

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN  
Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele  
Ciclo XXIX

Settore Concorsuale di afferenza: Area 12 – Scienze giuridiche  
Settore Scientifico disciplinare: IUS 15 – Diritto processuale civile

**ARBITRATO E PROCEDURE CONCORSUALI**

**ALLA LUCE DELLE RECENTI RIFORME**

Presentata da Lucilla Galanti

**Coordinatore Dottorato**

**Chiarissima Prof.ssa**

**Marcella Gola**

**Relatore**

**Chiarissima Prof.ssa**

**Elena Zucconi Galli Fonseca**

Esame finale anno 2017

## **INDICE**

<b>INTRODUZIONE .....</b>	<b>p. 1</b>
---------------------------	-------------

### **PARTE PRIMA**

#### **PRINCIPI PROCESSUALI DELL'ARBITRATO NEL SISTEMA CONCORSUALE.**

##### **CAPITOLO I - LA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DELLA COMPATIBILITÀ TRA ARBITRATO E CONCORSO**

1. Dubbi sulla sussistenza di uno spazio per l'arbitrato nell'ambito della procedura fallimentare.....	p. 5
2. (segue): e loro progressivo superamento.....	p. 10
3. Il definitivo riconoscimento della compatibilità tra arbitrato e fallimento: una compatibilità concettuale, funzionale e strutturale.....	p. 15
4. La conferma del legislatore.....	p. 21
5. (segue): anche alla luce delle riforme.....	p. 23
6. La più generale compatibilità tra arbitrato e sistema concorsuale.....	p. 24
7. (segue): e l'introduzione di una norma specifica per il concordato preventivo.....	p. 25
8. L'arbitrato nelle attuali prospettive di modifica del sistema concorsuale.....	p. 28
9. (segue): anche in un'ottica comparata.....	p. 30

##### **CAPITOLO II - L'ARBITRABILITÀ NELLE PROCEDURE CONCORSUALI**

1. Una ricostruzione dell'arbitrabilità in prospettiva processual-concorsuale.....	p. 34
2. (segue): i limiti derivanti dal sistema.....	p. 39
3. Rilettura della portata «residuale» dell'arbitrato in ambito fallimentare: dalla dichiarazione di fallimento non derivano limitazioni all'arbitrabilità dei diritti.....	p. 40
4. (segue): un vaglio alla luce delle disposizioni processuali in materia fallimentare....	p. 45

5. Arbitrabilità e diritti successivi al fallimento.....	p. 46
6. La non arbitrabilità della dichiarazione di fallimento.....	p. 48
7. Una riemersione della «residualità arbitrale» a fronte dell'accertamento del passivo?.....	p. 51
8. Inarbitrabilità dell'insinuazione al passivo alla luce della specificità dell'oggetto di giudizio: il diritto al concorso.....	p. 54
9. (segue): e gli effetti dell'accertamento.....	p. 58
10. Considerazioni finali sulla residualità dell'arbitrato.....	p. 60
11. L'arbitrabilità nel concordato preventivo: la piena disponibilità dei diritti.....	p. 61
12. (segue): e la mancanza di limitazioni alle azioni di cognizione proponibili.....	p. 65
13. L'arbitrabilità nelle procedure concorsuali in un'ottica comparata: effetti dell'insolvenza sull' <i>objective arbitrability</i> nel sistema inglese.....	p. 67
14. (segue): limitazioni all'arbitrabilità <i>ratione materiae</i> e conseguenze della inarbitrabilità.....	p. 72

CAPITOLO III - LA CAPACITÀ DEL DEBITORE CONCORSUALE DI ESSERE PARTE NEL GIUDIZIO ARBITRALE.

1. Capacità di compromettere e di essere parte nel giudizio arbitrale: la parziale disciplina della legge fallimentare.....	p.79
2. Legittimazione e capacità a fronte dell'apertura di una procedura concorsuale.....	p. 82
3. L'ambito della perdita «relativa» di capacità processuale discendente dal fallimento tra prospettiva soggettiva ed oggettiva.....	p. 87
4. Profili patologici e sanabilità degli atti processuali compiuti dal fallito.....	p. 91
5. Eccezioni alla perdita di capacità processuale.....	p. 93
6. L'inerzia del curatore ha davvero un effetto di «ripristino» della legittimazione del fallito?.....	p. 96

7. (segue): una rilettura dell'inerzia del curatore come decisione autorizzata dai creditori.....	p. 98
8. (segue): e della scelta creditoria di agire in via extrafallimentare.....	p. 102
9. La perdita della capacità come effetto del fallimento.....	p. 104
10. (segue): e il suo riacquisto.....	p. 105
11. (segue): le novità introdotte sul fronte della <i>prorogatio</i> processuale del curatore.....	p. 109
12. Le particolarità della chiusura di fallimento per concordato fallimentare.....	p. 110
13. Le conseguenze della perdita di capacità del fallito: il ruolo processuale del curatore come terzo e come successore.....	p. 112
14. (segue): la tesi del curatore come rappresentante .....	p. 116
15. (segue): la legittimazione straordinaria del curatore .....	p. 118
16. Le condizioni al potere di agire in giudizio del curatore.....	p. 120
17. (segue): e le forme di sanatoria.....	p. 122
18. La legittimazione del debitore concordatario.....	p. 124
19. Le particolarità del concordato con cessione dei beni.....	p. 127
20. (segue): il ruolo processuale del liquidatore.....	p. 129
21. Alcune conclusioni sulla parte legittimata a stare nell'arbitrato nell'ambito del fallimento e del concordato preventivo.....	p. 133
22. Uno sguardo comparato: i riflessi dell'insolvenza sulla capacità del debitore nel diritto inglese.....	p. 134
23. (segue): la legittimazione al procedimento arbitrale.....	p. 139

## PARTE SECONDA

### REGOLE OPERATIVE SULL'ARBITRATO NELLE PROCEDURE CONCORDATARIE.

#### CAPITOLO IV - EFFETTI DELL'APERTURA DI UNA PROCEDURA CONCORDATARIA SULLA CONVENZIONE ARBITRALE.

1. La disciplina della convenzione arbitrale nei rapporti giuridici preesistenti al fallimento: una pluralità di opzioni interpretative non risolutive.....p. 142
2. (segue): e le novità della riforma.....p. 144
3. Insostenibilità della tesi che assimila la convenzione arbitrale al mandato.....p. 149
4. Inapplicabilità della disciplina prevista dall'art. 72: la convenzione arbitrale come «rapporto pendente»?.....p. 151
5. Le peculiarità del «rapporto pendente» nascente dalla convenzione arbitrale.....p. 153
6. (segue): una considerazione sistematica della disciplina dei rapporti giuridici preesistenti.....p. 156
7. L'applicazione dell'art. 83-*bis* alla convenzione arbitrale alla luce dei principi processuali: opponibilità al fallimento tra autonomia e successione nel diritto controverso.....p. 158
8. (segue): lo scioglimento del contratto-base.....p. 164
9. (segue): rapporti pendenti, esauriti e non contrattuali.....p. 166
10. Un ulteriore coordinamento con le disposizioni fallimentari: il procedimento di accertamento del passivo.....p. 169
11. (segue): conseguenze di ordine processuale sulla domanda proposta.....p. 172
12. Necessarie precisazioni sugli effetti del fallimento rispetto alla convenzione per arbitrato irrituale.....p. 174
13. La convenzione arbitrale nella disciplina del concordato preventivo antecedente alla riforma.....p. 178
14. (segue): e le peculiarità della disciplina.....p. 179

15. L'introduzione di una norma per la clausola compromissoria.....	p. 181
16. (segue): il tentativo di riconduzione alla regola generale.....	p. 184
17. (segue): e la previsione di una disciplina autonoma.....	p. 185
18. Le ipotesi non previste dal legislatore.....	p.187
19. La particolarità degli effetti del concordato con cessione dei beni.....	p. 188
20. Alcune conclusioni.....	p. 189

#### CAPITOLO V – L'APERTURA DEL CONCORSO AD ARBITRATO PENDENTE

1. L'introduzione di una norma sul processo arbitrale pendente.....	p. 191
2. L'ambito applicativo della norma: la pendenza dell'arbitrato e del rapporto sostanziale.....	p. 193
3. (segue): e le ipotesi apparentemente non disciplinate.....	p. 194
4. La natura della lite.....	p. 197
5. La regola individuata dall'art. 83- <i>bis</i> .....	p. 197
6. Le conseguenze dell'improcedibilità.....	p. 199
7. Le regole per l'arbitrato che prosegue.....	p. 200
8. (segue): l'opponibilità del lodo alla massa.....	p. 203
9. (segue): e al fallito.....	p. 206
10. Precisazioni sull'arbitrato irrituale pendente.....	p. 207
11. Effetti del concordato preventivo sull'arbitrato pendente.....	p. 211
12. (segue): profili soggettivi.....	p.212
13. Effetti dell'apertura di una procedura di diritto inglese nelle domande "attive".....	p. 214
14. (segue): e nelle azioni proposte contro il debitore.....	p. 217

<b>CONCLUSIONI</b> .....	p. 223
--------------------------	--------

<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	p. 228
---------------------------	--------

## **INTRODUZIONE.**

Le ragioni che si trovano alla base di uno studio dei rapporti tra arbitrato e insolvenza, anche in un'ottica comparata, hanno il loro fondamento nell'attualità.

Da un lato, la crisi degli ultimi anni ha determinato un forte incremento nell'utilizzo delle procedure concorsuali, con ripercussioni sulle stesse modalità di approccio al diritto dell'insolvenza. Da un ricorso prevalente al fallimento, infatti, si è sviluppata una tendenza progressiva a preferire procedimenti di gestione della crisi ad esso alternativi, innescando, non solo a livello interno, un significativo rinnovamento dell'intero sistema concorsuale.

Dall'altro, sono cambiate anche le tipologie del ricorso alla giustizia; negli ultimi anni, infatti – nell'ordinamento interno quanto in quello sovranazionale – si è assistito ad un costante sviluppo di mezzi di risoluzione delle controversie alternativi a quello giurisdizionale.

Conseguenza di questi fenomeni è, per quanto qui interessa, l'accrescimento delle occasioni in cui arbitrato ed insolvenza sono destinati ad incontrarsi. Peraltro, la dimensione sempre più spesso transnazionale della crisi impone di adottare una prospettiva che vada al di là di un'analisi meramente interna.

Alla luce di tale premessa, oggetto del presente lavoro è quello di analizzare i rapporti processuali intercorrenti tra arbitrato e procedure concorsuali.

Ad essere presi in esame saranno gli effetti determinati dall'apertura delle due procedure concorsuali principali o, se non altro, utilizzate più frequentemente allo stato attuale: fallimento e concordato preventivo. Si tratta, peraltro, delle uniche due procedure concorsuali rispetto alle quali la legge fallimentare prevede una disciplina specifica, per quanto parziale, dei rapporti con l'arbitrato.

L'ampiezza del tema, tradizionalmente oggetto di studio da parte della dottrina processualciviltistica, impone una necessaria delimitazione dell'ambito di indagine.

A tal fine, nella prima parte del lavoro, che può essere inquadrata come analisi «statica» dei rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali, saranno presi in considerazione alcuni aspetti preliminari, di particolare importanza sotto il profilo processuale.

Innanzitutto, ci si interrogherà sulla compatibilità «sistemica» tra arbitrato e procedure concorsuali; a lungo, infatti, è stata messa in discussione la stessa ammissibilità dell'utilizzo dello strumento arbitrale in questo ambito.

Una volta superata tale questione, ci si soffermerà sulla nozione di arbitrabilità e sui suoi limiti nell'ambito del concorso, per valutare se tale concetto si distacchi da quello generale o se sia rinvenibile un principio unitario di arbitrabilità sotteso all'ordinamento e condiviso dal sistema concorsuale.

Infine, si studierà il profilo della legittimazione arbitrale nell'ambito di una procedura concorsuale, per valutare come le eventuali limitazioni soggettive discendenti dall'apertura della procedura si riflettano sull'arbitrato.

La seconda parte del lavoro è invece dedicata all'analisi che potrebbe dirsi «dinamica» dei rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali. In tal senso, saranno delineate le regole operative applicabili alla convenzione arbitrale dapprima, e all'arbitrato pendente poi, a fronte dell'apertura del fallimento o del concordato preventivo.

Lo studio è incentrato sui rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali così come emergenti nell'ordinamento interno, ma la trasnazionalità sempre maggiore del tema, anche alla luce della più recente normativa europea, non può prescindere da alcuni cenni di raccordo; in tal senso, un approccio comparato è altresì dedicato al confronto con il diritto inglese, al fine di valutare se vi siano punti di incontro anche con un sistema lontano quale può essere un ordinamento di *common law*.

Allo stesso modo, non si può ignorare come la tematica in esame potrà risultare influenzata dal progetto di riforma organico attualmente pendente al Senato, alla luce del quale l'intero sistema concorsuale potrà risultare sensibilmente rinnovato.

## **PARTE PRIMA**

### **PRINCIPI PROCESSUALI DELL'ARBITRATO NEL SISTEMA CONCORSUALE.**

## CAPITOLO I

### LA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DELLA COMPATIBILITÀ TRA ARBITRATO E CONCORSO.

SOMMARIO: 1. Dubbi sulla sussistenza di uno spazio per l'arbitrato nell'ambito della procedura fallimentare. – 2. (segue): e loro progressivo superamento. – 3. Il definitivo riconoscimento della compatibilità tra arbitrato e fallimento: una compatibilità concettuale, funzionale e strutturale. – 4. La conferma del legislatore. – 5. (segue): anche alla luce delle riforme. – 6. La più generale compatibilità tra arbitrato e sistema concorsuale. – 7. (segue): e l'introduzione di una norma specifica per il concordato preventivo. – 8. L'arbitrato nelle attuali prospettive di modifica del sistema concorsuale. – 9. (segue): anche in un'ottica comparata.

#### **1. Dubbi sulla sussistenza di uno spazio per l'arbitrato nell'ambito della procedura fallimentare.**

Accingendosi ad affrontare il tema dei rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali, si ritiene di non poter partire se non da un elemento, posto a lungo in discussione, ma oggi ormai definitivamente acquisito: la compatibilità tra fallimento e concorso.

A tal proposito, l'aspetto maggiormente approfondito, e su cui si sono concentrati i dubbi tradizionalmente prospettati, riguardavano, prevalentemente, il rapporto tra arbitrato e fallimento.

L'approccio con cui oggi ci si rivolge allo studio di questa materia risulta però necessariamente influenzato da un mutato contesto normativo e giurisprudenziale.

Da un lato, il sistema concorsuale risulta progressivamente caratterizzato dal *favor* del legislatore per le forme di risoluzione della crisi alternative a quella fallimentare; attualmente, ad essere privilegiato è il tentativo di recupero dell'impresa a cui sono preposte le procedure concordatarie, mentre il fallimento dovrebbe ricoprire un ruolo residuale. Di tale mutamento prospettico deve dunque tenersi conto anche nell'indagine del tema che qui interessa.

Dall'altro, è evidente la tendenza alla degiurisdizionalizzazione dell'ordinamento, che si manifesta nell'incentivo di forme di gestione dei conflitti non giurisdizionali; tra cui si colloca, con un ruolo prioritario, l'arbitrato.

In questo ambito deve dunque riconoscersi anche un rinnovato interesse per l'utilizzo dell'arbitrato in materia di crisi e insolvenza; ciò che determina la necessità di abbandonare i preconcetti che hanno a lungo influenzato lo studio della materia, consentendo invece di analizzarne le potenzialità.

Da un punto di vista storico, i rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali – che, come si diceva, sono stati presi in considerazione prioritariamente rispetto al fallimento – sono stati a lungo analizzati nella prospettiva dell'incompatibilità.

La mancanza di una disciplina all'interno del testo originario della legge fallimentare<sup>1</sup> aveva determinato l'affermazione di una pluralità di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali contrastanti, che pervenivano a dubitare della stessa possibilità di riconoscere in questo ambito uno spazio per l'arbitrato<sup>2</sup>. La giurisprudenza più risalente, seguita da una parte della dottrina, non aveva esitato a sancire la completa esclusione della compromettibilità in arbitri per le controversie fallimentari, facendone derivare l'automatica caducazione della convenzione arbitrale stipulata dal debitore *in bonis* come pure all'improcedibilità dell'arbitrato pendente<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e succ. mod.

<sup>2</sup> Si è messo in rilievo come «[t]utte le opinioni sono state in proposito avanzate»: ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*<sup>3</sup>, diretto da Carpi, Bologna, 2016, p. 113, e che, soprattutto prima della riforma del 2006, sia stata sostenuta «praticamente ogni soluzione in astratto prospettabile: 1) l'estinzione del patto compromissorio con l'apertura del fallimento, 2) la sua sopravvivenza in ogni caso, 3) la sua sopravvivenza solo in caso di sopravvivenza del rapporto sostanziale collegato, 4) la sopravvivenza solo del giudizio arbitrale già pendente, 5) la sopravvivenza dell'accordo arbitrale solo in caso di scelta in tal senso operata da parte del curatore»: v. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 219.

<sup>3</sup> V., sul punto, Cass., 17 novembre 1926, in *Dir. fall.*, 1927, p. 146 ss.; Cass., 12 gennaio 1956, n. 30, in *Foro it.*, 1956, I, 528; Cass., 18 maggio 1959, n. 1474, in *Giur. it.*, 1959, I, p. 970; Cass. 11 giugno 1969, n. 2064, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2490; Cass. 14 marzo 1985 n. 1977, in *Fall.*, 1985, p. 924 ss.; Cass. 18 agosto 1998, n. 8145, in *Dir. fall.* 1999, II, 247. Più di recente, v. Cass. 4 settembre 2004, n. 17891, in *Dir. fall.* 2005, II, p. 430; Cass., sez. un., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Giur. it.*, 2004, p. 964; v. anche Cass. 17 aprile 2003, n. 6165, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2408; App. Torino, 2 luglio 2010, in *Dejure*, per la quale le «clausole compromissorie stipulate prima e/o fuori della procedura concorsuale medesima» «restano immediatamente caducate per effetto della sua apertura»; cfr. T. Padova, 6 agosto 2004, *ivi*, in cui si esclude che il patto arbitrale sia vincolante a seguito dell'apertura della procedura. Nel medesimo senso favorevole all'automatica caducazione o, comunque, perdita di effetti della convenzione arbitrale a seguito di

Le argomentazioni sulle quali si fondava una tale conclusione erano talvolta del tutto aprioristiche, estrinsecandosi in massime tratte prive di un concreto fondamento giuridico<sup>4</sup>, e talaltra si richiamavano alla natura pubblicistica del procedimento, dalla quale sarebbe derivata l'assoluta impossibilità di regolazione privatistica delle controversie<sup>5</sup>. Ne risultava, in ogni caso, un principio di completa incompatibilità tra arbitrato e fallimento.

Nel medesimo senso si valorizzava la competenza funzionale, esclusiva e inderogabile del tribunale che ha dichiarato il fallimento, il quale, ai sensi dell'art. 24 l. fall., «è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano»<sup>6</sup>. Da tale c.d. *vis attractiva* del tribunale fallimentare, che trova la propria *ratio* nell'esigenza di concentrazione delle controversie connesse al fallimento innanzi ad un unico giudicante<sup>7</sup>, si faceva derivare pure il divieto di devoluzione ad

---

fallimento, v., in dottrina, MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>3</sup>, Napoli, 1996, p. 137; FERRARA JR.-BORGIOI, *Il fallimento*<sup>4</sup>, Milano, 1989, p. 275.

