruzione delle conclusioni fin qui raggiunte.

Se il curatore decide, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, di sciogliersi *ex art. 72 l.f.* da un contratto contenente una clausola compromissoria o a cui si riferisca un compromesso, questi non sono, evidentemente, a lui opponibili. Opinione confermata dall'*art. 83-bis l.f.* di nuova introduzione, poiché se al curatore viene concessa la possibilità di sciogliersi dal giudizio arbitrale pendente non subentrando nel

⁽¹⁴⁸⁾ Si vedano, le già menzionate, Cass. civ., 28 maggio 2003, n. 8545 in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, p. 401; in *Il Fallimento*, 2004, p. 739, con nota di MONTANARI, *Decisioni pronunciate nei confronti del solo fallito e opposizione di terzo al curatore*; in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 718 con nota di GABRIELLA TOTA, *Sulla legittimazione del curatore all'opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nei confronti del solo fallito* e Cassazione civile, 4 settembre 2004, n. 17891.

contratto stipulato dal fallito, facendo così venire meno gli effetti della clausola compromissoria inserita in detto contratto, tale facoltà, a *fortiori*, dovrebbe valere anche quando l'arbitrato non sia ancora instaurato.

Se il curatore subentra in un contratto stipulato dal fallito nel quale sia contenuta una clausola compromissoria non può disconoscere tale clausola, non essendo concepibile, vista la sua accessorietà rispetto al contratto principale, lo scioglimento o l'accettazione di un regolamento contrattuale solo in parte.

Se il curatore subentra in un contratto a cui sia collegato un compromesso non ha la possibilità di scegliere se subentrare o sciogliersi anche da quest'ultimo, poiché il compromesso non è qualificabile come rapporto pendente avendo prodotto tutti i suoi effetti immediatamente all'atto della sua stipulazione, dunque sarà opponibile al curatore automaticamente *ex art. 43 l.f.*

L'attenzione va quindi destinata e concentrata sul contratto principale che non sia ancora del tutto eseguito da entrambe le parti alla data di dichiarazione del fallimento e che contenga la clausola compromissoria o a cui si riferisca il compromesso; a questo potranno essere applicate le norme della Sezione IV, Capo III, l.f., disciplinanti gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti; ed in seguito alla decisione del curatore se subentrarvi o meno si definirà anche il destino della convenzione arbitrale, che non farà altro che seguire quello del contratto principale.

Al più la conoscenza da parte del curatore della presenza di una clausola compromissoria inserita in un contratto potrà influire sulla sua scelta di dare seguito o sciogliersi dallo stesso; per le altre questioni, la possibilità offerta dall'art. 72 l.f. potrà essere esercitata esclusivamente nei confronti del contratto principale.

Se anche questo contratto abbia, a sua volta, già trovato esecuzione, non risultando più pendente, non sarà applicabile nemmeno ad esso la normativa sui rapporti preesistenti, sicché lo stesso diverrà vincolante per il curatore e, con esso, la convenzione arbitrale che ne fa parte; salvo sempre che non riguardi diritti il cui

accertamento si assoggettato obbligatoriamente al procedimento di verifica del passivo (¹⁴⁹).

9. GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO SUL CONTRATTO DI ARBITRATO IN ESSERE TRA LE PARTI E GLI ARBITRI

È ora giunto il momento di analizzare una ulteriore questione che si pone su un piano distinto ed autonomo da quelli sino ad ora visti ma anch'essa taciuta dalla novella, relativa alla sorte del rapporto in atto tra le parti e gli arbitri. In particolare occorre indagare gli eventuali limiti entro i quali il curatore sia ulteriormente vincolato alla scelta degli arbitri effettuata dal soggetto fallito e, quindi, alla sorte del rapporto che lega le parti agli arbitri in seguito all'apertura del fallimento (¹⁵⁰).

In prima battuta vi è da affrontare il problema della qualificazione giuridica di tale rapporto, delineata la quale è possibile ricavare la disciplina applicabile. Il problema, si è detto, non può essere considerato marginale, come testimoniato dalla

(¹⁴⁹) In argomento si vedano le osservazioni svolte da FRANCESCA VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi pendenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Novembre-Dicembre 2008, n. 6, p. 773 ss. in particolare ove si legge «*In ultima analisi, sull'ammissibilità dell'arbitrato preconcorsuale nel fallimento, si può concludere nel senso di ritenere che ogni controversia nascente da una obbligazione contrattuale stipulata dalle parti, con la piena disponibilità dei diritti oggetto, si potrà considerare arbitrabile anche quando sopraggiunga la dichiarazione di fallimento di una delle parti. Con la precisazione che, ove da questi rapporti obbligatori scaturisca una posizione creditoria di un terzo verso il fallito, questa posizione di credito, per essere opponibile al fallimento, dovrà passare attraverso il giudizio speciale di verifica del passivo con effetti di ricaduta diversi sull'arbitrato a seconda che il contratto principale a cui la convenzione arbitrale si riferisce venga sciolto o continuato dal curatore e, in quest'ultimo caso anche a seconda dello stato in cui si trovi il procedimento arbitrale nel momento della dichiarazione di fallimento*».

(¹⁵⁰) Per un esame più approfondito del problema dell'autonomia del contratto di arbitrato rispetto al compromesso e alla clausola compromissoria si rimanda a ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, 2000, p. 72 e ss. che richiama CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, p.68 e VIRGILIO ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, p. 818.

circostanza che, proprio dalla qualificazione del rapporto tra le parti e gli arbitri in termini di mandato collettivo conferito anche nell'interesse di terzi, la giurisprudenza consolidata ⁽¹⁵¹⁾ ne ha sino ad oggi desunto che, in deroga al previgente art. 78 l.f., il fallimento di uno dei compromettenti non determinasse né lo scioglimento della clausola compromissoria, né l'estinzione o meno del rapporto in cui la clausola è inserita ⁽¹⁵²⁾.

Tale problema è stato ed è tutt'ora molto discusso in dottrina e in giurisprudenza; un'opinione, in realtà piuttosto risalente, evidenziava il carattere pubblicistico di questo rapporto e ciò in considerazione del fatto che gli arbitri trarrebbero direttamente dalla legge il loro potere ⁽¹⁵³⁾.

Diversamente per altra parte della dottrina, sarebbe, invece, più corretto porre l'accento sull'accordo di natura privatistica in forza del quale gli arbitri verrebbero investiti del potere dovere di emettere il lodo, così da inquadrare il vincolo che lega questi ultimi alle parti in termini puramente contrattuali ⁽¹⁵⁴⁾. Aderendo a questa

⁽¹⁵¹⁾ Si veda Cassazione civile, 17 aprile 2003, n. 6165; Cassazione civile, 8 settembre 2006, n. 19298, in repertorio del Foro italiano, voce *Fallimento*, n. 379.

⁽¹⁵²⁾ In questi termini RODOLFO VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 932.

⁽¹⁵³⁾ Di tale parere VOCINO, *Schema di una teoria della clausola compromissoria*, in Foro italiano, 1932, c. 1063.

⁽¹⁵⁴⁾ Si veda GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimentare e le altre procedure concorsuali*, 1993, p. 490 che sostiene come «l'attività degli arbitri - che non sono pubblici ufficiali, né possono compiere atti istruttori coercitivi - è fondata sul consenso delle parti, è espletata nei limiti da questi definiti e cessa con la consegna del lodo»; ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 72; MACCHIA, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, p. 822; BUONFRATE - GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, p. 319. Di parere in parte difforme SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 93 e ss., la quale, rifacendosi a Mortara e Capaccioli, pur concordando sul rilievo che l'attribuzione del potere di giudicare affidato agli arbitri discenda in concreto da un atto riconducibile all'autonomia privata, sostiene che ciò sia possibile solo in virtù di una esplicita disposizione legislativa.

seconda impostazione, rimane da valutare all'interno di quale figura tipizzata dall'ordinamento può farsi rientrare questo genere di contratto, sicuramente pendente. Una parte considerevole della dottrina ha ritenuto di poter ricondurre tale figura contrattuale al mandato, stante l'obbligo degli arbitri di compiere nell'interesse dei compromettenti un'attività materiale ed intellettuale culminante nella pronuncia del lodo, al quale sarebbe, dunque, applicabile la disciplina di cui all'art. 78 l.f. che, prima della modifica apportata dal d.lgs. 5/2006, prevedeva lo scioglimento automatico in caso di fallimento di una delle parti⁽¹⁵⁵⁾. Le critiche, fondate sull'impossibilità di una revoca unilaterale dell'incarico di giudicare la lite compromessa, hanno fatto sì, però, che la stessa dottrina si correggesse nel senso di propendendo per la figura del mandato conferito nell'interesse di tutte le parti; onde ciascun arbitro sarebbe da considerare come mandatario non solo di chi lo ha nominato, ma anche dell'altra parte.

La conseguenza, in seguito al sopravvenuto fallimento del mandante, sarebbe la mancata applicazione del suddetto art. 78 l.f., poiché il rapporto parti-arbitri, non configurandosi più come mandato semplice, rientrerebbe così nel dettato dell'art. 1723, c. 2, c.c. in base al quale il mandato conferito anche nell'interesse di terzi «*non si estingue per la morte o la sopravvenuta incapacità del mandante*»⁽¹⁵⁶⁾. E quindi il curatore, oltre ad essere vincolato al giudizio in corso, sarebbe assoggettato anche alla nomina degli arbitri fatta dalla parte fallita, non potendo, conseguentemente, sceglierne dei nuovi.

⁽¹⁵⁵⁾ Già MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, p. 57; REDENTI, voce *Compromesso*, in *Novissimo digesto italiano*, n. 15, p. 790.

⁽¹⁵⁶⁾ GIANNI SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p. 326; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1986, p. 300; GIUSEPPE BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimentare e le altre proc. concorsuali*, 1993, p. 490; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 94; AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 575.

Parte della dottrina (¹⁵⁷) ha criticato questa posizione rilevando che sia, che è un equivoco desumere la continuazione del mandato tra parti e arbitri e la sua opponibilità al curatore che, dunque, ne resterebbe vincolato, dalla mera inapplicabilità al suddetto mandato dell'art. 78 l.f., poiché da tale mancata applicazione si deve escludere soltanto la automatica risoluzione del rapporto contemplata nella norma stessa. La continuazione dello stesso nei confronti del curatore è cosa diversa, e dipenderà, esclusivamente, dalla sua scelta se subentrarvi o sciogliersi (¹⁵⁸). In secondo luogo, l'Autore sottolinea come la figura degli arbitri non la si possa equiparare a quella del mandatario, poiché questi ultimi hanno come loro compito quello di decidere una controversia, e non di trovare una soluzione transattiva cui siano stati delegati; mancherebbe, cioè, nell'arbitrato rituale, a differenza che in quello libero, l'affare da trattare e concludere, la cui esistenza sarebbe essenziale per la configurazione di un rapporto di mandato (¹⁵⁹). Né tanto meno, sarebbe utile cercare di ricondurre, come pure è stato fatto, il rapporto parti arbitri ad una figura mista di mandato e locazione d'opera intellettuale, poiché una tale impostazione *«lungi dal far superare le difficoltà prospettate al riguardo finisce per assommare le critiche già addotte contro le singole teorie»*.

La soluzione più convincente, pare, dunque, quella che configura il contratto d'arbitrato come un contratto atipico, che, non essendo previsto tra le norme della legge fallimentare che regolano i rapporti pendenti, verrebbe assoggettato alla disciplina generale ex art. 72 l.f., così che il curatore non sarebbe vincolato alla scelta effettuata dalle parti riguardo alla nomina degli arbitri, ma, bensì, non subentrando nel rapporto pendente, sempre e comunque dietro autorizzazione del comitato dei creditori, potrebbe

(¹⁵⁷) Si veda, ANGELO BONSIGNORI, *Contratto di arbitrato e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1994, p. 9 e ss. e dello stesso Autore *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 72 e ss.

(¹⁵⁸) Così anche ZANARONE, *L'estinzione del mandato per il fallimento del mandante: ragione e limiti di una norma*, in *Rivista diritto civile*, 1967, p. 290 ss.

(¹⁵⁹) Della stessa opinione MACCHIA, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, in *Il fallimentare e le altre procedure concorsuali*, 2006, p. 822, il quale sostiene che *«gli arbitri non sono investiti di poteri negoziali di disposizione, ma di poteri decisori»*.

sciogliersi da questo vincolo e provvedere ad una nuova nomina, nell'interesse della massa, ritenuta da lui più conveniente.

10. PROBLEMI DI COORDINAMENTO TRA L'ART. 15 DEL REGOLAMENTO CE N. 1346/2000 E L'ART. 83 BIS L.F.

Con il Regolamento (CE) n. 1346 del 29 maggio 2000 ⁽¹⁶⁰⁾, entrato in vigore il 31 maggio 2002 relativo alle procedure di insolvenza, si è introdotto nei paesi dell'Unione

⁽¹⁶⁰⁾ Tra la vasta produzione in argomento si veda BACCAGLINI L., *Il caso «Eurofood»: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 123; STEFANIA BARIATTI, *L'applicazione del regolamento Ce n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2005, p. 673; STEFANIA BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla corte di giustizia: il caso «Eurofood»*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 203; M.V. BENEDETTELLI, *«Centro degli interessi principali» del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 499; C. BISCARETTI DI RUFFIA, *Compatibilità dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza con l'ordinamento comunitario*, in *Dir. Unione europea*, 2005, p. 485; L. BOGGIO, *Direzione e coordinamento di società, società «strumentali», sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 1202; A. BONFANTI, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 407; I. CANDELARIO MACÍAS I., *Un examen sobre el reglamento 1346/2000, del consejo de Europa de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria*, in *Diritto fallimentare*, 2002, I, p. 32; CAPONI R., *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V, p. 220; CATALLOZZI P., *Il regolamento europeo e il criterio del Comi (centre of main interests): la parola alla corte*, in *Fallimento*, 2006, p. 1256; CATALLOZZI P., *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, in *Fallimento*, 2007, p. 635; CORNO G., *La disciplina comunitaria dell'insolvenza*, in *Diritto fallimentare.*, 2002, I, p. 272; DANIELE L., *Il regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Diritto fallimentare*, 2004, I, p. 593; DANIELE L., *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e proc.*, 2002, p. 33; PATRIZIA DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Rivista diritto internazionale privato e proc.*, 2003, p. 55; PATRIZIA DE CESARI e GALEAZZO MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria - Commentario articolo per articolo del regolamento Ce n. 1346/2000*, Milano, 2004; DE SANTIS F., *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra i formanti*, in *Diritto fallimentare*, 2004, I, p. 91; FABIANI M., *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 95; FABIANI M., *Dai*

Europea (¹⁶¹) il principio dell'universalità limitata, dotando la U.E. di norme direttamente applicabili negli Stati aderenti.

In estrema sintesi, si può qui segnalare che in virtù del Regolamento, la procedura di insolvenza avviata nel luogo in cui il debitore ha la propria sede principale estende i

pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1570; FERRI C., *Creditori e curatore della procedura principale nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 707; FUMAGALLI L., *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 677, 1229; KOLMANN S., *Diritto fallimentare europeo ed internazionale - il regolamento (Ce) n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza*, in *European Legal Forum*, 2002, 167; MARIA ANGELA LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso «Eurofood» e non solo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1393; MÉLIN F., *La posizione dei creditori nelle procedure concorsuali aperte nell'Unione europea ai sensi del regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Diritto fallimentare*, 2004, I, 1116; MONTANARI M., *La perpetuatio iurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Int'l Lis*, 2007, 20; MONTELLA G., *Il regolamento Ce 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e la legge applicabile alla revocatoria fallimentare*, in *Foro italiano*, 2007, I, 2816; LUCIANO PANZANI, *Il regolamento sulle procedure d'insolvenza*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2002, 436; PROTO V., *Regolamento Ue sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, in *Fallimento*, 2000, 709; CARMINE PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 997; EDOARDO FLAVIO RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, 900; EDOARDO FLAVIO RICCI, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Rivista di diritto processuale*, 2004, 387; SANGIOVANNI V., *La domanda di ammissione al passivo dell'insolvenza nel diritto tedesco alla luce del regolamento comunitario n. 1346/2000*, in *Diritto fallimentare*, 2005, I, 1202; STARACE V., *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, 295; MICHELLE VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale storia del problema - In Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, Milano, 2006; MICHELLE VANZETTI, *Procedure concorsuali - Insolvenza transnazionale*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, vol. XII, 18; VELLANI C., *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006; SIMONETTA VINCRE., *Il regolamento Ce sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 2004, 213; VITALONE V., *Il regolamento n. 1346 del 2000 del consiglio delle comunità europee relativo alle procedure di insolvenza*, in *Giustizia civile*, 2002, II, 317; WINKLER M. M., *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la corte di giustizia si pronuncia sul caso «Eurofood»*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 15; WINKLER M. M., *Eurofood: è davvero finito il periodo di «rodaggio» del regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, in *Diritto commerciale internazionale*, 2007, p. 527 ss.

(¹⁶¹) *Ex considerandum* 33 del Regolamento, esclusa la Danimarca, che non partecipa all'adozione dello stesso.

propri effetti, determinati dalla *lex concursus* ⁽¹⁶²⁾, in tutti i paesi dell'Unione Europea. L'estensione extraterritoriale degli effetti del concorso avviene in tal caso indipendentemente dalla qualità del debitore. In altre parole, qualora sia avviato un concorso nei confronti di un soggetto che in un altro paese della U.E. non potrebbe essere sottoposto a procedura concorsuale, ciò non di meno anche in tale Paese si estendono automaticamente gli effetti del concorso previsto dalla *lex concursus*. Va notato che secondo l'ordinamento *ad quem* tale soggetto potrebbe essere anche considerato non insolvente, qualora l'insolvenza come configurata nell'ordinamento *a quo* sia un istituto differente. Il regolamento, infatti, non detta una definizione uniforme di insolvenza, lasciando che siano le norme interne a stabilire quando essa sia presente. Là dove il debitore possiede una serie secondaria rimane tutta via possibile avviare una procedura locale, alla quale va applicata la *lex fori* ⁽¹⁶³⁾.

Lo strumento in analisi prevede dunque due categorie di procedure nei confronti del medesimo soggetto: la procedura principale avente efficacia universale extraterritoriale ammissibile unicamente nel luogo in cui il debitore abbia il centro degli interessi principali (art. 3, co. 1), e le procedure locali aventi mera efficacia territoriale e attuabili laddove il debitore abbia una dipendenza: queste possono essere autonome oppure ausiliarie, seconda che vengano avviate prima o comunque in assenza della procedura principale ovvero dopo l'apertura di quest'ultima, in tal caso limitandone da diversi punti di vista l'estensione ultraterritoriale. Va sottolineato che, una volta avviata una procedura qualificata come principale da uno stato membro in base al Regolamento, non può esserne avviata un'altra altrove, potendosi tutt'al più contestare la decisione del

⁽¹⁶²⁾ Si segnalano agli artt. 5-15 Reg. le eccezioni espressamente considerate nello strumento comunitario.

⁽¹⁶³⁾ L'avvio di una procedura locale funge dunque da barriera all'universalità degli effetti della procedura principale così come dettati dalla *lex concursus*, dovendosi ricavare la disciplina della procedura locale dalla lettura congiunta della *lex fori* e del Regolamento.

primo giudice attraverso i mezzi e secondo le forme della legge in cui è stato emanato il provvedimento che si asserisce invalido ⁽¹⁶⁴⁾.

Effettuate queste premesse, è giunto il momento di mettere in luce che tra i punti caratterizzanti questo strumento normativo, sia pure nella sola dimensione europea, rientra senz'altro la disposizione di cui all'art. 15 Regolamento.

Questa norma, titolata «*Effetti della procedura di insolvenza sui procedimenti pendenti*», prevede che «*Gli effetti della procedura di insolvenza su un procedimento pendente relativo a un bene o a un diritto del quale il debitore è sprossessato sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale il procedimento è pendente*».

Con tale norma, che ci pone dinnanzi ad una eccezione del principio generale della *lex concursus* adottato dallo strumento comunitario, diviene evidentemente centrale intendersi sulla sua portata e sul concetto di pendenza della procedura.

Si noti inoltre come, a norma dell'art. 4 par. 2, lettera *f*), gli effetti dell'apertura di una procedura di insolvenza sulle esecuzioni individuali sia regolata dalla *lex concursus*. In tal modo l'ambito di applicazione dell'art. 15 in commento pare sia esteso a tutti i processi giudiziari il cui oggetto sia un bene o un diritto ma non esecutivi. Inoltre, occorre precisare che tale norma riguarda solo la legge applicabile agli effetti sul procedimento e non a quelli relativi al merito della lite. Ci si riferisce ai soli effetti procedurali/processuali dell'avvio del concorso estero, e non anche a quelli sostanziali.

Alla luce di quanto sino ad ora esposto, come è peraltro stato messo autorevolmente in luce dalla dottrina ⁽¹⁶⁵⁾, è lecito convincersi che l'art. 83 *bis* l.f. quantomeno

⁽¹⁶⁴⁾ In argomento si rinvia alla ormai nota sentenza *Eurofood* del 2 maggio 2006 resa dalla Corte di Giustizia (CE), sul cosiddetto "caso *Eurofood*" (C-341/04) consultabile sul sito internet <http://curia.europa.eu>.

⁽¹⁶⁵⁾ Si veda MARIA ROSARIA GROSSI, *La riforma della legge fallimentare, commento e formule sulla nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 706.

interferisca con l'art. 15 del Regolamento CE n. 1346/2000 ⁽¹⁶⁶⁾ sull'insolvenza transnazionale ⁽¹⁶⁷⁾.

Se a ragione si assume che tra i «procedimenti» figurino anche quelli arbitrari, allora nell'ipotesi di un arbitrato pendente in uno Stato membro che veda come parte un soggetto sottoposto, contestualmente o successivamente ad una procedura concorsuale in un altro Paese membro, gli effetti dell'apertura del concorso non sono regolati dalla *lex concursus* bensì dalla legge dello stato nel quale il procedimento arbitrale è in corso.

Esemplificando, se al momento dell'apertura del fallimento in Italia il debitore era parte di un arbitrato in Francia, il curatore italiano potrà esercitare la facoltà di sciogliersi dal rapporto sostanziale sottoposto ad arbitrato ai sensi dell'art. 4 par. 2 lett. e) del Regolamento, ma la sorte del procedimento arbitrale sarà regolata dalla *lex loci processus*, -e cioè dalla legge francese- e non dalla *lex concursus* -e cioè dalla *lex concursus* italiana e quindi dall'art. 83 *bis* l.f.).

Per ben comprendere l'ipotesi sopra menzionata, occorre ricordare che il diritto internazionale del fallimento comporta due situazioni. La prima attiene al conflitto di leggi ove si procede innanzitutto ad identificare la legge applicabile al fallimento. La seconda attiene al conflitto di giurisdizioni e al riconoscimento degli effetti della decisione straniera.

Una caratteristica del diritto internazionale privato del fallimento è che la questione legata alla competenza legislativa molto spesso assorbe le questioni relative alla giurisdizione. È la competenza giurisdizionale di un paese che determina in larga misura anche la legge applicabile e i suoi eventuali effetti extraterritoriali. Ed è sempre questa legge che ha vocazione a dirimere gli effetti della procedura collettiva sui procedimenti

⁽¹⁶⁶⁾ Con riguardo all'art. 15 del Regolamento 1346 si veda PATRIZIA DE CESARI e GALEAZZO MONTELLA, *Le procedure di insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 178 ss

⁽¹⁶⁷⁾ In dottrina si è detto che si può parlare di insolvenza transnazionale «quando un debitore col proprio patrimonio è entrato in contatto con diversi orientamenti e, una volta valutata la sua capacità di adempiere o il suo sovra indebitamento, e aperta una procedura concorsuale, possono essergli ricondotti beni patrimoniali e rapporti giuridici localizzati nei differenti ordinamenti in cui è entrato in contatto». MICHELLE VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale storia del problema - In Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, Milano, 2006.

in corso tra il fallito e i terzi. Queste questioni vengono solitamente risolte nel senso di una sospensione e dell'interruzione delle procedure in corso.

Allorché le istanze in corso, che oppongono il fallito ai suoi creditori, si svolgono nel paese di apertura della procedura di fallimento, queste questioni sono naturalmente regolate dalla *lex fori*. In caso contrario, la questione si porrà, nel paese ove è in corso la procedura giudiziaria, in termini di riconoscimento degli effetti della decisione di fallimento straniera. In tale ipotesi troverà applicazione la legge di diritto internazionale privato generale oppure qualche strumento convenzionale bilaterale o multilaterale ovvero ancora lo strumento comunitario se sono paesi della comunità europea.

Allorché le parti abbiano concluso una convenzione arbitrale, la situazione si pone in termini molto differenti. Non avendo in effetti foro, l'arbitro non ha un sistema di diritto internazionale privato al quale riferirsi per apprezzare gli effetti che si possono e meno ricondurre ad un procedimento di apertura di una procedura in questo o in quel paese. Ed allora vi è da chiedersi, quando si deve tenere in conto della procedura fallimentare alla quale viene sottoposta una delle parti all'arbitrato (¹⁶⁸)

11. EFFETTI DEL FALLIMENTO SUL LODO PRONUNCIATO PRIMA DELLA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO

Ci pare ora opportuno volgere lo sguardo al problema degli effetti prodotti dalla sentenza dichiarativa di fallimento sul lodo pronunciato nei confronti della parte *in bonis* sottoposta in seguito a procedura concorsuale. Infatti, può accadere che la dichiarazione di fallimento intervenga quando il lodo sia già stato pronunciato e pertanto l'esame di questo tema deve essere preordinato e funzionale alla risoluzione della questione dell'opponibilità della decisione arbitrale all'ufficio fallimentare.

A tal fine, si devono prendere in considerazione, da un lato, sia i lodi aventi ad oggetto i rapporti rispetto ai quali ci sia il subentro e la successione del curatore al

(¹⁶⁸) In questi precisi termini ALEXIS MOURRE, *Arbitrage et droit de la faillite: réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre*, in *Faillite internationale et conflit de juridictions*, sotto la direzione di Georges Affaki, Fedeuci, Bruylant, 2007, p. 153 ss.

fallito, sia i lodi che abbiano ad oggetto dei rapporti rispetto ai quali l'amministrazione fallimentare si presenta come un soggetto terzo e, dall'altro lato, occorre distinguere l'ipotesi in cui la curatela fallimentare si ritrovi davanti ad un lodo definitivo ovvero non definitivo.

Queste distinzioni, infine, costituiranno la base per verificare la diversità di disciplina a seconda che si tratti di lodo per arbitrato rituale o pronuncia per arbitrato irrituale ed infine confrontare gli strumenti di reazione della curatela nelle diverse situazioni che si ipotizzeranno.

Innanzitutto, come è stato chiarito da parte della dottrina ⁽¹⁶⁹⁾, dalla equiparazione di effetti tra lodo per arbitrato rituale e sentenza del giudice togato discende il rilievo secondo il quale il ceto creditorio si trova a subire gli effetti della decisione emessa tra il fallito e la controparte in data anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento. Si è ricordato, infatti, il principio secondo il quale ogni decisione di accertamento produce sia effetti diretti tra le parti, sia effetti riflessi nei confronti di terzi che siano titolari di situazioni giuridiche dipendenti dalla situazione dedotta in giudizio⁽¹⁷⁰⁾. E quindi, in generale, la regola è che se si considera l'ipotesi nella quale il curatore sia subentrato nel rapporto sostanziale del fallito, la procedura subirà o si avvantaggerà degli effetti diretti della decisione; se invece, la procedura fallimentare

⁽¹⁶⁹⁾ Così SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 111; si veda anche GUIDO CANALE, *Commento sub art. 83 bis l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Alberto Jorio e coordinato da Massimo Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 1335 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ Si ricorda qui che prima della riforma dell'arbitrato, di cui si è fatta menzione nel primo capitolo, tale aspetto di equiparazione sentenza-lodo quanto agli effetti prodotti ed ai soggetti destinatari degli stessi, non era affatto pacifica in dottrina. Per una rassegna delle più autorevoli posizioni si veda su tutti L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p. 82; EDORDO F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge del 9 febbraio 1983*, p. 642, ID., *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1989, p. 655; GIOVANNI VERDE, *Arbitrato e giurisdizione*, in *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, a cura di G. Verde, Napoli, 1985, p. 161 ss.; A. PIERGROSSI, *Tutela del terzo nell'arbitrato*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, IV, Milano, 1979, p. 2569 ss.; ELIO FAZZALARI, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, p. 613; CARMINE PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 331 ss.

non sia subentrata nel rapporto sostanziale del fallito, essa non subirà gli effetti diretti bensì quelli riflessi.

Svolte queste prime notazioni, veniamo allo specifico e consideriamo, in primo luogo, l'ipotesi del lodo già divenuto definitivo alla data della sentenza dichiarativa di fallimento, per il mancato esperimento dell'impugnazione, per poi esaminare in un secondo momento il caso in cui la decisione degli arbitri sia ancora soggetta all'impugnazione di nullità disciplinata all'art. 827 c.p.c. ⁽¹⁷¹⁾.

Nello specifico caso in cui l'amministrazione fallimentare sia subentrata nel rapporto sostanziale del fallito, la dottrina prevalente ritiene che questo spiegherà senza dubbio efficacia vincolante nei confronti della procedura sia che essa si trovi nelle condizioni di subirli, sia che se ne avvantaggi ⁽¹⁷²⁾. Infatti, se il lodo è divenuto definitivo, si ritiene che esso debba spiegare i suoi effetti nei confronti della procedura fallimentare in quanto la posizione del curatore è sostanzialmente identica a quelle nella quale egli si viene a trovare di fronte ad una sentenza resa prima della dichiarazione di fallimento e ormai passata in giudicato .