<sup>4</sup> In tal senso, la giurisprudenza più risalente affermava che l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri doveva ritenersi in ogni caso paralizzato dal prevalente effetto dell'avocazione dei giudizi prodotto dal fallimento: v. Cass. 11 giugno 1969, n. 2064, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2490; sulla base delle massime di legittimità, anche la giurisprudenza di merito riteneva che la convenzione arbitrale stipulata dal debitore fallito non fosse operante nei confronti del curatore neppure se riguardava una controversia avente per oggetto rapporti giuridici patrimoniali disponibili o per i quali non fosse prevista una competenza funzionale del tribunale fallimentare: così T. Milano, 18 settembre 1980, in *Fall.*, 1981, p. 714. Talvolta anche in dottrina si afferma in via generalizzata che «la clausola compromissoria stipulata dal fallito prima della dichiarazione di fallimento è inefficace e non opponibile alla massa fallimentare» e che «[i]n linea di massima il compromesso è inopponibile al fallimento»: v. ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, in *Dir. fall.*, II, 1965, pp. 13 e 15.

<sup>5</sup> Afferma «l'inconciliabilità di deferire a giudici privati la decisione di liti appartenenti a materie devolute a una amministrazione giudiziaria» PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, II, 1974, p. 1323; allo stesso modo, si escludeva che l'ufficio fallimentare potesse ricorrere a «giudizi privati», derivanti dal compromesso o dalla clausola compromissoria stipulati dal fallito: DE SEMO, *Diritto fallimentare*<sup>4</sup>, Padova, 1967, p. 150; sul punto, v. ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, cit., p. 12 ss. Sulla «funzione pubblicistica» del concorso e sulla (criticata) conseguenza che se ne faceva derivare quanto ad esclusione dell'arbitrabilità, v. anche BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*<sup>2</sup>, Padova, 2000, p. 9.

<sup>6</sup> Su tale concetto di «competenza funzionale» v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>2</sup>, Milano 1951, p. 69; cfr. ID., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1977, p. 42, specificando come tale competenza sia «assorbente e attrattiva nel senso che lo stesso tribunale è competente a conoscere di tutte le azioni che dal fallimento derivano». Nel senso che l'art. 24 esprime «un concetto di competenza funzionale inderogabile e assoluta, intendendosi con tale espressione che la trattazione della materia fallimentare viene affidata [...] al solo organo funzionalmente competente a trattarla, sia in sede di dichiarazione di fallimento, sia in sede di svolgimento dell'intero processo di fallimento», v. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*<sup>2</sup>, Padova, 2016, p. 55 ss.

<sup>7</sup> La *ratio* dell'inderogabilità della competenza, che prevale «su ogni altra competenza con essa confliggente», deve ricercarsi «nella speciale funzione che l'organo è chiamato a esercitare e nella relazione con il luogo in cui tale funzione si compie»: v. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 55 ss. Il giudice fallimentare è infatti giudice «naturale» delle cause che derivano dal fallimento: APICE-MANCINELLI, *Diritto fallimentare: normativa e adempimenti*, Torino, 2008, p. 58. Cfr. MINUTOLI, sub art. 24, in *La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico*<sup>3</sup>, a cura di Ferro, Padova, 2014, p. 181; LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, p. 189; PAJARDI-

arbitri, ritenendosi che il patto arbitrale diventasse inoperante *ex lege* a seguito della dichiarazione di fallimento<sup>8</sup>.

Tale approccio veniva mitigato esclusivamente dalla delimitazione dell'ambito di applicazione della norma. A seconda degli orientamenti, infatti, si provvedeva a circoscriverne – in modo più<sup>9</sup> o meno<sup>10</sup> ampio – i confini operativi, tramite l'identificazione del novero di azioni rientranti nella competenza del tribunale fallimentare, così pervenendo, contestualmente, a comprimere la nozione di controversia derivante dal fallimento; nozione che, tuttavia, talvolta veniva estesa fino a coinvolgere ogni questione anche solo latamente connessa alla procedura fallimentare, così di fatto escludendo in radice ogni possibilità di giudizio arbitrale una volta che fosse stato aperto il fallimento<sup>11</sup>.

Al medesimo risultato pratico di una complessiva incompatibilità tra arbitrato e fallimento conducevano anche le tesi volte a sostenere l'automatica perdita di effetti della convenzione

---

PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 123; BONSIGNORI, *Il fallimento*, IX, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1986, p. 202.

<sup>8</sup> Sul punto, v. Cass., 4 agosto 1958, n. 2866, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 130 ss. Anche la dottrina, su tali basi, è stata a lungo contraria all'ammissibilità dell'arbitrato in ambito fallimentare. Sul punto, v. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 137, ove si rileva che, in ragione del carattere esclusivo della competenza, prevarrebbe «un orientamento che esclude l'efficacia della clausola compromissoria, con conseguente inammissibilità del giudizio arbitrale»; cfr. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1986, I, p. 303, in cui si sottolinea come l'art. 24 escluda la conservazione dell'impegno arbitrale. Allo stesso modo, si affermava l'inoperatività sopravvenuta della convenzione arbitrale; infatti, la «*vis attractiva* si esercita anche se per le cause in parola è stato previsto un giudizio arbitrale, per cui la convenzione relativa (compromesso o clausola compromissoria) diventa inoperante»: v. FERRARA JR.- BORGIOI, *Il fallimento*, cit., p. 275. Condivide l'idea che non possano essere deferite ad arbitri le controversie di cui all'art. 24 VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, in *L'arbitrato, Studi vari coordinati in sistema*, Milano, 1959 p. 321, nonché in *Dir. fall.*, 1957, II, p. 294 ss. Nel senso che il «sorgere della competenza esclusiva del tribunale fallimentare ai sensi degli artt. 23 24 e 92 segg.» determina il venir meno della convenzione arbitrale, v. anche PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 1322; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1993, 477 ss. Sulla «doverosa esclusione delle liti di diretta derivazione del fallimento e strettamente collegate alla funzione dello stesso», si v., ancora di recente, NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2012, p. 756 ss.; nonché CASORIA- RUSSO, *Effetti del fallimento su mandato e clausola compromissoria*, in *Impresa*, 2004, p. 1 ss., ove si rileva che l'art. 24 l. fall. deve essere interpretato «nell'ambito e in conformità dei principi in materia fallimentare che sembrano fortemente limitare, se non escludere, il ricorso alla giustizia arbitrale».

<sup>9</sup> Per un'interpretazione lata della norma, nella giurisprudenza più risalente, v. Cass., 4 agosto 1958, n. 2866, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 130 ss.; Cass. 30 luglio 1956, n. 2969, in *Dir. fall.*, 1956, II, p. 776 ss.

<sup>10</sup> In tal senso, v. Cass., 24 gennaio 1950, n. 202, in *Dir. fall.*, 1950, II, p. 5 ss.; Cass. 29 aprile 1954, n. 1327, *ivi*, II, p. 344 ss.

<sup>11</sup> Sul punto, v. *infra*, par. 3.

arbitrale, la sua caducazione o, comunque, la sua inopponibilità una volta che fosse stata aperta la procedura.

Per un verso, si affermava che il patto arbitrale non potesse vincolare il curatore, in quanto soggetto terzo rispetto alle parti che l'avevano stipulato<sup>12</sup>. Allo stesso modo, si riteneva che dalla natura personale della convenzione arbitrale, quale rapporto di carattere fiduciario, sarebbe derivata la sua non trasferibilità dal fallito al curatore<sup>13</sup>.

Sulla base di una diversa prospettiva, si riteneva che alla sopravvenuta indisponibilità del patrimonio, determinata dallo spossessamento, sarebbe conseguita l'inefficacia della convenzione arbitrale a cui si fosse vincolato il debitore *in bonis*<sup>14</sup>. In particolare, si affermava che la convenzione arbitrale fosse priva di effetti verso il curatore laddove, al momento della dichiarazione di fallimento, non fosse già avvenuta la nomina degli arbitri e l'accettazione dell'incarico; in tal modo, i sostenitori della c.d. teoria dicotomica pervenivano a sancire l'inefficacia, sempre e comunque, della convenzione arbitrale in sé considerata se, appunto, non

---

<sup>12</sup> Sul punto, v. BONELLI, *Del fallimento*<sup>3</sup>, Milano, I, 1938, p. 627. Sulla posizione di terzietà del curatore rispetto alle controversie concernenti il fallito, v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 71; vi era, infatti, una tesi che affermava «l'assoluta inopponibilità alla curatela della clausola compromissoria stipulata dal fallito, anche nel caso in cui la clausola riguardasse una controversia avente per oggetto rapporti giuridici patrimoniali disponibili o per i quali non fosse prevista una competenza funzionale del Tribunale fallimentare»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 265.

<sup>13</sup> Nel senso che il compromesso, quale «impegno assunto da una persona avverso un'altra» «non ha che una portata personale; spossessato il debitore [...] questo impegno cade da sé stesso», v. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., p. 627; nel medesimo senso, si afferma che il compromesso non sia «vincolativo per la massa nel fallimento di uno dei compromittenti» in quanto «non ha che una portata personale», v. ID., *Del fallimento*, 1923, pp. 490-491; cfr. AZZOLINA, *Il fallimento*<sup>2</sup>, Torino, II, 1961, p. 1291; cfr. anche ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, cit., p. 15. Sulla base di una diversa prospettiva, tale argomento non viene ritenuto persuasivo, anche alla luce del dato normativo. Critica verso l'interpretazione sulla base del quale «il patto compromissorio si scioglie nel momento del fallimento, per una sorta di *intuitus personae* che lo caratterizza e per il fatto che il fallito perde la disponibilità del bene e dunque la legittimazione a disporre» anche ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 108 ss., e in part. nota 451. Infatti, si è escluso che si possa attribuire alla convenzione arbitrale un carattere fiduciario, dal momento che neppure il venir meno degli arbitri «incide sul compromesso né, in relazione alla controversia in cui ciò si verifici, sulla clausola compromissoria»; non vi è, dunque, un «rapporto giuridicamente qualificato» sotto il profilo «della rilevanza dello *intuitus personae*»: v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 543. In tal senso, v. anche BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., p. 414, ove si rileva che «a norma dell'art. 811 c.p.c., la sopravvenuta mancanza anche di tutti gli arbitri non incide né sul compromesso, né sulla clausola compromissoria, conseguendone soltanto l'onere per le parti di provvedere alla loro sostituzione o di chiedere che vi provveda il presidente del tribunale».

<sup>14</sup> Sul punto, v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 6 ss.

si fosse già perfezionato il contratto tra parti ed arbitri o, ad ogni modo, non fosse già pendente il provesso arbitrale<sup>15</sup>.

## **2. (segue): e loro progressivo superamento.**

Tali tesi sono state progressivamente abbandonate a fronte di confutazioni che, dapprima in via particolare, poi sempre più generalizzata, sono pervenute a constatare l'assenza di concreti indici di incompatibilità tra arbitrato e fallimento.

In particolare, si è riconosciuto che la tesi fondata sul ruolo anche processuale del curatore fosse priva di concreti effetti sull'individuazione dei profili di compatibilità tra arbitrato e fallimento, prima ancora che di supporto normativo. Tale interpretazione, infatti, si fondava su un dato – la posizione del curatore rispetto al fallito, appunto – nient'affatto pacifico; sulla base di

---

<sup>15</sup> In tal senso, v. AZZOLINA, *Il fallimento*, II, cit., p. 1291, ove si rileva come la caducazione della convenzione arbitrale dovrebbe valere «limitatamente però al caso in cui il compromesso non abbia già dato luogo alla costituzione del giudizio arbitrale: vale a dire ove non siano ancora intervenute la nomina degli arbitri e l'accettazione». A propria volta, le ragioni addotte a sostegno di tale tesi erano varie. Da un lato si riteneva che, laddove non vi fossero ancora state la nomina degli arbitri e la successiva accettazione dell'incarico, trattandosi di un atto non ancora perfezionato, ne sarebbe derivata la non opponibilità al fallimento; sul punto, v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 73. Nello stesso senso, l'opponibilità al fallimento solo se vi fosse già stata la nomina degli arbitri si fondava anche sull'art. 5 con riferimento, dunque, all'individuazione della competenza al momento della proposizione della domanda; sul punto, v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 19 ss.; d'altra parte, si faceva altresì coincidere la nomina degli arbitri con l'inizio del procedimento, con la conseguenza di dedurne l'effetto (criticato dall'autore) di una dicotomia a seconda che si fosse in presenza di un accordo arbitrale o di un procedimento pendente. In ragione dell'orientamento c.d. dicotomico, infatti, precedentemente alla riforma dell'arbitrato introdotta con la l. n. 28/1983, si riteneva che la clausola compromissoria continuasse a produrre i suoi effetti «purché l'arbitrato avesse avuto inizio (per effetto dell'accettazione della nomina da parte di tutti gli arbitri) prima della dichiarazione di fallimento, in ossequio al principio della *perpetuatio iurisdictionis*»: v., sul punto, APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., pp. 265-266. Nel senso che la clausola compromissoria sopravvive quando prima del fallimento vi sia stata accettazione scritta degli arbitri, v., di recente, CASORIA-RUSSO, *Effetti del fallimento su mandato e clausola compromissoria*, cit., p. 1 ss. In giurisprudenza, per l'opponibilità al fallimento dei soli procedimenti arbitrali già instaurati v. Cass. 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Dejure*, per la quale il curatore non può disconoscere la convenzione arbitrale laddove il fallimento sia stato dichiarato dopo che gli arbitri siano stati nominati ed abbiano accettato l'incarico, in quanto in tal caso il rapporto è già perfezionato e ha avuto esecuzione.

diverse opinioni, come si vedrà<sup>16</sup>, si ritiene che il curatore agisca in qualità di suo sostituto, rappresentante<sup>17</sup>, successore<sup>18</sup>, o sulla base di una posizione istituzionale connessa al suo ruolo<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> V. *infra*, cap. 3.

<sup>17</sup> In tal senso, laddove sia fatto valere un credito residuo del debitore «il curatore fallimentare agisce in rappresentanza del fallito» per Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800, in *Dejure*; cfr. Cass. 22 marzo 2013, n. 7263; Cass. 27 gennaio 2011 n. 1879. Nella giurisprudenza di merito, v. di recente, T. Torino, 10 febbraio 2016, n. 824, ivi, per il quale «ove il curatore fallimentare faccia valere un residuo credito vantato per servizi erogati dalla stessa società *in bonis*», egli agirebbe «in rappresentanza del fallito e non della massa dei creditori», tutelando in giudizio «un'utilità derivante dall'esecuzione del contratto, contenente una clausola arbitrale; donde la continuità di funzionamento del meccanismo negoziale presidiato dalla clausola compromissoria stipulata dal soggetto già fallito, che risulta opponibile al curatore». Cfr. T. Udine, 14 febbraio 2011, n. 217, ivi, ove si specifica come, laddove il curatore faccia «valere un diritto che il fallito stesso avrebbe potuto azionare in giudizio», subentra «*de facto et de jure*» nella situazione sostanziale del fallito «con conseguente doveroso rispetto di quella clausola compromissoria che le parti avevano inteso introdurre nel contratto».

<sup>18</sup> Per un verso, si afferma che il curatore operi nel fallimento quale sostituto del debitore. Nel senso che il fallimento determina un «fenomeno di sostituzione» v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 26-27; ID., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 34; e che si verifica un fenomeno di «sostituzione» del curatore nelle posizioni del fallito: v. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 191. Si afferma altresì che «il curatore è sostituito al debitore, e la sua volontà è operante nel di lui patrimonio, ma i suoi poteri non coincidono certo con quelli del debitore», essendo, al contrario, «originari» SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, pp. 95-96. Sul punto, v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, in *Fall.*, 2016, p.861-862; cfr. CUZZERI-CICU, *Del fallimento*, Torino, 1927, p. 263 ss. Nel senso che, invece, il curatore «è investito di una speciale rappresentanza», v. PIPIA, *Del fallimento*, Torino, 1931, p. 274-275; analogamente, la posizione del curatore si riassume «nell'amministrazione e nella rappresentanza del fallimento», v. DE MAIO, *Il fallimento*, Roma, 1950, p. 71. In relazione alla diversa configurazione del ruolo del curatore e alla posizione autonoma o già presente nel patrimonio del fallito muta altresì il rapporto con la convenzione arbitrale. In particolare, nel caso in cui il curatore agisca nelle stesse vesti del fallito, resterebbe vincolato dalla clausola da questi sottoscritta; al contrario, invece, laddove la posizione del curatore sia di rappresentanza della massa e, dunque, la stessa posizione soggettiva fatta valere non fosse appartenente al fallito ma ai creditori. Sul punto, v. Cass. 23 gennaio 2013, n. 1543. In giurisprudenza, si ritiene infatti «pacifico che la posizione del curatore varia appunto in funzione dell'interesse che egli fa valere, correlato, di volta in volta, alle ragioni del fallito, dei creditori e della massa fallimentare»; può sostituirsi alle ragioni del fallito, oppure assumere la veste di rappresentante della massa dei creditori e del fallito, e «può essere parte o terzo anche nello stesso processo» assumendo «e duplice veste di rappresentante della massa dei creditori e del fallito»: v. Cass. 22 giugno 2005, n. 13442; cfr. Cass. 28 maggio 2003, n. 8545, in *Riv. arb.*, 2004, p. 713 ss.

<sup>19</sup> Nel senso che le «dispute sulla natura giuridica del curatore» «sono ormai superate», in quanto egli «ha la stessa natura degli altri organi» e «rappresenta quel fine pubblicistico che sta a base dell'esecuzione, specie collettiva» v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 220. Tramite l'attribuzione al curatore «del carattere di organo del procedimento» si possono, dunque, «superare tutte le difficoltà connesse con le soluzioni date in passato dalla dottrina, secondo la quale il curatore sostituirebbe il fallito o i creditori o sarebbe un loro rappresentante»: RAGUSA MAGGIORE, *Diritto Fallimentare*, Napoli, I, 1974, p. 221; proprio in quanto organo, infatti, il curatore non potrebbe qualificarsi né come rappresentante né come sostituto. Sulla «fisionomia autonoma, indipendente, a sé stante» del curatore, v. anche PIPIA, *Del fallimento*, cit., pp. 274-276. Analogamente, «il curatore fallimentare non risulta essere il rappresentante legale né del fallito né dei creditori», v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 19. Nel senso che il curatore «è titolare una posizione autonoma rispetto al fallito, in quanto amministra la massa nell'interesse dei creditori (e non del fallito medesimo)» e, dunque, non può essere definito «né rappresentante legale, né successore, né sostituto processuale», v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, in *Società*, 2016, 93. Sul punto, v. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952, 104 ss., per il quale il curatore non si sostituisce né ai creditori né al debitore, ma compie atti autonomi.