⁽¹⁷¹⁾ Ai sensi dell'art. 827 c.p.c. il lodo può essere impugnato esclusivamente per vizi di nullità (i cui casi sono previsti ai sensi dell'art. 829 c.p.c.), per revocazione (ex art. 395 n.1, 2, 3, 6, c.p.c.) o per opposizione di terzo. L'impugnazione per nullità si propone nel termine di 90 gg. Dalla notificazione del lodo e non è più proponibile decorso un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione. Competente per l'impugnazione è la corte d'appello nella cui circoscrizione è stabilita la sede dell'arbitrato; nell'accogliere l'impugnazione dichiara con sentenza la nullità del lodo o, se la decisione è scindibile, la nullità parziale. L'istanza per la correzione del lodo non sospende il termine per l'impugnazione ma il lodo può, comunque, essere impugnato relativamente alle parti corrette nei termini ordinari, a decorrere dalla comunicazione dell'atto di correzione. Salvo diversa volontà di tutte le parti, la corte di appello pronuncia anche sul merito della controversia, se la causa è in condizione di essere decisa ovvero rimette, con ordinanza, la causa al giudice istruttore se per la decisione del merito è necessaria una nuova istruzione (art. 830 c.p.c.).

⁽¹⁷²⁾ Così SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 114, secondo cui «*il subentro dell'amministrazione fallimentare nella situazione sostanziale del fallito non può infatti avere ad oggetto altro che il rapporto, così come esso risulta essere al momento della sentenza dichiarativa di fallimento*». Vedi anche AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 562.

Nell'opposta situazione in cui la curatela fallimentare sia rimasta in posizione di sostanziale terzietà decidendo di non subentrare nel rapporto sostanziale del fallito ⁽¹⁷³⁾. In quest'ultimo caso la volontà del curatore di non subentrare nel rapporto del fallito oggetto del giudizio arbitrale non consentirà alla decisione di esplicare effetti diretti sulla sua posizione giuridica, tuttavia, dalla suddetta equiparazione tra il lodo per arbitrato rituale e la sentenza del giudice togato, deriverà la conseguenza che la massa fallimentare, che sia titolare di una situazione giuridica pregiudiziale in qualche modo al rapporto dedotto in giudizio, subirà gli effetti riflessi dell'avvenuto accertamento arbitrale. I rapporti giuridici in capo ai soggetti non sono, infatti, sempre nettamente separati gli uni dagli altri, ma sono, molte volte, coordinati e collegati tra loro, in modo tale che la modificazione o la pronuncia che influisca sugli uni, influisce in modo indiretto sugli altri che, dunque, possono restarne pregiudicati.

In linea di principio ogni estensione soggettiva dell'efficacia della sentenza a terzi costituisce violazione del principio del contraddittorio, tuttavia il diritto di difesa assicurato dall'art. 24 Cost. deve essere conciliato con il diritto di azione assicurato dalla medesima norma, così che il legislatore, per ovviare a questo problema, nelle norme che regolano l'istituto arbitrale, ha inserito l'art. 831 c.p.c. che al terzo comma prevede «*il lodo è soggetto ad opposizione di terzo nei casi indicati nell'art. 404*»; così che il curatore, che sia rimasto terzo rispetto al rapporto oggetto del processo arbitrale, potrà quindi agire, in rappresentanza della massa, per far dichiarare il lodo inopponibile ai creditori concorsuali ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷³⁾ Da sottolineare come la legge fallimentare richieda, ex art. 45, che qualora siano previste delle formalità per rendere opponibili gli atti ai terzi, queste formalità debbano essere compiute prima della dichiarazione di fallimento affinché gli atti siano appunto opponibili. Ci si riferisce alle norme del codice civile sulla trascrizione del lodo e della domanda arbitrale.

⁽¹⁷⁴⁾ In tal senso ALDO BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri: 2. Le materie non compromettibili*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 172, che, in nota, specifica come il rinvio operato dall'art. 831, c. 3, c.p.c. alla norma che disciplina l'istituto dell'opposizione di terzo debba ritenersi comprensivo sia dell'ipotesi di opposizione semplice, consentita ai terzi pregiudicati da una sentenza passata in giudicato, che dell'ipotesi di opposizione revocatoria, prevista nei casi di dolo o collusione delle parti in giudizio a danno degli aventi causa o creditori di una di esse. Così anche ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam,

Nella diversa ipotesi in cui il lodo sia, invece, non definitivo ed ancora suscettibile di impugnazione per nullità, il problema si caratterizza di alcune peculiarità.

Il curatore, infatti, a prescindere dal suo subingresso o meno nel rapporto controverso, si troverà di fronte ad un'alternativa: impugnare il lodo arbitrale ovvero accettarlo nella sua integralità, con una sostanziale applicazione di quanto il Legislatore ha disciplinato nell'art. 96 l.f. per l'ipotesi in cui il curatore si trovi di fronte ad una decisione ancora soggetto agli ordinari mezzi di impugnazione (¹⁷⁵).

Infatti, nel caso di prosecuzione da parte del curatore del rapporto sostanziale del fallito, si assiste all'opponibilità della decisione degli arbitri. Si è già fatto cenno, invero, della circostanza che nell'ipotesi appena menzionata, la curatela assuma il rapporto nella sua interezza subendo o avvantaggiandosi degli effetti prodotti dal lodo pronunciato anteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento. Va precisato però che nel caso in cui penda ancora il termine per proporre impugnazione ai sensi dell'art. 829 c.p.c., il curatore, in sostituzione della parte fallita, potrà attivarsi in tal senso, se non vuole che questi effetti diventino definitivi (¹⁷⁶).

Nell'ipotesi contraria, in cui il curatore non sia subentrato nel rapporto del fallito si ripropone il problema degli effetti indiretti che il lodo produrrebbe nei confronti della

2000, p. 66, in particolare sul lodo passato in giudicato che accerti un credito nei confronti del fallito; e DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, In *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1986, p. 304, opinione però, quest'ultima, espressa prima della riforma del 1994 che ha consentito di esperire anche contro al lodo il rimedio dell'opposizione di terzo e che, dunque, esclude detta possibilità.

(¹⁷⁵) In questi termini, GUIDO CANALE, *Commento sub art. 83 bis l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Alberto Jorio e coordinato da Massimo Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 1350 ss. ed i richiami ivi operati a nota 57. In particolare si consideri GIUSEPPE TARZIA, *Processi pendenti e fallimento*, in *Rivista di diritto processuale*, 1990, p. 67 ss.

(¹⁷⁶) Vedi sul punto SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 116; ALDO BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri: 2. Le materie non compromettibili*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 172; ed anche ANGELO BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, p. 65 con riferimento però al solo lodo emesso a seguito di clausola compromissoria.

procedura concorsuale. In passato, parte della dottrina ha proposto di risolvere la questione ipotizzando, per il curatore, la possibilità di agire con un'azione autonoma di accertamento negativo da proporre nelle forme del giudizio di cognizione ordinario di primo grado ⁽¹⁷⁷⁾. Tale soluzione va ritenuta, ad oggi, superata considerando la facoltà concessa dall'art. 831 c.p.c. nell'ammettere esplicitamente la possibilità di esperire contro il lodo, innanzi la corte di appello nel cui distretto è posta la sede del procedimento arbitrale, l'opposizione di terzo, osservati i termini e le forme stabiliti nel libro secondo del c.p.c. ⁽¹⁷⁸⁾.

Un accenno particolare va fatto al caso in cui il lodo, ancora suscettibile di impugnazione, abbia ad oggetto un diritto di credito verso il fallito. Ora, come si è avuto modo di mettere in luce, il procedimento di verifica del passivo, disciplinato dagli artt. 92 e segg. l.f., costituisce fase necessaria della procedura fallimentare essendo strutturato in modo tale da garantire la partecipazione al giudizio di tutti i creditori concorrenti assicurando, nel *simultaneus processus*, la *par condicio creditorum* nella divisione dell'attivo fallimentare.

⁽¹⁷⁷⁾ DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, 1986, p. 305, che ha espresso il suo parere prima che la riforma attuata con l. 5 gennaio 1994, n. 25 intervenisse ad estendere la possibilità di proporre l'opposizione di terzo anche nei confronti del lodo.

⁽¹⁷⁸⁾ In senso parzialmente difforme, vedi SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p.118, che fa discendere l'asserto per il quale il curatore ha la possibilità di impugnare il lodo anche qualora il ceto creditorio si presenti in posizione di sostanziale terzietà dall'art. 95 l.f. nella parte in cui prevedeva che «*se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, è necessaria l'impugnazione se non si vuole ammettere il credito*», concetto oggi riprodotto nell'art.96, c. 3, l.f., espressione, secondo l'A., di un principio generale di conservazione dell'attività giurisdizionale, applicabile, dunque, in tutti i casi anche nei quali non sia stato accertato un credito nei confronti del fallito. Così anche AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di Claudio Cecchella, cap. XI, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, a cura di Paola Fusai, Torino, 2005, p. 565, secondo cui, in assenza di indicazioni contrarie, nulla esclude che si possa applicare estensivamente l'art. 95, c.3, l.f. anche per controversie che non abbiano ad oggetto un credito verso il fallito.

Dunque, partendo da queste premesse eravamo giunti alla conclusione che un arbitrato in corso, avente ad oggetto un credito da accertare nei confronti di un imprenditore, dovesse, a seguito del sopravvenuto fallimento di quest'ultimo, essere dichiarato improcedibile, ovvero improponibile, qualora il procedimento arbitrale non sia stato ancora iniziato. Ciò in ragione non tanto della impossibilità di per sé di devolvere agli arbitri la cognizione di detta materia, quanto piuttosto per un problema relativo alla specialità del rito a cui ogni creditore, che voglia partecipare al concorso, deve sottostare.

Infatti, l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri rimane, in ogni caso, paralizzato dal prevalente effetto, prodotto dal fallimento, dell'avocazione dei giudizi aventi ad oggetto l'accertamento di un credito verso l'impresa sottoposta alla procedura concorsuale, allo speciale procedimento di verifica dello stato passivo, inderogabilmente demandato all'ufficio fallimentare ⁽¹⁷⁹⁾. Non si tratta, quindi, di una questione di non compromettibilità della materia in arbitri, poiché, di fronte all'inderogabilità e specialità del procedimento di verifica dei crediti, è destinato a cadere non solo l'arbitrato, ma qualunque altro procedimento pure pienamente giurisdizionale che si svolga in forme diverse da quelle previste dagli artt. 92 e ss. l.f. ⁽¹⁸⁰⁾. In conclusione, così come diviene improcedibile il giudizio arbitrale instaurato per accertare un credito nei confronti di un soggetto a seguito del fallimento di quest'ultimo, diviene improcedibile, anche, il giudizio ordinario che abbia ad oggetto la stessa materia ⁽¹⁸¹⁾.

Volgendo, poi, il discorso al tema che qui ci interessa, salta agli occhi l'art. 96, c. 3, l.f., che prevede come, una volta che a seguito di un giudizio ordinario venga emanata una sentenza che accerti un credito nei confronti del fallito, questa, qualora non

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. Cass. SS.UU., 9070 del 2003; Cass. SS:UU., 16429 del 21 novembre 2002.

⁽¹⁸⁰⁾ In giurisprudenza si veda Cass. civ. 23 aprile 2003, n. 6475, in *Il Fallimento*, 2004, p. 541 con commento di Luciano Panzani; Cass. civ. 15 maggio 2001, n. 6659, Cass. civ. 1 agosto 1997, n. 7154; Cass. civ. 6 dicembre 1989, n. 5401 in *Il Fallimento*, 1990, p. 492 o in *Giurisprudenza Italiana*, 1990, I, p. 1122.

⁽¹⁸¹⁾ Vedi *supra*, cap. I, par. 6, nota 70.

sia ancora passata in giudicato, consenta l'iscrizione al passivo con riserva del credito che ha accertato, mentre al curatore è concesso di proseguire o proporre impugnazione. Tale norma, quindi, ritenuta dai più espressione di un principio generale di "conservazione" dell'attività giurisdizionale prefallimentare, permette di ammettere al passivo i crediti accertati con sentenza anche se non hanno seguito l'apposito rito stabilito dalla legge fallimentare per l'accertamento del passivo. Dunque, lo stesso giudizio ordinario, che se pendente diverrebbe improcedibile a causa della specialità del rito di verifica del passivo, una volta concluso, con l'emanazione della sentenza, produce tutti i suoi effetti nei confronti della massa fallimentare. Passando, poi, per il già più volte citato, art. 824-*bis* c.p.c., in cui si stabilisce che lodo è sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria producono i medesimi effetti, ricaviamo la conclusione che anche il lodo, che contenga l'accertamento di un credito nei confronti del fallito, quando sia già stato emesso e penda ancora il termine per impugnare, debba essere iscritto al passivo con riserva, e al curatore debba essere concessa la facoltà di proporre impugnazione nelle forme della querela di nullità, dell'opposizione di terzo o della revocazione *ex art.* 827 c.p.c. ⁽¹⁸²⁾.

12. EFFETTI DEL LODO EMESSO DOPO LA SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO

Accade che il lodo sia pronunciato dopo la dichiarazione di fallimento.

Si ritiene, anticipando l'esito dell'indagine che il lodi sia inopponibile all'ufficio fallimentare, applicandosi qui il principio secondo cui i titoli, siano essi di natura

⁽¹⁸²⁾ Così Cass. civ., 26 marzo 1983, n. 2100; e Cass. civ., 26 agosto 1998, n. 8495 per cui «*la regola contenuta nel 3° comma dell'art. 95 l. f. (ora art. 96, c. 3) trova applicazione anche quando un lodo arbitrale abbia rigettato o accolto parzialmente la domanda di accertamento del credito*», la suprema corte ha così cassato la sentenza della corte d'appello che, sopravvenuto il fallimento del debitore, aveva dichiarato improcedibile l'impugnazione del lodo arbitrale sull'errato presupposto che tutte le domande di accertamento di crediti verso il fallito dovessero affluire nel procedimento concorsuale in sede di verifica del passivo. In dottrina, nello stesso senso, vedi CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 115.

giudiziale o contrattuale, venuti in essere in data successiva alla dichiarazione di fallimento, sono inopponibili alla massa.

In altri termini il lodo pronunciato dopo la dichiarazione di fallimento non è *inutiliter datum*, potendo sempre farsi valere nei confronti del fallito una volta che questi sia tornato *in bonis*. Tale regola trova costante conferma nella giurisprudenza, in virtù di un principio generale applicabile a tutti i giudizi, non solo quelli arbitrali, pendenti alla data di fallimento: secondo tale principio, la perdita della capacità processuale del fallito a seguito del fallimento non è assoluta ma relativa. La massa dei creditori, infatti, è legittimata a eccepirela tramite il curatore che la rappresenta; con la conseguenza, che se il curatore rimane inerte ed il fallito agisce per conto proprio, la controparte non è legittimata a proporre l'eccezione né il giudice può rilevare d'ufficio il difetto di capacità.

13. REVOCABILITÀ DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA, DEL COMPROMESSO, DEL COMPROMESSO DI FONTE LEGALE, EXTRA CONTRATTUALE, DEL PATTO PER DECISIONE DI EQUITÀ E DEL LODO.

Della lunga e travagliata evoluzione dei rapporti tra arbitrato e fallimento che, come si è avuto modo di analizzare sino a qui, ha portato ad una novella priva della auspicata incisività e completezza, non può sottacersi, in ultimo, l'analisi dell'aspetto relativo alla revocabilità, in prima battuta della clausola compromissoria, dei patti compromissori e in seconda battuta del lodo.

Per quanto concerne la prima questione, anche se questo spinoso argomento non è stato affrontato in sede di riforma, invero, la scelta del legislatore di aderire alla tesi dell'accessorietà, nella quale l'unica possibile distinzione per sancire l'efficacia o meno della convenzione arbitrale nel fallimento, poggia sulla continuazione ovvero sullo scioglimento del contratto pendente in cui la clausola compromissoria sia inserita, (ravvisando pertanto l'inutilità della prosecuzione oltre che dell'inizio, di un arbitrato avente ad oggetto un rapporto obbligatorio ormai estinto in conseguenza

dell'intervenuto fallimento di una delle parti), riflette inevitabilmente le sue conseguenze anche sul tema specifico che qui si è introdotto ⁽¹⁸³⁾.

Infatti, l'opinione di una parte autorevole della dottrina ⁽¹⁸⁴⁾ che ragionava, già prima della riforma, nel senso di escludere l'esperibilità di una azione revocatoria sulla singola clausola compromissoria in forza della carenza di autonomia della clausola rispetto all'intero contratto, ha trovato nella novella una concreta conferma.

Si afferma ⁽¹⁸⁵⁾ che, quand'anche si aderisca alla tesi che ritiene possibile revocare il contratto nel quale il curatore sia subentrato ⁽¹⁸⁶⁾, l'ammissibilità di una azione revocatoria della convenzione arbitrale si presenti alquanto dubbia. Ciò in ragione del rilievo secondo il quale la clausola compromissoria non è che una delle disposizioni che

⁽¹⁸³⁾ Così FRANCESCA VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi pendenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Novembre-Dicembre 2008, n. 6, p. 805.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. GEPPINO RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare, Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2001, 649 ss.; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 85 ss.; E. GALLESIO-PIUMA, *L'azione revocatoria fallimentare*, Padova, Cedam, 1992, p. 358.

⁽¹⁸⁵⁾ In questi precisi termini SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 85 ss. In generale sulla irrevocabilità di una singola clausola contrattuale si veda A. MAFFEI ALBERTI, in G. RUISI, A. JORIO, A. MAFFEI ALBERTI, G.U. TEDESCHI, *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, II, Torino, 1978, p. 373; LINO GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, art. 72-83, Bologna-Roma, 1977, p. 173 e ss.

⁽¹⁸⁶⁾ Molto efficace sul punto SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 85 ss. la quale sul tema relativo alla revocabilità del compromesso della clausola compromissoria nonché del patto per arbitrato di equità e del patto per arbitrato non italiano, ritiene presenti una certa rilevanza discernere il caso in cui questi patti siano stati stipulati insieme al contratto cui ineriscono ovvero in un momento successivo. Nel caso questi patti siano stati stipulati insieme al contratto, mette in luce l'Autrice, l'ipotersi di una risposta negativa in limine sorge infatti in virtù della tesi secondo la quale è improponibile un'azione revocatoria che abbia ad oggetto un contratto nel quale il curatore sia subentrato. Nel diverso caso in cui si neghi validità a questa tesi, e si aderisca invece a quella che ritiene possibile revocare un contratto nel quale il curatore sia subentrato, l'ammissibilità di una azione revocatoria viene definita dubbia sulla base delle ragioni fatte nostre nel testo.

compongono il contratto e le singole disposizioni del contratto non possono mai essere singolarmente revocate.

Inoltre, l'azione revocatoria è strumento per neutralizzare gli effetti degli atti dispositivi sostanziali dai quali evidentemente esulano sia il compromesso che la clausola compromissoria. Questi patti invero, non modificano i rapporti tra le parti ma solo i rapporti attinenti alla tutela giurisdizionale dei diritti e i cui effetti si sviluppano unicamente sul piano del diritto processuale ⁽¹⁸⁷⁾.

Pertanto, in relazione alle ipotesi di convenzioni arbitrali rientranti nell'ambito di applicazione della art. 83-bis l.f., la dottrina più recente ha affermato che «*si deve escludere la possibilità di esperire un'azione revocatoria che non sia complessivamente rivolta alla declaratoria di inefficacia dell'intero contratto esattamente come si deve escludere la possibilità di esperire l'azione revocatoria sulle singole clausole di un contratto, se non unitamente al contratto stesso*» ⁽¹⁸⁸⁾.

Per quanto riguarda il compromesso, il compromesso di fonte legale o extra contrattuale, devono essere svolte considerazioni differenti per giungere però, come è a nostro avviso da preferirsi, alla medesima soluzione su prospettata.

Benché questi patti siano accessori al rapporto sostanziale, essendo stipulati in un momento successivo rispetto al perfezionamento del contratto cui ineriscono ovvero all'insorgere della controversia, non possono essere considerati come disposizioni che nel loro insieme compongono il contratto stesso. Questi patti, inoltre, non possono essere qualificati atti di disposizione del patrimonio e non trovano esatta classificazione né tra gli atti a titolo oneroso né tra gli atti a titolo gratuito, con la conseguenza che l'ammissibilità di una azione revocatoria si presenta alquanto dubbia.

Un discorso a parte merita il patto per arbitrato di equità. La dottrina processualistica era incline a riconnettergli una sorte diversa da quella sino ad ora vista

⁽¹⁸⁷⁾ Di questo avviso R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 33

⁽¹⁸⁸⁾ In questi precisi termini FRANCESCA VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi pendenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Novembre-Dicembre 2008, n. 6, p. 805.

per la clausola compromissoria, per il compromesso, per il compromesso di fonte legale e extra contrattuale ⁽¹⁸⁹⁾ in virtù della sua natura di atto di disposizione del diritto sostanziale (oggetto dell'accordo arbitrale). Tale patto implica «*la rinuncia della parte alle situazioni giuridiche favorevoli che la legge è in grado di garantire, acquistando per contro una aspettativa in una decisione favorevole, anche quando la legge non sarebbe in grado di propiziarla*» ⁽¹⁹⁰⁾.

Quanto messo in evidenza, avvalorata la posizione di ritenere questo strumento soggetto a revocatoria anche per la sua natura autonoma e non accessoria rispetto al contratto nel quale l'ufficio fallimentare abbia operato il subentro dopo la declaratoria di fallimento, quando però non sia stato stipulato contestualmente ⁽¹⁹¹⁾.

In seconda battuta per quanto attiene al lodo arbitrale, la dottrina ne aveva sostenuto la irrevocabilità sulla base della sua natura "neutra" che difficilmente può essere assimilata nelle caratteristiche ad un atto a titolo gratuito ovvero oneroso ai sensi e per gli effetti dell'art. 67 l.f. Si era osservato, inoltre, che l'irrevocabilità dello stesso non precludeva la valutazione del negozio sul quale verteva la pronuncia sotto il profilo della sua assoggettabilità a revocatoria, così come nel caso in cui sul negozio e/o sul rapporto fosse stata emessa sentenza ⁽¹⁹²⁾. Conseguentemente si è detto, l'atto o il rapporto cui il lodo si riferisce, può essere revocato se ricorrono appunto gli estremi

⁽¹⁸⁹⁾ Osserva in questo senso FRANCESCA VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi pendenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Novembre-Dicembre 2008, n. 6, p. 805; SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 85 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. SIMONETTA VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, p. 90; LINO GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2006, cap. XI, *Compromesso e clausola compromissoria*, a cura di Simonetta Vincre, p. 338.

⁽¹⁹¹⁾ Parte della dottrina esclude la possibilità di revocare il patto di equità, qualora questo sia stato stipulato contestualmente al contratto e alla clausola compromissoria, unicamente in forza della tesi che esclude la possibilità di revocare le singole disposizioni contrattuali.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/9961.pdf>.

della revocatoria con la conseguente inopponibilità della decisione stessa nei confronti del fallimento ⁽¹⁹³⁾.

A seguito della riforma dell' arbitrato, che ha puntualizzato la distinzione tra arbitrato rituale e irrituale e fissato la natura dei rispettivi lodi, la posizione assunta dalla dottrina e tesa alla non assoggettabilità a revocatoria del lodo per arbitrato rituale va, a nostro avviso, riconfermata. Questo, infatti, equiparato negli effetti (non esecutivi) alla sentenza resa dal giudice statale, è pertanto sicuramente da escludere dal novero degli atti che a qualsiasi titolo possono essere revocati.

Per quanto riguarda invece il lodo per arbitrato irrituale, stante la sua natura di contratto, la soluzione da preferirsi è opposta a quella appena vista e tesa a sostenere la revocabilità dello stesso. Esso, infatti, si traduce nella sostanza in atto reciprocamente accettato dalle parti come fonte volontaria che ben si adatta alla classificazione di atto di disposizione a titolo oneroso a prescindere dal fatto che possa essere qualificato come transazione ovvero contratto di prestazione di opera professionale ⁽¹⁹⁴⁾.

⁽¹⁹³⁾ Così F. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1986, I, p. 289 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ In questi termini, FRANCESCA VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi pendenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Novembre-Dicembre 2008, n. 6, p. 805. L'Autrice osserva in aggiunta che «Dalla nuova disciplina delle cause di annullamento si trae conferma della ammissibilità della revocatoria del lodo-contratto essendo l'annullamento equiparabile ai rimedi impugnatori avverso i contratti, per i quali non c'è ragione di escludere la revocabilità, ma non anche assimilabile ai mezzi d'impugnazione della sentenze che sono assolutamente tassativi ed incompatibili con altri rimedi processuali».

CAPITOLO IV

IL FALLIMENTO INTERNAZIONALE, CONFLITTI DI GIURISDIZIONE E ARBITRATO

1. INTRODUZIONE

Si giunge ora ad analizzare alcune importanti problematiche con le quali non è inusuale confrontarsi qualora venga avviata una procedura concorsuale con caratteri internazionali e implicazioni sovranazionali sui beni di un debitore che abbia stipulato una convenzione arbitrale ⁽¹⁹⁵⁾.

Autorevole dottrina ha ritenuto, a nostro parere giustamente, che l'innegabile tensione creata dall'intersecarsi del procedimento fallimentare e della procedura arbitrale sfoci, in ambito internazionale, in problemi di coordinamento nell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato, ed in particolare alle norme di conflitto inderogabili vigenti nello Stato di apertura della procedura concorsuale, ditalchè, chi indaga la materia, si trova obbligato a ragionare sull'ufficio del giudice statale e dell'arbitro analizzandone rispettivamente e reciprocamente poteri e limiti ⁽¹⁹⁶⁾.

⁽¹⁹⁵⁾ Con particolare attenzione al tema delle relazioni tra arbitrato e fallimento, per un approccio di ampio respiro internazionale e per studi in dottrina con carattere comparatistico si veda tra tutti, M. KRÖLL, *Arbitration and Insolvency Proceedings – Selected problems in International Arbitration*, edited by Lokas Mistelis and Julian Lew, Kuwer, 2006; JOSÉ ROSELL – HARVEY PRAGER, *International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC*, *Journal of International Arbitration*, 2001, p. 417 ss.; VESNA LAZIC, *Conclusion of Arbitration Agreements in Insolvency Proceedings, A comparative view*, *Croatian Arbitration Yearbook*, 1997, p. 9 ss.; F. MANTILLA SERRANO, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, *Arbitration International*, 1995, p. 70 ss.

⁽¹⁹⁶⁾ Tale osservazione, nonchè l'impianto e i contenuti del presente capitolo, sono stati ispirati dallo studio del saggio di ALEXIS MOURRE, *Arbitrage et droit de la faillite: réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre*, in *Faillite internationale et conflit de juridictions*, sotto la direzione di Georges Affaki, Fedeuçi, Bruylant, 2007, pp. 153 ss.

Invero, se la convezione arbitrale sia o meno opponibile alla massa dei creditori regolarmente insinuati al passivo di un procedimento concorsuale che sia stato aperto; se gli organi del fallimento possano o debbano intervenire nella procedura arbitrale eventualmente già avviata dalla parte al procedimento in seguito sottoposta ad espreropriazione collettiva, ovvero ne abbia posto le basi tramite la stipulazione di una convenzione di arbitrato; se quest'ultima procedura possa nondimeno essere iniziata e proseguire nonostante l'apertura di una procedura collettiva; se il collegio arbitrale possa emettere oltre ad un lodo dichiarativo e di accertamento, anche di condanna, sono alcune tra le nodali questioni che comunemente si prospettano e sono affrontate dalle autorità giurisdizionali e dagli arbitri anche e soprattutto in caso di una fallimento internazionale (¹⁹⁷).

2. IL PUNTO DI VISTA DEL COLLEGIO ARBITRALE

Per ben comprendere l'interazione tra arbitrato e fallimento occorre ricordare che il diritto internazionale delle procedure concorsuali, in linea generale, si scompone in due macro fasi.

La prima, che attiene al conflitto di leggi, evoca l'attività di individuazione della legge applicabile alla procedura concorsuale in risposta alle esigenze di concorso tra i creditori, alle regole di ordine dei privilegi e di spossessamento dei beni del debitore;

(¹⁹⁷) Su questi argomenti, profusamente, si veda VESNA LAZIC, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer, 1998. In diritto francese PASCAL ANCEL, *Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1987, p. 127; PHILIPPE FOUCHARD, *Arbitrage et faillites*, in *Revue de l' Arbitrage*, 1998, p. 471 ss. In diritto svizzero DOMINIQUE BROWN-BERSET et LAURENT LÉVY, *Faillite et arbitrage*, in *Bulletin ASA*, 1998, p. 664 ss.; LAURENT LÉVY, *Insolvency in arbitration (Swiss Law)*, in *International arbitration Law Review*, 2005, p. 23 ss. In diritto americano ROBERT SCHWARTZ, *The USA Bankruptcy Courts Failure to Interpret the NY Convention as a Treaty Obligation*, in *Arbitration International*, 1998, p. 231 ss.; JOSEPH D. BECKER, *Bankruptcy Courts and Arbitration: a question of Competence*, in *The American Review of International Arbitration*, 1996, p. 259. In diritto brasiliano, DONALDO ARMELIN, *Arbitration, Bankruptcy and Extrajudicial Liquidation*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 13, pubblicato da Editora Revista dos Tribunals, São Paulo, Brazil, aprile 2007.

ove la seconda attiene al conflitto di giurisdizioni e al riconoscimento degli effetti del provvedimento di apertura della procedura concorsuale straniera ⁽¹⁹⁸⁾.

Invero, una caratteristica del diritto internazionale privato del fallimento è quella che si può riassumere constatando che le questioni legate alla competenza vengono molto spesso assorbite e risolte nei meccanismi di riparto della giurisdizione. Infatti, nel caso sussista la competenza giurisdizionale di un Paese, si assisterà di conseguenza anche alla determinazione, in larga misura, della legge applicabile ed ai suoi eventuali effetti extraterritoriali. E, più in particolare, è sempre la legge dello Stato *de quo* che ha vocazione a dirimere gli effetti della procedura collettiva sui procedimenti in corso tra il fallito e i terzi i quali spesso vertono su questioni quali la sospensione o l'interruzione delle procedure in corso, la capacità del fallito a stare in giudizio ed alla possibilità per l'arbitro di pronunciare un lodo di condanna.

Qualora vi siano, avanti gli organismi giurisdizionali statali, procedimenti pendenti che oppongono il fallito ai suoi creditori e che si svolgono nel paese di apertura della procedura fallimentare, si ritiene comunemente che siano regolati dalla *lex fori*. In caso contrario, la questione si porrà, nel paese ove è in corso la procedura giudiziaria, in termini di riconoscimento degli effetti della decisione di fallimento straniera. In questo ultimo contesto, troverà applicazione la legge di diritto internazionale privato generale oppure qualche strumento convenzionale bilaterale o multilaterale ovvero ancora lo strumento comunitario se sono paesi della comunità europea (Reg. CE 1346/2000).

Allorchè le parti abbiano concluso una convenzione arbitrale, la situazione si pone in termini molto differenti.

Non essendo vincolato in senso stretto ad alcun foro, in effetti, l'arbitro non ha un sistema di diritto internazionale privato al quale riferirsi per apprezzare gli effetti che si possono e meno ricondurre all'apertura di una procedura concorsuale in questo o in quel paese. Ed allora pare lecito chiedersi quando un arbitro debba tenere in considerazione dell'apertura di un procedimento concorsuale al quale venga sottoposta una delle parti.

⁽¹⁹⁸⁾ Sul tema si veda AA.VV., *Cross-Border Insolvency and conflict of Jurisdictions, a US-UE Experience*, Edited by Georges Affaki, Bruylant, 2007.

Si ritiene che la questione debba essere inquadrata nel più generale dibattito relativo alle norme di conflitto del diritto internazionale privato di necessaria applicazione da parte dell'arbitro. Invero, potrebbe dover essere considerato da parte del giudice privato, il complesso di norme regolatrici delle procedure concorsuali in quanto siano state considerate espressamente dalle parti, ovvero debbano essere applicate in quanto riconosciute dal diritto internazionale dell'arbitrato.

3. (SEGUE)...LA VALIDITÀ DEL CONSENSO A COMPROMETTERE IN ARBITRI RESO PRIMA O DOPO L'APERTURA DI UNA PROCEDURA CONCORSALE A CARICO DI UNA DELLE PARTI

Ciò premesso, è bene qui ricordare che l'arbitro è un giudice privato che può esercitare la sua missione solo sulla base di una convenzione arbitrale che sia stata stipulata dalle parti e che sia valida a conferirgli l'incarico di decidere della lite già sorta o a venire.

All'evidenza, per il caso che a noi occupa, occorre chiedersi, alla luce di quanto sopra detto, se la convenzione arbitrale stipulata mantenga inalterato, in caso di fallimento di una delle parti, nella sua efficacia il consenso delle parti a devolvere la lite ad un collegio arbitrale.

Si ritiene che la questione si attingerà in modo differente a seconda che la procedura collettiva sia stata aperta prima o dopo la stipula della convenzione arbitrale.

Nel primo caso, ovvero quando la convenzione arbitrale firmata prima della apertura della procedura d'insolvenza, l'apertura di una procedura collettiva può, in certe legislazioni, avere per effetto quello di paralizzare l'esecuzione dei contratti in corso. Ai nostri fini, quindi, si dovrà verificare se questa paralisi riguardi anche la convenzione arbitrale e se, di conseguenza, gli effetti di quest'ultima possano o meno essere vincolanti anche per gli organi della procedura. Anche giunti a questo distinguo bisogna, comunque operare, un'altra distinzione.

In prima battuta può accadere che la *lex concursus* non riconosca la successione degli organi della procedura nei rapporti del fallito. In questo caso, secondo questa

legge, gli organi della procedura non saranno vincolati alla convenzione arbitrale o meglio questa non sarà ad essi opponibile. E' però anche ammesso che la convenzione arbitrale, validamente conclusa prima della apertura della procedura fallimentare, vincoli gli organi di quest'ultima agli effetti della prima ⁽¹⁹⁹⁾. Si prenda in considerazione, ad esempio, alcuni tipi di legislazioni disciplinanti l'incapacità di adempiere del debitore con il proprio patrimonio o il suo sovra indebitamento, le quali possono anche prevedere, come nel caso della Francia, di porre un termine ai contratti conclusi dal fallito prima dell'apertura della procedura. Si ritiene, in ogni caso, che tali disposizioni non riescano ad intaccare la validità della convenzione arbitrale e ciò per due ordini di motivi. Il primo di questi affonda la propria ragione nei principi di diritto fallimentare derivanti a loro volta dalle più generali regole di natura processuale, ove il secondo in quelli dettati dal diritto dell'arbitrato.

Quanto al primo, si può mettere in luce che il potere del curatore di apporre un termine ai contratti in corso, se e ove previsto, non si applica alle convenzioni di natura procedurale. A supporto di quanto detto, viene sicuramente in soccorso sia la giurisprudenza svizzera ⁽²⁰⁰⁾ che quella francese orientate in questo senso ⁽²⁰¹⁾.

⁽¹⁹⁹⁾ Nella causa CCI n. 7337 del 1996, *YBK*, 1999, p. 149 ss., in ragione del fatto che, in diritto svedese, la clausola arbitrale non è opponibile al fallimento, il collegio arbitrale ha, tuttavia, affermato che «*It is a general principle of law that a contract can bind only the parties that have entered into it. There are, however, exceptions. A party may be substituted by universal succession or by singular succession. An agreement to arbitrate is therefore valid between the parties and their legal successors. As has been pointed out, under Swedish law, universal succession is deemed to take place when a debtor is declared bankrupt. Thus the bankruptcy estate substitutes by operation of law in all rights and obligations of the debtor pertaining to the property includable in the estate. In the case of a manufacturer, a company which manufactured and sold machinery, the contracts with its distributors, such as its contract with claimant, which included the agreement to arbitrate, were part of the property includable in the state. It would therefore seem appropriate that in a dispute concerning claims based on such a contract, the bankruptcy estate should be bound by the agreement to arbitrate contained therein*». Si veda altresì l'Affaire CCI 6192 analizzato da F. MANTILLA SERRANO, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, in *Arbitration International*, 1995, p. 69 ss.

⁽²⁰⁰⁾ Sulla natura procedurale della convenzione arbitrale per la giurisprudenza svizzera, Cfr. ATF 41 II 537; ATF 103 II, 176, J.T., 1978, p. 71

Sul piano del diritto dell'arbitrato, la separabilità della convenzione d'arbitrato la mette al sicuro da eventuali nullità della convenzione principale, con la conseguenza che la decisione del curatore o del giudice delegato di mettere un termine al contratto, si ritiene, non priverà degli effetti la convenzione arbitrale ⁽²⁰²⁾.

⁽²⁰¹⁾ Sul punto si legge che *Les clauses de choix de for* «*Qu'elles portent sur le choix d'un juge étatique étranger ou sur celui d'un arbitre, les clauses contractuelles d'élection de for revêtent une importance pratique considérable en tant qu'elles visent à assurer la prévisibilité du juge compétent ; à ce titre, elles participent donc pleinement à l'économie du contrat international, au point que la proposition de Règlement Rome I fait même d'une clause de prorogation de juridiction étatique une présomption de choix de la loi du for élu. Le choix de l'arbitrage présente les avantages supposés de la confidentialité, de la neutralité du juge et de la célérité de la procédure ; mais les clauses attributives de juridiction au profit d'un juge étatique présentent quant à elles une supériorité évidente dès lors que l'exécution de la décision ne se fait pas spontanément ou sous la pression de considérations de réputation commerciale, et qu'elle nécessite donc le recours à la force publique. La sentence arbitrale n'étant pas pourvue de la force exécutoire, il faut en effet obtenir en ce cas l'exequatur de la part des juridictions du lieu de l'exécution, ce qui est source de coût et de délais supplémentaires. Le choix d'un juge étatique s'avère alors préférable tant sur le plan des mesures provisoires (si le juge choisi est celui du lieu où l'exécution risque d'avoir lieu) que sur celui de l'exécution proprement dite (à condition évidemment de désigner le juge du lieu d'exécution). Au-delà de ces différences qui sont facteurs de choix stratégique, les questions juridiques que soulèvent ces clauses sont dans une large mesure communes. Expression d'une tendance à la privatisation du contentieux du contrat international, leur régime présente un certain parallélisme, en dépit de la différence de nature – étatique ou privée – du juge élu. C'est dans cette perspective que seront présentées les clauses attributives de juridiction».* cfr altresì Cass. civ 1^{re} 12 juillet 2001, DMF 2001.216, note PH. DELEBECQUE, *l'insertion d'une clause attributive de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci*. La solution prévaut déjà dans les pays de *common law* et est soutenue en Allemagne. V. cepdt. les observations critiques de P. LAGARDE, «*Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, *Rev crit DIP* 2006.331, et spéc. p. 335. Per completare si ritiene opportuno mettere in luce che «La récente Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for s'inspire ainsi directement à divers égards de la Convention de New York de 1958 relative à l'arbitrage international, notamment en ce qu'elle instaure un minimum conventionnel relative à l'efficacité des clauses, soumises au principe d'autonomie matérielle: V. sur ce point, C. KESSEDJIAN, *La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for*, *JDI* 2006, p. 813ss.».

⁽²⁰²⁾ In argomento in diritto italiano ai sensi dell'art. 808 c.p.c., comma 3, la struttura della clausola compromissoria si qualifica come autonoma rispetto al contratto principale cui si riferisce statuendo che la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce. Non si tratta quindi di una clausola in senso tecnico, ossia quale singola proposizione di cui consta il negozio ma di una autonoma manifestazione di volontà collegata al contratto cui materialmente accede. La clausola compromissoria, quindi, si qualifica come patto autonomo collegato al negozio principale cui si riferisce, e che ne determina anche i limite di operatività, con la rilevante conseguenza che

l'invalidità di quest'ultimo non si ripercuote sulla clausola la quale potrà essere utilizzata per dirimere proprio quelle stesse (eventuali) controversie insorte anche circa il vizio di invalidità del negozio principale. Cfr. CATAUDELLA Q., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 184 ss.; CORDERO MOSS, *Cessione del contratto e autonomia della clausola arbitrale: una discutibile decisione del Tribunale di Mosca*, nota a Trib. Mosca, 21 aprile 1997, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000; CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, nota a Cass., 21 giugno 1996, n.5761, in *Rivista dell'arbitrato*, 1996; MARINI, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1993.

In diritto americano si veda United States - Supreme Court; sentenza del 21 febbraio 2006, - *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Jhon Cardegna e Donna Reuter* ove si sancisce che «*L'invalidità della clausola arbitrale può dipendere da motivi specificamente attinenti alla clausola stessa, o a certe condizioni, da motivi concernenti il contratto principale a cui si riferisce. Mentre nel primo caso la validità della clausola può essere verificata dal giudice statale, nel secondo, per il principio dell'autonomia della clausola compromissoria, il controllo compete agli arbitri*». La questione vedeva che le parti del giudizio deciso con la sentenza in esame, avevano concluso una serie di transazioni finanziarie, includenti ciascuna una clausola compromissoria. Considerando usurai gli interessi che erano costretti a pagare, John Cardegna e Donna Reuter adiscono la corte statale della Florida. La convenuta, Buckeye Chec Cashing, fa valere la presenza del patto di arbitrato. Il giudice non sospende l'azione, ritenendo che, trattandosi di una ipotesi di vizio grave, a verificare la validità del contratto principale, dovesse essere il giudice statale e non gli arbitri. La sentenza è impugnata e rovesciata in appello. La vicenda arriva davanti alla Corte Suprema della Florida, la quale conferma la sentenza del giudice di primo grado, ribadendo che potendo essere il contratto principale invalido per illegalità e violazione dell'ordine pubblico, vizio che travolgerebbe la clausola compromissoria, spetta al giudice dello Stato verificare la sussistenza o meno di questi profili di invalidità. La U.S. Supreme Court, confermando che il principio di autonomia della clausola compromissoria è una regola sostanziale di diritto federale, che trova applicazione sia nei giudizi federali che in quelli statali, rovescia la sentenza dell'istanza giurisdizionale suprema dello Stato della Florida e afferma la competenza degli arbitri. Sentenza reperibile sul sito internet www.judicium.it. Nondimeno si è anche affermato che «*The autonomy of the arbitration clause is an ambiguous principle which contains several shutters. It's sometimes used - traditionally - to refer that the arbitration clause must (agreement) be treated and appreciated separately from the main contract. This conception of autonomy gives rise to two consequences: first, the arbitration agreement is unaffected by the invalidity of the main contract and second, it may be governed by a Law different from that governing the main contract. However, the evolution of this traditional sense has given another shutter to the principal of the autonomy which refers to the arbitration agreement from "all national laws". This new concept of autonomy is entirely different and which means that the existence and the validity of the arbitration clause must be examined under special material mies, isolating the arbitration agreement from the conflict of laws but with full respect to the international law. In addition, the link this principle has with certain effects of the arbitration agreement proves to be delicate. Indeed, the principle of autonomy is often associated with another principle of the international arbitration which is kompetenz-kompetenz. The close links that the two principles maintain generate a risk of amalgam between two mies which are actually different. On another level, would be blamed, in the name of the legal inconsistency, the capacity of the principle of autonomy "of coexisting"*»

Da quanto sino ad ora sostenuto se ne deduce che il fallimento di una delle parti non potrà essere di ostacolo alla formazione del collegio arbitrale pur dovendo quest'ultimo verificare, prima di iniziare il procedimento, che gli organi della procedura siano stati informati della pendenza del procedimento arbitrale e che sia loro dato il tempo necessario per apprestare delle difese.

Nel secondo caso in cui la convenzione arbitrale si stata conclusa dopo l'apertura della procedura collettiva la situazione, come accennato in esordio del paragrafo, si atteggia in modo differente da quanto sino ad ora prospettato.

V'è da chiedersi innanzitutto se l'apertura del concorso interrompa o in altro modo incida sul procedimento arbitrale eventualmente instaurando. In questo secondo caso, la questione che si pone in effetti non è più di sapere se la procedura collettiva interferisca con la validità della convenzione arbitrale, bensì se quest'ultima sia stata validamente conclusa. All'evidenza si ritiene che il problema di fondo involga l'istituto della capacità la cui disciplina verrà di volta in volta dettata dalla legge alla quale è anche sottoposta la parte fallita e sottoposta alla procedura ovvero la *lex societatis* che più di frequente si confonderà appunto con la *lex concursus*.

Allorché, come comunemente accade nella maggioranza degli ordinamenti, l'apertura della procedura comporti la sostituzione, nella gestione dell'impresa, degli organi gestori con quelli amministrativo-giudiziari della procedura, sarà il curatore che deterrà il potere di vincolare con la stipula di una convenzione arbitrale il soggetto fallito, previa autorizzazione del giudice delegato.

with another characteristic of the arbitration clause, namely, its transmissibility. We will try to clarify this "doubtful" articulation».

In diritto francese tra tutti si veda Cass. com. 9 avril 2002, «*En droit interne de l'arbitrage, la clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf convention contraire, qu'elle puisse être affectée par une éventuelle inefficacité de cette convention*».

4. (SEGUE)...DELL'ARBITRABILITÀ DELLA LITE

L'altra variabile che l'arbitro è tenuto a considerare, quando una delle parti sia sottoposta a procedura concorsuale, riguarda la delimitazione dei suoi poteri ⁽²⁰³⁾. Questo, infatti, che ha essenzialmente natura di giudice privato, non può sostituirsi alle autorità giudiziarie statali o amministrative nei ruoli che involgono questioni di interesse pubblico ⁽²⁰⁴⁾. Non può, quindi, decidere delle liti che abbiano origine dalla

⁽²⁰³⁾ Si ritiene opportuno sin da ora ricordare che «*La limite de l'arbitrabilité est reconnue également par les instruments internationaux. Ceci est le cas avant tout de la Convention de New York du 10 juin 1958, qui exclut l'obligation des Etats de reconnaître les clauses arbitrales lorsque celles-ci portent sur des questions «non susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage» et celle d'accorder l'exequatur quand l'objet du différend ayant fait l'objet de la sentence «n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage».* Des références équivalentes se trouvent dans le Protocole de Genève de 1923 (art. 1), dans les Conventions de Genève de 1927 et de Genève de 1961 et dans la loi modèle de la CNUDCI (art. 34(2)(b)(i) et art. 36(1)(b)(i)) Aucun de ces instruments ne contient toutefois de définition de l'arbitrabilité, ni fournit de critère précis pour identifier les litiges, ou les matières, arbitrables, ni fait allusion au rôle des lois de police dans ce contexte. Cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, «*Arbitrage commercial international et lois de police*», in *RCADI*, 2005, p. 299.

⁽²⁰⁴⁾ La dottrina francese ha comunque messo in luce come «*La question distincte de l'arbitrabilité des litiges met en cause les rapports entre lois de police et justice privée. L'évolution sur ce point, dans le sens de la libéralisation des restrictions pesant sur la licéité du recours à l'arbitrage, a été considérable. En effet, sous le rapport de leur validité, les clauses d'arbitrage ont bénéficié d'un statut privilégié à travers le principe de l'autonomie des clauses compromissaires, dont le libéralisme a rapidement dépassé celui des clauses attributives. Sans doute de façon corrélée, le champ des litiges arbitrables est resté en revanche longtemps très restreint, le domaine du monopole de la justice étatique ayant été défini par référence à l'implication de l'ordre public au fond : l'arbitrage international a ainsi mis du temps à s'affranchir de l'idée selon laquelle le juge privé ne pouvait exercer sa compétence pour mettre en œuvre une règle de police. La libéralisation récente sur ce plan, sous la forme d'une extension de l'arbitrabilité aux matières régies par des lois internationalement impératives, est venue de la concurrence internationale entre les grandes places d'arbitrage. Le rayonnement du grand arrêt Mitsubishi rendu par la Cour suprême des Etats-Unis, qui admet l'arbitrabilité d'un contentieux relevant du droit fédéral anti-trust, explique que sont désormais arbitrables les litiges mettant en cause les réglementations impératives de droit public économique. La position généralement reçue est bien résumée par la Cour d'Appel de Paris, rappelant que « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux ».*

procedura, né attengano all'ordine dei pagamenti o a quello dei privilegi⁽²⁰⁵⁾ o ancora al riparto dell'attivo tra i creditori.

Se è pur vero che non si ha notizia di pronunce di casi presentati avanti ad un collegio arbitrale ed aventi palesemente causa nel fallimento, nondimeno vi sono delle questioni il cui *discrimen* risulta di difficile demarcazione. Si fa qui riferimento, a mero titolo esemplificativo, alle azioni di responsabilità degli organi della procedura contro il fallito ovvero all'azione per *mala gestio* dei dirigenti aziendali eventualmente responsabili delle passività aziendali⁽²⁰⁶⁾.

Invero la questione più interessante e rilevante in termini economici risulta essere quella di sapere se il collegio arbitrale investito della decisione della lite possa emettere un lodo anche di condanna al pagamento di somme di denaro contro il fallito o la società fallita. La tendenza della maggioranza di legislazioni mondiali sull'insolvenza è nel senso di vietare, in effetti, dopo il provvedimento di apertura, la pronuncia di decisioni giudiziarie di condanna al pagamento di somme di denaro o di pronuncia di risoluzione di contratto in corso per il non pagamento di una somma di denaro. La *ratio* di questa disciplina risiede nei diversi Stati nella uguale esigenza di garanzia per creditori alla parità di trattamento all'interno del concorso.

A tal punto, occorre domandarsi se l'arbitro debba o meno tenere conto di disposizioni dal contenuto cautelativo dell'ordine pubblico del tipo, ma non solo, di quelle appena sopra ricordate. C'è una tendenza sia dottrinarica che giurisprudenziale indirizzata nel senso di ritenere «*universally accepted in bankruptcy*» il divieto per

⁽²⁰⁵⁾ In diritto francese il privilegio è definito «*un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires*».

⁽²⁰⁶⁾ Sul punto la Corte di cassazione francese nel caso *Gemodis c. Prodim* del 13 giugno 2006 ha statuito che «*Après avoir énoncé que la clause compromissoire ne concerne que les litiges entre les parties qui l'ont stipulée et n'est opposable au commissaire à l'exécution du plan que dans la mesure où celui-ci exerce les droits et actions du débiteur lui-même suivant les modalités de la liquidation judiciaire, par application de l'article L. 621-83 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'arrêt retient que telle n'est pas le cas de l'action de M. X., qui a été engagée au nom et dans l'entérêt collectif des créanciers sur le fondement de l'article 1382 du Code civil*», in *Jurisprudence Française*, Cass. com., 13 juin 2006 (Société Prodim c/ Gemodis), *Revue de l'Arbitrage* (2007), 4, p. 955-958.

l'arbitro di emettere un lodo che condanni la parte al pagamento di somme di denaro a vario titolo eventualmente dovute la quale però sta andando via via arricchendosi di nuovi contributi⁽²⁰⁷⁾ e nuove pronunce non sempre conservatrici di questo credo⁽²⁰⁸⁾.

La questione diviene ancor più delicata e complessa allorché l'eccezione di compensazione è opposta alla parte sottoposta alla procedura concorsuale. Invero, compensare e crediti del quali l'uno è esigibile mentre l'altro risulta sottoposto al principio di sospensione dei pagamenti a seguito della apertura della procedura collettiva, può essere classificato come un pagamento preferenziale e contrario alla *par condicio creditorum*. In tal senso si è rifiutato di operare la compensazione un collegio arbitrale⁽²⁰⁹⁾. Anche se la *lex concursus* ammette la compensazione, come quella italiana e francese, l'arbitro dovrà contemperare l'applicazione della disciplina pur prevista in alcuni ordinamenti con le ragioni di ordine pubblico vigenti negli stessi.

⁽²⁰⁷⁾ Secondo una parte della dottrina francese «*L'inarbitrabilité de certaines matières, en passant par l'exclusion des cas où l'ordre public a été méconnu par les parties, jusqu'à l'admission contemporaine, sous l'impulsion d'une importante jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, de l'arbitrabilité des litiges mettant en jeu l'ordre public, sous réserve d'un contrôle de la régularité internationale de la sentence*». Cfr PHILIPPE FOUCHARD, B. GOLDMAN, E. GAILLARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996.

⁽²⁰⁸⁾ In questo senso si veda CCI 6697, in *Revue de l'Arbitrage*, 1992, p. 135 con nota di PASCAL ANCEL; CCI 7563, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. III (1991-1995), p. 550 ss., ove la sentenza motiva in questi termini «*L'Arbitre constate que les demanderesses succumbent entièrement dans leurs conclusion en paiement; elles sont dès lors tenues au paiement de la totalité des frais d'arbitrage. Etant donné toutefois que le demanderesse Y se trouve en radressement judiciaire, elle ne peut être condamnée à payer les dépens; il sera dès lors précisé que le demanderesses sont conjointement et solidalement responsable des frais de l'arbitrage*».

⁽²⁰⁹⁾ Si veda CCI 7205 (1993), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. III (1991-1995), p. 622, JDI 1995, p. 1031, ove la sentenza motiva in questi termini: «*Pour les raisons exposées ci-dessus, en tenant à la liquidation judiciaire de la société B, le tribunal arbitral ne peut ordonner la compensation, entre dettes pourtant connexes, car cette compensation aboutirait à une condamnation de la société B à payer, et même à l'exécution de cette condamnation à concurrence de la somme la plus faible*».

5. (SEGUE)...DELLA VERIFICAZIONE DEI CREDITI

Si può affermare che il diritto fallimentare preveda, praticamente ovunque, l'obbligo per il creditore di dichiarare agli organi della procedura il proprio credito. Questa operazione permette al creditore di entrare in concorso con gli altri e alla procedura di operare un riparto dopo la verifica degli stessi.

Se si prende in considerazione l'apparato delle sanzioni apprestate dai vari Stati, nel caso di mancato adempimento dell'obbligo, queste risultano varie e diverse. Può trattarsi, ad esempio come per la Francia, di una estinzione del credito come era nel vigore della legge del 1985 ovvero di una perdita del diritto a concorrere.

Se colleghiamo queste problematiche al che ci interessa, si può notare come, nel primo caso si tratti per il collegio arbitrale di una questione di ricevibilità e non di competenza. Per il tribunale arbitrale, quest'ultima è, infatti, fondata sull'accordo delle parti così come risulta dalla convenzione di arbitrato che sussiste *ab initio* e non subisce alcun effetto dall'apertura di una procedura collettiva. Invero, l'estinzione del credito, risultante dalla mancata dichiarazione dello stesso in sede concorsuale, integra uno stato di non ricevibilità della domanda (eccezione in senso stretto), la quale priva il domandante del diritto di agire. Si fa qui, a mero titolo esemplificativo alla eccezione di irricevibilità, così come previsto in Francia dall'art. 122 NCPC⁽²¹⁰⁾. È interessante notare come in una decisione recente resa in occasione di un arbitrato sottoposto all'art. 225 e 238 del Trattato UE, la Corte di Giustizia delle comunità europee, statuendo in qualità di arbitro, ha affermato che «*it appears that in the procedural laws of most of the member States a creditor is not entitled to pursue his claims before the courts on an individual basis against a person who is the subject of insolvency proceedings but is required to observe the specific rules of the applicable procedure and that, if he fails to observe those rules. His action will be inadmissible*».

⁽²¹⁰⁾ Secondo l'art. 122 NCPC «*Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée*».

Se quanto detto appare sicuramente veritiero sul piano generale, non va dimenticato che in alcuni ordinamenti una volta che il creditore abbia insinuato al passivo il proprio credito l'arbitrato, eventualmente sospeso, potrà riprendere in ragione del fatto il lodo non potrà contenere una condanna al pagamento di somme di denaro ma solo una dichiarazione quanto all'esistenza del credito e al suo ammontare.

Fatte queste premesse, è possibile quindi affermare che non esiste una contraddizione tra l'eventualità di proseguire con il procedimento arbitrale e l'obbligo di sottomettere agli organi della procedura la verifica del credito vantato nei confronti del soggetto fallito, secondo il procedimento stabilito dalla *lex concursus* di riferimento. Sarà il diritto fallimentare di ciascuno Stato che stabilirà le condizioni ed i casi nei quali l'inosservanza di queste prescrizioni, comporterà l'irricevibilità della domanda postata avanti al giudice statale a ad un arbitro privato. Apparterrà dunque a questi ultimi apprezzare, se una condanna possa o meno essere pronunciata e, allorché la legge scelta dalle parti non è quella del fallimento, se questa non rischia di mettere la sentenza in pericolo.

6. (SEGUE)...DELLA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE

Se è sicuramente vero che il principio di sospensione delle azioni esecutive individuali sia uno dei principi cardine del diritto fallimentare, nondimeno si assiste ad una molteplice applicazione dello stesso che differisce da Stato a Stato.

Sul punto, si ritiene che una breve comparazione tra diritto francese e diritto americano ⁽²¹¹⁾ sia sicuramente interessante ⁽²¹²⁾.

⁽²¹¹⁾ È noto come le riforme delle procedure concorsuali sia in Italia che in Francia, si siano ispirate agli esempi statunitensi dell'U.S. Code (Title 11 - «*Bankruptcy*», Chapter 7 «*Liquidation*» e Chapter 11 «*Reorganisation*») nonché alla guida legislativa UNCITRAL sul diritto dell'insolvenza del 2004. Il testo americano, come stabilito dal *Bankruptcy Reform Act* del 1978, prima del quale vi erano solo azioni esecutive individuali, unifica e comprende tutte le procedure concorsuali sotto la stessa denominazione di *bankruptcy*. Nei più moderni ordinamenti giuridici, infatti, si tende a prevedere non una pluralità di procedure concorsuali, ma una procedura concorsuale unitaria, che può essere indirizzata alla conservazione dell'impresa –in capo al debitore o attraverso la cessione a terzi dell'azienda– o, in alternativa, alla liquidazione

del patrimonio del debitore attraverso la vendita dei singoli beni che ne fanno parte. Si è operato in tal senso anche nell'ordinamento tedesco, nel quale è prevista una procedura di insolvenza "diretta a soddisfare concorsualmente i creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la ripartizione del ricavato ovvero attraverso una differente disciplina predisposta in un piano di regolazione dell'insolvenza in particolare per la conservazione dell'impresa" (§ 1 *Insolvenzordnung* del 5 ottobre 1994). Così anche nell'ordinamento francese, nel quale, come si è avuto modo di vedere, è prevista una procedura di *redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, che prevede una prima fase di osservazione, caratterizzata dalla continuazione dell'attività d'impresa, a seguito della quale il tribunale può omologare un piano di risanamento o, in alternativa, disporre la liquidazione dei beni. In Francia, tuttavia, vi è anche una procedura preventiva che può essere aperta, su richiesta del debitore, prima che si sia venuto a trovare in stato di insolvenza.