La qualificazione del ruolo del curatore, tuttavia, non risolve il problema degli effetti che il fallimento determina sull'arbitrato<sup>20</sup>, potendo al più rilevare nell'individuazione delle dinamiche soggettive del tema<sup>21</sup>. Peraltro, soprattutto laddove si trattasse di diritti «derivati», ossia già sussistenti nel patrimonio del debitore prima del fallimento, la giurisprudenza non esitava (e, anzi, tende tutt'ora) ad affermare la continuità della posizione del curatore, così escludendosi, a monte, la stessa facoltà di scioglimento dalla clausola arbitrale. Di conseguenza, anche ammettendosi la rilevanza di tale argomento, non sarebbe comunque apparso come risolutivo, potendosi applicare soltanto rispetto ad una parte di controversie; quelle cioè relative a diritti non rientranti nel patrimonio del debitore prima della dichiarazione di fallimento.

Parimenti, si è pervenuti a riconoscere l'irrelevanza ai fini in esame della sopravvenuta indisponibilità del patrimonio del debitore; da quest'ultima, infatti, si potrebbe trarre, al più, l'inefficacia delle convenzioni arbitrali stipulate dal fallito successivamente alla declaratoria di fallimento, ma non anche la caducazione in via retroattiva di quelle stipulate prima<sup>22</sup>. Di conseguenza, nemmeno lo spossessamento può rappresentare un effettivo elemento da far valere per sostenere l'incompatibilità tra arbitrato e fallimento.

---

<sup>20</sup> La ricostruzione che esclude la vincolatività della convenzione arbitrale in ragione della terzietà del curatore è infatti criticata, tra l'altro, in quanto il curatore non ha sempre la stessa posizione: v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., pp. 6-7 e 19 ss.; in particolare, «il curatore non può considerarsi terzo per ogni azione promossa dal fallimento o contro di esso, ma solo per le azioni che sorgono dal fallimento, non già per quelle che quegli trova nel patrimonio del fallito»; cfr. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, cit., p. 300. Anche la giurisprudenza esclude che si possa parlare di terzietà del curatore laddove il diritto controverso preesista al fallimento nel patrimonio del fallito. Sul punto, v. Cass. 2 agosto 2012, n. 13934, in *Dejure*, per la quale l'«inoperatività della clausola nell'ipotesi in cui il curatore agisca quale terzo rispetto al rapporto» non può sostenersi laddove il curatore agisca «in base ad un diritto che ha rinvenuto nel patrimonio della fallita così che la sua posizione sostanziale non si diversifica minimamente da quella della medesima».

<sup>21</sup> Ciò che sarà trattato *infra*, al cap. III.

<sup>22</sup> Come emerge dall'art. 42 l. fall., la sentenza che dichiara il fallimento priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei beni a partire dalla sua data; non esplica, invece, effetti retroattivi, e non determina una generalizzata inefficacia degli atti compiuti in precedenza, per i quali la legge fallimentare prevede diverse regole, quali sono quelle sui rapporti pendenti, di cui agli artt. 72 ss. l. fall.; v. *infra*, par. 7. «Criticabile» sarebbe infatti l'orientamento secondo cui il compromesso «sarebbe inefficace per l'indisponibilità del patrimonio del fallito»: v. BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1996, p. 413; si sottolinea infatti che l'eventuale indisponibilità dei beni da parte del fallito non ha alcun rilievo, dovendosi invece valutare se abbia rilevanza per il curatore ID., *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 4.

Allo stesso modo, sono state superate pure le censure fondate sulla competenza disciplinata dall'art. 24 l. fall.

Da un lato merita sottolineare che, nel corso del tempo, sono state individuate eccezioni alla competenza del tribunale fallimentare, seppure definita come assoluta e inderogabile; di conseguenza, negli stessi limiti in cui si consentivano deroghe alla possibilità di individuare un giudice competente diverso da quello fallimentare, si ammetteva pure un'apertura all'arbitrato<sup>23</sup>. Dall'altro, era (ed è tutt'ora) incerto il novero delle controversie che, in quanto derivanti dal fallimento<sup>24</sup>, rientrerebbero nell'ambito applicativo della norma e, di conseguenza, nella previsione di competenza attribuita al tribunale fallimentare<sup>25</sup>. Secondo una prima prospettiva,

---

<sup>23</sup> In tal senso, si affermava che la competenza fallimentare «cede alla competenza prevista dalle norme ordinarie nel caso di controversie “reali immobiliari”», in quanto «la competenza prevista dall'art. 24 l. fall. è più “debole” di quella prevista dall'art. 21 cod. proc. civ.», contestualmente ammettendosi la «compromettibilità delle controversie reali immobiliari»: v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 32.

<sup>24</sup> In tal senso, v. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, I, 1974, p. 149; cfr. ID., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 43. Il concetto di derivazione fa riferimento «all'oggetto della domanda e quindi del processo», dovendosi determinare il «tipo di relazione» che deve sussistere con il fallimento: v. LUIO, *Gli organi preposti alla gestione della procedura*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, Torino, 2014, II, p. 174. Sulla nozione si v. BONFATTI-CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013, p. 38; BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992, p. 88 ss.; ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir.priv.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 373 ss.; FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 95 ss.; RECCHIONI, *Competenza del tribunale fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Cavallini, I, Milano, 2010, p. 471; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 206 ss.; CASELLI, voce *Fallimento*, III, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 3; BONGIORNO, *I nuovi poteri del tribunale fallimentare dopo la riforma del sistema normativo concorsuale*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, I, Torino, 2010, p. 153 ss.; DE SANTIS, *Le azioni civili che derivano dal fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di Buonocore e Bassi, II, Padova, 2010, p. 40; ID., *Le azioni che derivano dal fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino, 2009, p. 486; FABIANI, Sub art. 24, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, Bologna, 2006, p. 429.

<sup>25</sup> Infatti, è incerto se il nesso di derivazione debba essere ricondotto «alla deviazione dallo schema sostanziale tipico che il fallimento produce nell'azione in oggetto», «alla preesistenza o meno dell'azione rispetto alla dichiarazione di fallimento», «all'appartenenza o meno del diritto, oggetto dell'azione, al patrimonio del fallito»: LUIO, *Gli organi preposti alla gestione della procedura*, cit., pp. 174-176. Allo stesso modo, si ritiene dubbio se al fine di attribuire la competenza al tribunale fallimentare «si debba guardare all'appartenenza del diritto su cui si controverte, alla natura dell'azione proposta ovvero alle modificazioni - sostanziali e processuali - che su quel diritto e su quella azione la procedura fallimentare sia stata in grado di provocare»: v. SANZO, «Vis attrattiva» del tribunale fallimentare e compensazione: la persistenza dell'effetto deviante dei precedenti giurisprudenziali, in *Giur. it.*, 1991, p. 61 ss. Come mette in rilievo la dottrina, tali azioni dovrebbero essere distinte innanzitutto da quelle c.d. di massa, in cui il curatore si sostituisce ai creditori facendo valere pretese preesistenti: cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2015, p. 58; tuttavia, è «ricorrente l'interferenza» tra tali azioni, attribuite al curatore solo in quanto sostituto, e quelle che spettano al curatore perché «derivano dal fallimento»: PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fallimento*, 2007, p. 1037 ss. Inoltre, come mette in rilievo l'autrice, dovrebbero essere distinte da quelle attribuite al curatore, in quanto la mera legittimazione ad agire non è di per sé esplicativa di un nesso di derivazione. Infatti, derivanti dal fallimento «non sono

tali azioni dovrebbero coincidere con quelle che trovano la propria origine nel fallimento e che, dunque, non appartenevano al patrimonio del debitore quando ancora *in bonis*<sup>26</sup>; secondo una più estensiva impostazione, invece, la competenza attrattiva del tribunale fallimentare dovrebbe ricomprendere pure le azioni che, seppure già esperibili dal debitore prima del fallimento, dalla relativa declaratoria risultino influenzate o subiscano una deroga sostanziale al proprio schema tipico<sup>27</sup>.

Su tali basi, poteva negarsi la sussistenza di un divieto assoluto di arbitrato almeno per quelle controversie caratterizzate da un legame solo occasionale con il fallimento o che già si trovassero nel patrimonio del debitore, per le quali era esclusa la riconducibilità all'art. 24 l. fall.<sup>28</sup>; così, si escludeva la persuasività dell'argomento quanto meno con riferimento alle azioni già presenti nel patrimonio del fallito<sup>29</sup>. Di conseguenza, nemmeno la tesi fondata sulla competenza inderogabile

---

tutte le azioni nelle quali una delle parti sia la curatela». In tal senso, si afferma che la derivazione dal fallimento manca per le azioni che già si trovavano nel patrimonio del fallito, rispetto alle quali il curatore semplicemente si surroga *ex art. 43*, nonché per le azioni «che derivano da rapporti posti in essere dal curatore», mentre rientrano in tale nozione le azioni tese «a ricostruire il patrimonio del debitore, in quanto oggetto della garanzia dei creditori che si realizza nel fallimento»: SATTA, *Diritto fallimentare*<sup>3</sup>, Padova, 1996, pp. 108-109.

<sup>26</sup> In tal senso, si tratta di azioni che hanno «la loro origine e il loro fondamento nel fallimento e nelle norme che lo regolano, non essendo sufficiente un semplice nesso di occasionalità con le finalità e con le operazioni fallimentari»: v. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, cit., p. 149; mentre ne sono escluse «le liti che avrebbero potuto e potrebbero sorgere indipendentemente dall'apertura del procedimento concorsuale, anche se hanno, mediamente, incidenza o influenza su di esso»; cfr. ID., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 43. Rispetto a tali azioni, «il momento genetico» della pretesa consiste nel fallimento: GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 58; e «corrispondono, come mezzo di tutela giurisdizionale, a diritti sorti solo in forza della procedura»: APICE-MANCINELLI, *Diritto fallimentare: normativa e adempimenti*, cit., p. 58.

<sup>27</sup> Nel senso che per rientrare nell'art. 24 è sufficiente che «l'azione resti influenzata nella sua disciplina dal fallimento» v. FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., p. 263; nel senso che sono coinvolte da tale competenza «non solo le controversie che traggono origine dallo stato di dissesto, ma anche quelle che risultano comunque influenzate dal fallimento», v. anche PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, cit., p. 129 ss. Per l'estensione della competenza funzionale alle azioni che dal fallimento «risultino influenzate, oppure che debbano trovare in esso svolgimento per assicurarne l'unità e la *par condicio creditorum*», v. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 96 ss.

<sup>28</sup> In tal senso v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 77, per la quale «rientrano nell'ambito di applicazione della norma soltanto le controversie, che hanno ad oggetto situazioni giuridiche create dalla sentenza dichiarativa di fallimento», con la conseguenza che «fuoriescono dal dominio dell'art. 24 l. fall. tutte le controversie aventi ad oggetto situazioni del fallito». Sul punto, v. anche SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 104 ss.; BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 8 ss.; E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, II, 1998, p. 35 ss.; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1993, p. 480 ss.

<sup>29</sup> Sul punto, v. Cass. 17 aprile 2003, n. 6165, in *Riv. arbitrato*, 2004, p. 701, con nota di Lipponi. Cfr. Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800, in *Dejure*, intervenuta sul rapporto tra arbitrato e fallimento, ove si è messo in rilievo che sia «da escludere la competenza inderogabile del tribunale fallimentare» rispetto alle «azioni già rientranti nel patrimonio del fallito al momento del fallimento, che avrebbero potuto essere da lui esercitate». Nella giurisprudenza di merito, v., di recente, T. Torino, 10 febbraio 2016, n. 824, in

del tribunale fallimentare avrebbe potuto condurre ad affermare in via generalizzata la caducazione della convenzione arbitrale, riferendosi soltanto ad alcune tra le controversie interessate dalle vicende fallimentari.

### **3. Il definitivo riconoscimento della compatibilità tra arbitrato e fallimento: una compatibilità concettuale, strutturale e funzionale.**

A fronte di un approccio “settoriale”, teso a confutare volta per volta i singoli argomenti posti contro la conciliabilità tra arbitrato e fallimento, è progressivamente invalsa l’affermazione del principio contrario. Si tratta di un vero e proprio mutamento di prospettiva, in favore della tendenziale e generalizzata affermazione di compatibilità tra arbitrato e fallimento, che si ritiene rappresenti oggi un principio fondante della materia<sup>30</sup>.

---

*Dejure*, per il quale «non vi è, in linea di principio, incompatibilità tra fallimento e cognizione arbitrale» e «la *vis attractiva* del foro fallimentare non si estende anche alle azioni che già si trovino [...] nel patrimonio del fallito, all’atto del fallimento, e che quindi avrebbero potuto essere eseguite dall’imprenditore, a tutela del proprio interesse, ove non fosse fallito»; cfr. T. Roma, sez. fall., 13 giugno 2011, n. 12745, in *Dejure*, ove si è ribadito che «le azioni la cui cognizione spetta al tribunale fallimentare sono le azioni corrispondenti, come mezzo di tutela giurisdizionale, a diritti sorti in forza del fallimento, ovvero che con il fallimento hanno assunto una particolare configurazione» e, di conseguenza, «esulano da tale nozione e non sono attratte nella particolare sfera di competenza del tribunale fallimentare le azioni dipendenti da rapporti che già si trovavano nel patrimonio del fallito al momento dell’accertamento dello stato di crisi, relative a diritti soggettivi già esistenti e che con la dichiarazione di fallimento non assumono tutela o configurazione particolare che non sia la semplice assunzione della legittimazione processuale da parte del curatore al posto del fallito», così escludendo per ciò stesso una qualche influenza sulla convenzione arbitrale che veniva in rilievo nel caso di specie. Nello stesso senso, v. T. Udine, 14 febbraio 2011, n. 217, *ivi*, per il quale tra le azioni di cui all’art. 24 devono ritenersi «ricomprese solo quelle che scaturiscono dallo stato di insolvenza e non anche quelle esperite dal Curatore per recuperare i crediti del fallito, in quanto tali azioni - essendo già comprese nel patrimonio del fallito (nella cui posizione il Curatore subentra) - non derivano dal fallimento. Queste ultime azioni, dunque, vanno esercitate e/o proseguite avanti al Giudice ordinariamente competente e, in ipotesi, anche davanti all’Arbitro ed al Collegio Arbitrale». Nel medesimo senso, si è escluso che «a sostegno della tesi dell’inoperatività della clausola compromissoria» possa essere posta «la competenza esclusiva del tribunale fallimentare», ciò che deve essere escluso laddove venga in rilievo «un’azione che già si trovava nel patrimonio del fallito all’atto del fallimento e che, quindi, poteva essere esercitata dall’imprenditore a tutela del proprio interesse, ove non fosse fallito», escludendosi «che possa operare la *vis attractiva* di cui all’art. 24»: v. T. Nocera Inferiore, 14 giugno 2005, *ivi*.

<sup>30</sup> Ritiene BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 293 ss. che «da diverso tempo è stata abbandonata l’idea che vi sia una sorta d’incompatibilità concettuale tra arbitrato e fallimento»; cfr. ID., *Arbitrato e fallimento*, in *Judicium*, p. 1. Nel senso che non si possa parlare di «incompatibilità» v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 76. Sul punto, v. altresì PROFETA, *L’opponibilità dell’arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, p. 1191, ove già si afferma come, «[m]uovendo dal presupposto della compatibilità tra giudizio arbitrale e procedimento fallimentare», devono ritenersi «generalmente opponibili al curatore fallimentare il compromesso e la clausola compromissoria stipulati dal fallito anteriormente alla dichiarazione di fallimento».

In particolare, pare che la compatibilità tra arbitrato e fallimento possa declinarsi in una triplice direzione: concettuale, funzionale e strutturale.

Sotto il primo profilo, arbitrato e fallimento potrebbero apparire istituti antipodici: l'uno, quale strumento di «composizione della lite» che ha «nella volontà delle parti il suo fondamento»<sup>31</sup>, è l'espressione di una scelta concorde; l'altro, invece, quale espropriazione concorsuale, «generale» e «universale» del fallito<sup>32</sup>, rappresenta una modalità coattiva di regolazione dell'insolvenza. Nonostante tale apparente contrasto, tuttavia, si tratta di procedimenti volti alla medesima finalità, ossia la gestione del conflitto, ed è proprio in tale prospettiva – quella di una interazione «collaborativa» volta al superamento della controversia e, più in generale, dell'insolvenza e della crisi – che devono essere considerati.

Peraltro, nemmeno la contrapposizione tra carattere volontario dell'arbitrato e coattivo del fallimento può dirsi scontata. In effetti, alla dichiarazione di fallimento si può pervenire anche su istanza dello stesso debitore<sup>33</sup>, con la conseguenza che, in tal caso, la procedura avrebbe alla sua base quanto meno una manifestazione di volontà dell'esecutato, sorgendo dalla sua iniziativa; e non è mancata la qualificazione del fallimento come processo «volontario»<sup>34</sup>, oltre a parlarsi della sussistenza di un vero e proprio «diritto a fallire»<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Così SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, p. 176.

<sup>32</sup> Si mette infatti in rilievo come il fallimento costituisca una sorta di «espropriazione generale o fallimentare» per «il soddisfacimento di tutti i creditori»: v. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, I, 1936, p. 203; nel senso che si tratti di una «esecuzione universale»: v. FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., p. 72 ss.; nel medesimo senso, v. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 22.

<sup>33</sup> Ai sensi dell'art. 6 l. fall., infatti, il fallimento può essere dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero.

<sup>34</sup> Parla di fallimento come processo «volontario», in cui rientrerebbe «così la giurisdizione come la esecuzione volontaria» CARNELUTTI, *Natura del processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 216, ove si mette in rilievo come «il processo di fallimento è un processo volontario»: «mentre il protagonista della espropriazione ordinaria è il debitore, che ha e non vuole dare», «nell'espropriazione fallimentare» il debitore «vorrebbe dare ma non ha». Della problematica qualificazione del processo di fallimento si darà conto *infra*, par. 6.

<sup>35</sup> Sulla sussistenza (contrastata) di un diritto a fallire, v. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, IV, p. 466 ss.; APICE, *Obblighi dell'imprenditore e crisi dell'impresa*, in *Fall.*, 1996, 10 ss.; PASQUARIELLO, *Il «diritto» di fallire del piccolo imprenditore*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 665 ss.; *contra*, RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*<sup>2</sup>, Padova, 1994, p. 70 ss. Sulla qualificazione della materia come inerente a uno status v. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 456.

Tralasciati, dunque, pregiudizi di ordine concettuale, che potevano indurre a valutare i due istituti in un'ottica antagonista, deve riconoscersi altresì la compatibilità di funzione tra arbitrato e fallimento.

Tale compatibilità si configura come il portato del più ampio riconoscimento dell'equivalenza funzionale tra processo arbitrale e ordinario. A prescindere dallo storico «dilemma»<sup>36</sup>, tuttora irrisolto<sup>37</sup>, sulla natura contrattuale o giurisdizionale dell'arbitrato, e seppure la questione risulti anche allo stato attuale controversa<sup>38</sup>, la giurisprudenza, dopo aver lungamente aderito all'interpretazione propensa a riconoscere un carattere intrinsecamente privato dell'istituto<sup>39</sup> è attualmente pervenuta ad affermare che l'attività a cui sono preposti gli arbitri risulti assimilabile a quella dei giudici; che, anzi, vi sia una sostanziale «unicità della funzione» svolta<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> V. SATTA, *Commentario*, cit., p. 166. Sul punto, v. CARNACINI-VASETTI, voce *Arbitri*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, p. 648 ss.