(²¹²) Mutuando le stesse ragioni che meglio saranno esposte in esordio della trattazione sulla Francia, si ritiene opportuno anche in questo caso, considerare seppur brevemente gli strumenti di gestione della cessazione dei pagamenti, della difficoltà di impresa e dell'insolvenza statunitensi.

La *Liquidation*, estesa ad individui ed imprese, comporta sempre la nomina del *trustee* che amministra e liquida il *Bankruptcy estate* e, implica, al termine della procedura di liquidazione e distribuzione, la cancellazione di ogni debito residuo non coperto. Va qui precisato che esiste, all'interno di tale strumento, una procedura semplificata per le piccole imprese che vengono ritenute tali da una riforma approvata dal Congresso nel 1994 per debiti inferiori ai due milioni di dollari e che costituiscono, per necessità, la maggioranza dei soggetti sottoposti.

La *Reorganisation*, la cui domanda impedisce automaticamente le azioni individuali, permette in ipotesi di pagare in tutto o in parte i debiti dell'impresa attraverso i profitti futuri anziché la cessazione dell'attività sostenendo possibilmente la situazione di cassa nel breve periodo, attraverso il blocco temporaneo delle azioni individuali e degli interessi; con la priorità nel rimborso dei prestiti ottenuti dopo l'inizio della procedura, da considerarsi spese della stessa; non esautorata il *management*, e soprattutto prevede la formulazione di un piano, anche da parte di un terzo o del *trustee* solo eventualmente nominato, con la formazione di classi di crediti o partecipazioni, uguale trattamento all'interno delle stesse salvo il consenso degli interessi ad un trattamento peggiore, mezzi adeguati per l'esecuzione e l'adempimento del piano stesso.

Fra questi mezzi, in via esemplificativa, vi sono la conservazione o il trasferimento in tutto o in parte del patrimonio o dei complessi aziendali del debitore a soggetti terzi, primo a dopo l'omologazione del piano (*confirmation*); l'assorbimento o fusione del debitore con uno o più soggetti diversi; la vendita frazionata dei beni in tutto o in parte, pur se soggetti a pegno o garanzia (*lien*), anche ai creditori; la cancellazione o modificazione di contratti; la rinuncia o esazione di crediti; dilazione di termini o rimodulazione degli interessi; le modificazioni nello statuto dell'impresa sociale in ordine ai poteri degli azionisti.

Il piano può prevedere il sacrificio o la postergazione (*impairment of rights*) di determinati crediti o classi (*impairment of classes*) di crediti o partecipazioni, garantiti, o la relativa remissione; se il piano è proposto da un terzo e si tratta di un debitore persona fisica, l'uso o la vendita di determinati beni (personali) non può essere prevista senza il consenso del debitore.

Vi sono disposizioni speciali per quanto riguarda il consenso (*acceptance*) dei creditori e azionisti da esprimere sul piano: la maggioranza dei due terzi dell'ammontare, e semplice del numero dei creditori all'interno di ciascuna classe; si reputa de finitamente positivo

In Francia, la giurisprudenza vede in tale assunto un principio di ordine pubblico internazionale. Tale classificazione risulta quindi applicabile trasversalmente vuoi all'arbitrato interno e internazionale, che sia o meno sottomesso alla legge francese, vuoi ancora si svolga all'estero piuttosto che in Francia. Questo principio, di converso, non trova applicazione però che alle sole procedure concorsuali francesi. Allorché, infatti, ci si occupi di un fallimento internazionale, l'ordine pubblico francese non può più imporre agli arbitri di adottare particolari prassi volte al rispetto dello stesso. Tale principio, quindi, non significa che l'arbitrato debba rimanere sospeso per tutta la durata della procedura collettiva, ma solo che debba essere interrotto sino alla formazione dello stato passivo e che lo stesso non possa terminare con un lodo di condanna avente ad oggetto quel credito.

Il diritto americano adotta una disciplina differente, nonché a nostro avviso condivisibile.

Secondo l'articolo 362 del codice americano del fallimento (²¹³), l'apertura di una procedura di fallimento sospende le tutte le procedure in corso, compresa quella di

il voto se la classe e i singoli appartenenti non vengono pregiudicati dal piano; la corte può determinare, su istanza dell'interessato e dopo apposita comunicazione e udienza, il voto di quali soggetti sia stato richiesto, ottenuto, espresso in malafede o in contrasto con le relative disposizioni. Si reputa viceversa contrario il voto di una classe cui il piano non assegna alcunché in conto del credito. Il piano è modificabile anche dopo la sua approvazione, ma prima della sua sostanziale esecuzione, e si presume che i creditori l'abbiano approvato o respinto secondo l'iniziale espressione di voto, se non manifestano diverso orientamento nel termine fissato dalla corte. Esso otterrà l'omologa dall'autorità giudiziaria solo nella ricorrenza di più condizioni complesse: se è conforme alla legge, proposto in buona fede, e se ogni spesa o pagamento della procedura o in vista di questa, è stato approvato o sottoposto alla approvazione della corte, *as reasonable*, ed è stato regolarmente effettuato dopo l'udienza di omologa; se il proponente ha palesato l'identità dei partecipanti, acquirenti, gestori, o successori dei beni del debitori, non contrastanti con gli interessi dei creditori o pubblico.

(²¹³) In particolare l'art.362 prevede che :*(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a petition filed under section 301, 302, or 303 of this title, or an application filed under section 5(a) (3) of the Securities Investor Protection Act of 1970, operates as a stay, applicable to all entities, of (1) the commencement or continuation, including the issuance or employment of process, of a judicial, administrative, or other action or proceeding against the debtor that was or could have been commenced before the commencement of the case under this title, or to recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title; (2) the enforcement, against the debtor or against property of the estate, of a judgment obtained before the commencement of the case under this title;(3) any act to obtain possession*

arbitrato ⁽²¹⁴⁾. È ammesso, però, proprio in presenza della stipula di una convezione arbitrale, domandare al giudice del fallimento, che ha tutta la discrezione per accettare o respingere, una revoca della sospensione nel caso in cui sussista una specifica ragione per farlo (*for cause*). Nondimeno occorre precisare che tale revoca della sospensione diviene inammissibile se il procedimentio arbitrale è suscettibile di incidere su una questione fondamentale ai sensi dell'art. 157 del codice del fallimento ⁽²¹⁵⁾.

of property of the estate or of property from the estate or to exercise control over property of the estate;(4) any act to create, perfect, or enforce any lien against property of the estate; (5) any act to create, perfect, or enforce against property of the debtor any lien to the extent that such lien secures a claim that arose before the commencement of the case under this title; (6) any act to collect, assess, or recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title; (7) the setoff of any debt owing to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against any claim against the debtor; and (8) the commencement or continuation of a proceeding before the United States Tax Court concerning the debtor [...].

⁽²¹⁴⁾ In argomento si vedano le massime del caso THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT No. 86-44. Argued March 3, 1987, Decided June 8, 1987, *Shearson/American Express c. Mc Mahon*, 482, US 220, 107 S Ct 2332, 1997.

⁽²¹⁵⁾ L'art. 157 (b) prevede che «(1) *Bankruptcy judges may hear and determine all cases under title 11 and all core proceedings arising under title 11, or arising in a case under title 11, referred under subsection (a) of this section, and may enter appropriate orders and judgments, subject to review under section 158 of this title. (2) Core proceedings include, but are not limited to— (A) matters concerning the administration of the estate; (B) allowance or disallowance of claims against the estate or exemptions from property of the estate, and estimation of claims or interests for the purposes of confirming a plan under chapter 11, 12, or 13 of title 11 but not the liquidation or estimation of contingent or unliquidated personal injury tort or wrongful death claims against the estate for purposes of distribution in a case under title 11; (C) counterclaims by the estate against persons filing claims against the estate; (D) orders in respect to obtaining credit; (E) orders to turn over property of the estate; (F) proceedings to determine, avoid, or recover preferences; (G) motions to terminate, annul, or modify the automatic stay; (H) proceedings to determine, avoid, or recover fraudulent conveyances; (I) determinations as to the dischargeability of particular debts; (J) objections to discharges; (K) determinations of the validity, extent, or priority of liens; (L) confirmations of plans; (M) orders approving the use or lease of property, including the use of cash collateral; (N) orders approving the sale of property other than property resulting from claims brought by the estate against persons who have not filed claims against the estate; (O) other proceedings affecting the liquidation of the assets of the estate or the adjustment of the debtor-creditor or the equity security holder relationship, except personal injury tort or wrongful death claims; and (P) recognition of foreign proceedings and other matters under chapter 15 of title 11. (3) The bankruptcy judge shall determine, on the judge's own motion or on timely motion of a party, whether a proceeding is a core proceeding under this subsection or is a proceeding that is otherwise related to a case under title 11. A determination that a proceeding is not a core*

In tal senso la giurisprudenza non è univoca nel ritenere proseguibile o meno la procedura arbitrale in pendenza di una procedura collettiva che investa una delle due parti dell'arbitrato anche se la preferenza pare che vada per la prosecuzione di quest'ultimo (²¹⁶).

Questo breve comparazione dimostra come in ogni paese si possa fare un uso differente dei principi che regolano la materia fallimentare così come differenti sono le disposizioni circa la sospensione o meno dell'arbitrato in questa materia.

proceeding shall not be made solely on the basis that its resolution may be affected by State law. (4) Non-core proceedings under section 157 (b)(2)(B) of title 28, United States Code, shall not be subject to the mandatory abstention provisions of section 1334 (c)(2). (5) The district court shall order that personal injury tort and wrongful death claims shall be tried in the district court in which the bankruptcy case is pending, or in the district court in the district in which the claim arose, as determined by the district court in which the bankruptcy case is pending».

(216) Nel caso UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT August Term 1998 (Argued January 25, 1999 Decided: November 01, 1999), Docket No. 98-5029, In re UNITED STATES LINES, INC. and UNITED STATES LINES (S.A.) INC. F/K/A/ Moore McCormack Lines, Inc., Debtors, UNITED STATES LINES, INC. and UNITED STATES LINES (S.A.) INC., REORGANIZATION TRUST, Plaintiff-Appellee-Appellant, ASBESTOSIS CLAIMANTS, Plaintiff-Intervenor-Appellant, in Yearbook, 2000, p. 1057 ss., la corte ha messo in luce questi concetti: «*Thus, there will be occasions where a dispute involving both the Bankruptcy Code, 11 U.S.C. 101 et seq., and the Arbitration Act, 9 U.S.C. 1 et seq., "presents a conflict of near polar extremes: bankruptcy policy exerts an inexorable pull towards centralization while arbitration policy advocates a decentralized approach towards dispute resolution." Societe Nationale Algerienne Pour La Recherche, La Production, Le Transport, La Transformation et La Commercialisation des Hydrocarbures v. Distrigas Corp., 80 B.R. 606, 610 (D. Mass. 1987). Such a conflict is lessened in non-core proceedings which are unlikely to present a conflict sufficient to override by implication the presumption in favor of arbitration. See Hays & Co., 885 F.2d at 1161. Core proceedings implicate more pressing bankruptcy concerns, but even a determination that a proceeding is core will not automatically give the bankruptcy court discretion to stay arbitration. "Certainly not all core bankruptcy proceedings are premised on provisions of the Code that 'inherently conflict' with the Federal Arbitration Act; nor would arbitration of such proceedings necessarily jeopardize the objectives of the Bankruptcy Code." Insurance Co. of N. Am. v. NGC Settlement Trust & Absestos Claims Management Corp. (In re Nat'l Gypsum Co.), 118 F.3d 1056, 1067 (5th Cir. 1997). However, there are circumstances in which a bankruptcy court may stay arbitration, and in this case the bankruptcy court was correct that it had discretion to do so. In exercising its discretion over whether, in core proceedings, arbitration provisions ought to be denied effect, the bankruptcy court must still "carefully determine whether any underlying purpose of the Bankruptcy Code would be adversely affected by enforcing an arbitration clause." Hays & Co., 885 F.2d at 1161. The Arbitration Act as interpreted by the Supreme Court dictates that an arbitration clause should be enforced "unless [doing so] would seriously jeopardize the objectives of the Code».*

L'esistenza nel panorama mondiale di queste differenze, porta all'impossibilità di intendere il principio di divieto di azioni esecutive individuali come un principio di ordine pubblico effettivamente internazionale e che possa quindi imporre la sospensione della procedura fallimentare.

Da ciò ne deriva che, allorché la sede dell'arbitrato non sia fissata nel paese di apertura della procedura collettiva e ammesso che le parti non abbiano scelto la *lex concursus* come legge regolatrice del loro contratto, allora il collegio arbitrale sarà libero di proseguire la procedura sino all'emissione del lodo.

La giurisprudenza arbitrale è, in tal senso, costante e i tribunali arbitrali ritengono che l'apertura di una procedura di insolenza non impoga loro di sospendere l'arbitrato in corso. Queste decisioni sono solitamente giustificate dal carattere territoriale degli effetti dei provvedimenti fallimentari. È in tal senso che un tribunale arbitrale con sede in Siria ha rifiutato di dare riconoscimento ad un provvedimento di apertura di una procedura concorsuale reso in Francia affermando che tale provvedimento non avrebbe esplicato alcun effetto in Siria ⁽²¹⁷⁾.

In argomento, si può portare ad esempio anche un altro procedimento arbitrale con sede a Tunisi, i cui arbitri hanno rifiutato di sospendere la procedura in corso, sempre appellandosi al principio della territorialità degli effetti del procedimento di apertura, in quanto, «*is not compelled to grant the trustee's request, for the tribunal is not bound by a particular (substantive or procedural) national law and, least of all, by the French law that is completely foreign to the present proceedings*» ⁽²¹⁸⁾.

⁽²¹⁷⁾ Su punto si è osservato più nello specifico che *in the award rendered in one case (No. 6057, reported in Clunet 1993 at p. 1016), involving a Syrian claimant and a French defendant that went bankrupt during the arbitral proceedings, the arbitrators held that: regardless of French law, the arbitral tribunal, sitting in Damascus and applying Syrian law, considers that its mission «is not to be affected by a Courts decision rendered subsequently in France which, without more, is not intended to produce effects in Syria»* in MANTILLA-SERRANO, FERNANDO, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, in *Arb.Int'l*, 1995, at 51 et seq. Si tratta della pronuncia CCI 6057, del 1991, in *JDI*, 1993, p. 1061 ss., con osservazioni di Y. DERAIS, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. III, p. 478 ss.

⁽²¹⁸⁾ Si è notato in dottrina, con riguardo al caso sottoposto all'esame che, “*A similar approach was followed by another ICC tribunal (ICC Case 5996, unpublished award rendered in 1991) in a case involving a Cameroon claimant and a French defendant. In deciding upon*

L'insegnamento che si ritiene di poter trarre, dagli esempi sopra riportati, consiste nel fatto che l'arbitro non debba procedere considerando il principio di territorialità degli effetti del provvedimento di apertura della procedura. La questione per lui non è quella di sapere se il provvedimento che accerta uno stato di insolvenza pronunciato in un paese sia suscettibile di riconoscimento nel paese ove l'arbitrato si svolge. L'arbitro, come si è già avuto modo di mettere in luce, che non ha un foro a cui rendere conto quanto alla disciplina, non è necessario si domandi se la sentenza di fallimento sia suscettibile di riconoscimento nel paese della sede secondo le regole di diritto internazionale privato di questo paese.

Come è noto a tutti, infatti, l'arbitro, giudice privato, deve fare applicazione della legge che le parti hanno scelto. La presa in considerazione per l'arbitro delle regole che disciplinano apertura e svolgimento delle procedure collettive, gli si imporrà, ove la *lex fori concursus* sia quella che le parti hanno scelto per regolare il loro contratto. Ciò poiché la scelta della legge applicabile al contratto implica l'applicazione di tutte le leggi di quello Stato ivi necessariamente incluse anche quelle relative alla disciplina sul fallimento e sulle procedure concorsuali.

Quanto detto porta ad affermare che, in assenza di un mancato riferimento espresso alla legge applicabile, l'arbitro dovrà comunque tenere in considerazione la disciplina sulla procedura di insolvenza di un dato paese se quel paese è stato scelto come paese della sede dell'arbitrato, anche perché l'applicazione di queste norme verrebbe controllata in caso di impugnazione del lodo eventualmente emesso.

the request of the defendant's trustee in bankruptcy to suspend the arbitration through application of the French Bankruptcy Law, the arbitrators held': «That the [arbitral] tribunal, amiable compositeur, sitting in Tunis in an international arbitration, is not compelled to grant the trustee's request, for the tribunal is not bound by a particular (substantive or procedural) national law and, least of all, by the French law that is completely foreign to the present proceedings», pronuncia CCI 5996, del 1991, in MANTILLA-SERRANO, FERNANDO, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, in *Arb.Int'l*, 1995. Altre pronunce sono in tal senso, si veda *ex plurimis*, CCI 2139, del 1974, in *JDI*, 1975, p. 929, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. I, p. 237 ss.; CCI 4415, del 1984, in *JDI*, 1995, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. I, p. 530 ss.; CCI 6697, CCI 7205 del 1993, *JDI*, 1995, p. 1032, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol. III, p. 622 ss.

Inoltre, occorre tenere in considerazione che se la sede dell'arbitrato è fissata in un paese membro della comunità europea troverà applicazione il Reg 1346/2000 CE.

Il principio di riconoscimento della procedura di insolvenza di pieno diritto, previsto dall'art. 16 del citato Regolamento CE ⁽²¹⁹⁾, impone in effetti al giudice di annullare o di rifiutare *l'exequatur* ad una sentenza resa in contrasto al principio di divieto di azioni esecutive individuali riconosciuta dal diritto di un altro paese europeo ove il fallimento sia stato aperto.

Di converso se l'arbitrato non è ha sede nel paese in cui è stata aperta la procedura fallimentare e se le parti non hanno fatto espressamente riferimento alla legge che disciplina i loro rapporti contrattuali, residua una parte di dubbio che l'arbitro sia tenuto all'applicazione delle leggi imperative della *lex concursus*.

Per quanto la prassi internazionale avvalorò quanto sino ad ora affermato, nondimeno si ritiene necessario mettere in luce che alcuni dei principi inderogabili contenuti in leggi imperative della *lex concursus* trovino per gli arbitri una applicazione naturale. In tal senso si può dire che il principio del necessario permanere della validità dell'accordo delle parti a rimette in arbitri, condurrà gli arbitri ad assicurarsi che, allorché la convenzione d'arbitrato sia stata firmata dopo l'apertura della procedura collettiva, che questa sia stata resa dalla persona che aveva i poteri per vincolare la società. Ancora il carattere contrattuale della missione degli arbitri li condurrà ad astenersi dal decidere la lite la quale abbia origine nella procedura collettiva e non nel rapporto contrattuale, ponendo in tal modo il giudice fallimentare in una posizione di competenza esclusiva a svantaggio del collegio arbitrale.

⁽²¹⁹⁾ L'art. 16 Reg 1346/2000 CE prevede che «1. *La decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro, competente in virtù dell'art. 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta. Tale disposizione si applica anche quando il debitore, per la sua qualità, non può essere assoggettato ad una procedura di insolvenza negli Stati membri.* 2. *il riconoscimento di una procedura di cui all'art. 3 par. 1, non osta all'apertura di una procedura di cui all'art. 3 par. 2, da parte del giudice di uno Stato membro. Quest'ultima è una procedura di insolvenza secondaria ai sensi del capitolo III*». Per un commento all'articolo si veda PATRIZIA DE CESARI e GALEAZZO MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria - Commentario articolo per articolo del regolamento Ce n. 1346/2000*, Milano, 2004.

Diversi tribunali, però, hanno avuto modo di affermare che le regole imperative della procedura collettiva alla quale sia stata eventualmente sottoposta una delle parti, sarebbero prive di rilevanza per la procedura arbitrale. E così che l'arbitro potrà, non appena abbia messo gli organi della procedura nella possibilità di intervenire al procedimento arbitrale pendente e di approntare i mezzi di difesa necessari, dare seguito alla procedura malgrado la sospensione delle azioni in corso e pronunciare un lodo.

7. IL PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE

Residua, infine, l'analisi del problema dal punto di vista del giudice delegato che, come è facile prevedere, si discosterà da quanto sino ad ora detto in ragione dei diversi interessi che ispirano l'operare di questo, rispetto ai soggetti in precedenza considerati.

Questo potrà essere adito in relazione alla richiesta di annullamento della sentenza ovvero alla richiesta di *exequatur* della stessa. Allorquando venga adito il giudice fallimentare, l'arbitro si vedrà generalmente opporre vuoi che il credito non è stato regolarmente insinuato, vuoi che l'arbitrato non può essere in osservanza del principio di sospensione delle azioni alla data di dichiarazione di fallimento.

Allorché venga adito, invece, in relazione al controllo della sentenza, tutte le violazioni delle norme dettate a regolamentazione dell'insolvenza, potranno essere sollevate contro l'esecuzione della sentenza, sul fondamento della violazione della riserva dell'ordine pubblico. In alcuni casi il giudice veglierà sul rispetto di alcune norme imperative della *lex fori con cursus* ed in tal senso questi non riconoscerà una sentenza nella quale un arbitro ha condannato la parte al pagamento di una somma di denaro in contrasto con il principio di divieto di azioni esecutive individuali previsto dal suo diritto.

In aggiunta, il giudice potrà accadere che prenda in considerazione anche le disposizioni imperative del diritto fallimentare di un altro paese. In tale senso si è espressa la Corte Federale del distretto di New York nel caso *Vesta Fire Insurance Corporation c. New Cap Reinsurance Corp*, che invocando il principio di

collaborazione internazionale, ha sospeso la procedura arbitrale che si stava svolgendo a New York in ragione dell'apertura di una procedura collettiva in capo ad una delle parti in Australia.

In Europa, un fondamento normativo per una motivazione del tipo di quella appena esposta, si rinviene nell'art. 7 della Convenzione di Roma.

Sarebbe quindi erroneo credere che dal punto di vista del giudice, il diritto fallimentare dovrà comunque e sempre prevalere sul diritto dell'arbitrato. Se è per vero che comunemente le regola dettare per le procedure concorsuali abbiano vocazione a proteggere l'interesse pubblico, nondimeno ciò non significa che esse debbano impedire il funzionamento di quelle arbitrali tutte le volte che vi sia contrasto.

Molto importante è mettere in luce che a differenza dell'arbitro, il quale non è vincolato, il giudice dovrà mediare tra l'applicazione del diritto fallimentare e le ragioni del diritto dell'arbitrato. Il giudice dovrà dunque vegliare a che il diritto fallimentare non comprometta inutilmente una politica favorevole all'arbitrato. Questo contemperamento di interessi, non necessariamente contrastanti, è frutto di differenti politiche legislative. Da questo punto di vista, come si è avuto modo di apprendere, il diritto americano ha trovato un buon equilibrio nel determinare che è solo allorquando le regole del diritto dell'arbitrato costituiscono un ostacolo grave agli obiettivi del diritto fallimentare che queste ultime soccombono e non trovano applicazione.

La prassi secondo la quale esiste un primauté assoluta del diritto del fallimento sul diritto dell'arbitrato, rischia di portare a epiloghi immotivati, riservando agli organi fallimentari un privilegio straordinario non giustificato da nessuna regola di ordine pubblico.

La Corte di Cassazione francese fornisce un recente e bell'esempio di questa impostazione ⁽²²⁰⁾. In occasione di una causa in relazione all'apertura di un arbitrato

⁽²²⁰⁾ Si fa qui riferimento alla sentenza della Corte di Appello di Parigi del 13 febbraio 2002 ove si determina che Vu l'article L.621-40 du Code de commerce ove si afferma che *«Attendu, selon l'arrêt déféré, que, postérieurement à la mise en redressement judiciaire des sociétés Industry, Cutting et Gaussin (les sociétés), la société Alstom, se prévalant d'une clause compromissoire insérée dans des contrats conclus en 1998, a demandé la mise en oeuvre de l'arbitrage aux fins de fixation de sa créance ; que les sociétés n'ayant pas répondu à sa mise*

mentre una parte è stata sottoposta a *redressement judiciaire*, il giudice è stato adito affinché nominasse gli arbitri in quanto gli organi della procedura si erano rifiutati di procedervi. In primo grado, il Presidente del Tribunale del commercio di Parigi ha deciso di rifiutare di procedere alla costituzione di un tribunale arbitrale invocando ragioni di ordine pubblico. Adita allora la Corte di Appello, questa ha deciso il 13 febbraio 2002 che “la regola di ordine pubblico di sospensione delle azioni individuali e l'obbligo per il creditore di sottoporsi alla procedura di verifica dei crediti non si oppongono alla costituzione di un procedimento arbitrale, essendo l'arbitro il solo giudice, in applicazione dell'art. 1466 NCPC, competente a statuire sulla propria competenza e sugli eventuali limiti di questa. La soluzione si giustifica sia sul piano del diritto dell'arbitrato sia sul piano del diritto fallimentare francese. L'art. L. 621-40 Code de Commerce, allora in vigore, non impedisce in effetti, dopo l'apertura della procedura collettiva, che le sole azioni volte alla condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro e quelle aventi per oggetto la risoluzione contrattuale per il mancato pagamento di una somma di denaro. In altri termini, allorché i creditori abbiano dichiarato regolarmente il proprio credito al passivo, -ciò che nel caso in esame era successo- questi possono proseguire le procedure eventualmente già instaurate ed in corso avanti le giurisdizioni competenti.

en demeure de désigner un arbitre, elle a saisi le président du tribunal qui a dit n'y avoir lieu à une telle désignation ; que la cour d'appel, infirmant cette décision, a imparti aux sociétés, à M. X..., leur administrateur et à M. Y, leur représentant des créanciers un délai d'un mois à compter de la signification de l'arrêt pour désigner un arbitre. Attendu que pour statuer ainsi, l'arrêt retient que la règle d'ordre public de la suspension des poursuites individuelles et l'obligation pour le créancier de se soumettre à la procédure de vérification des créances ne s'opposent pas à la mise en oeuvre de la clause d'arbitrage pour l'opération de constitution du tribunal arbitral, celui-ci étant, en application de l'article 1466 du nouveau Code de procédure civile, seul juge pour statuer sur la validité et les limites de son investiture. Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il se soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances, la cour d'appel a violé le texte susvisé. Et attendu qu'en application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, la Cour de Cassation est en mesure, en cassant sans renvoi, de mettre fin au litige par application de la règle de droit appropiée».

La sezione (*Chambre*) commerciale della Corte di Cassazione, infine, ha reso una pronuncia, il 2 giugno 2004, ove viene ribadito il principio che nessuna procedura arbitrale può essere attivata durante la verifica dei crediti da parte del giudice delegato (commissario). Dunque in Francia la procedura di verifica dei crediti non si limita alla dichiarazione dei crediti ma si estende sino alla loro verifica e alla loro ammissione o rigetto dal passivo fallimentare.

La sentenza della Corte di Cassazione, operando un passo indietro, torna a privare di ogni rilevanza il collegio arbitrale a favore degli organi della procedura.

A nostro avviso, un tale imperialismo della procedura fallimentare non si giustifica, in primo luogo in quanto non è conforme al testo di legge se si tiene conto che l'art. 174 del decreto del 27 dicembre 1985, allora in vigore, limita la competenza esclusiva del tribunale fallimentare alle contestazioni nate dalla procedura collettiva o a quelle che su di essa hanno una incidenza giuridica. In secondo luogo perché, non risponde a nessun interesse collettivo davvero apprezzabile, se non quello di riservare agli organi della procedura il foro esclusivo, allorché la legge impedisce le sole condanne pecuniarie rese prima dell'apertura della procedura collettiva.

Si è convinti che, la competenza esclusiva del giudice fallimentare non debba significare che questo deve conoscere di tutte le controversie che concernono la società fallita.

In relazione a qualche osservazione finale sulla posizione del giudice e dell'arbitro in costanza di una procedura collettiva, ci si può astenere dal sottolineare una differenza tra l'una e l'altra. L'arbitro prende il suo potere della volontà espressa delle parti ove il giudice fallimentare ha una missione implicante interesse generali. L'arbitro non è tenuto ad applicare la *lex fori concursus* straniera a discapito della legge scelta dalle parti, soprattutto quando il paese della *lex fori* non è il paese sede dell'arbitrato. Egli terrà sicuramente in conto delle regole del fallimento allorquando queste debbano essere a giusto titolo applicate come quelle viste nel corso della trattazione di questo capito.

Quanto al giudice, egli deve mediare tra gli interessi della procedura e quelli dell'arbitrato. Deve quindi evitare l'inutile imperialismo della procedura fallimentare e

permettere lo svolgimento dell'arbitrato voluto dalle parti dopo che abbia verificato che le ragioni di ordine pubblico sono flebili.