<sup>37</sup> V. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 16 ss., ove si mette in rilievo come l'alternativa tra la lettura dell'arbitrato come parte integrante del «sistema-giustizia, interno alla funzione statale», e la sua riconduzione alla sfera negoziale, dovrebbe oggi ritenersi risolta in favore della sua considerazione come *tertium genus*.

<sup>38</sup> Sul punto, v. CARNACINI-VASETTI, voce *Arbitri*, cit., p. 648 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2015, p. 100 ss.; LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 261; FRADEANI, *Eccezione d'arbitrato e fallimento, tra vecchi e nuovi problemi interpretativi*, in *Giur. it.*, 2012, p. 463 ss.; MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 51; CONSOLO-MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di merito e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1448; CONSOLO-MARINELLI, *La Cassazione e il duplice volto dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 678; FORNACIARI, *Natura, di rito o merito, della questione circa l'attribuzione di una controversia ai giudici statali oppure agli arbitri*, in *Corr. giur.*, 2003, 461 ss.; E.F. RICCI, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259 ss., ove si mette in rilievo altresì come sia mutata la stessa *ratio* della domanda; mentre un tempo «ci si chiedeva se l'arbitrato avesse “natura contrattuale” e “privata” o “giurisdizionale” come premessa per l'analisi del diritto positivo, e con la pretesa di ricavarne delle conseguenze per l'interpretazione di quest'ultimo; e la tesi della “natura contrattuale” ha avuto la sua parte di fortuna», oggi «le locuzioni “natura giurisdizionale” e “natura contrattuale” vengono impiegate per esprimere riassuntivamente (e a posteriori) certe soluzioni positive, da individuare in se stesse *per altra via*»; cfr. ID., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 557 ss.; ID., *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9-2-1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 635 ss.; ID., *La Cassazione insiste sulla natura “negoziale” del lodo. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 1239 ss. Per la tesi negoziale, si v., in particolare, PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, p. 118; FAZZALARI, *Arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Torino, 2000, p. 88.

<sup>39</sup> In particolare, l'ontologica alternatività dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale era stata affermata da Cass., sez. un., 3 agosto 2000 n. 527, in *Giur. it.*, 2001, p. 761, con nota di Monteleone; ivi, p. 1107, con nota di Canale; in *Corr. giur.*, 2001, p. 51, con nota di Ruffini e Marinelli; in *Riv. arb.*, 2000, p. 699, con nota di Fazzalari.

<sup>40</sup> Per «l'unicità della funzione», v. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 84 ss.: «il giudice privato ed il giudice statale esercitano la stessa funzione (del risolvere le controversie attraverso un “atto di giustizia”, che è ontologicamente diverso dall'atto

All'arbitrato, dunque, secondo una tale prospettiva, si verrebbe ad attribuire una «natura giurisdizionale, e sostitutiva della funzione del giudice ordinario»<sup>41</sup>. Seppure non si tratti di una lettura univoca<sup>42</sup> – e infatti anche la giurisprudenza successiva ha ridimensionato la portata di tale lettura –<sup>43</sup> e, ad ogni modo, nella consapevolezza che «tale equivalenza di funzioni non comporta, però, identità»<sup>44</sup>, non pare però più potervi essere alcun concreto supporto argomentativo per sostenere un contrasto tra giustizia privata e giurisdizione. Tale principio deve valere, nei medesimi termini, anche in ambito fallimentare, escludendosi che un generale divieto di arbitrato possa trarsi da un presunto (e ormai definitivamente negato) contrasto funzionale tra l'attività svolta dagli arbitri e quella del tribunale.

Quanto al terzo profilo, devono ritenersi accantonate pure le censure fondate su un'eventuale incompatibilità legata alla struttura del processo di fallimento e, in particolare, ai relativi presupposti o condizioni, qual è nello specifico la competenza disciplinata dall'art. 24 l. fall.

---

negoziale)). Sull'arbitrato come «equivalente processuale», v. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., pp. 154 ss. e 178; cfr. ID., *Istituzioni del processo civile italiano*<sup>5</sup>, Roma, 1956, I, p. 65 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*<sup>3</sup>, 1985, II, p. 446 ss. Nel senso che dovrebbe essere «ormai superata l'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato», v. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1 ss.; sul punto v. anche ID., *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1 ss.

<sup>41</sup> In tal senso, v. Cass., sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Riv. arbitrato*, 2015, p. 307, con nota di Bergamini; in *Foro it.*, 2013, I, c. 3407, con nota di D'Alessandro. Tale pronuncia ha superato la pregressa «concezione sulla natura privata dell'arbitrato», che portava a «qualificare il procedimento arbitrale come ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale» affermata invece da Cass., sez. un., 3 agosto 2000 n. 527, cit. Tale pronuncia, infatti, aveva ritenuto il giudizio arbitrale «antitetico a quello giurisdizionale», del quale avrebbe costituito «la negazione». Al contrario, dal «riconoscimento della “giurisdizionalità” del processo arbitrale» attuato dalle Sezioni Unite del 2013 deriva che «l'opzione in favore del giudizio arbitrale, rispetto alla tutela davanti al giudice ordinario, implica, un “diverso modo” di esercizio dell'azione» e, dunque, «l'equiparazione alla domanda giudiziale (esercizio dell'azione giudiziaria) dell'atto di promovimento del processo arbitrale, e l'attribuzione al lodo dell'attitudine non di efficacia negoziale, ma dell'efficacia e della autorità della cosa giudicata»; in tal modo, tornando all'orientamento giurisprudenziale precedente all'arresto del 2000, è stata affermata «la natura giurisdizionale e non negoziale dell'arbitrato rituale». Nello stesso senso si colloca anche C. Cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arbitrato*, 2014, p. 81 ss., con nota di Briguglio, Sassani e Menchini, la quale ha riconosciuto a propria volta l'«attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica». Sulla «compiuta giurisdizionalizzazione dell'arbitrato a seguito della novella recata dal d.lgs. n. 40 del 2006» v. anche, nella giurisprudenza più recente, Cass., sez. un., 7 dicembre 2016, n. 25045, in *Dejure*; Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23463, ivi; Cass., sez. un., 6 luglio 2016, n. 13722, ivi.

<sup>42</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 19 ss. In tal senso, v. anche nota 36.

<sup>43</sup> *Ex multis*, in tal senso, v. Cass. 13 febbraio 2014, n. 3316, in *Dejure*.

<sup>44</sup> CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1145 ss.

Tale argomento, come si è visto, appariva vacillare già in passato; anche prima di riconoscere la sostanziale irrilevanza della norma ai fini di valutare l'ammissibilità dell'arbitrato nell'ambito dell'insolvenza, si dubitava che la previsione di competenza fosse assolutamente inderogabile, pervenendosi in tal modo ad ammettere eccezioni.

Ad ogni modo, anche a prescindere dall'individuazione delle azioni rientranti nella previsione dell'art. 24 l. fall., l'argomento fondato sulla competenza del tribunale fallimentare deve ritenersi, a monte, destituito di fondamento giuridico<sup>45</sup>. In tal senso, da un lato, la convenzione arbitrale non può essere qualificata come una semplice deroga del foro; di conseguenza non potrebbe ricadere nell'ambito applicativo della norma a prescindere dalla domanda che sia fatta valere<sup>46</sup>. Dall'altro, deve mettersi in rilievo che eventuali previsioni sulla competenza, quand'anche esclusiva, funzionale o inderogabile, non incidono sulla scelta delle parti in favore dell'arbitrato; la cognizione arbitrale, infatti, non concorre con la competenza giurisdizionale e non soggiace alle medesime regole, rispetto alle quali la volontà privata comporta una deroga escludendone, dunque, la stessa applicabilità<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Infatti, «l'attribuzione di una controversia a norma dell'art. 24 legge fallim. è irrilevante rispetto alla sorte del compromesso e della clausola compromissoria»: v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 15; cfr. ID., *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., p. 415. L'art. 24 riguarda l'ambito «dei normali problemi di competenza, i quali si muovono sul terreno della divisione del lavoro fra diversi giudici appartenenti alla stessa organizzazione giurisdizionale, e in specie all'ordine giudiziario»: v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 532. Al contrario, si mette in rilievo che l'art. 24 non è «una norma per regolare i rapporti tra giudici ed arbitri», v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 275.

<sup>46</sup> Nel senso che sia «riduttivo considerare il compromesso e la clausola compromissoria come accordi derogativi della competenza» v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 13 ss.

<sup>47</sup> In tal senso, la competenza prevista dall'art. 24 «non prevale sulla deroga alla giurisdizione ordinaria disposta in via convenzionale»: v. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, cit., p. 1187. Allo stesso modo, si afferma che «nulla può essere ricavato dall'art. 24 della legge fallimentare» in quanto «resterebbe sempre il rilievo di fondo [...] per cui una norma di attribuzione di competenza operante nell'ambito della giurisdizione statale, quand'anche sia inderogabile, non può incidere sull'individuazione della linea di confine tra controversie arbitrabili e controversie non arbitrabili»: v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 3. Si nega infatti che le regole sulla competenza possano essere estese alla scelta arbitrale: v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 33. La 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»: v. BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., p. 413; di conseguenza, «tra le materie compromettibili in arbitri possono essere ricomprese quelle oggetto di competenza funzionale di un determinato giudice»: v. ID., *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 13 ss. Così, «l'esclusività della competenza (che porta con sé una semplice deroga alla competenza territoriale secondo le regole comuni) non è una ragione plausibile che può giustificare la restrizione della capacità negoziale in ordine all'opzione arbitrale»; poichè «il rapporto tra giudici statuali e arbitri va configurato in termini di perfetta complementarietà, ne discende che le norme sulla competenza hanno solo lo scopo di individuare

Tale conclusione deve ritenersi valida anche alla luce dell'orientamento che, superando la configurazione privatistica dell'arbitrato – e laddove ad esso si ritenga di aderire –, ne ha affermato la menzionata natura sostitutiva della giustizia ordinaria<sup>48</sup>. In tal senso, la (non pacifica) concezione dell'arbitrato, quale alternativa giurisdizionale al processo ordinario, ha dirette conseguenze anche sulla natura della questione che concerne l'instaurazione del giudizio innanzi agli arbitri o ai giudici, da qualificare in termini di competenza<sup>49</sup>. Nonostante ciò, anche oggi

---

il giudice, senza toccare il problema dei limiti della compromettibilità, che risponde ad altre esigenze»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 275; PANETTA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola arbitrale*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 979; LA CHINA, *L'arbitrato*<sup>4</sup>, Milano, 2011, p. 49 ss.; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 475 ss. Nel senso che il problema della inderogabilità della competenza si pone solo tra giudici ordinari, v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, Padova, I, 2012, p. 405. Sul punto, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 806 c.p.c., cit., p. 108 ss.

<sup>48</sup> Su cui v. *supra*, par. 1.

<sup>49</sup> Dalla natura del giudizio arbitrale come «antitetico a quello giurisdizionale», affermata da Cass., sez. un., 3 agosto 2000 n. 527, cit., infatti, derivava, altresì, la qualificazione della devoluzione della controversia ad arbitri «quale rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, nonché quale manifestazione d'una opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il *dictum* di soggetti privati» escludendo «necessariamente, che la questione avente ad oggetto la deferibilità ad arbitri di una controversia» originasse una questione di giurisdizione e ravvisandola, invece, «quale questione di merito». Sulle conseguenze della pronuncia si v. MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 761, nonché FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2000, p. 704 ss. Come affermato dalle citate Sezioni unite del 2013, invece, «[d]alla natura giurisdizionale, e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, dell'attività degli arbitri rituali consegue che, mentre lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza [...], lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile configura, invece, una questione di giurisdizione». Sul punto, v. anche C. Cost. 19 luglio 2013, n. 223, cit., la quale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'articolo 819-ter, secondo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50 del codice di procedura civile», fondando tale decisione sull'«attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica»; il legislatore, infatti, «nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale», con la conseguenza che «è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse». Sui riflessi della pronuncia, v. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1107 ss.; FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, in *Foro it.* 2013, I, c. 2701 ss.; VALERINI, *La translatio iudicii opera anche nei rapporti tra giudice e arbitro*, in *Dir. giust.*, 2013, p. 984 ss.; nonché SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudici dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 384 ss.; ID., *Translatio iudicii a senso unico nel rapporto tra arbitro e giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2013, p. 1151 ss. Le conseguenze di tale indirizzo rispetto alla competenza del tribunale fallimentare sono state prese in considerazione da Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800, in *Dejure*, rispetto ad una controversia in cui veniva in rilievo una convenzione arbitrale in ambito fallimentare; la pronuncia, richiamando i citati precedenti, ha affermato che «in ragione della natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all'arbitrato rituale» deriva la «conseguente riconducibilità dell'eccezione di arbitrato rituale nel novero di quelle di rito» e, dunque, «stabilire se una controversia spetti alla cognizione degli arbitri o del giudice ordinario si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite

l'arbitrato deve ritenersi del tutto indifferente alla previsione dell'art. 24 l. fall.: quest'ultimo, come ogni regola sulla competenza, è finalizzato a disciplinare il riparto delle controversie tra i diversi uffici giudiziari; la devoluzione ad arbitri, invece, determina la stessa sottrazione al potere decisorio dei giudici e, di conseguenza, ha l'effetto di inibire l'operatività delle regole di competenza<sup>50</sup>. La cognizione arbitrale, dunque, non è esclusa dalla competenza del tribunale fallimentare, né quest'ultima è idonea a frapporre ostacoli alla compatibilità dell'arbitrato in tale ambito.

#### **4. La conferma del legislatore.**

La globale compatibilità tra arbitrato e fallimento trova conferma pure a fronte di un esame normativo; essa, infatti, risulta sottesa allo stesso impianto della legge fallimentare, in ragione di precisi riferimenti che si rinvergono, innanzitutto, agli artt. 35 e 25, n. 7, l. fall.<sup>51</sup>. Quest'ultima norma attribuisce al giudice delegato, su proposta del curatore, la nomina degli arbitri; sulla base della prima, invece, viene conferito al curatore, tra l'altro, il potere di stipulare compromessi, previa autorizzazione del comitato dei creditori. A tal proposito, anche la giurisprudenza ha affermato che l'art. 35 l. fall., «con l'attribuire al curatore la facoltà (previe le dovute

---

appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione». Sul punto, v. anche Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23463, ivi.

<sup>50</sup> D'altra parte, è stato messo in rilievo che «mentre i conflitti tra giudici pongono sempre un problema di “distribuzione” di un potere omogeneo e diffuso, i conflitti tra giudici ed arbitri pongono sempre un problema di “spettanza” del potere decisorio ai secondi cui corrisponde una “sottrazione” del medesimo ai giudici. In un solo caso i due diversi tipi di conflitto sono quasi coincidenti ed è quando si discute delle situazioni “non compromettibili”, perché in questa ipotesi si può anche dire che la legge, nel limitare il potere decisorio degli arbitri, ha risolto un problema di “distribuzione” prima e più ancora che un problema di “spettanza”»: v. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, cit., p. 84 ss.

<sup>51</sup> Sulla valorizzazione di tali norme ai fini che qui interessano, v. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 217; cfr. CATTANEO, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2002, p. 643 ss. Nel senso che dal dettato dell'art. 35 «è possibile desumere il principio secondo il quale non sussiste alcuna incompatibilità strutturale e funzionale tra la procedura fallimentare ed il giudizio arbitrale», in quanto ne presuppone «la possibile coesistenza», v. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, cit., p. 1174. Analogamente, in ragione dell'art. 35 può «escludersi una assoluta inammissibilità dell'arbitrato» per CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 535. Nel medesimo senso che dall'art. 35 «si evince in maniera indubbia l'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie in cui una delle parti sia un fallimento», in quanto la norma «ha contenuto generico e non pone perciò limiti», v. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, cit., p. 286 ss.

autorizzazioni) di fare compromessi» confermerebbe «*per tabulas* che non vi è, in linea di principio, l'incompatibilità, fra fallimento e cognizione arbitrale»<sup>52</sup>.

Merita tuttavia sottolineare che, secondo una diversa impostazione – precedente alle ultime riforme che hanno infine confermato la lettura in favore dell'arbitrato – nemmeno da tali riferimenti normativi potrebbe trarsi un principio di tendenziale compatibilità; si è infatti ritenuto che, sulla base di essi, potrebbe al più affermarsi la sussistenza di un potere arbitrale in capo al curatore, dunque successivo al sopravvenire del fallimento, ma nulla potrebbe desumersi rispetto alle sorti della convenzione arbitrale stipulata in precedenza dal fallito e alla sua eventuale opponibilità nei confronti della procedura come pure del procedimento arbitrale già instaurato<sup>53</sup>.

Tuttavia, se è vero che né l'art. 25 né l'art. 35 dettano alcuna disciplina per la convenzione arbitrale anteriore alla dichiarazione di fallimento, la specifica previsione di poteri compromissori in ambito fallimentare, qual è quella in esse contenuta, sembra già di per sé dimostrare come la materia sia permeata da un principio di arbitrabilità<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> V. Cass. 8 settembre 2006, n. 19298, in *Dejure*, ove si rileva che l'art. 35 l. fall., «attribuendo al curatore la facoltà (previe le dovute autorizzazioni) di fare compromessi (per specifiche controversie) - conferma, appunto, *per tabulas* che non vi è, in linea di principio, incompatibilità, fra fallimento e cognizione arbitrale»; cfr. Cass. 17 aprile 2003, n. 6165, in *Riv. arbitrato*, 2004, p. 701, con nota di Lipponi; Cass. 8 settembre 2006, n. 19298, in *Dejure*. Cfr. T. Udine, 14 febbraio 211, n. 217, *ivi*, per il quale «la presunta inconciliabilità dell'istituto della competenza funzionale ed inderogabile del Tribunale Fallimentare e dell'arbitrato è ad oggi esclusa dallo stesso dato normativo (art. 35 l. fall.), ove cioè il Curatore viene legittimato - con decreto motivato del Tribunale Fallimentare, su proposta del Giudice Delegato e previo parere del comitato dei creditori - a stipulare non solo transazioni, ma anche compromessi»; cfr. T. Nocera Inferiore, 14 giugno 2005, *ivi*; T. Roma, 13 giugno 2011, n. 12745, *ivi*.

<sup>53</sup> In tal senso, poiché tali norme prevedono soltanto l'attribuzione di un potere compromissorio successivo al fallimento, si affermava che non si potesse desumere nulla rispetto al caso in cui il potere arbitrale fosse già stato esercitato dal debitore *in bonis*; «anche appurato che il curatore possa compromettere in arbitri alcune controversie concernenti il patrimonio del fallito, rimarrebbe pure sempre da dimostrare l'opponibilità e l'efficacia nei confronti del fallimento sia della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato anteriormente dal fallito, sia di un compromesso, anteriormente concluso da quest'ultimo»: v., in senso critico, BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 7. Sul punto, in termini analoghi, v. anche APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 264: la norma «riguarda l'attività gestoria del curatore ed è evidente che la previsione di compromessi e di giudizi arbitrali che prendono il via nel corso del fallimento nessun ausilio interpretativo può offrire alla problematica dell'opponibilità/inopponibilità di clausole precedentemente stipulate dal fallito e di giudizi arbitrali anteriormente instaurati, se non quello - in verità piuttosto inconsistente - di poter affermare che l'operatività di una clausola arbitrale non contrasta con l'architettura generale della procedura fallimentare».

<sup>54</sup> In tal senso, v. Cass. 17 aprile 2003, in *Giust. civ.* 2004, I, p. 2408. Si afferma infatti che dall'art. 35 l. fall. «si può desumere l'insussistenza di un qualsiasi impedimento al subingresso nel compromesso e nella clausola compromissoria, perché altrimenti non si spiegherebbe perché il curatore stesso, autorizzato come per legge, possa compromettere in arbitri una controversia»: v. BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e*

## 5. (segue): anche alla luce delle riforme.

L'esito interpretativo favorevole all'affermazione della compatibilità dell'arbitrato, appare oggi confermato a fronte di un espresso riconoscimento legislativo: la riforma del 2006, infatti, con l'art. 83-*bis*, ha introdotto una specifica previsione concernente l'arbitrato.

Prescindendo per il momento dalle problematiche connesse alla (lacunosa) disciplina che è stata dettata<sup>55</sup>, deve sottolinearsi che la norma ha il pregio di aver introdotto, per la prima volta, una specifica previsione dedicata ai rapporti tra arbitrato e fallimento, in tal modo superando gli eventuali dubbi quanto ad eventuali profili di reciproca incompatibilità, laddove ancora ne permanessero<sup>56</sup>: essa, infatti, sancisce definitivamente un principio di pieno utilizzo dell'arbitrato in ambito fallimentare.

Peraltro, la norma conferma che l'arbitrato può trovare spazio in sede fallimentare, a prescindere sia dalle dinamiche temporali in cui esso si colloca, sia dal soggetto a cui il suo utilizzo deve ricollegarsi.

L'art. 83-*bis*, infatti, si riferisce all'arbitrato instaurato precedentemente alla declaratoria fallimentare. Di conseguenza, da un lato l'arbitrato deve ritenersi ammissibile anche laddove sorga da una convenzione arbitrale pregressa rispetto al fallimento. Dall'altro, risulta indifferente che la scelta sull'utilizzo dell'arbitrato sia stata effettuata da fallito: la riconducibilità dell'arbitrato ad un potere compromissorio esercitato dal debitore, infatti, non determina per ciò stesso la caducazione, la perdita di efficacia o l'inopponibilità della convenzione arbitrale, nè l'improcedibilità dell'arbitrato pendente.

---

*fallimento*, cit., p. 417. Il potere di stipulare compromessi del curatore «dimostra che non esiste incompatibilità tra il fallimento e l'arbitrato»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 264.

<sup>55</sup> Su cui ci si soffermerà nel prosieguo, v. *infra*, in part. parr. 7 e 11.

<sup>56</sup> Dalla norma si ricava infatti «l'indubitabile compatibilità delle convenzioni arbitrali extrafallimentari o prefallimentari con il fallimento»: v. PATTI, *I rapporti che rimangono sospesi*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*<sup>2</sup>, diretto da Panzani, Torino, 2012, p. 457. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. T. Terni, 7 febbraio 2011, in *Dejure*, per il quale «dalla norma dettata dall'art. 83-*bis* l. fall. [...] è piuttosto possibile dedurre un principio generale di compatibilità tra fallimento e procedura arbitrale».

## **6. La più generale compatibilità tra arbitrato e sistema concorsuale.**

L'utilizzo dell'arbitrato viene oggi pacificamente ammesso anche nelle procedure di gestione della crisi alternative a quella fallimentare. A fronte del principio di compatibilità tra arbitrato e fallimento, sembra dunque doversi affermare una più ampia compatibilità tra arbitrato e sistema concorsuale.

Se dalle specifiche disposizioni dettate per il fallimento si passa a quelle previste in generale dalla legge fallimentare, infatti, ci si ravvede che il principio di compatibilità dell'arbitrato riguarda, a maggior ragione, le altre procedure concorsuali c.d. minori.

Rispetto a queste ultime, i dubbi di compatibilità rispetto all'arbitrato sono a monte più attenuati.

È vero che pure in tal caso possono venire in rilievo elementi di antitesi. Infatti, mentre l'arbitrato si configura come un istituto per la soluzione delle controversie in via non giurisdizionale, in cui la decisione è attribuita a giudici privati, i procedimenti concorsuali sono comunque affidati alla gestione di un organo statale.

L'arbitrato, come si è detto, è inoltre, caratterizzato dalla sussistenza di un conflitto, in vista del suo componimento. Tale struttura essenzialmente antagonistica e avversariale manca nei procedimenti concorsuali, che non sono nemmeno assimilabili, di per sé intesi, ad una controversia in senso stretto. Alla rigida contrapposizione delle parti si sostituisce, infatti, l'organizzazione dei creditori – tutti analogamente interessati alla soddisfazione di un diritto, che il più delle volte è destinato ad essere realizzato non integralmente – in un'unica massa concorsuale; il carattere predominante è, dunque, quello della concorsualità, nella ricerca di un risultato di compromesso, solo parzialmente (ed in concorso, appunto) soddisfattivo, da realizzare anche tramite il risanamento della situazione economica in cui si trova il debitore.

Anche in tal caso, tuttavia, nonostante tali (quanto meno apparenti) elementi di antitesi, arbitrato e procedimenti concorsuali sono istituti concettualmente affini: si tratta di strumenti preposti alla gestione del conflitto, ed è proprio in tale già vista prospettiva – quella di una

interazione «collaborativa» finalizzata al superamento della controversia e, più in generale, dell'insolvenza e della crisi – che devono essere considerati.

Peraltro, l'affinità riguarda gli stessi presupposti: se è vero che a fronte del fondamento fisiologicamente consensuale dell'arbitrato, i procedimenti concorsuali si fondano sulla legge e sui requisiti da essa previsti per la loro apertura, è comunque indubbio che pure nelle procedure concorsuali minori vi sia un carattere nettamente improntato alla consensualità. Di conseguenza, vi è comunque un sostrato nella volontà delle parti, per quanto esso si declini secondo regole necessariamente diverse.

#### **7. (segue): e l'introduzione di una norma specifica per il concordato preventivo.**

D'altra parte, anche rispetto alle procedure concorsuali minori il legislatore ha dettato, con le ultime riforme, una norma specifica, da cui si desume come l'arbitrato preventivo trovi, pure rispetto alle procedure concordatarie, piena legittimazione: l'art. 169-*bis*, dettato specificamente per il concordato preventivo.

Merita sottolineare come, in ambito concordatario, la compatibilità dell'arbitrato non sia mai stata seriamente messa in discussione.

Innanzitutto, anche da un punto di vista strutturale, il concordato preventivo è caratterizzato da un più evidente fondamento contrattuale; in tal senso, per i sostenitori della teoria negoziale del concordato, quest'ultimo rappresenterebbe un contratto tra debitore e assemblea dei creditori<sup>57</sup>.

Inoltre, pure se la diatriba sulla natura pubblicistica o negoziale del concordato preventivo pare oggi definitivamente risolta in favore del carattere procedimentale dell'istituto<sup>58</sup>, è indubbio che la volontà delle parti rivesta un ruolo complessivamente preponderante nella definizione degli assetti degli interessi.

---

<sup>57</sup> Sul punto, v. SATTA, *Diritto fallimentare*<sup>3</sup>, Padova, 1993, p. 391 ss.

<sup>58</sup> V. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*<sup>2</sup>, Padova, 2016, p. 692.

Anche al concordato preventivo è sotteso un interesse pubblico; in tal senso, si mette in rilievo come elemento comune a tutti i procedimenti in materia di insolvenza – caratterizzati da un’alternanza di fasi di carattere più marcatamente procedurale o contrattuale – sia, nelle varie forme in cui esso si esplica, il principio di concorsualità<sup>59</sup>. Inoltre, nonostante alla base del concordato vi sia un presupposto oggettivo tendenzialmente più attenuato, qual è lo stato di crisi, è la stessa legge ad affermare che esso si configuri come potenzialmente comprensivo anche dell’insolvenza<sup>60</sup>.

Tuttavia, anche riconoscendo al concordato una funzione analoga a quella del fallimento nella tutela di interessi pubblicistici, legati alla tutela della *par condicio creditorum*, non sembra potersi escludere la rilevanza attribuita alla consensualità delle parti, anche nella risoluzione delle liti.

Così, nel concordato preventivo è la volontà del debitore ad introdurre la procedura, tramite la domanda di ammissione al concordato ed omologazione della proposta<sup>61</sup>. Allo stesso modo, è sulla base del consenso dei creditori che si determina l’approvazione della proposta stessa<sup>62</sup>, rispetto alla quale il controllo del tribunale è ristretto tra le maglie della valutazione di

---

<sup>59</sup> Sul punto, v. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 694.

<sup>60</sup> Si v., in proposito, l’art. 160, comma 3, l.fall., che definisce lo stato di crisi come comprensivo anche dell’insolvenza.

<sup>61</sup> L’iniziativa all’introduzione della procedura concordataria, infatti, anche a seguito della legge del 2012 viene riservata al debitore concordatario. Sulla distinzione tra domanda, proposta e piano si v. FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una «lettura difensiva»*, in *Fall.*, 2016, p. 569 ss., in part. nota 4; ID., *Per la chiarezza di idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, ivi, 2011, p. 175 ss. In tal senso, si è messo in rilievo come il ricorso di cui all’art. 161 l. fall. sia da configurare «alla stregua di atto processuale contenente la (unica) domanda vera e propria di concordato»: CORDOPATRI, *Il processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 344 ss.; cfr. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013, p. 1904. Come si è anticipato, la proposta e il piano non accompagnano necessariamente il ricorso per concordato preventivo fin dalla sua proposizione, ma soltanto la domanda di concordato «piena», alla quale la riforma attuata dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134 ha accostato anche la c.d. domanda «anticipata» («con riserva» o «in bianco»); in tale ipotesi, ai sensi dell’art. 161, comma 6, l. fall., il debitore può presentare proposta, piano e documentazione in un termine (prorogabile) fissato dal giudice tra 60 e 120 giorni.

<sup>62</sup> Il concordato è infatti approvato con il consenso dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto e, allo stesso tempo, la maggioranza delle classi se previste; v. art. 177 l.fall. Merita tra l’altro sottolineare che, a seguito della riforma del 2012, vi è per gli stessi creditori la possibilità di presentare proposte concorrenti. Sul punto, v. GRIFFINI, *Le proposte concorrenti di concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2017, p. 230; TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 1389; AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 359; D’ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, p. 1163.

ammissibilità formale e di fattibilità giuridica<sup>63</sup>; e pure il principio della *par condicio creditorum* può essere derogato, com'è tra l'altro legislativamente previsto all'art. 160, laddove si prevede espressamente la possibilità di classi differenziate tra creditori.

In un contesto caratterizzato dal primato della volontà delle parti, di conseguenza, la stessa compatibilità di un istituto di risoluzione stragiudiziale delle controversie di carattere privato, quale si configura l'arbitrato, non pone seri dubbi di compatibilità.

D'altra parte, alla medesima conclusione si perviene altresì in considerazione della mancanza, nell'ambito del concordato preventivo, di una norma di competenza esclusiva analoga all'art. 24 l.fall., nonché di un procedimento di accertamento del passivo come quello disciplinato agli artt. 93 ss.; norme che, come si è visto, nel corso del tempo sono invece state valorizzate per desumere un divieto di utilizzo dell'arbitrato nel fallimento.

Di conseguenza, si è tradizionalmente escluso che dall'apertura del concordato preventivo potesse derivare una qualsiasi inefficacia o inopponibilità della convenzione arbitrale<sup>64</sup>, come pure la sua annullabilità o caducazione<sup>65</sup>.

Anzi, si mette in rilievo come le procedure concordatarie siano terreno d'elezione per la giustizia arbitrale<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Sul punto, v. VELLA, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in *Fall.*, 2015, p. 435; TRENTINI, *Fattibilità economica del piano e controllo del tribunale dopo l'approvazione: la Cassazione ribadisce che il controllo spetta ai creditori*, in *Fall.*, 2015, p. 165; AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi*, in *Fall.*, 2014, p. 1322; VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 6, 1203; CARMELLINO, *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Esec. forzata*, 2013, p. 2 ss.; PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Società*, 2013, p. 565; TRAVAGLINO, *La «fattibilità» del concordato preventivo*, in *Corr. merito*, 2013, p. 4 ss.; DE SANTIS, *Le Sezioni Unite e il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Società*, 2013, p. 435; BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383; NARDECCHIA, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 185 ss.

<sup>64</sup> BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, in *Riv. arbitrato*, 1995, p. 674 ss.

<sup>65</sup> È dunque da escludersi l'automatica caducazione dell'accordo arbitrale quale effetto dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo di uno dei compromittenti e, *a fortiori*, quale effetto della presentazione del relativo ricorso; v. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, in *Il fallimentarista*, 2 ottobre 2013.

<sup>66</sup> «La progressiva tendenza alla "conservazione" dell'impresa in stato di crisi, come ineluttabile conseguenza di un'analisi giuridica dell'economia, suggerisce di rivedere i possibili spazi d'intervento della

Il *favor* legislativo per le procedure negoziate della crisi, coniugata alla volontà di conservare l'impresa in stato di dissesto, infatti, trovano nello strumento arbitrale la via più idonea per pervenire celermente alla risoluzione delle controversie insorte nell'ambito della procedura, come pure alla definizione del patrimonio del debitore concordatario, da porre alla base del piano e della proposta di concordato<sup>67</sup>.

Di conseguenza, la compatibilità dell'arbitrato con il concordato preventivo deve essere letta alla luce della stessa funzione conservativa dell'impresa attribuita al concordato preventivo<sup>68</sup>.

Tale conclusione ha trovato, infine, conferma nello stesso dettato normativo. Invero, all'art. 169-*bis* si prevede oggi, espressamente, la possibilità di concludere compromessi, con la conseguenza di escludere, pure in astratto, profili di contrasto con la procedura<sup>69</sup>.

## **8. L'arbitrato nelle attuali prospettive di modifica del sistema concorsuale.**

Tali principi sembrano tra l'altro doversi generalizzare nell'ambito della riforma sull'insolvenza attualmente pendente in Senato, D.d.l. S. 2681, «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», il cui esame è iniziato nel mese di febbraio 2017.

---

giustizia arbitrale (soprattutto) nel percorso di risanamento o di «continuità» aziendale dell'impresa concordataria»: v. CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, in *Il fallimentarista*, 22 luglio 2013.

<sup>67</sup> In tal senso, i tempi della c.d. «giustizia privata», «resa ormai *ex lege* equipollente agli effetti della giurisdizione «togata» (e pertanto anch'essa rientrante *tout court* nel quadro pieno ed effettivo della *iurisdictio*) senza dubbio possono favorire l'obiettivo della reale determinazione del patrimonio» del debitore concordatario; «se l'obbiettivo rimane (ovviamente) quello della determinazione della reale consistenza del patrimonio al fine di garantire il soddisfacimento dei creditori, l'arbitrato forse è lo strumento che meglio si addice per risolvere più celermente tali ordini di problemi»: v. CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, cit., p. 1 ss.

<sup>68</sup> FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 1996, p. 419 ss., ove si mette in rilievo come le «posizioni diverse nei confronti degli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti» vadano «sicuramente ricercate nella mancanza nella *legge fallimentare* di una regolamentazione degli effetti del concordato preventivo su tali rapporti» e, inoltre, «dalla concezione che si ha della funzione del concordato», al quale «si è andata via, via, attribuendo una funzione primaria di conservazione dell'impresa, in antitesi con una finalità di mera liquidazione tipica proprio del fallimento».

<sup>69</sup> V. BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, in *Riv. arbitrato*, 1995, p. 674 ss., ove si sottolinea come «essendo il compromesso in arbitri espressamente considerato nell'art. 167, comma 2°, l.f., non v'è, almeno astrattamente, alcuna incompatibilità fra concordato preventivo e clausola compromissoria».

In particolare, il disegno di legge si propone una sistematica rielaborazione del sistema concorsuale, a partire dalle definizioni terminologiche; viene infatti anche formalmente espunto il termine fallimento, in favore dell'espressione «liquidazione giudiziale» (v. art. 2, comma 1).

Gli elementi rilevanti, in un'ottica d'insieme volta a valutare i profili di compatibilità tra arbitrato e sistema concorsuale, sono principalmente due, ed entrambi conducono alla conferma della una generalizzata compatibilità tra arbitrato e insolvenza.

Da un lato, il disegno di legge prevede l'adozione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore (art. 2, lett. d).

A fronte dell'adozione di tale procedimento unitario, che accomuna le diverse metodologie concorsuali, vengono meno i presupposti che avevano indotto a ravvisare elementi idonei a limitare l'utilizzo dell'arbitrato. Tale procedimento, infatti, sostituisce il precedente accertamento del passivo, la cui necessaria applicazione nell'ambito del fallimento (nemmeno più esistente) aveva costituito, come si è visto, uno dei principali elementi di contrasto rispetto all'affermazione dell'ammissibilità dell'arbitrato. Allo stesso modo, vengono a mancare diverse norme processuali di rito altrettanto inderogabili.

Dall'altro, non sono più presenti nemmeno le norme specifiche sugli effetti che l'apertura della procedura determinano sulla clausola compromissoria sottoscritta dal debitore; tali norme settoriali sono invece sostituite da una complessiva disciplina volta a regolare procedure conciliative di generale applicazione nell'ambito di insolvenza. L'art. 4, infatti, prevede l'introduzione di procedure di allerta e composizione assistita della crisi, «di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori», prevedendo, tra l'altro, l'istituzione di appositi organismi che assistano il debitore nella procedura di composizione assistita della crisi<sup>70</sup>. A tali

---

<sup>70</sup> Su cui v. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fall.*, 2016, p. 1032 ss.; CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, p. 1021 ss.; GUIOTTO, *Gli organismi di composizione della crisi*, in *Fall.*, 2012, p. 1101; ANSALDI, *Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento e Registro ministeriale*, in *Contratti*, 2015, p. 625 ss.

organismi viene attribuita la competenza ad addivenire a una soluzione della crisi concordata tra il debitore e i creditori.

In tal modo, il legislatore ha introdotto un elemento di profonda novità nel sistema concorsuale, ossia forme di vera e propria «negoziante» concorsuale.

In particolare, rinnegando il principio di competenza esclusiva del giudice statale, si consente che siano gli organismi di composizione assistita della crisi a poter addivenire, in prima battuta, all'individuazione di soluzioni stragiudiziali idonee a superare l'insolvenza; il ricorso al giudice dovrebbe dunque confinarsi anche in questo campo, ed in linea con la generale tendenza alla degiurisdizionalizzazione ordinamentale, ad un ruolo di *extrema ratio*.