CAPITOLO V

LE RELAZIONI TRA ARBITRATO E FALLIMENTO: UNO SGUARDO COMPARATISTICO FRANCIA

1. INTRODUZIONE

Il conflitto tra due procedure aventi entrambe carattere giurisdizionale, ma governate da forze uguali ed opposte è inevitabile anche in Francia, posto che al particolarismo che caratterizza l'arbitrato, quale strumento di risoluzione privata delle controversie, si oppone, ugualmente qui, la *vis attractiva* del fallimento e la competenza funzionale del tribunale fallimentare. In particolare, si sarebbe inclini a pensare ad un conflitto di competenza tra il giudice fallimentare e l'arbitro, il quale, in realtà, diversamente sottende un conflitto tra due differenti sistemi di regole e procedure, tendenti, da un lato, alla realizzazione di interessi generali quali, in Francia, «*la sauvegarde dell'entreprise, le maintien de l'activité et l'emploi et l'apurement du passif*» e, in Italia, la tutela degli interessi dei creditori, espressione, in entrambe i casi, di principi di ordine pubblico e, dall'altro alla composizione di conflitti determinati, oggettivamente e soggettivamente circoscritti e riconducibili all'esercizio della libera volontà delle parti ⁽²²¹⁾.

Inoltre, l'interesse per un approfondimento comparatistico tra gli ordinamenti francese e italiano dell'argomento che qui ci occupa, scaturisce anche dalla vicinanza temporale dell'entrata in vigore anche in Francia di profonde riforme nel campo delle

⁽²²¹⁾ In questi precisi termini LAHRA LIBERTI, *Arbitrato internazionale e fallimento in Italia e in Francia*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 771 ss., nota sentenza Cour d'Appel de Paris, Ière Ch. Sec. C; 30 marzo 1999, Patricia Dont e altri eredi di Jacques de Conink c. Maeco Zanzo in qualità di curatore fallimentare della D. Tripovich Spa. Si veda, altresì, MICHELE GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2, marzo-aprile, 2008, p. 257 ss.

procedure concorsuali. Infatti, oltralpe, ove la legislazione concorsuale è organicamente inserita nel libro VI del *Code de Commerce* Napoleonico del 1807, pur essendosi succedute sin dal 1984 disposizioni modificative che hanno interessato principalmente le c.d. procedure concorsuali minori ovvero i procedimenti concorsuali diversi dal fallimento (*liquidation judiciaire*) ⁽²²²⁾, è solo con l'ultima Legge 2005-845 del 26 luglio 2005, *Loi de sauvegarde des entreprises*, entrata in vigore con i decreti attuativi il 1° gennaio 2006, che il legislatore francese ha operato una vera e propria riforma organica delle procedure concorsuali ⁽²²³⁾. Con essa ha voluto cambiare radicalmente l'approccio alla gestione della crisi dell'impresa e il momento in cui la difficoltà dell'imprenditore diviene rilevante per l'ordinamento. Si sono scelte soluzioni volte a spostare l'accento su una concezione non sanzionatoria delle procedure ma anzi recuperatoria delle potenzialità dell'impresa, nonché si sono adottati strumenti che intervengono in un momento antecedente la decozione ove l'intervento salvifico messo in atto gode di maggiori possibilità di buona riuscita.

Anche in Francia la tecnica novellistica adottata, ha seguito generali considerazioni sulla inefficienza di un sistema che ha aveva per presupposti la sottoponibilità a procedura concorsuale non solo degli imprenditori commerciali individuali e collettivi senza limiti dimensionali, ma anche degli artigiani, degli agricoltori, delle persone giuridiche in genere e anche di tutti i professionisti

⁽²²²⁾ Si fa qui riferimento alla Legge 84-148 del 1° marzo 1984 «*Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*» introduttiva dei procedimenti di allerta e prevenzione anteriori ad ogni accertamento di insolvenza, ed in ipotesi suscettibili di portare ad una soluzione non concorsuale delle temporanee difficoltà delle imprese; nonché alla Legge 85-98 del 25 gennaio 1985 (*Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*) introduttiva di una necessaria fase di osservazione della gestione della impresa poi modificata dalla Legge 94-475 del 10 giugno 1994 e ancora dalla Legge 2003-721 del 1° agosto 2003. In argomento si veda RONTCHEVSKY, CHEVRIER, PISONI, *Des difficultés des entreprises*, in *Code de Commerce*, 102° ed., Dalloz, Paris, 2007; CAMPANA, *L'impresa in crisi. L'esperienza del diritto francese*, in *Il Fallimento*, 2003; FABBRINI, *Una prima analisi dell'imminente riforma del diritto fallimentare francese*, in *il Diritto Fallimentare*, 2004, 1, p. 1191 ss.

⁽²²³⁾ In generale sulla legge del 26 luglio 2005 si veda: LE CORRE, D. 2005, *Cah. Dr. Aff.*, suppl. au n. 33; VALLENS, Bull. *d'actualité Lamy droit commercial* sept. 2005 (présentation générale); ID. oct. 2005 (dispositions d'application immédiate); SOINNE, Rev. Proc. Coll. , 2005, p. 175 ss..

indipendenti ⁽²²⁴⁾. Si è ritenuto dunque necessario graduare le procedure e rinforzare gli aspetti preventivi del sistema, cercando di introdurre meccanismi di salvaguardia antecedenti o di immediata concomitanza dell'intervenuta o accertata insolvenza (*Cessation des paiements*), al fine di esperire ogni possibile intervento, anche nell'ottica di responsabilizzazione del debitore in difficoltà non ancora insolvente e di possibilità di preservare e salvaguardare il valore aziendale.

La contestualità dell'entrata in vigore di riforme di così ampio respiro in ambito concorsuale in due paesi europei dalle medesime origini giuridiche e dalle molteplici somiglianze sistemiche, rende la comparazione davvero interessante sotto diversi profili.

Invero, nel raffronto tra i due ordinamenti, si cercherà di evidenziare, in prima battuta, come i problemi che comporta l'intersecarsi dell'istituto arbitrale in una procedura concorsuale, siano comuni e simili a quelli visti per l'Italia e, in seconda battuta, verificare e confrontare come si è scelto di affrontarli oltralpe avendo cura di mettere in luce la posizione assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza di questo stato. È infatti dando contezza di ciò, che si crede possibile addentrarsi nella specificità del tema che ci occupa, rilevando, quando di interesse, il diverso approccio francese alle problematiche messe in luce nei capitoli precedenti e le possibili molteplici soluzioni, nonché le scelte concretamente attuate dal Legislatore francese.

Proprio questa dissomiglianza di disciplina in un contesto giuridico equiparabile rende, a parere di chi scrive, una comparazione in tema possibile ma soprattutto utile.

⁽²²⁴⁾ Questa impostazione che vedeva in modo ampio i soggetti passibili di sottoposizione ad una procedura concorsuale otteneva, come contro partita, un numero molto elevato in termini di statistici europei di procedure aperte in Francia e un conseguente intasamento delle sezioni fallimentari dei tribunali d'oltralpe. Per maggiori informazioni sul tema si veda www.senat.fr.

2. BREVE EXCURSUS SULLE PROCEDURE CONCORSUALI IN FRANCIA A SEGUITO DELLA RIFORMA DEL 2005

In primo luogo si ritiene debba essere rappresentato un quadro generale degli strumenti procedurali che il legislatore francese del 2005 ha ritenuto utili per la gestione dell'insolvenza e della crisi dell'impresa in senso ampio, così da confrontare affinità e divergenze con il nostro impianto, anch'esso riformato nel medesimo periodo.

Iniziando dall'equivalente della nostrana definizione di insolvenza, se la si definisce come la situazione in cui i debiti sono superiori all'attivo, questa nozione è sconosciuta nel diritto francese che disciplina le procedure concorsuali. Quella che rileva ai fini del diritto fallimentare è la nozione più restrittiva di cessazione dei pagamenti, ovvero l'impossibilità del debitore di far fronte al passivo esigibile con l'attivo disponibile ⁽²²⁵⁾.

Tra gli strumenti francesi preposti dal Legislatore alla gestione dell'insolvenza ve ne sono due di carattere preventivo, due di carattere disciplinatorio e di governo successivo all'insorgere dello stato di cessazione dei pagamenti.

Nel primo caso, ovvero nell'alveo delle procedure collettive preventive, finalizzate

⁽²²⁵⁾ La definizione fornita dalla dottrina maggioritaria dello stato di cessazione dei pagamenti consiste nella «*situation dans laquelle se trouve une personne ou une entreprise qui ne dispose plus d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses dettes liquides et exigibles. La cessation des paiements ne se confond pas avec une gêne passagère de trésorerie, ni avec l'insolvabilité. La constatation par un tribunal de commerce, de l'état de cessation des paiements entraîne l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire*», tra tutti Cfr. M. BOISNEAULT, *De la cessation des paiements à la situation difficile comme critère de déclenchement des procédures collectives*, thèse, Aix en Provence, 1980; Y. CHAPUT, *Règlement amiable et cessation des paiements*, in *Rev. trim. dr. com.*, n° spécial, *Les innovations de la loi sur le règlement judiciaire*, 1986, 17; DELEAU, *La notion de cessation des paiements en jurisprudence*, in *Rev. trim. dr. com.*, 1949, p. 590 ss. DELMAS, *Le non-paiement des dettes civiles et la cessation des paiements*, in *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 641 ss.; G. Granchet, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, Paris, LGDJ, 1962; J-CL MAY, *La cessation des paiements*, in *Les Petites Affiches*, 16 oct. 1985, p. 12 ss.; G. TEBOUL, *La réforme de la prévention et des procédures collectives*, in *Gaz. Pal.*, 2000, n° 344, p. 2 ss.; THALLER, *Qu'est ce que la cessation des paiements dans la faillite ?*, in *Ann. dr. com.* 1897, p. 216 ss. In giurisprudenza, la Cour de cassation francese ha giudicato che «*la cessation des paiements est l'impossibilité pour l'entreprise de faire face au passif exigible avec son actif disponible. Cette définition a été conservée par le nouvel article L631-1 du Code de commerce*» (Cass. com., 8 juill. 2003 sous l'empire d'une ancienne Loi).

a preservare l'azienda e attente alla conciliazione degli interessi dei creditori, dei dipendenti e dell'imprenditore, si ritrovano *la procédure d'alerte, le groupement de prévention egréés, le mandat ad hoc* e la *conciliation* ⁽²²⁶⁾.

La procedura d'allarme - *procédure d'alerte* ⁽²²⁷⁾ - (artt. L. 234-1 e ss.), prevede meccanismi a carattere meramente consultivo. Invero, quando il revisore dei conti - *commissaire aux comptes* - rileva «*fatti di natura tale da compromettere la continuità dell'impresa*», ne informa il presidente del Consiglio di amministrazione o l'amministratore della società - *le directoire* - ⁽²²⁸⁾. Nel caso in cui il riscontro non pervenga entro 15 giorni ovvero non venga stimato dallo stesso soddisfacente ai fini

⁽²²⁶⁾ È stato osservato da parte della dottrina italiana, come la scelta di procedimenti preventivi sia stata saggia da parte del legislatore francese ma non di evidente successo per la riluttanza delle imprese ad ammettere la crisi, o mancanza di competenza a riconoscerne i segnali, e per la giustificata diffidenza in ordine alla riservatezza delle stesse il cui difetto può risolversi a danno o concausa ulteriore della insolvenza, o per il timore comunque di uno sbocco giudiziario e liquidatorio. Cfr su punto M. J. CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Il Fallimento*, 2003, p. 978 ss; ALBERTO JORIO, *La riforma della legge francese sull'insolvenza: un modello da imitare?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, p. 698 ss.

⁽²²⁷⁾ Letteralmente l'Article L 234-1, Code de Commerce, prevede che: «*Lorsque le commissaire aux comptes d'une société anonyme relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il en informe le président du conseil d'administration ou du directoire dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.*

A défaut de réponse sous quinze jours ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite, par un écrit dont copie est transmise au président du tribunal de commerce, le président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance. La délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est communiquée au président du tribunal de commerce et au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.

En cas d'inobservation de ces dispositions ou si le commissaire aux comptes constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale est convoquée dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à cette assemblée. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.

Si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats».

⁽²²⁸⁾ Cfr. artt. L. 225 e seguenti del Code de Commerce

della continuità di cui si è detto, il *commissarie aux comptes* può domandare che il consiglio d'amministrazione deliberi per iscritto sui fatti rilevanti in una seduta ove lo stesso prende parte e ne trasmette copia anche al Presidente del Tribunale del Commercio – *Tribunal de Commerce*-, nonché ne da comunicazione al comitato aziendale. Se le difficoltà persistono, il revisore dei conti redige una relazione che viene presentata alla successiva assemblea generale, la quale ha l'obbligo di apprestare atti volti a garantire la continuità dell'impresa. Il revisore dei conti, tempestivamente, tiene informato di questa attività, il presidente del tribunale di commercio che svolge una funzione di controllo della gestione attuata.

A lato della procedura preventiva sopra menzionata, sono presenti altresì i *groupements de prévention agréés* disciplinati dall'art. 611-1, Code de Commerce ⁽²²⁹⁾.

Aperti alla partecipazione di qualunque imprenditore che lo ritenga necessario o anche solo opportuno, prevedono in caso di difficoltà dell'azienda la possibilità di un supporto pubblico e di concludere convenzioni di credito per gli associati. Tali gruppi svolgono una attività di sostegno che ha per scopo di fornire agli aderenti in via riservata, una analisi delle informazioni economiche, contabili e finanziarie che gli stessi si impegnano a trasmettere loro regolarmente

Nel *mandat ad hoc* ⁽²³⁰⁾, su richiesta di qualunque interessato, il presidente del tribunale nomina un mandatario *ad hoc*, del quale determina i contorni della missione

⁽²²⁹⁾ Article L 611-1 Code de Commerce: «*Toute société commerciale ainsi que toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé par arrêté du représentant de l'Etat dans la région.*

Ce groupement a pour mission de fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement.

Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert.

A la diligence du représentant de l'Etat, les administrations compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés. Les services de la Banque de France peuvent également, suivant des modalités prévues par convention, être appelés à formuler des avis sur la situation financière des entreprises adhérentes. Les groupements de prévention agréés peuvent bénéficier par ailleurs des aides directes ou indirectes des collectivités locales, notamment en application des articles 5, 48 et 66 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Les groupements de prévention agréés sont habilités à conclure, notamment avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, des conventions au profit de leurs adhérents».

per quanto riguarda l'oggetto e la durata. Questi, nel tempo concessogli, svolge le attività stabilite in accordo con il tribunale preordinate alla salvaguardia dell'impianto aziendale e cautelative della continuità della stessa sul mercato.

Infine, la *conciliation* ⁽²³¹⁾, la procedura informale di riorganizzazione e di ristrutturazione, si avvia quando un'impresa riscontra difficoltà o necessità che non possono essere risolte con un finanziamento adattato alle sue possibilità, senza perciò essere in stato di cessazione dei pagamenti. La stessa può chiedere l'avvio di una procedura di composizione amichevole e il Presidente del Tribunale allora, nomina un conciliatore la cui missione, che non può superare i quattro mesi, consiste nel promuovere il funzionamento dell'impresa e nel cercare un accordo con i creditori. Durante la missione del conciliatore, il presidente del tribunale può sospendere le azioni giudiziarie individuali. Il debitore non può pagare i creditori anteriori né fare un atto di disposizione senza l'autorizzazione del presidente. Se il presidente omologa l'accordo, le azioni giudiziarie individuali sono sospese per la durata dell'esecuzione dell'accordo. Se l'accordo non è rispettato, il tribunale adito successivamente con una domanda di risanamento (*redressement*) o di liquidazione giudiziaria può ritenere, contrariamente alla valutazione del presidente, che alla data dell'avvio della composizione amichevole l'impresa fosse effettivamente in stato di cessazione dei pagamenti.

Nel secondo caso prospettato in principio, vengono in rilievo le procedure formali preposte alla gestione dello stato di cessazione dei pagamenti in cui versò il debitore.

⁽²³⁰⁾ Article L 611-3 Code du Commerce: «*Le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc. Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de grande instance dans les autres cas*».

⁽²³¹⁾ Article 611-4 Code du Commerce: «*Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours*».

Il *redressement judiciaire* ⁽²³²⁾ è diretto a consentire il salvataggio dell'impresa, il mantenimento dell'attività e dell'occupazione e la liquidazione del passivo. La procedura consiste nell'adozione, da parte del tribunale, di un piano di risanamento volto alla conservazione dell'attività dell'impresa ed allora ai creditori sono fissati dei termini, vuoi tramite la sua cessione, ed allora i suoi principali contratti sono ceduti a un terzo chiamato all'adempimento delle obbligazioni da questo nascenti.

La liquidazione giudiziaria *liquidation judiciaire* ⁽²³³⁾ è pronunciata quando il risanamento è manifestamente impossibile. In questo caso, l'attività dell'impresa è

⁽²³²⁾ Article L 621-1 Code du Commerce, «*La procédure de redressement judiciaire est ouverte à toute entreprise, mentionnée à l'article L. 620-2, qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. L'ouverture de cette procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quinze jours qui suivent la cessation des paiements définie à l'alinéa précédent*». Per un approfondimento in dottrina si veda, A. BERNARD, *Les créances dans la loi du 5 juillet 1985: déclaration et relevé de forclusion*, Paris, édité par l'auteur, 1992; D. GIBIRILA, *L'extension d'une procédure collective*, Lamy, in *Droit des affaires*, 2000, n° 32, p. 3 ss.; J. -F MARTIN, *Redressement et liquidation judiciaires: prévention, règlement amiable, faillite personnelle, banqueroute*, 7e éd, Paris, Éditions Dalloz, 1999; A. MARTIN-SERF, *observations sous Com.*, 17 décembre 2003, *Bull.*, IV, n° 210, p. 232, *Revue trimestrielle de droit commercial*, avril-juin 2004, n° 2, p. 372-373. (*Déclaration des créances - Forme - Déclaration faite par télécopie - Régularité*); A. PERDRIAU, (*Voies de recours possibles ou interdites à l'encontre des ordonnances des juges-commissaires*, in *Sem. jur.*, E. A, n° 28, 11 juil. 2002, *Jurisprudence*, 1081, p. 1199-1200; G. RIPERT ET R. ROBLOT, *Traité de droit commercial. Tome 2, Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives*, 2000; G. TEBOUL, *Le report de la date de cessation des paiements*, in *Rev. de jurispr. com.*, 2000, n° 6, p. 204 ss.; G. TEBOUL, *réforme de la prévention et des procédures collectives*, in *Gaz. Pal.*, 2000, n. 344, p. 2 ss; J. VALLANSAN, *Redressement et liquidation judiciaires*, Paris, Litec, 2000.

⁽²³³⁾ In particolare, «*La personne chargée des opérations de liquidation est désignée sous le nom de "liquidateur judiciaire". Ce professionnel est un mandataire de justice dont le statut est déterminé par la loi n°85-99 du 25 janvier 1985. Voir en particulier les articles 19 et suivants et 153 et suivants de la loi n°85-98 ci-dessus. Lorsque l'activité de l'entreprise est poursuivie, ce qui n'est pas un cas général, le liquidateur ou l'administrateur qui assure l'administration de l'entreprise après le prononcé de la liquidation judiciaire est chargé de tenir le juge-commissaire des résultats de cette activité. S'il est procédé à des actes de cession, le liquidateur en fait un rapport qui est déposé au greffe du tribunal. En cas d'inexécution du plan de cession liquidateur adresse un rapport au juge-commissaire et au procureur de la République. Dans le cas le plus général, il procède à la vente de l'actif, passe les actes nécessaires à la réalisation de la vente, reçoit le prix et procède à sa distribution aux créanciers. **En application de l'article L. 642-24 du code de commerce, il peut se faire autoriser à compromettre ou à transiger par le juge-commissaire. En cas de vente de gré à gré d'un bien immobilier, le notaire chargé de la vente remet le prix, dès sa perception, au liquidateur. Soit qu'il agisse d'office, soit qu'il en soit***

interrotta o ceduta a un terzo, secondo modalità più flessibili di quelle della procedura di risanamento.

È interessante ai nostri fini, accennare anche alle condizioni soggettive per avviare le procedure d'insolvenza, per poi passare ad analizzare la disciplina della competenza del giudice fallimentare e gli effetti dell'avvio di una procedura.

In prima battuta, ai commercianti, agli agricoltori o agli artigiani e ad ogni persona giuridica (ad eccezione delle amministrazioni condominiali) sono riservate le procedure quali il risanamento giudiziario e la liquidazione giudiziaria sopra brevemente descritte ma non anche alle persone fisiche che esercitino la libera professione. Tali procedure vengono avviate quando il debitore è in stato di cessazione

*requis par l'acquéreur ou par tout intéressé, il procède à l'ouverture de l'ordre. Le tribunal statue sur la clôture de la procédure sur le rapport du liquidateur. Sa mission se termine avec le jugement de clôture de la procédure de liquidation. Les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire sur les demandes en restitution prévues par l'article 85-4 du décret du 27 décembre 1985 sont, à l'instar de ceux se prononçant sur les demandes en revendication, susceptibles d'un appel de droit communautaire». (Com. - 3 février 2009., BICC n°704 du 15 juin 2009). «Il a été prévu une procédure de liquidation judiciaire simplifiée (articles 95 et 96 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) Le régime simplifié est réservé aux liquidations concernant des entreprises qui ne sont propriétaires d'aucun bien immobilier, et si le nombre de ses salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure ainsi que son chiffre d'affaires hors taxes sont égaux ou inférieurs à des seuils fixés par décret. Dans certain cas l'ouverture d'une liquidation simplifiée est obligatoire pour le Tribunal, dans d'autres cas, l'utilisation de cette ouverture est seulement facultative comme le prévoient les articles L. 641-2 et L. 641-2-1 du Code de commerce. Le Tribunal décide quels biens du débiteur seront vendus et s'ils seront vendus aux enchères publiques ou de gré à gré». In dottrina, per un approfondimento, si veda A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 4eme éd, 2006, Litec - Editions du JurisClasseur; A. LIENHARD, *Modalités de déclaration des créances* (synthèse de la jurisprudence récente, Dalloz droit des affaires, 2001, n° 12, p. 1011 ss.; A. LIENHARD, *Clôture pour insuffisance d. Actif.: compensation de plein droit*), note sous Com. - 8 juillet 2008. Recueil Dalloz, 4 septembre 2008, *Actualité jurisprudentielle*, p. 2072 ss.; J. -F. MARTIN, *Redressement et liquidation judiciaires: prévention, règlement amiable, faillite personnelle, banqueroute*, 7e éd, Paris, Editions Dalloz, 1999; A. MARTIN-SERF, *Le droit communautaire de la faillite : une construction laborieuse et complexe*, (Colloque de Deauville des 3 et 4 avril 2004 :entreprises en difficulté: un nouvel essai. Moins de liquidations par plus de prévention. Mythe ou réalité ?), in *Revue de jurisprudence commerciale*, hors série, 2004, p. 145-159; PH. PÉTEL, *Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II : JCP E 2009*, 1049, § 18 s. A. PERDRIAU, *Voies de recours possibles ou interdites à l'encontre des ordonnances des juges-commissaires*, in *Sem. jur.*, E. A, n. 28, 11 juil. 2002, *Jurisprudence*, 1081, p. 1199-1200; A-M. SIMON, B. HESS-FALLON, *Droit des affaires*, 15ème édition, - éd. Dalloz-Sirey, 2003. J. Vallansan, *Redressement et liquidation judiciaires*, Paris, Litec, 2000.*

dei pagamenti che, come prima accennato, viene intesa in Francia come l'impossibilità di far fronte al suo passivo esigibile con l'attivo disponibile.

Per quanto concerne le persone fisiche che hanno debiti di natura non professionale quali e mero titolo esemplificativo il debito sorto dall'obbligo di garantire per un'impresa da parte del garante non dirigente, le condizioni di avvio della procedura sono sottoposte alla verifica della presenza dei requisiti di buona fede e di impossibilità manifesta di far fronte all'ammontare totale dei debiti contratti. In tale contesto, la persona fisica può rivolgersi ad una apposita commissione amministrativa e presentare la situazione dei debiti unitamente alle osservazioni dei creditori che debbono essere preventivamente raccolte. Questa attività consente al debitore persona fisica di rivolgersi all'autorità giudiziaria e domandare la sospensione delle azioni giudiziarie e le azioni esecutive individuali. La commissione, quindi, può conciliare le parti e proporre un piano che comporti misure di gestione della sofferenza quali il differimento dei pagamenti, il riscaglionamento o remissione dei debiti. Se il tentativo di conciliazione non riesce, la commissione raccomanda alcune di queste misure per un periodo di dieci anni o più se esse riguardano il rimborso di prestiti contratti per l'acquisto della residenza principale. Se questa commissione constata l'assenza di risorse o di beni pignorabili tali da permettere di liquidare una parte dei debiti, ne raccomanda la sospensione della loro esigibilità. È infine l'autorità giurisdizionale che decide in merito ai ricorsi presentati contro queste raccomandazioni.

Se l'interessato dimostra, oltre alla sua buona fede, che la sua situazione è irrimediabilmente compromessa, ossia che vi è l'impossibilità di attuare le misure sopra indicate, può domandare e ottenere dal giudice l'avvio di una procedura di riassetamento del patrimonio personale (*procédure de rétablissement personnel*). In buona sostanza consiste nella compilazione di un elenco dei creditori con annessa una sufficientemente dettagliata lista dei beni all'uopo fatti stimare. In tale contesto, l'autorità giurisdizionale dispone la liquidazione giudiziaria del patrimonio personale del debitore, nomina un liquidatore che ne ripartisce il ricavato fra i creditori, secondo l'ordine di priorità che assiste il loro credito. Se il riparto non soddisfa l'ammontare dei crediti indicati da tutti i creditori, l'autorità giudiziaria pronuncia la chiusura della

procedura per insufficienza dell'attivo, cosa che comporta la cancellazione dei debiti non professionali dell'interessato, fatta eccezione di quelli assistiti da una garanzia.

Per quanto riguarda le procedure che involgono imprenditori commerciali, sia il debitore, un creditore e il pubblico ministero possono adire il tribunale. La decisione con cui viene aperta la procedura è iscritta nel registro del commercio e delle società, o, all'occorrenza, nell'albo degli artigiani (*répertoire des métiers*). È inoltre pubblicata in due giornali di avvisi legali.

In estrema sintesi, si è cercato sino a qui di rendere il quadro completo francese delle procedure indicate dal legislatore come procedimenti che si possono attivare con un fine preventivo sull'insolvenza e recuperatorio dei valori produttivi, siano essi aziendali.

In seconda battuta, quindi, si può ora dar conto della disciplina della competenza degli organi preposti alla gestione dello stato di difficoltà o di insolvenza.

Per i liberi professionisti e per le società è competente il tribunale detto del commercio. Eccezionalmente, ove in alcuni dipartimenti, non vi sia, delibera allora il *tribunal de grande instance*, composto da tre magistrati togati.

Per gli agricoltori è competente il *Tribunal de Grande Instance*, ove, per i debitori di natura non professionale è competente il giudice dell'esecuzione, un giudice togato monocratico.

Il Tribunale, innanzitutto, è competente a prendere in esame la possibilità di risanamento dell'azienda. Nel caso in cui, infatti, si verifichi la possibilità di procedere ad un ripianamento dei debiti aziendali, l'autorità giudiziaria emette con provvedimento autorizzativo, l'omologa del piano di risanamento presentato. È bene sul punto precisare che tale piano può, però, consistere in un progetto di continuazione e in questo caso ai creditori vengono fissati dei termini di pagamento per il piano di rientro delle posizioni in sofferenza, e l'impresa prosegue le sue attività nelle mani dello stesso debitore; oppure un piano di cessione, e in questo caso l'impresa è venduta a un terzo, e il prezzo della cessione utilizzato per il pagamento dei creditori.

Nel diverso caso negativo in cui il Tribunale non ritenga possibile procedere con il risanamento dell'azienda, con un provvedimento di apertura da inizio ad una

procedura di liquidazione giudiziaria (*liquidation judiciaire*). In tale ipotesi, le attività dell'impresa sono cedute in blocco o separatamente.

Un *juge-commissaire*, nominato in seno al Tribunale che avvia la procedura, svolgendo attività di coordinamento e controllo, è incaricato di vigilare sul rapido svolgimento della procedura e di garantire la tutela dei contrapposti interessi in contrasto. Decide, in particolare, sugli aspetti di contestazioni nate da domande di rivendicazioni di beni formulate da terzi che sostengono di essere proprietari di beni detenuti dal debitore; reclami formulati contro gli atti dei mandatarî di giustizia; contestazioni dei crediti; richieste del debitore o dell'amministratore di autorizzazione a compiere alcuni atti durante il procedimento, e, in caso di liquidazione, le condizioni della cessione dei beni.

In caso di *redressement judiciaire*, l'amministratore giudiziario, la cui designazione da parte del tribunale è facoltativa tranne nel caso delle imprese con più di cinquanta dipendenti e con un volume d'affari superiore a tre milioni e centomila euro, è scelto sulla base di un elenco di professionisti abilitati depositato in tribunale. Lo stesso stila una relazione sulle possibilità di risanamento dell'impresa, e, a seconda dei casi, gestisce l'impresa o assiste il dirigente non privato delle sue funzioni, nel periodo che intercorre fra l'avvio della procedura e la decisione di risanamento (*redressement*) o di liquidazione. Quando viene decisa la cessione dell'impresa, è lui ad attuarla.

Il rappresentante dei creditori, nominato dal tribunale a partire da un altro elenco di professionisti, avvisa i creditori dell'avvio della procedura, riceve le loro dichiarazioni di credito, e propone al *juge-commissaire* di accettarle o rifiutarle. Può agire solo nell'interesse collettivo dei creditori.

Quando è approvato un piano di risanamento, il commissario all'esecuzione del piano è incaricato di sorvegliarne la corretta esecuzione, di pagare i creditori, e di adire il tribunale in caso di mancata esecuzione per vedere pronunciata la risoluzione del piano.