#### **9. (segue): anche in un'ottica comparata.**

Si tratta di percorsi già valorizzati in altri ordinamenti – si pensi alla *mediación concursal* spagnola, dalla quale il legislatore interno pare aver tratto uno spunto rilevante<sup>71</sup> – e, soprattutto, incentivati a livello europeo<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Mentre fino ad ora nell'ordinamento italiano non esisteva la mediazione concorsuale né una figura specializzata di mediatore concorsuale, la legge spagnola *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, a seguito della riforma del 2015, ha previsto una specifica figura di mediatore concorsuale al quale spettano una serie di funzioni e in particolare quella di facilitare il superamento della crisi tramite un accordo stragiudiziale tra debitore e creditori. Infatti, come prevede in particolare l'Artículo 232, «*Solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos*», «*El deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará el nombramiento de un mediador concursal*». Tale soggetto, in modo del tutto analogo agli organismi di composizione assistita della crisi, hanno proprio la funzione di incentivare il raggiungimento di un accordo tra debitore e creditori. Infatti, come prevede il successivo Artículo 236, «*Propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos*», «*Tan pronto como sea posible [...] el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud*», proposta che potrà contenere una serie di misure quali «*Esperas por un plazo no superior a diez años*», «*Quitas*», «*Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos*», «*La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora*», «*La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original*». Analogamente a quanto previsto per gli organismi di composizione della crisi, poi, viene mantenuto un controllo sul procedimento. Infatti, «*El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvenza actual o inminente*».

<sup>72</sup>JORIO, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fall.*, 2015, p. 1070 ss.; PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, p. 1013 ss.

Dal 2012, infatti, si sono intensificati gli interventi normativi europei in ambito di insolvenza, facendo emergere un «nuovo approccio»<sup>73</sup> volto ad favorire l'adozione di strumenti di avvicinamento tra legislazioni e, in particolare, misure di tipo stragiudiziale<sup>74</sup>.

In questo contesto si colloca la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo del Consiglio del 22 novembre 2016, COM(2016) 723 *final*, riguardante quadri di ristrutturazione preventiva, seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti<sup>75</sup>.

Il fine che la proposta si prefigge è quello «che tutti gli Stati membri si dotino di principi fondamentali su quadri efficaci in materia di ristrutturazione preventiva e seconda opportunità, e di misure per migliorare l'efficienza di tutti i tipi di procedure di insolvenza riducendone la durata e i costi associati e migliorandone la qualità». Nel perseguimento di questi obiettivi un ruolo importante è rivestito dallo sviluppo di nuovi strumenti volti ad agevolare le trattative tra debitore e creditori<sup>76</sup>, anche tramite soggetti dotati di specifiche competenze, i c.d. «professionisti nel campo della ristrutturazione», quali, in particolare il «mediatore» e il «supervisore»<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Così, in particolare, la Comunicazione della Commissione «Un nuovo approccio europeo al fallimento delle imprese e all'insolvenza», COM(2012) 742, del 12 dicembre 2012, con cui è stata sottolineata la necessità di superare le divergenze tra i diritti fallimentari nazionali, che possono costituire un ostacolo al funzionamento di un mercato unico efficiente.

<sup>74</sup> A seguito di tale Comunicazione, vi è stata la modifica del regolamento (CE) n. 1346/2000, realizzata con l'adozione del regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza; regolamento che, tuttavia, riguarda la risoluzione dei conflitti di giurisdizione e di leggi nelle procedure d'insolvenza transfrontaliere e garantisce il riconoscimento delle decisioni in materia di insolvenza in tutta l'UE, ma non provvede ad armonizzare le norme sostanziali in materia di insolvenza degli Stati membri. Nel 2014, poi, è stata adottata la Raccomandazione della Commissione C(2014) 1500 *final* del 12 marzo 2014 relativa alla ristrutturazione e alla seconda opportunità, e che, in particolare, ha invitato gli Stati membri a dotarsi sia di procedure efficaci di pre-insolvenza volte ad agevolare la ristrutturazione dei debitori economicamente validi e, dunque, ad evitare l'insolvenza, sia di disposizioni sulla c.d. «seconda opportunità», che consentano agli imprenditori di essere ammessi al beneficio della liberazione dai debiti entro 3 anni dalla dichiarazione di insolvenza.

<sup>75</sup> Tale strumento normativo parte dal presupposto che una «maggiore armonizzazione della normativa sull'insolvenza» sia «fondamentale per il buon funzionamento del mercato unico» e che «una maggiore convergenza delle procedure di insolvenza e di ristrutturazione aumenterebbe la certezza giuridica per gli investitori transfrontalieri e incoraggerebbe la ristrutturazione precoce delle imprese economicamente sostenibili in difficoltà finanziarie». L'obiettivo di fondo della proposta è quello di «ridurre i principali ostacoli al libero flusso dei capitali derivanti dalle divergenze tra i quadri degli Stati membri in materia di insolvenza e ristrutturazione».

<sup>76</sup> Il Capo 2 è espressamente dedicato all'«Agevolazione delle trattative sul piano di ristrutturazione preventiva».

<sup>77</sup> Nella proposta di direttiva si prende espressamente in considerazione, tra gli elementi volti a determinare un miglioramento nel contesto delle procedure di insolvenza e ridurne la durata, la figura dei «professionisti

Inoltre, nella proposta si prevede che «i quadri nazionali di ristrutturazione preventiva dovrebbero contemplare procedure flessibili che limitino l'intervento delle autorità giudiziarie o amministrative ai casi in cui è necessario e proporzionato per tutelare gli interessi dei creditori e terzi eventuali. Al fine di evitare costi inutili e rispecchiare l'intervento precoce della procedura, il debitore dovrebbe, in linea di principio, mantenere il controllo dei suoi attivi e della gestione corrente dell'impresa»<sup>78</sup>. L'intervento giudiziale è sostituito, in quest'ottica, dalla «nomina di un professionista nel campo della ristrutturazione, sia esso un mediatore che aiuta nelle trattative sul piano di ristrutturazione o un amministratore delle procedure di insolvenza che vigila sull'operato del debitore»<sup>79</sup>.

Il dettato del legislatore europeo è stato tenuto in chiara considerazione anche da quello italiano, che non ne ha omissa la considerazione in apertura della proposta di riforma<sup>80</sup>.

La caduta dell'esclusiva competenza dei giudici statali in ambito di insolvenza sembra dover condurre all'accoglimento della generale possibilità di devolvere le medesime questioni agli arbitri.

---

nel campo della ristrutturazione, dell'insolvenza e della seconda opportunità». Il «professionista nel campo della ristrutturazione» è prevista dall'art. 2, comma 15, ed è definito come «la persona o l'organo nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa per svolgere uno o più dei seguenti compiti: (a) assistere il debitore o i creditori nel redigere o negoziare il piano di ristrutturazione; (b) vigilare sull'attività del debitore durante le trattative sul piano di ristrutturazione e riferire all'autorità giudiziaria o amministrativa; (c) assumere il controllo parziale delle attività o degli affari del debitore durante le trattative».

<sup>78</sup> V., in particolare, il considerando 18 e gli artt. 5 ss.

<sup>79</sup> In particolare, già la Raccomandazione del 2014 prevedeva principi analoghi. In tal senso, il considerando 17, affermava che «Per promuovere l'efficienza e ridurre ritardi e costi, i quadri nazionali di ristrutturazione preventiva dovrebbero contemplare procedure flessibili che limitino l'intervento del giudice ai casi in cui è necessario e proporzionato per tutelare gli interessi dei creditori e terzi eventuali». Inoltre, agli artt. 8 ss. la Raccomandazione prevedeva che il debitore dovesse «poter avviare il processo di ristrutturazione dell'impresa senza dover iniziare ufficialmente un'azione in giudizio» e che il giudice potesse nominare un supervisore o un mediatore «per assistere il debitore e i creditori nel condurre a buon fine i negoziati sul piano di ristrutturazione».

<sup>80</sup> L'Art.1.2, infatti, prevede che nell'esercizio della delega il Governo deve tenere in considerazione la «normativa dell'Unione europea e in particolare del regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, nonché dei principi della *model law* elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL)».

Tale incremento nella negozialità delle procedure concorsuali ha infatti l'indubbia conseguenza di determinare, altresì, una maggiore «privatizzazione» dell'insolvenza, in cui il ruolo principale viene restituito, in ogni caso, all'iniziativa e alla volontà privata.

In questo ambito, non può che essere vista con favore anche la scelta per la via arbitrale rispetto a quella del giudizio ordinario davanti al tribunale.

La negozializzazione dell'insolvenza, infatti, sembra far venire meno il presupposto (una volta ritenuto) fondamentale di contrasto con l'arbitrato, ossia l'indisponibilità della situazione giuridica tutelata dal fallimento: una volta attribuita alle parti la generale facoltà di stipulare accordi per superare l'insolvenza, infatti, viene certamente attribuita alle stesse anche la possibilità di accordarsi al fine di rimettere le relative decisioni ad un collegio arbitrale anziché al giudice.

## CAPITOLO II

### L'ARBITRABILITÀ NELLE PROCEDURE CONCORSUALI.

SOMMARIO: 1. Una ricostruzione dell'arbitrabilità in prospettiva processual-concorsuale. – 2. (segue): i limiti derivanti dal sistema. – 3. Rilettura della portata «residuale» dell'arbitrato in ambito fallimentare: dalla dichiarazione di fallimento non derivano limitazioni all'arbitrabilità dei diritti. – 4. (segue): un vaglio alla luce delle disposizioni processuali in materia fallimentare. – 5. Arbitrabilità e diritti successivi al fallimento. – 6. La non arbitrabilità della dichiarazione di fallimento. – 7. Una riemersione della «residualità arbitrale» a fronte dell'accertamento del passivo? – 8. Inarbitrabilità dell'insinuazione al passivo alla luce della specificità dell'oggetto di giudizio: il diritto al concorso. – 9. (segue): e gli effetti dell'accertamento. – 10. Considerazioni finali sulla residualità dell'arbitrato. – 11. L'arbitrabilità nel concordato preventivo: la piena disponibilità dei diritti. – 12. (segue): e la mancanza di limitazioni alle azioni di cognizione proponibili. – 13. L'arbitrabilità nelle procedure concorsuali in un'ottica comparata: effetti dell'insolvenza sull'*objective arbitrability* nel sistema inglese. – 14. (segue): limitazioni all'arbitrabilità *ratione materiae* e conseguenze della inarbitrabilità.

#### **1. Una ricostruzione dell'arbitrabilità in prospettiva processual-concorsuale.**

La teorica affermazione della compatibilità tra arbitrato e concorso non esclude che dall'apertura di una procedura concorsuale possano derivare delle limitazioni, ulteriori rispetto a quelle previste in via generale nell'ordinamento, alle controversie compromettibili in arbitri.

Scopo del presente capitolo è proprio quello di individuare l'ambito oggettivo delle liti che possono essere devolute ad arbitri nel sistema concorsuale.

Tale analisi si risolve nell'individuazione dei confini dell'arbitrabilità; la prospettiva che si assume è, dunque, quella dell'identificazione della nozione in questo ambito.

Pare infatti che il reale discrimine tra le controversie che possono costituire oggetto di arbitrato e quelle rispetto alle quali l'arbitrato è invece precluso sia da ravvisare alla luce dei principi processuali della materia e, dunque, innanzitutto, dell'art. 806 c.p.c. Di conseguenza, si devono

individuare quali controversie, nel sistema concorsuale, rientrino nella generale definizione fondata su tale norma.

Da un punto di vista generale, i requisiti dell'arbitrabilità sono disciplinati dall'art. 806 c.p.c., che individua come arbitrabili le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, facendo salvo l'espresso divieto di legge. All'ordinamento è, quindi, sotteso un generale principio di arbitrabilità: di regola, i diritti, se non indisponibili, possono essere devoluti alla cognizione arbitrale<sup>81</sup>. La norma, nel delimitare, in negativo, ciò che non è arbitrabile, determina, altresì, in positivo, ciò che resta ricompreso nell'area dell'arbitrabilità<sup>82</sup>: tali sono tutte le controversie su diritti disponibili per i quali non sia previsto un divieto espresso<sup>83</sup>.

Il concetto stesso di controversia sottolinea il carattere proprio del giudizio arbitrale: l'arbitrabilità presuppone un'attività cognitiva e contenziosa su diritti<sup>84</sup> o, comunque, su

---

<sup>81</sup> All'interno dell'ordinamento «risulta chiaro che la regola è quella dell'arbitrabilità, mentre l'eccezione è quella della non arbitrabilità, così come la regola è la libertà riconosciuta dall'ordinamento e l'eccezione ne è il limite»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 16. Nello stesso senso, v. ALPA - VIGORITI, *L'arbitrato rituale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013, p. 263. Sulla «generale arbitrabilità» v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 390; cfr. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*<sup>6</sup>, I, Padova, 2010, p. 290.

<sup>82</sup> In tal senso, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 17.

<sup>83</sup> Infatti, «l'incompromettibilità è definitivamente ed esclusivamente correlata all'indisponibilità del diritto ed al divieto espresso di legge»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 17. Le controversie arbitrabili sono dunque «tutte le controversie, ad eccezione di quelle che hanno ad oggetto diritti indisponibili o quelle che per espressa previsione di legge sono devolute al giudice perché vietate – in modo esplicito – alla cognizione degli arbitri»: v. ALPA - VIGORITI, *L'arbitrato rituale*, cit., p. 263.

<sup>84</sup> Con riferimento alle limitazioni dell'arbitrabilità «*quoad officium*», cioè al «decidere degli arbitri», si sottolinea infatti che «il processo per arbitri ha soltanto carattere cognitivo, contenzioso e definitivo»: v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 398. Infatti, i giudici possono solo «decidere una controversia» con la conseguenza di potersi sostituire al giudice «nelle controversie il cui processo è disciplinato dal secondo libro del codice di procedura civile. Non sono abilitati a dirigere esecuzioni, emettere provvedimenti di volontaria giurisdizione o all'esito di procedimenti sommari o speciali», «emettere provvedimenti cautelari o provvedimenti equiparati»: v. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*<sup>5</sup>, Torino, 2015, p. 77-78. Dunque, l'arbitrato non è esperibile per questioni soggette ad un giudizio diverso dal processo contenzioso di cognizione»: v. CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in *Il diritto dell'arbitrato*, a cura di Rubino Sammartano, Padova, 2010, II, pp. 1507-1509. Allo stesso modo, «l'arbitrato può intervenire solo in sostituzione della giurisdizione contenziosa che svolga la funzione dichiarativa»: v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss. Nello stesso senso, «nessun arbitrato sarà possibile nei casi in cui non si rientra nella giurisdizione contenziosa», v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 274.

questioni, laddove si ritenga che il carattere di giudizio privato consenta di pervenire ad una tale delimitazione della materia del contendere<sup>85</sup>.

Così preliminarmente delimitato il concetto, tuttavia, la sua enucleazione risulta tutt'altro che immediata<sup>86</sup>; per individuarne la portata occorre partire dagli elementi previsti dal legislatore, ossia la disponibilità del diritto e la mancanza di una previsione contraria.

Rispetto a quest'ultimo profilo, l'arbitrabilità può essere oggetto di specifiche limitazioni; proprio in quanto si tratta della deroga alla regola generale, altrimenti valida per tutti i diritti disponibili, si ritiene che debba esservi un divieto espresso<sup>87</sup>.

Sotto il primo profilo, invece, deve innanzitutto rilevarsi che quella di indisponibilità è una nozione di ordine sostanziale: disponibile deve essere, cioè, dal punto di vista oggettivo, il diritto che si vuole compromettere in arbitri<sup>88</sup>. L'indisponibilità può discendere dalla natura del diritto,

---

<sup>85</sup> In tal senso, mentre l'oggetto del processo ha una «delimitazione minima, al di sotto della quale non è possibile andare», nell'ambito della giustizia arbitrale è possibile un processo relativo a questioni: sul punto, v. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, V, p. 138 ss.

<sup>86</sup> In tal senso, «non è possibile dare una nozione assoluta dei diritti indisponibili: come molti degli istituti della teoria generale del diritto, l'ambito della indisponibilità è variabile e relativo»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 22. In particolare, con la riforma del 2006, con il superamento dei precedenti limiti alla compromettibilità, è stato elevato «ad argine generale l'indisponibilità dei diritti», nozione che tuttavia ripropone «dubbi e perplessità»: v. BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013, p. 346.

<sup>87</sup> Sulla necessità di un «espreso divieto di legge» per le controversie relative a diritti disponibili, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., pp. 17 e 119, ove si mette in rilievo come il divieto possa essere assoluto, oppure richiedere una determinata modalità di svolgimento dell'arbitrato; seppure, in tal caso, non possa parlarsi «a rigore, di divieto di arbitrato», ma, piuttosto, di «tecnica del processo arbitrale». Sulla necessità di un divieto posto «in modo esplicito», v. anche v. ALPA - VIGORITI, *L'arbitrato rituale*, cit., p. 263. Si tratta, peraltro, di una disposizione criticata, dal momento che laddove «il legislatore lo ha ritenuto opportuno», ha dettato «limiti specifici alla cognizione arbitrale senza bisogno di introdurre nel codice un'eccezione espressa»: v. BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, cit., p. 359.

<sup>88</sup> Infatti, l'«unico criterio da prendere in considerazione quando si parla di incompromettibilità» è costituito dall'«indisponibilità del diritto sostanziale devoluto ad arbitri»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 37. «La disponibilità del diritto, richiesta al fine della compromettibilità, deve essere riferita al diritto azionato»: v. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 289; è «la natura disponibile del diritto controverso dunque che viene assunta come criterio distintivo tra controversie arbitrabili»: LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 46. In tal senso, «si è soliti indicare come indisponibili tutti quei diritti che per loro natura sono inalienabili, irrinunciabili, intrasmissibili ed imprescrittibili»: v. CURATOLA, *Le materie arbitrali*, in *Appunti di diritto dell'arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di Iudica, Torino, 2012, p. 38.

oltre che da previsioni di legge, e non coincide con l'eventuale imperatività<sup>89</sup> o inderogabilità<sup>90</sup> di una norma, né, allo stesso modo, con l'esclusione della rinunciabilità<sup>91</sup> o della transigibilità<sup>92</sup>; si tratta di concetti che possono tra loro intersecarsi ma che tuttavia rimangono distinti. D'altra parte, tramite l'arbitrato non si rinuncia alle proprie pretese, ma, anzi, esse si fanno valere, seppure in sede non ordinaria; scopo dell'arbitrato non è la transazione della lite, né la sua conciliazione, ma la risoluzione della controversia<sup>93</sup>. Per poter influire sull'arbitrabilità, poi, l'esclusione della disponibilità deve essere assoluta; limitazioni parziali o relative di quest'ultima, infatti, non sono idonee a ripercuotersi sul profilo processuale della devolvibilità ad arbitri, rispetto alla quale, al contrario, non possono esservi graduazioni<sup>94</sup>.

Su tali basi, si ritiene che quello di arbitrabilità configuri un concetto autonomo<sup>95</sup>, il quale, seppur fondato sulla disponibilità dei diritti strettamente intesa<sup>96</sup>, deve ritenersi esclusa soltanto

---

<sup>89</sup> In tal senso, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 88, in cui si rileva che, se è vero che «i diritti indisponibili sono sempre regolati da norme imperative, il fatto che un dato diritto sia regolato da norme imperative non implica, per ciò solo, la sua indisponibilità».

<sup>90</sup> Infatti, «l'inderogabilità della legge che disciplina un diritto soggettivo non determina necessariamente la inarbitrabilità di quest'ultimo»; mentre l'indisponibilità interviene a monte del diritto, l'inderogabilità rileva a valle, in relazione alla tecnica arbitrale da seguire: sul punto, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 88; cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., pp. 21 -22. L'inderogabilità «costituisce semplicemente l'obbligo, per chi decide, di non derogare» alla norma: v. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, cit., p. 288.

<sup>91</sup> L'arbitrato «non consiste in una rinuncia, neppure parziale, del diritto»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 88-89. Di conseguenza, «non si può concludere che, ove il diritto, per natura o per legge, non sia suscettibile di rinuncia o dismissione, l'arbitrato sia automaticamente vietato»: se ciò può valere rispetto ai diritti c.d. personalissimi, non altrettanto si può affermare rispetto ad altri diritti, come le impugnative negoziali; sul punto, v. ID., sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 26.

<sup>92</sup> Vi sono infatti controversie arbitrabili ma non transigibili: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 27; il divieto di transazione non comporta per ciò stesso divieto di arbitrato, come dimostra, tra l'altro, l'arbitrabilità della nullità contrattuale, al contrario non transigibile ai sensi dell'art. 1972 c.c.: v. ID., *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 88-89.

<sup>93</sup> Dal divieto di transazione, infatti, non discende un divieto di giudizio, qual è quello compiuto tramite l'arbitrato: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 83.

<sup>94</sup> Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 83; «non vi può essere una graduazione nel divieto di arbitrato: si deve infatti parlare di piena incompromettibilità, ove il ricorso all'arbitrato sia escluso in via assoluta, mentre negli altri casi la controversia è da ritenersi pienamente compromettibile»: v. ID., sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 18. In presenza di una relativa disponibilità del diritto, ossia quando la compressione sia solo parziale, oppure temporanea, dunque, non si incide sull'arbitrabilità.

<sup>95</sup> Tale nozione «autonoma» di arbitrabilità non viene a sovrapporsi a differenti concetti normativi, ma, al contrario, coincide con la possibilità di accertamento del diritto tramite un processo privato; così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 91.

<sup>96</sup> Nel senso che si possa «ragionevolmente parlare di un concetto autonomo di indisponibilità-incompromettibilità», come espressione di un «ordine pubblico arbitrale», il quale avrebbe un «contenuto diverso rispetto a quello che ostacola altre forme di autonomia negoziale» con la conseguenza che pure diritti che coinvolgano interessi sovraindividuali possano rientrare «nell'ambito della disponibilità dei diritti, rilevante ai fini arbitrali», v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 26. Viene

in presenza di valutazioni di ordine pubblico e, come è stato sottolineato, di ordine pubblico «di direzione»<sup>97</sup>.

Proprio in quanto l'individuazione dell'arbitrabilità, rispetto ai diritti disponibili, deve essere svolta da un punto di vista sostanziale, deve negarsi che possano influire su tale nozione eventuali restrizioni di carattere processuale. Oltre a specifiche previsioni di competenza, quand'anche funzionale e inderogabile, sono irrilevanti eventuali disposizioni di rito, che richiedano la proposizione di una determinata domanda sulla base di un particolare modello procedimentale<sup>98</sup>; limitazioni siffatte non sono idonee a ripercuotersi sull'arbitrabilità.

Altro è a dirsi laddove la specificità del rito sia la conseguenza di una indisponibilità, a monte, del diritto controverso, nel qual caso tuttavia è proprio il carattere indisponibile di quest'ultimo a rilevare, mentre la soggezione a particolari previsioni procedimentali è una mera conseguenza, appunto, processuale. Lo stesso vale laddove a mancare sia, ancora più a monte, la stessa sussistenza di una controversia relativa a diritti disponibili, come viene in rilievo nell'ipotesi di fattispecie rientranti nell'ambito della giurisdizione volontaria<sup>99</sup>.

---

prospettata, seppur prudentemente, un'interpretazione in senso processuale della nozione di disponibilità dei diritti da BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, cit., pp. 362-363.

<sup>97</sup> In tal senso, l'accertamento tramite processo privato è consentito in tutti i casi in cui ciò non contrasti con l'ordine pubblico «di direzione», definito come «l'insieme dei principi talmente essenziali da far prevalere l'interesse generale su quello del singolo» da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 91; in particolare, all'interno dell'ordine pubblico «di direzione», contrapposto a quello «di protezione», rientrerebbero i diritti assoluti e personalissimi, quelli relativi allo *status* e alla capacità delle persone.

<sup>98</sup> I dubbi relativi all'arbitrabilità delle controversie al di fuori della giurisdizione ordinaria, attribuite ad una competenza inderogabile o a riti speciali sono «frutto di un errore di prospettiva», in quanto le regole processuali, anche se cogenti, non possono «influire sull'unico criterio da prendere in considerazione quando si parla di incompromettibilità, vale a dire l'indisponibilità del diritto sostanziale devoluto ad arbitri»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 37; in presenza di diritti disponibili, infatti, «eventuali riti speciali o criteri di attribuzione al giudice non sono in grado di inibire l'arbitrato, che può essere vietato soltanto da una espressa disposizione di legge». L'arbitrabilità, dunque, non può essere esclusa dalla specialità del rito: v. ID., *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 88. Nel senso che «l'unico limite generale che la legge pone alla giustizia privata sta nell'indisponibilità del diritto che è oggetto della lite (art. 806 c.p.c.), essendo ormai venuta meno l'idea per cui l'arbitro sostituirebbe solo l'opera del giudice ordinario», con la conseguenza che non rilevano le ripartizioni che riguardano la *potestas iudicandi*, v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 859. Sul punto, v. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 53 ss.

<sup>99</sup> Dall'arbitrabilità, infatti, deve essere esclusa la giurisdizione volontaria, proprio «perché ed in quanto non ha ad oggetto controversie su diritti»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 42. Sul punto, v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 205.

In certi casi si è in presenza di deroghe solo apparenti a tale principio. Ciò vale, innanzitutto, per i giudizi di impugnazione. In tal caso, infatti, l'esclusione dell'arbitrabilità si giustifica proprio in quanto l'oggetto immediato del processo non è una controversia su diritti disponibili, ma, al contrario, il giudizio su un provvedimento. L'arbitrato, dunque, in tal caso non è ammissibile in quanto verrebbe a riguardare la censura prospettata contro un provvedimento giurisdizionale anziché la controversia sottostante a quel provvedimento, che ne costituirebbe l'oggetto soltanto in via mediata<sup>100</sup>. Analoghe considerazioni possono ripetersi per i giudizi di opposizione<sup>101</sup>.

Lo stesso deve dirsi rispetto allo svolgimento di un processo esecutivo; in tal caso, a mancare è un'attività di tipo cognitivo. Come si è detto, invece, l'arbitrato è fisiologicamente preposto alla sola cognizione, con la conseguenza che non potrebbe esplicare alcuna funzione esecutiva<sup>102</sup>.

## **2. (segue): i limiti derivanti dal sistema.**

A fronte di tale necessaria premessa, oggetto della presente analisi è rappresentato dall'individuazione della portata dell'art. 806 c.p.c. in ambito concorsuale.

Si deve cioè esaminare se nel sistema concorsuale vi siano norme espresse che vietino l'arbitrabilità o se si verifichi una compressione della disponibilità dei diritti coinvolti.

Sotto il primo profilo, l'esame può essere condotto agilmente sulla base della normativa sull'insolvenza; si tratta infatti di ricercare delle limitazioni – che, come si è visto, devono necessariamente essere espresse – all'arbitrabilità.

---

<sup>100</sup> Infatti, «la non arbitrabilità dei processi di impugnazione si giustifica sulla esigenza di riservare alla autorità giudiziaria il controllo sugli atti emessi nell'ambito della potestà statale»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 42.

<sup>101</sup> Sul punto, v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*<sup>3</sup>, IV, Napoli, 1964, p. 760, per il quale nelle cause di opposizione come di impugnazione l'esclusione della compromettibilità in arbitri dipende dal «negare all'arbitro la facoltà di annullare provvedimenti del giudice dello Sato».

<sup>102</sup> In tal senso, si ritiene «affermazione comune» «che le controversie in materia di esecuzione forzata sono sottratte al giudice arbitrale data la competenza inderogabile in questa materia», trattandosi di «un errore, quanto meno di impostazione», in quanto a venire in rilievo non è la competenza ma la circostanza che «non c'è materia di compromesso»: v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 205. Infatti, deve escludersi «che gli arbitri possano condurre un processo esecutivo, ritenendosi a ragione che non sussista quella attività di giudizio che è connaturale alla funzione arbitrale»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 41. Sul punto, v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.; APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 274.

Decisamente meno immediata si configura invece l'indagine sotto il secondo profilo; e non solo per la generale difficoltà che, come si è visto, è connessa all'individuazione di una chiara nozione di disponibilità dei diritti. La trasposizione di tale concetto risulta complicata, in ambito concorsuale, alla luce dei profili pubblicistici tradizionalmente connessi alle procedure di insolvenza; il coinvolgimento di interessi pubblici o comunque sovraindividuali tende infatti a far apparire la materia del contendere come fisiologicamente sottratta alla disponibilità delle parti la materia del contendere.

Un ulteriore indice di difficoltà specifica di questo ambito riguarda poi la stessa chiara individuazione del diritto del quale deve vagliarsi la disponibilità; come si vedrà, infatti, non è sempre chiaro nemmeno quale sia l'oggetto del giudizio di cui si tratta.

### **3. Rilettura della portata «residuale» dell'arbitrato in ambito fallimentare: dalla dichiarazione di fallimento non derivano limitazioni all'arbitrabilità dei diritti.**

In ragione di quanto esposto, pare che si debbano escludere aprioristiche affermazioni sulla inarbitrabilità delle controversie in materia fallimentare.

Sulla base di un'opinione comune, infatti, si suole affermare che in questo ambito all'arbitrato si dovrebbe attribuire una portata residuale<sup>103</sup>.

Per poter misurare la divisibilità di tale conclusione e, dunque, individuare quali siano i contorni dell'arbitrabilità in ambito fallimentare, si rende necessario un vaglio preliminare, analizzando i principi vigenti in tema di arbitrabilità e valutando se tale nozione subisca delle restrizioni per effetto della dichiarazione di fallimento.

---

<sup>103</sup> In tal senso, si afferma che l'arbitrato sarebbe limitato ad una «zona residuale» nelle liti fallimentari: v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 12-15, nonché 23-26, di fatto limitandole quasi esclusivamente alle azioni esperibili dal curatore. Nel senso della residualità dell'arbitrato in tale sede, v. anche BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 6, per il quale sarebbe circoscritta alle controversie «relative a pretese attive che ritenga di vantare il fallimento, sia quelle che si fondano su rapporti giuridici pendenti che, ai sensi degli articoli 72 ss. l.f., sopravvivono alla dichiarazione di fallimento sia quelle che nascono dall'esercizio provvisorio dell'impresa autorizzato ai sensi dell'art. 104 l.f.»; e, in secondo luogo alle azioni revocatorie.

La prima conclusione che si può trarre, alla luce dei principi suesposti, è che l'arbitrabilità in tale contesto non si discosta dalla nozione generale.

Manca, infatti, una previsione specifica che disciplini l'arbitrabilità a seguito dell'apertura del procedimento fallimentare: in assenza di una norma apposita, dunque, essa resta regolata dalla disposizione generale, ossia l'art. 806 c.p.c.<sup>104</sup>. Di conseguenza, saranno arbitrabili, anche in materia fallimentare, le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili per le quali non vi sia un espresso divieto di legge.

In secondo luogo, deve escludersi pure la sussistenza di divieti alla compromettibilità arbitrale all'interno della normativa fallimentare: a seguito di fallimento, cioè, non vi sono norme che escludono in via espressa la possibilità di sottoporre le controversie ad arbitri.

Di conseguenza, eventuali limitazioni all'arbitrabilità non possono che derivare dalla non disponibilità dei diritti.

Si tratta dunque di valutare se il fallimento possa esplicare tale effetto; quello, cioè, di determinare l'indisponibilità di diritti che, prima della relativa declaratoria, si configurassero come disponibili.

La disponibilità dei diritti potrebbe certamente apparire non indifferente al fallimento e, anzi, si potrebbe essere indotti a credere che l'area della disponibilità trovi una sensibile restrizione a seguito del fallimento. Ai sensi dell'art. 42, «la sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito», oltre che dell'amministrazione, anche «della disponibilità dei suoi beni» esistenti alla data di dichiarazione del fallimento, nonché quelli che gli pervengono successivamente; in ciò si concreta il c.d. spossessamento<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> In tal senso, non può ritenersi che i limiti all'arbitrato in sede fallimentare derivino «da una compromettibilità, originaria o sopravvenuta, delle relative controversie: le controversie [...] restano infatti compromettibili secondo le regole ordinarie»: v. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di Punzi, III, Padova, 2012, p. 478. Nel senso che la compatibilità dell'arbitrato con il fallimento deve essere «ricondata ai limiti costitutivi di arbitrabilità delle controversie», v. PATTI, *I rapporti che rimangono sospesi*, cit., p. 457. Infatti, sulla «compromettibilità delle liti fallimentari, la legge citata nulla dice»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 108.

<sup>105</sup> La natura degli effetti derivanti dallo spossessamento è dibattuta. Si mette in rilievo che sono state sostenute le tesi più varie, nel senso che dallo spossessamento discenderebbe l'incapacità, la perdita della proprietà, il sequestro, il pignoramento o la separazione dei beni: v. FERRARA JR.-BORGIOLO, *Il fallimento*,

Potrebbe dunque concludersi che a seguito del fallimento si verifichi una generale indisponibilità dei diritti.

Tale affermazione, tuttavia, richiede un maggiore approfondimento.

Da un lato, si deve attuare una delimitazione oggettiva dei diritti rispetto ai quali il fallimento è destinato ad incidere concretamente e, dall'altro, si deve valutare se i termini di tale influenza siano proprio quelli della sottrazione della disponibilità di diritti disponibili in via pregressa.

Dal primo punto di vista, deve sottolinearsi che la dichiarazione di fallimento ha una portata parziale: incide soltanto su diritti relativi a «beni»<sup>106</sup>; nozione che, per quanto estesa al più generale concetto di «patrimonio»<sup>107</sup>, comprende solo i diritti di contenuto strettamente economico<sup>108</sup>.

Risultano dunque esclusi dal fallimento, com'è ovvio, i diritti del fallito di natura non patrimoniale, per ciò stesso indifferenti al fallimento.

---

cit., p. 298 ss. Sul punto, v. PROVINCIALI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 179; ID., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 244. Nel senso che dalla dichiarazione di fallimento deriva «la privazione [...] di qualsiasi potere di disposizione e gestione dei beni costituenti il patrimonio del fallito», v. DE MAIO, *Il fallimento*, cit., p. 85. Oggi sembra che allo spossessamento venga ricondotto l'effetto di determinare un vincolo sul patrimonio del debitore, destinato alla soddisfazione dei debitori, con conseguente inefficacia degli atti contrastanti con tale scopo. Nel senso che al fallimento consegue l'effetto di «assoggettare i beni del fallito alla loro destinazione, che è quella del soddisfacimento dei creditori attraverso la liquidazione», v. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto Fallimentare*, I, cit., p. 249 ss.; analogamente, lo spossessamento determinerebbe «la destinazione dell'impresa alla soddisfazione dei creditori» per SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 105, il quale sottolinea come si tratterebbe di un «fenomeno unico; cfr. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 190.

<sup>106</sup> La nozione di bene è estesa a «tutti i beni, di qualsiasi natura, sia mobili sia immobili, sia corporali sia incorporali»: v. FERRARA JR.-BORGIOI, *Il fallimento*, cit., p. 298 ss.

<sup>107</sup> L'oggetto dello spossessamento è «costituito dall'intero patrimonio del debitore», così da comprendere non solo beni, ma anche diritti e aspettative: v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 25. Nel senso che oggetto dello spossessamento sia siano «beni corporali, diritti reali, crediti, insomma, le attività d'ogni specie e dovunque esistenti», v. BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., p. 357; cfr. FERRARA JR.-BORGIOI, *Il fallimento*, cit., p. 40.

<sup>108</sup> La precisazione del carattere patrimoniale dei diritti su cui incide il fallimento sarebbe «di fatto superflua»: FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 231. Nel senso che il fallimento determina «effetti patrimoniali», v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 253; e, dunque, di carattere economico: DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., p. 224; avendo ad oggetto le sole «attività» di carattere patrimoniale: v. BONELLI, *Del fallimento*<sup>3</sup>, Milano, II, 1938, p. 357; e, dunque, «beni suscettibili di una utilizzazione o trasformazione economica immediata»: v. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 107.

Inoltre, anche rispetto ai rapporti di carattere patrimoniale, la legge effettua un'ulteriore limitazione: ai sensi dell'art. 46, infatti, sono esclusi dal fallimento i diritti che, seppure di tale natura, abbiano un carattere strettamente personale e quelli ulteriori comunque «non compresi»<sup>109</sup>.

Vi è quindi una delimitazione dell'oggetto su cui viene ad incidere la dichiarazione di fallimento: per i diritti estranei al fallimento non si pone neppure in astratto un problema di indisponibilità e, dunque, nemmeno di inarbitrabilità sopravvenuta.

Sotto il secondo profilo, si deve sottolineare come, anche per i diritti compresi nel fallimento, rispetto ai quali si verifica il c.d. spossessamento, non è così certo che a conseguire sia propriamente l'indisponibilità. Infatti, non pare che si determini un'indisponibilità di carattere oggettivo e assoluto<sup>110</sup>, che possa quindi influire altresì sull'esclusione dell'arbitrabilità; come si è detto, infatti, per influire su quest'ultima, l'indisponibilità del diritto deve risultare del tutto esclusa, mentre risultano indifferenti limitazioni di carattere meramente parziale.

Pare invece che al fallimento consegua proprio una limitazione siffatta; non, cioè, assoluta e oggettiva ma soltanto parziale.

Dal fallimento deriva infatti un'indisponibilità di carattere relativo e soggettivo; indisponibilità, cioè, rispetto al solo fallito. Esclusivamente per quest'ultimo i diritti ricompresi

---

<sup>109</sup> In particolare, tra i beni esclusi dal fallimento, ai sensi dell'art. 46 l. fall. si collocano i beni di natura strettamente personale (n. 1), gli assegni di carattere alimentare, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il fallito guadagna entro i limiti di quanto occorre al mantenimento proprio e della famiglia (n. 2), i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i relativi frutti (n. 3), le cose impignorabili per legge (n. 5). Si tratta di beni e diritti rispetto ai quali «tra l'esigenza di tutela delle ragioni dei creditori e quella di tutela dei diritti strettamente personali del fallito o delle necessità di vita dei membri della sua famiglia», la scelta legislativa è in favore delle seconde: FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 229. In tal senso, per i rapporti giuridici afferenti beni non compresi nel fallimento «non si pone alcun problema né in ordine all'opponibilità della clausola né in ordine alla perseguibilità del giudizio arbitrale eventualmente già iniziato»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 273 ss. Sull'individuazione dei beni e dei diritti di natura personale, v. BONSIGNORI, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1986, 317 ss., ove si distingue tra la nozione di patrimonialità potenziale e soggettiva.