In caso di liquidazione giudiziaria, il liquidatore, nominato a partire da un altro elenco di professionisti abilitati, effettua gli atti di realizzo dell'attivo e paga i creditori.

In caso di procedura di *rétablissement personnel* chiesta da un privato, il liquidatore prepara un elenco dei creditori, fa un bilancio della situazione del debitore, ne vende i beni e soddisfa i creditori.

Quanto agli obblighi del debitore, in caso di *redressement judiciaire*, il tribunale può designare un amministratore giudiziario definendone la missione, che può essere quella di assistere il debitore o di gestire da solo l'impresa. Il debitore continua a esercitare sul proprio patrimonio i diritti e le azioni non contemplati nella missione dell'amministratore. Gli atti di ordinaria amministrazione nei confronti dei terzi di buona fede sono considerati validi. Non deve tuttavia pagare alcun debito anteriore (tranne che per compensazione fra obbligazioni connesse).

Se il tribunale non designa alcun amministratore, il debitore gestisce da solo la sua impresa e prepara un progetto di piano di risanamento.

In caso di liquidazione giudiziaria, il debitore viene privato della facoltà di amministrare e di disporre di tutti i suoi beni finché la procedura non è chiusa. Il liquidatore esercita questi diritti al suo posto. Il debitore può esercitare solo diritti propri, fra i quali quelli extra-patrimoniali.

In caso di procedura di *rétablissement personnel*, il debitore viene privato della facoltà di amministrare e di disporre di tutti i suoi beni finché la procedura non è chiusa. Il liquidatore esercita questi diritti al suo posto.

Per la tutela dei loro diritti, i creditori devono dichiarare i loro crediti al rappresentante dei creditori. Le azioni giudiziarie individuali avviate prima dell'inizio della procedura si interrompono, come vedremo nel prosieguo, per legge ed ogni creditore può impugnare la decisione che non riconosce il suo credito. Solo il creditore istante può impugnare una decisione che apre o rigetta l'apertura di una procedura.

Sintetizzate le figure che in Francia compongono il panorama degli organi concorsuali, in terza battuta si ritiene di dover affrontare, sempre sommariamente, il tema degli effetti dell'apertura di una procedura concorsuale.

L'avvio della procedura da parte del *juge-commissaire*, comporta la sospensione delle azioni giudiziarie individuali basate su crediti sorti anteriormente, il divieto di pagare tali crediti, la prosecuzione dei contratti in corso a condizioni che le scadenze a

venire siano rispettate. Vicende queste che rispondono a perentorie indicazioni di sistema e che si rilevano per la nostra trattazione estremamente rilevanti.

Una volta avviata la procedura si procede all'inventario dei beni del debitore e i proprietari di beni di cui l'impresa era semplice detentrica possono rivendicarli subito.

Nel caso del *redressement*, il debitore continua ad esercitare sul suo patrimonio gli atti di disposizione e di amministrazione. In caso di liquidazione è il liquidatore ad esercitare i diritti del debitore, ad eccezione di quelli che sono puramente personali.

Devono essere dichiarati tutti i crediti, con la sola eccezione di quelli nati da un contratto di lavoro.

I provvedimenti conservativi, ossia il sequestro conservativo e le garanzie giudiziarie quali le ipoteche, il pegno dell'azienda commerciale, il pegno delle quote sociali, il pegno dei valori mobiliari, rendono indisponibili i beni gravati e devono essere dichiarati nulli se il debitore li ha realizzati dopo la data di cessazione dei pagamenti.

Gli *avis à tiers détenteur*, e le *saisies-attributions* non sono interessati dall'avvio di una procedura d'insolvenza. Le norme sono le medesime per le procedure avviate nei confronti di persone fisiche per i debiti non professionali.

Infine, le modalità di pubblicità in Francia di una decisione di avvio di una procedura di insolvenza emanata in un altro Stato dell'Unione europea sulla base dell'articolo 3, paragrafo 1 del regolamento del 22 maggio 2000 non sono ancora precisate in un testo, ma tale pubblicità è obbligatoria in virtù dell'effetto diretto del regolamento. Un progetto di decreto prevede che questa pubblicità sia fatta dal cancelliere del registro del commercio e delle società.

Per quanto, poi, attiene alle norme specifiche relative ai diritti reali dei terzi, tutti i creditori titolari di un diritto reale, vale a dire di un'ipoteca o di un pegno che conferisce un diritto di prelazione sul prezzo di vendita della cosa e/o di un diritto di seguito, devono dichiarare il loro credito, e le azioni giudiziarie sono sospese.

Le norme relative alla compensazione, dal canto loro, trovano applicazione, come è noto, quando due persone sono debentrici l'una verso l'altra. In quel caso si effettua una compensazione che estingue i loro debiti reciproci fino a concorrenza del

più esiguo. Il creditore può procedere d'ufficio alla compensazione, senza necessità di un'autorizzazione ma solo per i crediti connessi.

In ultima analisi, si ritiene molto importante, per completare *l'exkursus* utile ai fini della trattazione delle problematiche oggetto del presente capitolo, il tema relativo all'insinuazione dei crediti al passivo fallimentare e la relativa procedura di verifica da parte dell'organo giurisdizionale a questo preposto.

Il rappresentante dei creditori avverte i creditori noti affinché questi gli comunichino i propri crediti dopo che debitore gli abbia consegnato di questi, entro un termine di due mesi a decorrere dalla pubblicazione della decisione di avvio della procedura. Alla scadenza di questo termine devono chiedere l'inapplicabilità della decadenza se dimostrano che la mancata dichiarazione non è dovuta a loro colpa.

I crediti che non sono stati dichiarati e per i quali non è stata resa inapplicabile la decadenza sono considerati estinti.

Il rappresentante dei creditori procede ad una prima verifica dei crediti e propone al *juge-commissaire* di riconoscerli o di rifiutarli, indicando al creditore quanto proposto. Se il creditore non risponde entro trenta giorni, non potrà più contestare la proposta del rappresentante dei creditori. La decisione del *juge-commissaire* può essere impugnata da qualsiasi interessato.

I crediti salariali sono verificati e stabiliti dal rappresentante dei creditori in base agli elementi raccolti. Egli informa i dipendenti della presentazione dello stato dei crediti salariali, che gli interessati possono contestare davanti al tribunale del lavoro (*Conseil de prud'hommes*) entro un termine di due mesi.

Come regola generale, i crediti sorti dopo la decisione di avvio della procedura sono in linea di principio pagati prioritariamente rispetto ai crediti sorti prima, anche se privilegiati. Tuttavia esistono varie eccezioni. Invero, quale che sia l'esito della procedura, le spese di giustizia e gli stipendi degli ultimi sessanta giorni precedenti l'avvio della procedura sono pagati prioritariamente rispetto ai crediti sorti dopo l'apertura della procedura. Quando la procedura finisce con una liquidazione, anche i crediti garantiti sono pagati prima dei crediti sorti dopo l'avvio della procedura.

Terminate la rassegna delle procedure concorsuali in Francia, nonché l'esame delle loro peculiarità più rilevanti, si orienterà il prosieguo all'analisi più specifica della questione dei rapporti intercorrenti tra fallimento e procedura arbitrale i quali, come vedremo, lungi dall'essere legati da una relazione giuridica biunivoca, evidenziano un'influenza, ancorché reciproca, del tutto asimmetrica⁽²³⁴⁾.

3. IL PROCEDIMENTO ARBITRALE DINNANZI AL PRINCIPIO DEL DIVIETO DI AZIONI ESECUTIVE INDIVIDUALI IN CASO DI APERTURA DI UNA PROCEDURA COLLETTIVA

Come accennato in apertura, costituisce una problematica affrontata anche in Francia, sia in dottrina⁽²³⁵⁾ che in giurisprudenza⁽²³⁶⁾, il caso sempre più frequente che

⁽²³⁴⁾ In questi precisi termini PHILIPPE FAUCHARD, *Arbitrage et faillite*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1998, p. 473 ss.

⁽²³⁵⁾ In dottrina si veda PASCAL ANCEL, *Arbitrage et procédure collective* : *Rev. Arb.*, 1983, p. 225; Pascal Ancel, *Arbitrage et procédure collective après la loi du 25 janvier 1985*: *Revue de l'Arbitrage*, 1987, p. 127; PASCAL ANCEL, (obs.) Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 9 gennaio 1990, le Bris ès qu'al c/Départ, ès qual., *Rev. Arb.*, 1991, p. 69 ss.; PASCAL ANCEL, (obs.) Cour de Cassation, Chambre Commerciale., 14 gennaio 2004, Société Prodim c/Société Logidis, *Rev. Arb* 2004, p. 590 ss.; JACQUES BEGUIN, *Arbitrage et procédure collective*, in *Regarde critiques et prospectives sur le droit et la fiscalité*, Liber amicorum Cyrille David, tome 8, bibliothèque de l'Institut André Tunc, Université Paris 1 CNRS, 2005, p. 353 ss.; Hervé Croze et Yves Reinhard, *Procédure Collectives et arbitrage: conseil pratiques aux parties et aux arbitres*, *JCP E*, 2005, p. 612, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 14 – 7 avril 2005; PHILIPPE FOUCHARD, *Arbitrage et faillites*, *Rev. Arb.*, 1998, p. 471 ss.; PHILIPPE FOUCHARD, (obs.), Cour d'appel de Paris (1re Chambre civile), 3 marzo 1998, Société toulonnaise d'exploitation cinématographique c/Société Polygram Film Distribution; Cour d'Appel de Paris, (1er Chambre Civile) 30 marzo 1999, Consorts de Coninck c/ M. Zanzi et Société Torelli ès quai, in *Rev. Arb.*, 2003, p. 207 ss.; PHILIPPE FOUCHARD, (obs.), Cour d'appel de Paris (1re Chambre civile), 15 marzo 2001, Société Albert, Société Courret Guguen et M. Rambour ès qual c/Société Frabeltex, *Rev. Arb.*, 2003, p. 214 ss.; LAURENCE IDOT (obs.), Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 5 febbraio 1991, Société Almira Films c/Pierrel, ès qualités, in *Revue de l' Arbitrage*, 1991; ANDRE JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 5° éd., LexisNexis, Litec, Paris, 2007, p. 489; ALAIN LIENHARD, *Compétence du tribunal de la procédure en présence d'une clause d'arbitrage*, in recueil Dalloz (D), *Actualité jurisprudentielle*, 2004, n. 4, p. 278, obs. Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 14 gennaio 2004, Société Prodim c/Société Logidis; ALAIN LIENHARD, *Recadrage de l'articulation entre arbitrage et procédure collective*, in *Recueil Dalloz* (D), 2004, n. 24, p. 1732 obs a Cass, chambre commerciale, 2 giugno 2004;

vede una parte all'arbitrato sottoposta prima o durante il procedimento arbitrale ad una procedura collettiva nata dalla sua insolvenza.

In ragione del fatto che molte regole di fondo e di competenza in materia fallimentare sono di ordine pubblico, il procedimento arbitrale si trova disturbato e il lodo indebolito soprattutto se la parte sottoposta a procedura collettiva è quella convenuta nel procedimento arbitrale. In tale situazione, tuttavia, si ritiene possibile limitare i rischi di questo conflitto e coordinare le procedure.

BERTRAND MOREAU, *La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et l'arbitrage*, *Rev. Arb.*, 2005, p. 1107; ALEXIS MOURRE, *Arbitrage et droit de la faillite: réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre*, in *Faillite internationale et conflit de juridictions*, sus la direction de Georges Affaki, Fedeuci, Bruylant, 2007, p. 153 ss.; J. L. VALLENS, *L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours*, in *Revue Trimestrielle Droit Commerciale*, 1991, p. 529 ss.

(²³⁶) Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 9 gennaio 1990, le Bris és qual c/Demarti, és qual., *Rev. Arb.*, 1991, p. 69 ss. Pascal Ancel, (obs); Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 5 febbraio 1991, Société Almira Films c/Pierrel, és qualités, *Rev. Arb.*, Laurence Idot (obs.); Cour de Casation, Chambre Commerciale, 14 gennaio 2004, Société Prodim c/Société Logidis, *Rev. Arb* 2004, p. 590. obs Pascal Ancel; Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 14 gennaio 2004, Société Prodim c/Société Logidis, in recueil Dalloz (D), *Actualité jurisprudentielle*, 2004, n. 4, pag. 278 obs. Alain Lienhard; Cour de Cassation, Chambre. 1 civile, 30 marzo 2004: *Juris-Data* n. 2004-023086; *JCP E* 2004, 24; *D.* 2004, p. 1425; *Act. Proc. Coll.* 2004, comm, 112, obs, Vallasan; Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 2 giugno 2004, (due sentenze distinte) Société Gaussin et autres c/ Scociété Alstom Power Turbomachines, in (Bull. IV) *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles*, IV, n. 212; *JCP* 2004, I, 174, obs. Pétel; *rev. Arb.* 2004, 591, obs. Ancel; *D.* (Recueil Dalloz-Sirey) 2004, somm. p. 3184, obs Clay. Société Industry et autres c/ Societé Power Turbomachines: *Juris-Data* n. 2004-023924; *JCP E* 2004, 975, note N.S.; *JCP E* 2004, 1816, § 1, obs. J. Béguin; *RDT com.* 2004, p. 439, obs. J. Cl. Dubarray et E. Loquin; *Cass.*, chambre commerciale, 2 giugno 2004. Société Gaussin et autres c/ Scociété Alstom Power Turbomachines obs. Alain Lienhard, *Recadrage de l'articulation entre arbitrage et procédure collective*, *Recueil Dalloz (D)*, 2004, n. 24, p. 1732; Cour d'Appel de Paris (1re Chambre civile), 3 marzo 1998, Société toulonnaise d'exploitation cinématographique c/Société Polygram Film Distribution Ph. Fouchard, (obs.); Cour d'Appel de Paris, (1er Chambre Civile) 30 marzo 1999, Consorts de Coninck c/ M. Zanzi et Société Torelli és quai, *Rev. Arb.*, 2003, p. 207 ss. Ph. Fouchard (obs); Cour d'appel de Paris (1re Chambre civile), 15 marzo 2001, Société Albert, Société Courret Guguen et M. Rambour és qual c/Société Frabeltex, *Rev. Arb.*, 2003, p. 214 ss., Ph. Fouchard, (obs.); Cour d'Appel de Paris, 1 ere Ch. Sec. C; sentenza 30 marzo 1999, Patricia Dont e altri eredi di Jacques de Coninck c. Marco Zanzi in qualità di curatore fallimentare della D. Tripovich spa, la SCP JF e F. Torelli in qualità di commissario per l'esecuzione del piano di continuazione dell'esercizio dell'impresa de Coninck. Osservazioni di LAHRA LIBERTI, *Arbitrato internazionale e fallimento: in Italia e in Francia*, in *Revista dell'Arbitrato*, 1999, pp. 771 ss.

Una delle prime questioni che viene comunemente affrontata dai giuristi d'oltralpe, nonché dagli autori che operano comparazioni con il sistema francese ⁽²³⁷⁾, risponde all'esigenza di conoscere precisamente di quale forza gode il procedimento arbitrale dinnanzi al principio del divieto di azioni esecutive individuali (C. Com. L. 622-21) in caso di apertura di una procedura collettiva. Ci si chiede, in particolare, in quale misura l'apertura di quest'ultima interferisca sul procedimento arbitrale. Il divieto di intraprendere e, se intraprese, l'obbligo di sospendere le azioni esecutive individuali, sono principi ispirati, infatti, da due ragioni entrambe ritenute di ordine pubblico.

La prima attiene al criterio di giustizia del riparto proporzionale delle perdite. L'attivo che i creditori possono aggirare tramite il concorso, infatti, è sovente insufficiente a soddisfarli tutti per l'intero e consentire un trattamento premiale al più celere o a quello con il credito privilegiato *tout court*, non risponde evidentemente ad esigenze pubbliche di equità di trattamento.

La seconda ragione, anch'essa di ordine pubblico, si fonda sulla esigenza, soprattutto dopo le riforme delle procedure concorsuali del 1985 e da ultimo del 2005, di salvaguardia del complesso aziendale alla luce del maggior interesse economico alla sua conservazione. Ove la realtà aziendale lo consenta, è ormai nota la maggiore efficienza in termini economici, di un contemperamento tra l'interesse dei terzi al soddisfacimento dei crediti e l'interesse economico della collettività al non incondizionato smantellamento del complesso aziendale ove residuino capacità produttive o parti di azienda sane capaci di operare ancora sul mercato.

Ciò premesso ci si domanda, dunque, quando vada fissato il *dies ad quem* di operatività del principio del divieto di azioni esecutive individuali.

Questo viene determinato, nel *radressement*, dell'apertura del periodo sospetto che appunto ne segna l'inizio e, nella procedura di liquidazione, dalla data del deposito del provvedimento che apre la procedura. Vi sono due norme dettate in tema di *radressement* applicabili, in quanto compatibili, anche alla liquidazione giudiziaria. Si

⁽²³⁷⁾ JOSÉ ROSELL – HARVEY PRAGER, *International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC*, *Journal of International Arbitration*, 2001, p. 417 ss.

fa qui riferimento all'art. L. 622-3 ⁽²³⁸⁾ e dell'art. L. 621-41 ⁽²³⁹⁾ Code Comm. -nelle precedenti numerazioni rispettivamente art. 47 e art. 48 l. 85/98 del 25.1.1985 ⁽²⁴⁰⁾. Occorre, a tal punto, chiedersi che applicazione trovano queste due norme allorché l'istanza concorrente della procedura collettiva è una istanza arbitrale.

Esulando per un attimo dal peculiare caso qui in esame, dell'apertura di una procedura collettiva, l'eventuale conflitto tra la giurisdizione statale e l'arbitrato è vinto a favore della prima.

Secondo l'art. 1458 NCPC ⁽²⁴¹⁾ il giudice statale deve dichiararsi incompetente se è già pendente un procedimento arbitrale sulla stessa lite. Anche se il tribunale arbitrale

⁽²³⁸⁾ Art. L. 622-3 Code de commerce. *«Le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire a les mêmes effets que ceux qui sont prévus en cas de redressement judiciaire par les premier et quatrième alinéas de l'article L. 621-24 et par les articles L. 621-40, L. 621-41 L. 621-43, L. 621-48, L. 621-50, L. 621-115, L. 621-116 et L. 621-122. Les créanciers déclarent leurs créances au liquidateur selon les modalités prévues aux articles L. 621-43 à L. 621-47».*

⁽²³⁹⁾ Art. L. 621-41 Code de commerce. - Sous réserve des dispositions de l'article L. 621-126, les instances en cours sont suspendues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Elles sont alors reprises de plein droit, le représentant des créanciers et, le cas échéant, l'administrateur dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant.

⁽²⁴⁰⁾ Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises Titre I: Régime général du redressement judiciaire ;Chapitre I: La procédure d'observation ; Section III: L'entreprise au cours de la période d'observation ;Sous-section IV : Situation des créanciers;Paragraphe II : Arrêt des poursuites individuelles. Article 47 Abrogé par Ordonnance 2000-912 2000-09-18 art. 4 JORF 21 septembre 2000 Le jugement d'ouverture suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement et tendant : - à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; - à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Il arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles. Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence suspendus. Cité par: Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 - art. 148-2 (Ab)- Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 - art. 49 (Ab)-Nouveaux textes: Code de commerce. - art. L621-40.

⁽²⁴¹⁾ Article 1458 NCPC, (inséré par Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 Journal Officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981). *«Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence».*

non è ancora adito, la giurisdizione statale deve dichiararsi incompetente a meno che la convenzione arbitrale non sia manifestamente nulla e inapplicabile. Il solo limite che si incontra nei due casi prospettati, si constata nel fatto che il giudice statale non può rilevare la propria incompetenza d'ufficio ove invece l'arbitro in virtù proprio della convenzione arbitrale può. Infatti, il principio della competenza della competenza (c.d. *Kompetenz-Kompetenz; competence-competence*) ⁽²⁴²⁾ è posto dall'art. 1466 NCPC secondo il quale appartiene all'arbitro statuire sulla propria competenza.

Occorre, altresì, chiedersi che cosa succeda del citato principio allorché la giurisdizione arbitrale entra in conflitto con quella statale all'apertura di una procedura collettiva ⁽²⁴³⁾.

Ricordiamo che molti dei principi e delle regole che governano le procedure collettive rispondono, in Francia, ad esigenze di ordine ed interesse pubblico. Di primo acchito verrebbe da dire da un lato che l'arbitrato deve farsi da parte e cedere il passo alla procedura collettiva e dall'altro che la giurisdizione arbitrale deve piegarsi a quella statale del giudice fallimentare ⁽²⁴⁴⁾.

⁽²⁴²⁾ Nello stesso senso l'Italia, ove in forza del principio *Kompetenz-Kompetenz*, ciascun soggetto (arbitro o giudice) ha di regola la possibilità di decidere della propria *potestas iudicandi*. In questo senso chiaramente l'attuale formulazione dell'art. 817, comma 1°, c.p.c., a norma del quale, ove il potere decisorio sia contestato, «gli arbitri decidono sulla propria competenza». E questa possibilità di decisione sussiste per ogni eventuale profilo di eccepita incompetenza, cioè «per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato» (art. 817, comma 2°, c.p.c.).

⁽²⁴³⁾ In argomento, risulta particolarmente calzante la comparazione con quanto affermato con la dottrina e la giurisprudenza brasiliane. In a breakthrough decision, the Court of Justice in São Paulo issued a judgment in June 2008 that a bankruptcy filing by a party to an arbitration does not deprive the arbitral tribunal of jurisdiction or otherwise prevent the proceedings from going forward.

⁽²⁴⁴⁾ Sull'arbitrabilità della lite, in Francia la dottrina più classica suole affermare che «*Pour être valable la convention d'arbitrage doit porter sur un litige pouvant faire l'objet d'une procédure arbitrale, ce qui n'est pas toujours le cas. En effet le code civil édicte des impossibilités de recours à l'arbitrage, eu égard aux droits concernés (1), à l'ordre public (2), et à l'existence d'une attribution impérative de compétence (3). 1) Les droits susceptibles de faire l'objet d'une convention d'arbitrage. En vertu de l'article 2059 c. civ., il est impossible de compromettre sur des droits dont on n'a pas la libre disposition. Se trouve ainsi prohibé le recours à l'arbitrage en matière de pension alimentaire*». In particolare circa il requisito di ordine pubblico «*l'article 2060 c. civ. énumère tout d'abord expressément un certain nombre de questions sur lesquelles il est interdit de compromettre. Il s'agit de l'état et de la capacité des*

Le due ragioni di fondo del principio di sospensione e divieto di iniziative personali messe in luce prima, sembrano infatti avere la stessa forza sia che l'istanza del creditore sia proposta innanzi ad un giudice statale che ad un tribunale arbitrale. Sia in un caso che nell'altro pare importante, per la maggioranza delle corti di merito, garantire la *par condicio creditorum* e di non fornire un trattamento differenziato a parità di titolo.

Seconda la più attenta dottrina francese, se si volge uno sguardo maggiormente critico si è portati a temperare questa prima reazione correggendone la lettura.

Allorché, per effetto del divieto di procedure esecutive individuali un giudice statale viene spogliato della competenza a favore dell'altro giudice statale della procedura, si sostiene si tratti solo di regolare un conflitto di competenza tra giudici statali.

Allorché, diversamente, la giurisdizione concorrente è una giurisdizione non statale, il fondamento della competenza giurisdizionale è differente. Esso risiede in una convenzione arbitrale e significa che risiede nella volontà delle parti, nel nostro caso creditore e debitore. La forza dell'autonomia della clausola compromissoria e la forza del principio secondo il quale l'arbitro è competente a conoscere della propria competenza possono mutare la conclusione prima messa in luce. Occorre, quindi, fare attenzione a non sacrificare troppo ed inutilmente l'autonomia della volontà delle parti.

Si può osservare come la giurisprudenza faccia in questo specifico caso un'interpretazione peculiare del principio del divieto d'iniziativa individuali quando vi è

personnes, du divorce et de la séparation de corps et des "contestations intéressants les collectivités publiques et les établissements publics" (à ce propos, cf supra). Après cette énumération suit l'édition d'une prohibition plus générale qui concerne "toutes les matières qui intéressent l'ordre public". Cette généralité de la formule a d'ailleurs soulevé de sérieuses difficultés d'interprétation en jurisprudence. Il est toutefois aujourd'hui nettement établi que cette disposition ne soustrait pas à l'arbitrage toute contestation à laquelle est applicable une réglementation d'ordre public. Elle vise seulement à interdire à l'arbitre de se prononcer sur l'existence ou non de la violation d'une règle d'ordre public. 3) L'existence d'une attribution impérative de compétence. Ne sont pas arbitrables les litiges qui font l'objet d'une attribution impérative de compétence au profit d'une autre juridiction. Ainsi sont non arbitrables les litiges portant notamment sur le droit pénal, l'ouverture des procédures collectives ou encore la validité des brevets. Toute violation des conditions de validité des conventions arbitrales, de quelque ordre qu'elle soit, entraîne leur nullité».

una clausola compromissoria. Questa specificità deve comunque essere contenuta entro certi limiti. Infatti, anche se l'istanza arbitrale non è pendente al momento di apertura della procedura collettiva, - e malgrado l'art. 621-40 del codice di commercio- il giudice del fallimento non si può opporsi a che si costituisca il collegio né a che quest'ultimo svolga il suo incarico sino alla pronuncia del lodo. La competenza del giudice fallimentare non è pertanto scontata sistematicamente. Vi sono casi in cui la lite non è legata alla procedura fallimentare ed allora la competenza spetta al tribunale arbitrale. Sul punto la dottrina francese ha individuato il presente criterio guida ispirato: la lite non può essere sottosta che al tribunale arbitrale nel caso in cui si tratta di una azione dove la procedura collettiva non esercita una influenza giuridica.

4. PROCEDIMENTO ARBITRALE PENDENTE E FALLIMENTO: INTRODUZIONE

L'apertura di una procedura collettiva a carico di un soggetto che abbia stipulato un compromesso o una clausola compromissoria ovvero sia parte di un procedimento arbitrale già pendente, rappresenta un problema giuridico di non scarsa importanza pratica che viene per questo affrontato dalla dottrina ma soprattutto dalla giurisprudenza anche francesi.

Con riguardo alla situazione di un procedimento arbitrale già pendente, si fornirà un quadro del problema analizzandolo innanzitutto dal punto di vista dell'attore nel procedimento arbitrale, quindi del convenuto per poi accennare alla posizione dello stesso collegio arbitrale.

5. (SEGUE)...DAL PUNTO DI VISTA DELL'ATTORE

Supponiamo in questa prima sezione che la procedura collettiva riguardi il convenuto nel procedimento arbitrale.

L'approccio della dottrina e della giurisprudenza è quello di distinguere tra anteriorità della apertura della procedura collettiva rispetto al procedimento arbitrale e posteriorità rispetto ad un procedimento arbitrale già pendente.

Nel primo caso, se non vi sono dubbi che l'attore debba dichiarare il proprio credito nella procedura secondo le normali regole dell'insinuazione al passivo fallimentare, nondimeno ci si domanda se tale apertura abbia come effetto anche quello di paralizzare la convenzione arbitrale e, in particolare, quella di impedire la costituzione del collegio.

Nel caso in cui la domanda si fondi su un credito anteriore al provvedimento giudiziale di apertura, o tenda alla condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro, ovvero ancora sia volta alla pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto per inadempimento dell'obbligazione di pagare una somma di denaro, la Corte di Cassazione francese ha affermato che il principio di ordine pubblico dell'arresto delle azioni esecutive individuali impedisce, dopo l'apertura di una procedura collettiva, la costituzione del collegio arbitrale da parte di un creditore il cui credito abbia origine anteriore al provvedimento di apertura, senza che egli abbia insinuato preventivamente il proprio credito e sia stato sottoposto alla procedura di verifica dei crediti.

Per il Supremo Collegio francese, una volta che il credito sia stato insinuato nella procedura, diviene possibile ricorrere all'arbitrato e procedere con la costituzione del collegio.

Se quest'ultimo viene composto, esso è il solo competente a conoscere dell'esistenza e dell'ammontare del credito oggetto della domanda.

In una sentenza resa nel 2004, la Corte di Cassazione francese ha affermato sul punto che se il procedimento arbitrale non è pendente al momento di apertura della procedura, il giudice-commissario, investito da una controversia davanti alla quale viene invocata una clausola compromissoria, deve, dopo aver verificato la insinuazione del credito, dichiararsi incompetente, a meno che la convenzione arbitrale sia manifestamente nulla o inapplicabile.

In conclusione, da quanto affermato dalla giurisprudenza se ne deduce la seguente disciplina: nel caso in cui il debitore venga sottoposto alla procedura di *redressement* o di liquidazione giudiziaria, il creditore deve primariamente insinuare il credito e successivamente dare avvio all'arbitrato. Qui chiaramente non si hanno problemi di pendenza arbitrale proprio perché il relativo procedimento non è stato ancora avviato.

Nel secondo caso sopra prospettato, la situazione muta se l'istanza arbitrale è pendente. Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in una sentenza resa nel 2004, infatti, si afferma che a partire dal giorno in cui collegio arbitrale è definitivamente costituito (ovvero dall'accettazione dell'ultimo arbitro alla missione), lo stesso può conoscere e decidere la controversia.

L'istanza arbitrale è allora generalmente interrotta per effetto dell'art. 369 NCPC⁽²⁴⁵⁾ deputato a disciplinare l'interruzione nel processo civile. Questa interruzione si produce quale che sia il fondamento o l'oggetto della domanda; a tal punto però occorre distinguere: se la domanda si fonda su un credito anteriore al provvedimento di apertura della procedura collettiva ed è volto al pagamento di una somma di denaro, allora occorre riferirsi alla regola della sospensione delle procedure esecutive individuali e il procedimento arbitrale è sospeso sino a che il creditore non abbia provveduto ad insinuare il credito nella procedura. Negli altri casi, il procedimento può essere proseguito secondo quanto prevede l'art. L. 621-42 C. comm.⁽²⁴⁶⁾. Non sono che le condizioni e le modalità della prosecuzione del procedimento arbitrale a mutare.

Le controversie non sottoposte alla sospensione delle azioni esecutive individuali, continuano: nel caso di *redressement* durante il periodo di osservazione contemplando quali parti l'amministratore della procedura e il rappresentante dei creditori e, nella liquidazione giudiziaria, continuano contro il debitore rappresentato dal liquidatore. In

⁽²⁴⁵⁾ Article 369 NCPC, Chapitre II : L'interruption de l'instance, L'instance est interrompue par :- la majorité d'une partie ;- la cessation de fonctions de l'avocat ou de l'avoué lorsque la représentation est obligatoire ;- l'effet du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens dans les causes où il emporte assistance ou dessaisissement du débiteur.

⁽²⁴⁶⁾ Per il riferimento normativo si veda, *Code de commerce*, Partie législative, LIVRE VI: Des difficultés des entreprises., TITRE II: De la sauvegarde., Chapitre II : De l'entreprise au cours de la période d'observation. Article L622-23, modifié par Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 - art. 31. «*Les actions en justice et les procédures d'exécution autres que celles visées à l'article L. 622-21 sont poursuivies au cours de la période d'observation à l'encontre du débiteur, après mise en cause du mandataire judiciaire et de l'administrateur lorsqu'il a une mission d'assistance ou après une reprise d'instance à leur initiative*».

questi casi si procede secondo le regole sancite nel NCPC all'art. 373 ⁽²⁴⁷⁾.

Nel caso invece di controversie sottoposte alla sospensione delle azioni esecutive individuali, l'art. 621-41 C. comm. ⁽²⁴⁸⁾ prevede la loro ripresa, di pieno diritto, quando il creditore abbia insinuato il proprio credito al passivo fallimentare; è tuttavia necessario che il rappresentante dei creditori e l'amministratore della procedura vengano chiamati nel procedimento. Vi è da notare che l'oggetto della controversia non può essere che quello di accertamento sull'esistenza del credito e sulla fissazione del suo ammontare. L'eventuale condanna al pagamento della somma di denaro accertata e fissata nel suo ammontare, non può essere oggetto di pronuncia.

6. (SEGUE)...DAL PUNTO DI VISTA DEL CONVENUTO

Ora osserviamo il caso in cui sottoposto a *radressement* o a liquidazione giudiziaria sia la parte convenuta in un procedimento arbitrale.

L'autonomia della convenzione arbitrale fa sì che mantenga la sua efficacia e esliplichi i suoi effetti nonostante l'apertura della procedura collettiva e al di fuori dal regime specifico dettato in tema di mantenimento dei contratti in corso. Essa può, dunque, essere invocata dal debitore e dagli organi della procedura senza particolari formalità: e ciò nonostante l'art. L. 622-20 del C. Comm. subordini il potere del liquidatore di transigere e conciliare all'autorizzazione del giudice. Il compromesso qui

⁽²⁴⁷⁾ Article 373 NCPC, «*L'instance peut être volontairement reprise dans les formes prévues pour la présentation des moyens de défense. A défaut de reprise volontaire, elle peut l'être par voie de citation*».

⁽²⁴⁸⁾ Article L 622-22, Modifié par Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190, Modifié par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 165 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190, Modifié par Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 36 JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190, «*Sous réserve des dispositions de l'article L. 625-3, les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Elles sont alors reprises de plein droit, le mandataire judiciaire et, le cas échéant, l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan nommé en application de l'article L. 626-25 dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant*».

menzionato, infatti, non e' la convenzione di arbitrato ma l'atto attraverso il quale il debitore rinuncia ad una parte dei suoi diritti.

Se l'istanza arbitrale e' in corso, essa e' interrotta alle condizioni precedentemente indicate e può essere ripresa ad iniziativa degli organi della procedura, secondo le forme previste dall'art. 373 NCPC.

In generale non e' interesse del convenuto nell'arbitrato riprendere l'istanza arbitrale sospesa. Può tuttavia farlo citando gli organi della procedura evenienza questa che si verifica sicuramente nel caso in cui debba proporre domanda riconvenzionale.

7. (SEGUE)...DAL PUNTO DI VISTA DEL COLLEGIO ARBITRALE

Nulla impedisce che, secondo l'art. 1460 NCPC⁽²⁴⁹⁾, gli arbitri regolino la procedura arbitrale senza essere tenuti a seguire le regole stabilite per i tribunali, salvo che le parti non abbiano diversamente deciso nella convenzione arbitrale e comunque in rispetto dei principi generali dettati per il processo civile. Tuttavia l'art. 1465 NCPC⁽²⁵⁰⁾ pone un limite a questa libertà stabilendo che l'interruzione dell'istanza arbitrale è regolata dalle disposizioni degli articoli 369⁽²⁵¹⁾ e 376⁽²⁵²⁾ NCPC.

Il collegio arbitrale informato dell'interruzione del procedimento dovrà, dunque, sottoporsi alla regola dei primi due commi dell'art. 376 NCPC. Lo stesso nondimeno

⁽²⁴⁹⁾ Article 1460 NCPC, «Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage». Toutefois, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 alinéa 1 et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale. Si une partie détient un élément de preuve, l'arbitre peut aussi lui enjoindre de le produire.

⁽²⁵⁰⁾ Article 1465 del NCPC, «L'interruption de l'instance arbitrale est régie par les dispositions des articles 369 à 376».

⁽²⁵¹⁾ Article 369 del NCPC, «L'instance est interrompue par :- la majorité d'une partie ;- la cessation de fonctions de l'avocat ou de l'avoué lorsque la représentation est obligatoire ;- l'effet du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens dans les causes où il importe assistance ou dessaisissement du débiteur».

⁽²⁵²⁾ Article 376 NCPC, «L'interruption de l'instance ne dessaisit pas le juge. Celui-ci peut inviter les parties à lui faire part de leurs initiatives en vue de reprendre l'instance et radier l'affaire à défaut de diligences dans le délai par lui imparti. Il peut demander au ministère public de recueillir les renseignements nécessaires à la reprise d'instance».

rimane competente a decidere della controversia e a tal fine ha il potere di invitare le parti a fargli pervenire le informazioni circa le iniziative che queste intendono prendere, in modo da rendere il lodo nel tempo concessogli. Ovviamente l'interruzione dell'istanza arbitrale ha anche come effetto quello di interrompere il tempo a disposizione degli arbitri per il deposito del lodo.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile. Artt. 806-840 di Carpi Federico, Bologna, Zanichelli, 2008.
- AA.VV. *Contratti in esecuzione e fallimento, la disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*, a cura di Fabrizio Di Marzio, 2007, IPSOA.
- AA.VV. Fallimento e altre procedure concorsuali, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, II vol. RODOLFO VITOLO, Arbitrato e fallimento, Vol. II, p. 923 ss.
- AA.VV. L'arbitrato Nazionale ed Internazionale quale strumento alternativo nella risoluzione delle controversie civili, 1997, Giuffrè, p 29 ss.
- AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, Tomo I, artt. 1-103, a cura di Alessandro Nigro e Michele Sandulli, Giappichelli editore, Torino, p. 491 ss.
- ALBERGOTTI, R.D., *Understanding Bankruptcy in the US*, 1992, p. 70 ss.
- ALVINO ERNESTO, *Clausola compromissoria compromesso e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, II, 1965, p. 12 ss.
- ANCEL PASCAL, *Arbitrage et procédure collective après la loi du 25 janvier 1985*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1987, p. 127 ss.
- ANCEL PASCAL, *Arbitrage et procédure collective*, in *Revue del'Arbitrage*, 1983, p. 225 ss.
- ANCEL PASCAL, nota a Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 14 gennaio 2004, Société Prodim c/Société Logidis, in *Revue de l'Arbitrage*, 2004, p. 590 ss.
- ANCEL PASCAL, nota a Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 9 gennaio 1990, le Bris ès qu'al c. Départi, ès qual., in *Revue de l'Arbitrage*, 1991, p. 69 ss.
- ANDREW, M.T., *Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding Rejection*, in

- Univ. Color. L.R. 4*, 1988, p. 845 ss.
- ANDRIOLI VIRGILIO, Fallimento (diritto privato), in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 374
 - AZZOLINA, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2 ed., II, Torino, 1961, p. 1291 ss.
 - BACCAGLINI L., *Il caso «Eurofood»: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 123
 - BAILEY, E. - GROVES, H. - SMITH, C., *Corporate Insolvency*, in *Law and Practice*, 1992.
 - BANDINI ANDREA, *Arbitrato commerciale internazionale e procedure concorsuali, il caso Dirtigas*, in *Rivista del commercio internazionale*, 1990, p. 409 ss
 - BANDINI ANDREA, *Arbitrato e fallimento estero*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, pp. 105 ss.
 - BANDINI ANDREA, *Arbitrato e fallimento estero: la situazione negli Stati Uniti*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, 1, pp 109 ss.
 - BARIATTI STEFANIA, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla corte di giustizia: il caso «Eurofood»*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 203
 - BARIATTI STEFANIA, *L'applicazione del regolamento Ce n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2005, p. 673
 - BARLETTA, *La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 979 ss.
 - BARONE C.M., *Arbitrato irrituale e fallimento*, in *Il Foro italiano*, 1993, pp. 821 ss.
 - BECKER JOSEPH D., *Bankruptcy Courts and Arbitration: a question of Competence*, in *The American Review of International Arbitration*, 1996, p. 259.
 - BECKER, J.D., *Bankruptcy Courts and Arbitration: A Question of Competence*, in *The*

American Review of International Arbitration, 1996.

- BEDELL, S .P.- HARRISON, L.I GRANT, B., *Arbitrability: Current Developments in the Interpretation and Enforceability of Arbitration Agreements*, in *Journal of Contemporary Law* 1, 1987, p. 1 ss.
- BEDIKIAN M.A., *Using ADR to Resolve Bankruptcy Claims*, in *Dispute Resolution Journal*, 1993, p. 27.
- BEGUIN JACQUES, *Arbitrage et procédure collective*, in *Regarde critiques et prospectives sur le droit et la fiscalité*, Liber amicorum Cyrille David, tome 8, bibliothèque de l'Institut André Tunc, Université Paris 1 CNRS, 2005, p. 353 ss.
- BENEDETTELLI M.V., «*Centro degli interessi principali*» del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 499.
- BERG A.J. VAN DEN, *Annulment of Awards in International Arbitration*, International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity (R.B. Lillich and Ch.N. Brower, eds., Twelfth Sokol Colloquium, 1994, p. 133 ss.
- BERG A.J. VAN DEN, *New York Convention of 1958 - Consolidated Commentary*, Volumi XX e XXI, YCA XXI, 1996, p. 394 ss.
- BERG A.J. VAN DEN, *The Netherlands*, in *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 7, April 1987, p. 1 ss.
- BERG A.J. VAN DEN, *The New York Arbitration Convention of 1958 - Towards a Uniform Judicial interpretation*, 1981.
- BERLINGUER ALDO, *L'arbitrato nelle procedure concorsuali*, in *L'arbitrato, profili sostanziali*, rassegna coordinata da Guido Alpa, Tomo II, Utet, 1999.
- BERLINGUER ALDO, *La compromettibilità per arbitri. Studio italiano e comparato. II. Le materie non compromettibili*, Torino, Giappichelli, 1999.
- BERNARD, *Les créances dans la loi du 5 juillet 1985 : déclaration et relevé de*

- forclusion, Paris, édité par l'auteur, 1992; Gibirila (D.), L'extension d'une procédure collective, Lamy, droit des affaires, 2000, n° 32, p. 3 ss.*
- BERTRAND MOREAU, *La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et l'arbitrage*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2005, p. 1107.
 - BIAMONTI L., *Voce Arbitrato*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, p. 913 ss.
 - BIANCHI ANDREA, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, Padova, 2001, p. 112 ss.
 - BIANCO, *Questioni in tema di competenza del Tribunale fallimentare e di azioni proposte dal curatore*, in *Giurisprudenza di merito*, 1989, 3, p. 596 ss.
 - BISCARETTI DI RUFFIA C., *Compatibilità dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza con l'ordinamento comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 485 ss.
 - BLUMBERG CANE, M., SHUB, P.A., *Securities Arbitration — Law and Procedure*, 1991, in *BNA Books*, Washington, p. 330 ss.
 - BOCKSTIEGEL, K.-H., Germany in: P. Sanders (ed.), *mt. Handbook Comm. Arb.*, Suppl. 26 February 1998.
 - BOCKSTIEGEL, K.-H., *Public Policy and Arbitrability*, in: Sanders, P., (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress series no. 3, Kluwer Law International, 1987, p. 177 et seq.
 - BOCKSTIEGEL, K.-H., *The Role of National Courts in the Development of an Arbitration Culture*, in: A. J. van den Berg (ed.), *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, ICCA Congress Series no. 8, Kluwer Law International, 1998, p. 219.
 - BOGGIO L., *Direzione e coordinamento di società, società «strumentali», sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 1202 ss.
 - BOISNEAULT M., *De la cessation des paiements à la situation difficile comme critère*

de déclanchement des procédures collectives, thèse, Aix en Provence, 1980;

- BONELLI GUSTAVO, *Commentario al codice di commercio. Del fallimento*, 3^a ed., a cura di Virgilio Andrioli, Milano, 1938, p. 491 ss.
- BONFANTI A., *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 407 ss.
- BONFATTI SIDO, CENSONI PAOLO FELICE, *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di Bonfatti-Censoni, Padova, 2007, p. 288
- BONSIGNORI ANGELO, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1998, pp. 84 ss.
- BONSIGNORI ANGELO, *Arbitrati e fallimento*, Padova, Cedam, 1995
- BONSIGNORI ANGELO, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1996, pp. 413 ss.
- BONSIGNORI ANGELO, *Contratto di arbitrato e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1994, pp. 9 ss.
- BONSIGNORI ANGELO, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1995, pp. 674 ss.
- BONSIGNORI ANGELO, *Procedimento arbitrale e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1993, pp. 601 ss.
- BORDE, M., *Corporate Insolvency Law in France* in: H. Rajak P. Horrocks J. Bannister (eds.), *European Corporate Insolvency* (1995), p. 113.
- BORN, G.B., *International Commercial Arbitration in the United States*, Commentary and Materials 1994.
- BOSSI ALESSANDRO, *Rapporti tra arbitrato e fallimento dopo le riforme*, in *Fallimento & Crisi dell'impresa*, n.9/2008, pp. 685-692

- BOZZA GIUSEPPE, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1993, pp. 477 ss.
- BROUDE, R.F., *The Effects of Insolvency Procedures on Arbitration: the United States Experience*, IBA Conference 19-20 September 1994, Paris, unpublished paper.
- BROWN-BERSET DOMINIQUE et LÉVY LAURENT, *Faillite et arbitrage*, in *Bulletin ASA*, 1998, p. 664 ss.
- BUCHER, A. - TSCHANZ, P.-Y., (eds.), *Private International Law and Arbitration Switzerland, Basic Documents 1996*.
- BUONFRATE ANGELO, GIOVANNUCCI ORLANDI CHIARA, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR.*, Torino, Utet, 2006
- CALVO, M.A., *The New ICC Rules of Arbitration - Substantial and Procedural Changes*, 14 J. Int. Arb. 4, 1997, p. 41 ss.
- CAMPANA, *L'impresa in crisi. L'esperienza del diritto francese*, in *Il Fallimento*, 2003;
- CANALE GUIDO, *Commento sub art. 83 bis l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Alberto Jorio e coordinato da Massimo Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 1335 ss.
- CANDELARIO MACÍAS I., *Un examen sobre el reglamento 1346/2000, del consejo de Europa de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria*, in *Diritto fallimentare*, 2002, I, p. 32 ss.
- CAPACCIOLI ENZO, *Capitolato generale per gli appalti di opera pubbliche, clausola compromissoria e fallimento del private contraente*, in *Foro amministrativo*, 1960, II, pp. 178 ss.
- CAPONI R., *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V, p. 220 ss.
- CAPPONI R., *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giurisprudenza*

italiana, 2006, p. 1785 ss.

- CARLEO R., *Controversie non compromettibili*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 283
- CARLEO R., *La successione nel rapporto compromissorio*, in Alpa (a cura di), *L'arbitrato: profili sostanziali*, Torino, 1997, pp. 721 ss.
- CARNACINI TITO, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Torino, p. 921 ss.
- CARNELUTTI FRANCESCO, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1921, II, p. 327 ss,
- CARNELUTTI FRANCESCO, *Pactum de compromittendo?*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1934, II, p. 100 ss
- CARNELUTTI FRANCESCO, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936,p. 550 ss.;
- CARPI FEDERICO, *sub art. 824 bis*, in AA.VV., *Riforma del diritto arbitrale. Commentario sistematico*, a cura di SERGIO MENCHINI, *Le nuove legge civili commentate*, 6, 2007, pp.1393-1394
- CARPI, ZUCCONI, *Del compromesso*, in *Arbitrato, Commento al titolo VIII e IV del conduce di procedura civile, - art. 806- 840*, a cura di Carpi, Bologna, 2001
- CARRATTA ANTONIO, *Arbitrato rituale su credito e interferenze sulla verificaione del passivo*, in *Riv. Arb.*, 1998, pp. 102 ss.
- CARRATTA ANTONIO, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 110.
- CASELLI G., *Degli organi preposti al fallimento*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, art. 23-41, Bologna- Roma, 1977, pp. 59 ss.
- CASSESE FEDERICA, *Clausola compromissoria e fallimento*. In *Rivista dei dottori*

- commercialisti, 2003, p. 356 ss.
- CASTAGNOLA ANGELO, *Arbitrato e fallimento*, in *L'arbitrato fondamenti e tecniche*, 2006, in www.camera-arbitrale.com.
 - CATALLOZZI P., *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, in *Fallimento*, 2007, p. 635;
 - CATALLOZZI P., *Il regolamento europeo e il criterio del Comi (centre of main interests): la parola alla corte*, in *Fallimento*, 2006, p. 1256 ss.
 - CATAUDELLA Q., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 184 ss.
 - CATO, D .M., (ed.), *Arbitration Practice and Procedure - Interlocutory and Hearing Problems*, London, (1992).
 - CAVALAGLIO ADELMO, *Arbitrato libero, giurisdizione ordinaria e verifica fallimentare dei crediti: gli incerti confini*, in *Riv. Arb.*, 2001, p. 445 ss.
 - CAVALLINI CESARE, *Profili dell'arbitrato rituale*, Giuffrè, Milano, 2005
 - CAVALLINI CESARE, *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, Egea, 2009 (in corso di stampa)
 - CECHELLA CLAUDIO, *Il diritto fallimentare riformato*, Il Sole 24 ore, 2007
 - CENSONI PAOLO FELICE, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, pp. 1150 ss.
 - CENSONI PAOLO FELICE, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, p. 1150.
 - CERIONI MARTA, *Fallimento e procedure concorsuali*, nota a Corte Costituzionale, 27 febbraio 2008, n. 39, in *Giurisprudenza italiana*, Giugno, 2008, p. 1361
 - CHAPMAN, B., FOSFA, *International Arbitration*, Arbitration International, 1986, p. 330 ss.
 - CHAPUT Y., *Règlement amiable et cessation des paiements*, in *Rev. trim. dr. com.*, n°

spécial, *Les innovations de la loi sur le règlement judiciaire*, 1986, p. 17 ss.

- CHARLES, R., Section 362- Automatic Stay, in: *W.L. Norton* (ed.), 1995-1996 Annual Survey of Bankruptcy law, p. 793 ss.
- CHERUBINI C., *Azione revocatoria e nuove discipline del rito applicabile alle azioni derivanti da fallimento*. nota a Tribunale di Treviso 2 luglio 2007, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 849
- CHUKWUMERIJE O., *Choice of Law in International Commercial Arbitration* (1994) p. 90.
- COLESANTI VITTORIO, *Giudizio arbitrale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 1998, p. 166
- COLLINS, M., *Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings*, *Arbitration International*, 1995, p. 321.
- CONSOLO CLAUDIO, *Sul campo disossato della compromettibilità in arbitri*, in *Rivista dell'arbitrato*. 2003, p. 241 ss.
- CORDERO MOSS, *Cessione del contratto e autonomia della clausola arbitrale: una discutibile decisione del Tribunale di Mosca*, nota a Trib. Mosca, 21 aprile 1997, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000.
- CORNO G., *La disciplina comunitaria dell'insolvenza*, in *Diritto fallimentare.*, 2002, I, p. 272 ss.
- CORSINI FILIPPO, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, reperibile sul sito www.judicium.it
- COUNTRYMAN, V., *Executory Contracts in Bankruptcy*, 57, in *Minn. L. Rev.*, 1973, p. 439 ss.
- CRAIG, W.L. - PARK, W.W. - PAULSSON, J., *French Codification of a Legal Framework for International Commercial Arbitration: the Decree of May 12, 1981*, in *YCA*, 1982, p. 407.

- CRISCUOLO FABRIZIO, *Clausola arbitrale e fallimento*, in AA.VV. *Contratti in esecuzione e fallimento, la disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*, a cura di Fabrizio Di Marzio, 2007, IPSOA.
- CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, nota a Cass., 21 giugno 1996, n.5761, in *Rivista dell'arbitrato*, 1996
- CROZE HERVE ET REINHARD YVES, *Procédure Collectives et arbitrage: conseil pratiques aux parties et aux arbitres*, in *JCP E*, 2005, p. 612, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n. 14 – 7 avril 2005.
- DANIELE L., Il regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici, in *Diritto fallimentare*, 2004, I, p. 593 ss.
- DANIELE L., Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza, in *Rivista di diritto internazionale privato e proc.*, 2002, p. 33;
- DE CESARI PATRIZIA e MONTELLA GIORGIO, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria - Commentario articolo per articolo del regolamento Ce n. 1346/2000*, Milano, 2004.
- DE CESARI PATRIZIA, Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza, in *Rivista diritto internazionale privato e proc.*, 2003, p. 55.
- DE LY, F., *The Place of Arbitration in the Conflicts of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, in *The Place of Arbitration* (M. Storme and F. De Ly, eds.), 1992, p. 1 ss.
- DE SANTIS F., *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra i formanti*, in *Diritto fallimentare*, 2004, I, p. 91;
- DE SEMO GIORGIO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, p. 250 ss.

- DEITRICK, W.E., *The Conflicting Policies Between Arbitration and Bankruptcy*, in *The Business Lawyer*, 1984, p. 33.
- DEL VECCHIO FRANCESCO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Diritto Fallimentare*, 1986, I, pp. 300 ss.
- DELEAU, *La notion de cessation des paiements en jurisprudence*, in *Rev. trim. dr. com.*, 1949, p. 590 ss.
- DELLA VEDOVA, *Le sorti di un procedimento arbitrale in corso in seguito al sopravvenuto fallimento di una delle parti*, nota a Cass., 4 settembre 2004, n. 17891, in *Foro italiano*, 2005, I, c. 744.
- DELMAS, *Le non- paiement des dettes civiles et la cessation des paiements*, in *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 641 ss.; G. Granchet, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, Paris, LGDJ, 1962.
- DELVOLVÉ, J.-L., *Arbitration in France*, in *The French Law of National and International Arbitration*, 1982.
- DEMEULENAERE, B., *The Place of Arbitration and the Applicable Procedural Law: the Case of Belgium*, in: M. Storme/F. de Ly, (eds.) *The Place of Arbitration*, 1992, p. 67 ss.
- DERAINS, Y. - GOODMAN-EVERARD, R.E., *France, Intl. Handbook*, in *Comm. Arb.*, Suppl. 26 (February 1998), p. 18 ss.
- DERAINS, Y., *Choice of the Law Applicable to the Contract and International Commercial Arbitration*, 6 *The iCC International Court of Arbitration Bulletin* 1 (May 1995) p. 17ss.
- DERAINS, Y., *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, in: P. Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series no. 3, 1987, p. 227 ss.

- DI GRAVIO, Questioni sulla compatibilità del fallimento nazionale con l'arbitrato internazionale, in *Diritto Fallimentare*, 1984, n. 6, p. 1001 ss.
- DI MUNDO, La sorte dei contratti pendenti, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007, p. 293 ss.
- DI NANNI, nota senza titolo a Cassazione, 11 giugno 1969, n. 2064, in il *Foro italiano*, 1969, I, col. 2490 ss.
- DIAMOND, A. - VEEDER, V.V., The New English Arbitration Act 1996: Challenging an English Award before the English Court, in *Am. Rev. Intl. Arb.* 1 (1997) p. 47 ss.
- DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe, Torino 2007, p. 803 ss.
- Droste, K.G.W./Vincent, G.J.C., 'Corporate Insolvency Law in Germany' in: H. Rajak/P.Horrocks/J. Bannister (eds.), *European Corporate Insolvency* (1995), pp. 15 and 176.
- ELLAND-GOLDSMITH, M., *English Insolvency Law — International Aspects*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 3, 1989, p. 214 ss.
- ENZO CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1959, p. 526 ss.
- EPSTEIN, D. G., *Bankruptcy and other Debtor-Creditor Laws*, Fifth edition 1995.
- FABBRINI, *Una prima analisi dell'imminente riforma del diritto fallimentare francese*, in *il Diritto Fallimentare*, 2004, 1, p. 1191 ss.
- FABIANI M., Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione di gruppi transnazionali?, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1570;
- FABIANI M., Gruppi d'impres e insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria, in *Int'l Lis*, 2004, p. 95;

- FABIANI MASSIMO, *Commento sub art. 24 l.f.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Alberto Jorio e coordinato da Massimo Fabiani, Bologna-Torino, 2006, p. 425 ss.
- FABIANI MASSIMO, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, supplemento in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, p. 12
- FAVARA F., Effetti del fallimento sulla clausola compromissoria, in *Rassegna Avvocatura di Stato*, 1965, I, 1077
- FAZZALARI ELIO, *Questione di legittimità costituzionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p. 661 ss.
- FAZZALARI ELIO, *Una buona novella*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 8
- FERRI C., Creditori e curatore della procedura principale nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 707;
- FLETCHER, J.F., *The Law of Insolvency*, London (1990), p. 18.
- FOUCHARD PHILIPPE, *Arbitrage et faillites*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1998, p. 471 ss.
- FOUCHARD PHILIPPE, B. GOLDMAN, E GAILLARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996.
- FOUCHARD PHILIPPE, nota a Cour d'Appel de Paris (1re Chambre civile), 3 marzo 1998, Société toulonnaise d'exploitation cinématographique c/Société Polygram Film Distribution; Cour d'Appel de Paris, (1er Chambre Civile), 30 marzo 1999, Consorts de Coninck c/ M. Zanzi et Société Torelli ès quai, in *Revue de l'Arbitrage*, 2003, p. 207 ss.
- FOUCHARD PHILIPPE, nota a Cour d'appel de Paris (1re Chembre civile), 15 marzo 2001, Société Albert, Société Courret Guguen et M. Rambour ès qual c/Société Frabeltex, in *Revue de l'Arbitrage*, 2003, p. 214 ss.
- FRAGISTAS, CH., *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 14 ss.

- FRASCAROLI SANTI ELENA, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *il Fallimento*, 1996, I, p. 419 ss.
- FUMAGALLI L., Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 677, 1229;
- FUSAI PAOLA, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, in *L'arbitrato* a cura di Claudio Cecchella, Cap. XI, Utet, Torino, 2005.
- GALLESIO-PIUMA E., *L'azione revocatoria fallimentare*, Padova, Cedam, 1992, p. 358.
- GENOVESE ANNA, *Effetti del fallimento sui contratti in corso di esecuzione. Prime considerazioni sulle novità della riforma*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, pp. 1132-1149
- GHIGNONE FILIPPO, *Arbitrato e fallimento*, in ANGELO BUONFRATE, CHIARA GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR.*, Torino, Utet, 2006, pp. 314 ss.
- GIORGETTI MARIACARLA, CLEMENTE FEDERICO, *La legge fallimentare commentata*, Franco Angeli, 2008
- GIRSBERGER DANIEL, HAUSMANINGER CHRISTIAN, *Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate*, in *Arbitration International*, 1992, p. 1 ss,
- GIUDICI ANTONIO, *Commento sub art. 83-bis l.f.*, in AA.VV. *Codice del fallimento*, a cura di Manuela Bocchiola e Alida Paluchowski, 6° edizione, Giuffrè, Milano, 2009
- GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London (1997).
- GRAMATICA MONICA, *Commento sub art. 24 l.f.*, in AA.VV. *Codice del fallimento*, a cura di Manuela Bocchiola e Alida Paluchowski, 6° edizione, Giuffrè, Milano, 2009
- GRAMATICA MONICA, *Commento sub art. 35 l.f.*, in PIERO PAJARDI e AA.VV., *Codice del fallimento*, a cura di Manuela Bocchiola e Alida Paluchowski, 6° edizione, Giuffrè, Milano, 2009

- GROPPOLI LUISA, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il Fallimento*, n. 2, 2009, p. 134 ss.
- GROSSI MARIA ROSARIA, *La riforma della legge fallimentare, commento e formule sulla nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2008.
- GROSSI MARIA ROSARIA, *La riforma della legge fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2006
- GUERNELLI MICHELE, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2, marzo-aprile, 2008, p. 257 ss.
- GUGLIELMUCCI LINO, *Diritto fallimentare*, 2007, p. 92;
- GUGLIELMUCCI LINO, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, art. 72-83, Bologna-Roma, 1977, p. 26 ss.
- HANOTIAU, B., *Competition Law Issues in International Commercial Arbitration*, in *American Review of International Arbitration*, 1995, p. 287.
- HANOTIAU, B., *Objective Arbitrability, its Limits, its Problem Areas*, ASA Special series No. 6, March 1994, p. 26 ss.
- HANOTIAU, B., *What Law Governs the Issue of Arbitrability*, *Arbitration International*, 4, 1996, p. 391 ss.
- HUTCHINSON, S.G., *Non recognition of Post-Bankruptcy Arbitration: Victri, Steamship Co. v. Salen Dry Cargo A.B.*, 22 *The International Lawyer* (1988), p. 1183 ss.
- IDOT LAURENCE, nota a Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 5 febbraio 1991, *Société Almira Films c/Pierrel, és qualités*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1991.
- J. VALLANSAN, *Redressement et liquidation judiciaires*, Paris, Litec, 2000.

- JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficulté*, 4eme éd, 2006, Litec - Editions du JurisClasseur.
- JACQUEMONT ANDRE, *Droit des entreprises en difficulté*, 5° éd., LexisNexis, Litec, Paris, 2007, § 489.
- JARROSSON, CH., Commentary to Perma Entr. Maxime, Cass. 2e civ.,. 1992, Rev. Arb. (1995) p. 64.
- JARVIN, S. - DERA INS, Y., Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985, 1990.
- JORIO ALBERTO, *La crisi dell'impresa, Il Fallimento*, Milano, 2000, p. 537
- KOLMANN S., *Diritto fallimentare europeo ed internazionale - il Regolamento (Ce) n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza*, in *European Legal Forum*, 2002, 167.
- KORAL, R.L. SORDINO, M.-C., *The New Bankruptcy Reorganization Law in France: Ten Years Later*, in *American Bankruptcy Law Journal (ABLJ)*, 1996.
- KREINDLER, D .L., *The Convergence of Arbitration and Bankruptcy*, in *The Arbitration Journal* 1, 1974, p. 34.
- KURTH, M.H., *An Unstoppable Mandate and an Immoveable Policy: The Arbitration Act and the Bankruptcy Code Collide*, in *UCLA Law Review*, 1996, p 999 ss.
- LA CHINA SERGIO, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999.
- LA CHINA SERGIO, *La nullità nei procedimenti arbitrali*, in *Studi in onore di E. Allorio*, tomo II, Milano, 1989, p. 1445 ss.
- LALIVE L., *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in: P. Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series no. 3, 1987. p. 257 ss.
- LANDOLFI, *Gli organi: il tribunale fallimentare*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, trattato diretto da GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE e C. COSTA, Torino, 1997, I, p. 400 ss.

- LANG V. M., *The Effect of Bankruptcy Proceedings on Arbitration*, in *Lawyer's Arbitration Letter*, March 1988, p. 1 ss.
- LAPENNA R., *Dichiarazione di fallimento ed accordi arbitrali anteriormente stipulati dal fallito*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1999, p. 247 ss.
- LAZIC VESNA, *Conclusion of Arbitration Agreements in Insolvency Proceedings*, in *Cro. Arb. Yearbook*, 1997, p. 1 ss.
- LAZIC VESNA, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer, 1998.
- LAZIE V., *The Effect of Arbitration Agreements in Insolvency Proceedings*, in *Hague Y. Int'l. L.*, 1995, p. 47 ss.
- LAZZARA MARGHERITA, *Commento sub art. 83 bis l.f.*, in *Il nuovo fallimento, Le nuove legge civili, Commentario al r.d. 16,3,1942, n. 267 coordinato con le modifiche apportate dalla l. 14.5.2005, n. 80 e dal d.lgs 9.1.2006, n. 5*, a cura di Santangeli, Milano, Utet, 2006, p. 365 ss.
- LE CORRE D., *L'Arbitrage e la faillite*, 2005, *Cah. Dr. Aff.*, suppl. au n. 33.
- LÉVY LAURENT, *Insolvency in arbitration (Swiss Law)*, in *International arbitration Law Review*, 2005, p. 23 ss.
- LIBERTI LAHRA, *Arbitrato internazionale e fallimento: in Francia e in Italia*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 771 ss.
- LIEBMAN ENRICO TULLIO, *Manuale di diritto processuale civile*, a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci, Milano, Giuffrè, 2002, p. 245 ss.
- LIENHARD A., *Clôture pour insuffisance d. Actif.: compensation de plein droit* », note sous *Com. - 8 juillet 2008*. Recueil Dalloz, 4 septembre 2008, *Actualité jurisprudentielle*, p. 2072 ss.; J. -F. MARTIN, *Redressement et liquidation judiciaires: prévention, règlement amiable, faillite personnelle, banqueroute*, 7e éd, Paris, Editions Dalloz, 1999.
- LIENHARD A., *Modalités de déclaration des créances* (synthèse de la jurisprudence

récente, Dalloz droit des affaires, 2001, n° 12, p. 1011 ss.;

- LIENHARD ALAIN, *Compétence du tribunal de la procédure en présence d'une clause d'arbitrage*, in recueil Dalloz (D), Actualité jurisprudentielle, 2004, n. 4, pag. 278, obs. Cour de Casation, Chambre Commerciale, 14 gennaio 2004, Société Prodim c/Société Logidis.
- LIENHARD ALAIN, *Recadrage de l'articulation entre arbitrage et procédure collective*, in *Recueil Dalloz (D)*, 2004, n. 24, p. 1732 nota a Cass. , chambre commerciale, 2 giugno 2004.
- LIPPONI ANNA, *Ancora su arbitrato e fallimento*, nota a Cass. 17 aprile 2003, n. 6165, in *Rivista dell' arbitrato*, 2004, p. 701 ss
- LO CASCIO GIOVANNI, *Commento sub art. 25 l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, pp. 490-491
- LO CASCIO GIOVANNI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali : aggiornato con la riforma fallimentare (R.D. 267/1942, L. 80/2005, D. Lgs. 5/2006)*, Milano : IPSOA, 2007, p. 523.
- LUPOI MARIA ANGELA, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso «Eurofood» e non solo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1393;
- MACCHIA MASSIMO, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, p. 818 ss.
- MAFFEI ALBERTI, in G. RUISI, A. JORIO, A. MAFFEI ALBERTI, G.U. TEDESCHI, *Il fallimento*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, II, Torino, 1978, p. 373
- MANDRIOLI CRISANTO, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995, p. 413 ss

- MANDRIOLI CRISANTO, Corso di diritto processuale civile, III, Torino, 1995, p. 413 ss.
- MANTILLA-SERRANO, F., *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, in *Arbitration International*, 1995, p. 69 ss.
- MANTILLA-SERRANO, FERNANDO, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, in *Arb.Int'l*, 1995, at 51 et seq.
- MARINI, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1993.
- MARKASON C.C., *Arbitration Agreements in Bankruptcy Proceedings: The Clash Between Policies and the Proper Forum for Resolution — Zimmerman v. Continental Airlines, Inc.*, in *Temple Law Quarterly*, 1984, p. 855 ss.
- MARTIN J. -F., *Redressement et liquidation judiciaires : prévention, règlement amiable, faillite personnelle, banqueroute*, 7e éd, Paris, Éditions Dalloz, 1999.
- MARTIN-SERF A., *Le droit communautaire de la faillite : une construction laborieuse et complexe*, (Colloque de Deauville des 3 et 4 avril 2004 :entreprises en difficulté: un nouvel essai. Moins de liquidations par plus de prévention. Mythe ou réalité ?), in *Revue de jurisprudence commerciale*, hors série, 2004, p. 145-159
- MARTIN-SERF A., *observations sous Com.*, 17 décembre 2003, *Bull.*, IV, n° 210, p. 232, *Revue trimestrielle de droit commercial*, avril-juin 2004, n° 2, p. 372-373. (*Déclaration des créances - Forme - Déclaration faite par télécopie - Régularité*);
- MAY J-CL, *La cessation des paiements*, in *Les Petites Affiches*, 16 oct. 1985, p. 12 ss.
- MAZZOCCA DOMENICO, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, Jovene, p. 71
- MÉLIN F., *La posizione dei creditori nelle procedure concorsuali aperte nell'Unione europea ai sensi del regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Diritto fallimentare*, 2004, I;
- MONTANARI M., *Decisioni pronunciate nei confronti del solo fallito e opposizione di*

- terzo al curatore* in *Il Fallimento*, 2004, p. 739 nota a Cass. Civ., 28 maggio 2003, n. 8545
- MONTANARI M., *La perpetuatio iurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 20 ss.
 - MONTELLA G., *Il regolamento Ce 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e la legge applicabile alla revocatoria fallimentare*, in *Foro italiano*, 2007, I, p. 2816 ss.
 - MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p. 82 ss.
 - MORINI DEBORAH, *Arbitrato e fallimento*, in *Diritto Fallimentare.*, 1995, II, 772 ss.
 - MOURRE ALEXIS, *Arbitrage et droit de la faillite: réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre*, in *Faillite internationale et conflit de juridictions*, sotto la direzione di Georges Affaki, Fedeuçi, Bruylant, 2007, pp. 153 ss.
 - MURONI RAFFAELLA, *La pendenza del giudizio arbitrale*, collana: Bibliotwca di diritto processuale civile, ed. Giappichelli, Milano, 2008
 - NEUFELD FRED, *Enforcement of Contractual Arbitration Agreements under the Bankruptcy Code*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1991, p. 525 ss.
 - NICOLOSI SALVATORE, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo art. 24 l.f.*, in www.judicium.it.
 - PAGE R.S., *Arbitration Proceedings and the Automatic Stay in Bankruptcy*, in *Arbitration & the Law 1991-92*, Office of the General Council American Arbitration Association, 1992, p. 37.
 - PAJARDI PIERO, *Manuale di diritto fallimentare*, 4^a ed., Milano, 1993, pp. 439 ss.
 - PANZANI LUCIANO, *Il regolamento sulle procedure d'insolvenza*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2002, 436;
 - PARK W.W., *Judicial Control in the Arbitral Process*, in *Arbitration International*, 1989, p. 251 ss.

- PATELLI ALESSANDRO, In che limiti la clausola compromissoria inserita in un contratto è opponibile al fallimento, in *Il fallimento casi e questioni*, sez. IV, caso 5, p. 52 ss.
- PERDRIAU A., (*Voies de recours possibles ou interdites à l'encontre des ordonnances des juges-commissaires*, *Sem. jur.*, E. A, n° 28, 11 juil. 2002, *Jurisprudence*, 1081, p. 1199-1200.
- PERDRIAU A., *Voies de recours possibles ou interdites à l'encontre des ordonnances des juges-commissaires*, in *Sem. jur.*, E. A, n. 28, 11 juil. 2002, *Jurisprudence*, 1081, p. 1199-1200
- PÉTEL PH., *Le nouveau droit des entreprises en difficulté: acte II*, in JCP E 2009, 1049, § 18 ss.
- PIERGROSSI ALBERTO, *Tutela del terzo nell'arbitrato*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, IV, Milano, 1979, p. 2569 ss.
- PLENTEDA DONATO, *I rapporti giuridici pendenti nel fallimento riformato*, Il sole24ore, 2008, pp. 185-188
- PRIOR M., *Arbitrability - The Effect of Insolvency Procedures on Arbitration*, unpublished paper, presented at the IBA Conference in Paris, 19-20 September 1994.
- PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. Fallim.*, 1991, I, pp. 1182 ss.
- PROTO V., *Regolamento Ue sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, in *Fallimento*, 2000, 709;
- PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento. In Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1999, p. 980.
- PROVINCIALI RENZO, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, pp. 878-880
- PUNZI CARMINE, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, p. 229

- PUNZI CARMINE, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 331 ss.
- PUNZI CARMINE, *La riforma dell'arbitrato (osservazioni a margine della Legge 9 febbraio 1983, n. 28)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1983, p. 84.
- PUNZI CARMINE, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 997;
- PUNZI CARMINE, *Luci e ombre nella disciplina dell'arbitrato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 95 ss.
- PUNZI CARMINE, Voce *Arbitrato*, Sezione: *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, p. 17 ss.
- RADICATI DI BROZOLO L., «*Arbitrage commercial international et lois de police*», in *RCADI*, 2005, p. 299 ss.
- RADICATI DI BROZOLO LUCA, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario, e regole nazionali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 297.
- RAGO GEPPINO, *Manuale della revocatoria fallimentare, Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2001, 649 ss.
- RAGUSA MAGGIORE GIUSEPPE, *Diritto Fallimentare*, Napoli, 1964, p. 208
- RAVIDA F., *Il procedimento arbitrale e la procedura fallimentare: la difficile ricerca degli strumenti di coordinamento*, in *Temi Romana*, 2000, 699 pp.
- REDENTI ENRICO, voce *Compromesso* (Diritto processuale civile), in *Nuovo Digesto italiano*, III, Torino, 1938, p. 51 dell'estratto
- REDENTI ENRICO, voce *Compromesso* (Diritto processuale civile), in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1960, p. 788
- RESTAINO LUCA, *Commento sub art. 83 bis l.f.*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, Tomo I, artt. 1-103, a cura di Alessandro Nigro e Michele Sandulli,

Giappichelli editore, Torino, p. 491 ss.

- RICCI EDOARDO FLAVIO, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Rivista di diritto processuale*, 1989, p. 671 ss.
- RICCI EDOARDO FLAVIO, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Rivista di diritto processuale*, 2004, 387;
- RICCI EDOARDO FLAVIO, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1994, p. 809 ss.
- RICCI EDOARDO FLAVIO, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la cassazione risponde alle critiche*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 559 ss.
- RICCI EDOARDO FLAVIO, *Le procedure locali previste dal regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, 900;
- RICCI EDOARDO FLAVIO, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28, modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Nuove leggi commerciali*, 1983, p. 635 ss.
- RICCI EDOARDO FLAVIO, *Sull'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, in *Rassegna dell'arbitrato* 1985, p. 243;
- RICCI EDORDO FLAVIO, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge del 9 febbraio 1983*, p. 642 ss.
- RICCI GIAN FRANCO, *Lo svolgimento del procedimento, Commento sub art. 816 bis c.p.c.*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, Zanichelli editore, seconda ed. 2007.
- RIEDI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in VITALONE-CHIMENTI-RIEDI, *Il diritto processuale del fallimento*, Giappichelli, Torino, 2008
- RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de droit commercial. Tome 2, Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives*, 2000.

- ROBERT, J. - CARBONNEAU, T.E., *The French Law of Arbitration* (1983).
- RUGGIERI PIETRO, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Diritto & Formazione*, 2003, p. 683 ss.
- SAMUEL A., *A Critical Look at the Reform of the Swiss Arbitration Law*, in *Arbitration international*, 1991, p. 33 ss.
- SAMUEL A., *Jurisdictional Problems in international Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.
- SAMUEL A., *The Effect of the Place of Arbitration on the Enforcement of the Agreement to Arbitrate*, in *Arbitration International*, 3, 1992, p. 257 ss.
- SANGIOVANNI V., *La domanda di ammissione al passivo dell'insolvenza nel diritto tedesco alla luce del regolamento comunitario n. 1346/2000*, in *Diritto fallimentare*, 2005, I, p. 1202 ss.
- SATTA SALVATORE, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1970, p. 244 ss.
- SCHIZZOROTTO G., *Dell'arbitrato*, 3° edizione, Milano, 1988, p. 70 ss.
- SCHWARTZ ROBERT, *The USA Bankruptcy Courts Failure to Interpret the NY Convention as a Treaty Obligation*, in *Arbitration International*, 1998, p. 231 ss.;
- SCHWEBEL S.M., *Public Policy and Arbitral Procedure*, in: P. Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3 (1986) p. 205.
- SIMON A-M., HESS-FALLON B., *Droit des affaires*, 15ème édition, - éd. Dalloz-Sirey, 2003. J. Vallansan, *Redressement et liquidation judiciaires*, Paris, Litec, 2000.
- SPARANO VINCENZO, *Attualità e rilevanza della scelta arbitrale nei fallimenti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1996, p. 423 ss.

- STARACE V., *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 295 ss.
- TARZIA GIUSEPPE, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 631 ss;
- TARZIA GIUSEPPE, *Efficacia del lodo e impugnazione nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1987, p. 14
- TARZIA GIUSEPPE, *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1985, p. 1 ss.;
- TARZIA GIUSEPPE, *Processi pendenti e fallimento*, in *Rivista di diritto processuale*, 1990, p. 67 ss.
- TEBOUL G., *La réforme de la prévention et des procédures collectives*, in *Gaz. Pal.*, 2000, n° 344, p. 2 ss;
- TEBOUL G., *Le report de la date de cessation des paiements*, in *Rev. de jurispr. com.*, 2000, n° 6, 204.
- TEDESCHI GUIDO UBERTO, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006
- TEDIOLI FRANCESCO, *Appunti sul rapporto tra arbitrato rituale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Studium Iuris*, 2006, pp. 526 ss.
- THALLER, *Qu'est ce que la cessation des paiements dans la faillite ?*, in *Ann. dr. com.*, 1897, p. 216 ss.
- TISCINI ROBERTA, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, p. 623.
- TIZI FRANCESCA, *Fallimento e giudizi arbitrali pendenti i crediti*, in *Diritto Fallimentare*, 2005, p. 440 ss.
- TOTA GABRIELLA, *Sulla legittimazione del curatore all'opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nel contraddittorio del solo fallito*, in *Rivista*

dell' Arbitrato, 2004, p. 713 ss., nota a Cass. Civ. 28 maggio 2003, n. 8545.

- VALLENS J. L., *L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours*, in *Revue Trimestrielle Droit Commerciale*, 1991, p. 529 ss.
- VALLENS, *Bull. d'actualité Lamy droit commercial*, sept. 2005 (présentation générale)
- VANZETTI MICHELLE, *L'insolvenza transnazionale storia del problema - In Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, Milano, 2006
- VANZETTI MICHELLE, *Procedure concorsuali - Insolvenza transnazionale*, in *Il diritto – Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, vol. XII, p. 18 ss.
- VECCHIONE RENATO, *Compromessi in arbitri e fallimento*, in *Diritto Fallimentare*, 1956, p. 296 ss.
- VECCHIONE RENATO, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971
- VELLANI C., *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006; VINCRE SIMONETTA., *Il regolamento Ce sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 2004, 213;
- VELLANI CARLO, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, 1995.
- VERDE GIOVANNI, *Arbitrato e giurisdizione*, in *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, a cura di G. Verde, Napoli, 1985, p. 161 ss.
- VERDE GIOVANNI, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 1997
- VERDE GIOVANNI, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni Verde, Torino, 2005, p. 78 ss.
- VERDE GIOVANNI, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 371 ss.
- VERDIRAME GAETANO, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, pp. 1169.
- VESSIA FRANCESCA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi*

- pendenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Novembre-Dicembre 2008, n. 6, p. 773 ss.
- VINCRE SIMONETTA, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996
 - VINCRE SIMONETTA, *Fallimento e arbitrato rituale (premesse per uno studio)*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, p. 740 ss.
 - VINCRE SIMONETTA, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di Lino Guglielmucci, collana diretta da Paolo Cendon, capitolo XXII, Cedam, 2006, pp. 311- 338.
 - VINCRE SIMONETTA, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, in *il Fallimento*, 2004, p. 527 ss.
 - VINCRE SIMONETTA, *Scioglimento del compromesso per arbitrato irrituale*, in *Il Fallimento*, n. 5/2004, pp. 523-531
 - VITALONE V., Il regolamento n. 1346 del 2000 del consiglio delle comunità europee relativo alle procedure di insolvenza, in *Giustizia civile*, 2002, II, 317;
 - VITALONE V., CHIMENTI, RIEDI, *Il diritto processuale del fallimento*, Giappichelli, Torino, 2008
 - VITOLO RODOLFO, *Arbitrato e fallimento*, in AA.VV. *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Giuseppe Fauceglia e Luciano Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 923.
 - VOCINO, Schema di una teoria della clausola compromissoria, in *Foro italiano*, 1932, c. 1063.
 - WINKLER M. M., Eurofood: è davvero finito il periodo di «rodaggio» del regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?, in *Diritto commerciale internazionale*, 2007, p. 527 ss.
 - WINKLER M. M., Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la corte di giustizia si pronuncia sul caso «Eurofood», in *Int'l Lis*, 2007, p. 15;

- ZANICHELLI VITTORIO, *La nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali dopo il D.Lg. 12.9.2007, n. 169*, Utet, 2008
- ZUCCONI GALLI FONSECA ELENA, *Commento sub art. 806 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 6 Novembre- Dicembre, 2007.
- ZUCCONI GALLI FONSECA ELENA, *Convenzione arbitrale e fallimento - Commento sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, Zanichelli editore, seconda ed., 2007, p. 108 ss.

GIURISPRUDENZA DELLE CORTI DI MERITO ITALIANE

- Corte di Appello di Ancona, 19 luglio 1952, in *Giustizia civile*, 1953, p. 933;
- Corte di Appello di Milano, 5 agosto 1958, in *Diritto Fallimentare*, 1958, II, p. 590
- Tribunale di Locri, 1° agosto 1959, in *Giurisprudenza italiana*, 1960, I, 2, colonna 181
- Tribunale di Genova, 24 novembre 1959, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1960, II, p. 718.
- Tribunale di Milano 18 settembre 1980 in *Il Fallimento*, 1981, p. 710.
- Collegio Arbitrale di Roma, 6 aprile 2000, in *Temi romana*, II, p. 694 ss.
- Tribunale di Treviso 2 luglio 2007, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 849 con nota di C: CHERUBINI, *Azione revocatoria e nuove discipline del rito applicabile alle azioni derivanti da fallimento*.

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA

- Cassazione civile, 17 novembre 1926, n. 2949, in *Repertorio del Foro italiano*, 1926, voce Fallimento, 54
- Cassazione civile, 20 dicembre 1934, n. 3643, in *Repertorio del Foro italiano*, 1935, I, voce Fallimento, colonna n. 263
- Cassazione civile. 22 giugno 1942, n. 1754, in *Repertorio del Foro italiano*, 1942, voce Fallimento, n. 53
- Cassazione civile, 12 gennaio 1956, n. 30, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1956, II, p. 57
- Cassazione civile 4 agosto 1958, n. 2866, in *Giustizia Civile*, 1959, I, p. 130 ss. e in *Il*

diritto fallimentare e delle società commerciali, 1958, II, pp. 590 ss.;

- Cassazione civile, 10 dicembre 1958, n. 3861, in *Foro italiano*, 1959, I, colonna 1848;
- Cassazione civile, 23 gennaio 1964, n. 162, in *Banca e borsa*, 1964, II, p. 162, con nota di G. GRAZIADEI;
- Cassazione civile 20 marzo 1965, n. 462, in *Rassegna avvocatura di Stato*, 1965, I, pp. 1075 ss. e in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1965, II, pp. 228 ss.
- Cassazione civile 11 giugno 1969, n. 2064, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1970, II, p. 59;
- Cassazione civile, 6 dicembre 1989, n. 5401 in *Il Fallimento*, 1990, p. 492 o in *Giurisprudenza Italiana*, 1990, I, p. 1122.
- Cassazione civile, 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Il Fallimento*, 1993, p. 475, con nota di GIUSEPPE BOZZA
- Cassazione civile, 1 agosto 1997, n. 7154
- Cassazione civile, 18 agosto 1998, n. 8145, in *Repertorio del Foro italiano*, 1998, voce *Fallimento*, n. 356;
- Cassazione civile, 15 maggio 2001, n. 6659
- Cassazione SS.UU., 9070 del 2003; Cass. SS:UU., 16429 del 21 novembre 2002
- Cassazione civile, 15 aprile 2003, n. 5950, in *Massimario della giurisprudenza Italiana*, 2003
- Cassazione civile, 23 aprile 2003, n. 6475, in *Il Fallimento*, 2004, p. 541 con commento di Luciano Panzani.
- Cassazione civile, 21 marzo 2003, n. 4210, in *Diritto fallimentare*, 2004, II, p. 392;
- Cassazione civile, 28 maggio 2003, n. 8545 Cass. civ., 28 maggio 2003, n. 8545, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, p. 401; in *Il Fallimento*, 2004, p. 739, con nota di MONTANARI, *Decisioni pronunciate nei confronti del solo fallito e opposizione di*

terzo al curatore; in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 718 con nota di TOTA, *Sulla legittimazione del curatore all'opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nei confronti del solo fallito*.

- Cass. SSUU, 6 giugno 2003, n. 9070, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 964.
- Cassazione civile, 4 settembre 2004, n. 17891 in *Il Fallimento*, n. 6/2005, con nota di Roberta Tiscini.
- Cassazione civile, 8 agosto 2002, n. 8238, in *Il Fallimento*, 2003, p. 380;
- Cassazione civile, 12 novembre 1993, n. 11189, in *Il Fallimento*, 1994, p. 371;
- Cassazione civile, 9 settembre 2005, n. 14468, in *Guida al diritto*, 2005, p. 70;
- Cassazione civile, 20 aprile 2004, n. 13496, in *Guida al diritto*, 2004, p. 60;
- Cassazione civile, 21 dicembre 2001, n. 16183, in *Archivio Locazioni*, 2002, p. 416.
- Cassazione civile, 9 novembre 2005, n. 21708, in *Repertorio del Foro italiano*, 2005, voce *Fallimento*, p. 325;
- Cassazione civile, 15 aprile 2003, n. 5950, in *Foto italiano*, 2003, I, colonna 2393;
- Cassazione civile, 5 luglio 2000, n. 8990, in *Repertorio del Foro italiano*, 2000, voce *Fallimento*, p. 309.

GIURISPRUDENZA DELLE CORTI DI MERITO FRANCESI

- Cour d'appel de Paris (1re Chambre civile), 3 marzo 1998, *Société toulonnaise d'exploitation cinématographique c/Société Polygram Film Distribution Ph. Fouchard*, (obs.).
- Cour d'Appel de Paris, (1er Chambre Civile) 30 marzo 1999, *Consorts de Coninck c/ M. Zanzi et Société Torelli ès quai*, *Rev. Arb.*, 2003, p. 207 ss. Ph. Fouchard (obs)

- Cour d'Appel de Paris, Ière Ch. Sec. C; 30 marzo 1999, Patricia Dont e altri eredi di Jacques de Coninck c. Maeco Zanzo in qualità di curatore fallimentare della D. Tripovich Spa , nota di LAHRA LIBERTI, *Arbitrato internazionale e fallimento in Italia e in Francia*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 771 ss.
- Cour d'appel de Paris (1re Chambre civile), 15 marzo 2001, Société Albert, Société Courret Guguen et M. Rambour ès qual c/Société Frabeltex, *Rev. Arb.*, 2003, p. 214 ss., Ph. Fouchard, (obs.).
- Cour d'Appel de Paris, 1 ere Ch. Sec. C; sentenza 30 marzo 1999, Patricia Dont e altri eredi di Jacques de Coninck c. Marco Zanzi in qualità di curatore fallimentare della D. Tripovich spa, la SCP JF e F. Torelli in qualità di commissario per l'esecuzione del piano di continuazione dell'esercizio dell'impresa de Coninck, osservazioni di Liberti, *Arbitrato internazionale e fallimento: in Italia e in Francia*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, pp. 771 ss.

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE FRANCESE

- Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 9 gennaio 1990, le Bris ès qual c/Demarti, ès qual., *Rev. Arb.*, 1991, p. 69 ss. Pascal Ancel, (obs).
- Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 5 febbraio 1991, Société Almira Films c/Pierrel, ès qualités, *Rev. Arb.*, Laurence Idot (obs.).
- Cour de Casation, Chambre Commerciale, 14 gennaio 2004, Société Prodim c/Société Logidis, *Rev. Arb* 2004, p. 590. obs Pascal Ancel.
- Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 14 gennaio 2004, Société Prodim c/Société Logidis, in recueil Dalloz (D), *Actualité jurisprudentielle*, 2004, n. 4, pag. 278 obs. Alain Lienhard.
- Cour de Cassation, Chambre. 1 civile, 30 marzo 2004: Juris-Data n. 2004-023086; JCP

E 2004, 24; D. 2004, p. 1425; Act. Proc. Coll. 2004, comm, 112, obs, Vallasan.

- Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 2 giugno 2004, (2 sentenze) Société Gaussin et autres c/ Société Alstom Power Turbomachines, in (Bull. IV) Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles, IV, n. 212; JCP 2004, I, 174, obs. Pétel; rev. Arb. 2004, 591, obs. Ancel; D. (Recueil Dalloz-Sirey) 2004, somm. p. 3184, obs Clay._ Société Industry et autres c/ Société Power Turbomachines: Juris-Data n. 2004-023924; JCP E 2004, 975, note N.S.; JCP E 2004, 1816, § 1, obs. J. Béguin; RDT com. 2004, p. 439, obs. J. Cl. Dubarray et E. Loquin.
- Cass., chambre commerciale, 2 giugno 2004. Société Gaussin et autres c/ Société Alstom Power Turbomachines obs. Alain Lienhard, Recadrage de l'articulation entre arbitrage et procédure collective, Recueil Dalloz (D), 2004, n. 24, p. 1732.