<sup>110</sup> Si afferma infatti che «la dichiarazione di fallimento non determina un'indisponibilità oggettiva del diritto», valutabile ai sensi dell'art. 806 c.p.c., «ma soltanto soggettiva, di fronte alla quale si riscontra l'attribuzione del potere di amministrazione e disposizione dei beni del fallito agli organi fallimentari»: v. BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., p. 413; cfr. ID., *Arbitrati e fallimento*, cit., pp. 4 e 7, ove si specifica altresì come l'eventuale indisponibilità dei beni da parte del fallito non abbia alcun rilievo, dovendosi invece valutare se abbia rilevanza per il curatore. Dunque, «non può inferirsi la indisponibilità dei diritti», in quanto «la loro negoziabilità» si trova «semplicemente incanalata secondo una corretta utilizzazione, tale da salvaguardare e realizzare la garanzia patrimoniale dei creditori»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 274.

nel fallimento diventano indisponibili, in quanto egli viene privato del relativo potere di disposizione; e soltanto, come si usa dire, per gli atti pregiudizievoli alla massa<sup>111</sup>.

La disponibilità del diritto, invece, non viene a mancare: essa è trasferita dal fallito al curatore, il quale si trova ad esercitarla in via sostitutiva<sup>112</sup>. Difatti, sulla base delle previsioni della legge fallimentare, il curatore risulta investito non solo della mera gestione e amministrazione del patrimonio<sup>113</sup>, ma anche di poteri propriamente dispositivi: rinunciativi, transattivi, e, come già si è visto, pure compromissori<sup>114</sup>.

Trattandosi, dunque, di una mera indisponibilità soggettiva, sembrerebbe addirittura improprio parlare di indisponibilità, configurandosi, piuttosto, come una carenza di legittimazione a disporre<sup>115</sup>, che riguarda il solo fallito e non incide nemmeno parzialmente sul diritto; di quest'ultimo non viene scalfita la natura disponibile.

---

<sup>111</sup> Da un lato, infatti, è il fallito che perde la legittimazione a disporre dei suoi beni: v. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 186. Dall'altra, «il divieto di disporre e amministrare è meramente relativo, in funzione di quel fine specifico: se i creditori non traggono pregiudizio dal comportamento del debitore, la sottrazione della disponibilità ad amministrare non è operante»; infatti, la privazione dei poteri di disponibilità e amministrazione sottrazione discendente dallo spossessamento «si risolve nella abolizione nel debitore della potestà di vincolare i suoi beni con ulteriori obbligazioni»: PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 270. Sul punto v. BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., p. 413; cfr. ID., *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 4. Nel medesimo senso, si afferma che la «neutralizzazione dei poteri di amministrazione patrimoniale del fallito», discendente dal fallimento, ha lo scopo di evitare il pregiudizio per «la consistenza giuridica dell'attivo fallimentare»: MONTANARI, *Appunti sul processo di fallimento*, Torino, 2015, p. 3.

<sup>112</sup> In tal senso si afferma che si verifica un fenomeno di «sostituzione» del curatore nelle posizioni del fallito: v. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 191. D'altra parte, «all'ufficio fallimentare non viene trasferito solo il possesso, o la detenzione», ma la «disponibilità» del patrimonio del debitore del fallito, con la conseguente immissione nei rapporti che vi ineriscono: v. PROVINCIALI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 179 ss.; ID., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 34; ID., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 26-27, ove si sottolinea come a seguito del fallimento l'ufficio concorsuale viene a disporre «del dritto sostanziale». Su tale «sostituzione del debitore» v. anche SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 105.

<sup>113</sup> Così l'art. 42 l. fall., ove si prevede che il curatore disponga di poteri gestori e di amministrazione.

<sup>114</sup> Ai sensi dell'art. 42, infatti, il curatore può, previa autorizzazione del comitato dei creditori, rinunciare all'acquisizione dei beni che pervengono al fallito durante il fallimento; inoltre, ai sensi dell'art. 35, il curatore detiene il potere di addivenire a transazioni e compromessi, seppure a fronte della previa autorizzazione del comitato dei creditori (e informandone il giudice delegato laddove tali atti abbiano un valore superiore a 50.000 euro, oltre che, in ogni caso, per le transazioni).

<sup>115</sup> V., in tal senso, MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 186 ss., per il quale il fallito «perde il potere di sottrarre i beni del suo patrimonio alla destinazione che il fallimento ha loro dato e, quindi, solo in tali limiti relativi», venendo meno, di fatto, la sola «legittimazione a disporre»; da ciò consegue che «l'eventuale atto di disposizione non è in sé invalido, ma, mentre è privo di rilevanza (inopponibile) rispetto alla procedura, conserva il suo valore dispositivo, quanto questa venga meno». Analogamente, si afferma che lo spossessamento determina la perdita della legittimazione in capo al fallito di disporre del proprio patrimonio: v. TANICO, *Gli effetti del fallimento nei confronti del debitore: gli effetti personali e patrimoniali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, I, Torino, 2012, p. 250.

Sembra doversi escludere, dunque, che dal fallimento derivi un'esclusione della disponibilità di diritti disponibili in via pregressa. Per tale via, non pare che il fallimento possa incidere, restringendola, sulla nozione di arbitrabilità.

Dal momento che non vi sono né espressi divieti di legge, né limitazioni alla disponibilità dei diritti, infatti, sembra di dover escludere limitazioni all'arbitrabilità derivanti dal fallimento.

#### **4. (segue): un vaglio alla luce delle disposizioni processuali in materia fallimentare.**

Alla luce di quanto si è detto, sembrerebbe dunque doversi capovolgere la prospettiva tradizionale: nel fallimento non vi è una nozione residuale di arbitrabilità.

L'esame così condotto si configurerebbe tuttavia come necessariamente parziale se non si procedesse, altresì, ad un ulteriore coordinamento con le altre disposizioni processuali in materia fallimentare rispetto alle quali potrebbero sorgere dubbi sull'arbitrabilità in concreto delle controversie in questo ambito.

Sembrerebbe tuttavia che una limitazione del concetto sia da escludere anche sotto tale diverso profilo. Sulla base della generale nozione di arbitrabilità che si è fornita, infatti, si è messo in rilievo come non possano ricavarsi restrizioni in via implicita, sulla base di previsioni che riguardino profili diversi e, in particolare, la competenza o il rito.

Sulla competenza esclusiva, funzionale e inderogabile del tribunale fallimentare prevista dall'art. 24 ci si è già soffermati; si è infatti sottolineata l'impossibilità di trarne elementi di incompatibilità tra arbitrato e fallimento<sup>116</sup>. Allo stesso modo, si deve concludere che da una norma sulla competenza non possa derivare una limitazione al novero delle controversie arbitrabili: la competenza, infatti, non è idonea ad escludere l'arbitrabilità.

Mentre la competenza rappresenta un criterio, di ordine processuale, che disciplina il riparto della distribuzione delle controversie tra i giudici, l'arbitrabilità è una nozione collegata alla

---

<sup>116</sup> V. *retro*, Cap. I, parr. 2 e 3.

disponibilità sostanziale dei diritti: si tratta dunque di concetti che si muovono su piani del tutto diversi<sup>117</sup>.

A conclusioni non dissimili si perviene anche rispetto alle disposizioni sul rito<sup>118</sup>. In ambito fallimentare, infatti, ci sono numerose norme che richiedono espressamente l'applicazione di un rito particolare, qual è quello in camera di consiglio<sup>119</sup>; da tali previsioni, tuttavia, non si potrebbe desumere la non arbitrabilità dei diritti coinvolti. Come si è detto, l'arbitrabilità deve essere valutata in relazione al diritto medesimo, e non dalle eventuali previsioni processuali che lo riguardano. La previsione di un rito speciale non preclude alle parti di decidere per la compromissione in arbitri.

Pure sotto tali profili sembrerebbe dunque da escludere una limitazione dell'arbitrabilità dei diritti in ambito fallimentare: i diritti arbitrabili, infatti, restano tali anche a seguito del fallimento.

## **5. Arbitrabilità e diritti successivi al fallimento.**

Sulla base di tali considerazioni, pare che la dichiarazione di fallimento non possa avere l'effetto di determinare la inarbitrabilità sopravvenuta di un diritto: il fallimento non può infatti mutare la natura dei diritti, da disponibili a indisponibili, non vi sono regole espresse che

---

<sup>117</sup> L'inderogabilità della competenza è irrilevante rispetto all'arbitrato. In tal senso, «il fatto che una categoria di controversie sia attribuita ad un determinato organo della giurisdizione ordinaria con criterio della materia o della funzione non significa che i diritti litigiosi siano indisponibili né che, pertanto, siano sottratti alla via arbitrale»; «i diritti di cui si controverte nelle cause fallimentari contemplate dall'art. 24 sono ovviamente diritti patrimoniali», e, dunque «disponibili»: v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., pp. 532-533; «del resto, quand'anche fossero indisponibili, o oggettivamente o in senso soggettivo e relativo», cioè per l'ufficio fallimentare, «la ragione della inammissibilità dell'arbitrato consisterebbe in questa loro indisponibilità e non nella competenza funzionale ex art. 24».

<sup>118</sup> Nel senso che limitazioni non possono derivare dalla previsione di un rito speciale, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 82 e 84; tali considerazioni valgono anche per le controversie endofallimentari, dal momento che «non possono rilevare la specialità del rito o eventuali previsioni di fori inderogabili: occorre sempre avere esclusivo riferimento alla disponibilità del diritto».

<sup>119</sup> Ciò che è previsto da specifiche disposizioni della legge fallimentare, a partire dall'art. 15, il quale richiede che il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolga «con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio»; l'istanza di sospensione della liquidazione dell'attivo, ai sensi dell'art. 19; il procedimento di reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale ai sensi dell'art. 26, sui quali si deve provvedere in camera di consiglio, e quello contro il decreto con cui il tribunale dispone non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo per previsione di insufficiente realizzo ai sensi dell'art. 102; così pure per il decreto di cessazione dell'esercizio provvisorio dell'impresa, ai sensi dell'art. 104.

escludono l'arbitrabilità e tali limitazioni non possono ricavarsi nemmeno in via implicita da ulteriori disposizioni di carattere processuale<sup>120</sup>.

Sembrerebbe dunque potersi escludere che il fallimento determini un restringimento dell'area dell'arbitrabilità.

Ciò significa che i diritti arbitrabili precedentemente all'apertura del procedimento restano tali anche in seguito alla relativa declaratoria.

Per escludere la residualità dell'arbitrato in ambito fallimentare deve però svolgersi un ulteriore ordine di considerazioni: i diritti di cui si può discorrere in ambito fallimentare sono soltanto quelli pregressi al fallimento?

L'analisi che si è condotta, infatti, non esclude che eventuali profili di inarbitrabilità possano riguardare diritti sopravvenuti, cioè nascenti dal (o insieme al) fallimento.

Come si è già dato conto, è la stessa legge a consentire la compromissione in arbitri delle controversie, attribuendo il relativo potere al curatore<sup>121</sup>. Ciò deve valere per tutti i diritti che rispondano ai requisiti previsti dall'art. 806 c.p.c. anche a seguito del fallimento, e che *in primis*, cioè, si configurino come disponibili.

La disponibilità infatti non può dirsi automaticamente esclusa nemmeno per quei diritti che sorgano successivamente al fallimento ed in connessione allo stesso; anzi, anche in tal caso la regola è la disponibilità, trattandosi di rapporti di diritto patrimoniale originati da precise scelte del curatore e dei quali può disporre.

Vi sono però alcune situazioni della cui disponibilità pare lecito dubitare.

Ad interessare non sono tanto quelle limitazioni riconducibili ai principi generali; si tratta essenzialmente dei giudizi di carattere *lato sensu* impugnatorio, o di opposizione, contro i provvedimenti emessi dagli organi della procedura e, in particolare, dal curatore, dal giudice delegato o dal tribunale fallimentare. Tale limite, infatti, discende come si è visto dal medesimo

---

<sup>120</sup> Sul punto, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 806 c.p.c., cit., p. 108; cfr. PATTI, *I rapporti che rimangono sospesi*, cit., p. 457; PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, p. 1184, ove pure si esclude che il fallimento possa rendere i diritti «indisponibili alla stregua dell'art. 806».

<sup>121</sup> Così l'art. 35 l.fall. Si v., in proposito, il Cap. I par. 4.

art. 806 c.p.c., che richiede l'arbitrabilità dei diritti, con la conseguenza di escludere l'arbitrabilità per quei giudizi in cui non si discute di un diritto (disponibile) controverso, ma, appunto, di provvedimenti, sui quali gli arbitri non potrebbero nemmeno astrattamente incidere<sup>122</sup>.

Sulla base dei principi generali, dunque, nemmeno in ambito fallimentare possono essere devoluti ad arbitri i giudizi di impugnazione<sup>123</sup>.

A soluzioni non dissimili sembra doversi giungere pure per le fasi interne al processo fallimentare, che mirano ad un risultato puramente endoconcorsuale, quali la liquidazione e la ripartizione dell'attivo<sup>124</sup>. Per tali momenti endofallimentari l'arbitrabilità sembra da escludere allo stesso modo in ragione dei principi generali, in quanto si tratta di fasi di carattere esecutivo, con la conseguenza che non vi è alcun giudizio di carattere cognitivo al quale soltanto, come si è detto, gli arbitri possono essere preposti.

Ciò di cui si vuole propriamente trattare sono invece, nello specifico, le eccezioni alla disponibilità che sembrano derivare direttamente dal fallimento, riproponendo, in tal modo, i dubbi sulla residualità dell'arbitrato in questo ambito.

## **6. La non arbitrabilità della dichiarazione di fallimento.**

A venire in rilievo è, innanzitutto, l'arbitrabilità del «processo di fallimento».

---

<sup>122</sup> Così dovrebbe dirsi per il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento ai sensi dell'art. 18; i gravami contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento ai sensi dell'art. 22; il reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale ai sensi dell'art. 26, nonché contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 36 e il ricorso contro il decreto del giudice delegato che decide sui medesimi; il reclamo contro il decreto di revoca del curatore o di rigetto dell'istanza di revoca, ai sensi dell'art. 37; l'opposizione contro il decreto di esecutività dello stato passivo, l'impugnazione dei crediti ammessi o la revocazione, ai sensi dell'art. 98. Nel senso che non sono arbitrabili «i procedimenti di impugnazione della dichiarazione di fallimento, come tutti i procedimenti impugnatori in genere», «dovendosi escludere che gli arbitri possano esercitare una forma di controllo sugli atti del giudice o su atti degli altri organi della procedura», v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss. Sul punto, v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 16-20.

<sup>123</sup> Sul punto, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 806 c.p.c., cit., p. 110; cfr. ID., *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 2014, p. 3, ove vengono esclusi tanto «i rimedi impugnatori dei provvedimenti del giudice fallimentare», «funzionalmente inscindibili alla procedura concorsuale», quanto i procedimenti di reclamo, che hanno «carattere impugnatorio» e si inseriscono «strettamente nel meccanismo endofallimentare.

<sup>124</sup> V. MONTANARI, *Appunti sul processo di fallimento*, cit., p. 1 ss.

Infatti, se deve escludersi che dal fallimento discendano limitazioni alle controversie su diritti in qualsiasi modo connessi al fallimento, o anche originati da rapporti successivi a quest'ultimo, lo stesso non può dirsi per il processo di fallimento in sé considerato.

Su tali basi, pare doversi pervenire ad escludere l'arbitrabilità della dichiarazione di fallimento: il procedimento prefallimentare, che conduce alla declaratoria di fallimento, infatti, non può essere devoluto ad arbitri.

In tal senso, per un verso l'esclusione dell'arbitrabilità potrebbe farsi dipendere dalla natura del fallimento, come processo di volontaria giurisdizione o come esecuzione concorsuale<sup>125</sup>: mancherebbe, infatti, una controversia o, comunque, un'attività cognitiva propria del giudizio arbitrale che, come si è visto, non potrebbe essere preposto ad attività meramente esecutive o di volontaria giurisdizione.

Ad ogni modo, alla medesima conclusione si dovrebbe pervenire anche a prescindere da tale (contrastata) qualificazione e, dunque, volendo ammettere che nella fase prefallimentare vi sia

---

<sup>125</sup> La natura del processo di fallimento è alquanto contrastata; sono infatti da sempre stati manifestati dubbi in relazione alla sua qualificazione come forma di giurisdizione volontaria, quale era ritenuto soprattutto nella versione originaria della legge fallimentare, come processo meramente esecutivo o, invece, come cognizione contenziosa. Ritieni che il processo di fallimento «mal si adatti ad essere incasellato nelle strettoie del processo giurisdizionale» PICARDI, *La dichiarazione di fallimento*, Milano, 1974, p. 188. Per altro verso si afferma però che, «anche a volerlo considerare di giurisdizione prevalentemente volontaria, esso si svolge comunque tra parti, portatrici di interessi contrapposti», concludendo che si tratti di una «procedura ibrida, nella quale sono presenti caratteri di giurisdizione volontaria ed al contempo caratteristiche proprie dei procedimenti contenziosi»: v. RUSSO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento (la fase c.d. prefallimentare)*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, coordinato da Apice, I, Torino, 2010, p. 103. In una diversa ottica, il fallimento avrebbe natura di procedura esecutiva e, in particolare, di «esecuzione universale che investe tutto il patrimonio del debitore utilizzabile ai fini del soddisfacimento»: v. FERRARA JR.-BORGIOI, *Il fallimento*, cit., p. 72 ss., e, in part., 80; cfr. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir.priv.)*, cit., p. 282, per il quale la funzione del fallimento è «la soddisfazione forzata dei creditori»; cfr. CANDIAN, *Il processo di fallimento*<sup>2</sup>, 1939, Padova, p. 37. Sul punto, v. QUATRARO-DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali: profili procedurali*, I, Milano, 2014, p. 3 ss. Oggi non è più così certo che il processo per la dichiarazione di fallimento rientri nella giurisdizione volontaria, e nemmeno nella mera esecuzione. Nel senso che si tratti di un processo di vera e propria attività cognitiva, v. CECHELLA, *Il giudizio*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di Vassalli-Luiso-Gabrielli, II, 2014, p. 116, per il quale è «cognizione piena»; cfr. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 22 ss. e 175 ss., per il quale è caratterizzato da un carattere contenzioso, «a meno che non si voglia negare l'esistenza di un conflitto» si tratta di «cognizione sommaria». Di conseguenza, oggi se ne mette in rilievo il carattere «complesso»: v. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 112. Sulla natura e l'oggetto del processo di fallimento a seguito delle ultime riforme, anche quanto a qualificazione di processo sommario, o come mostra di ritenere l'autore, riconducibilità «alla categoria dei processi a cognizione piena», v. FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 766 ss.

un'attività propriamente cognitiva di carattere contenzioso, volta all'accertamento dei presupposti del fallimento<sup>126</sup>.

In ogni caso, infatti, l'oggetto di tale declaratoria – il fallimento, appunto – che lo si configuri come un accertamento costitutivo fondato sugli specifici presupposti previsti per legge<sup>127</sup>, un diritto o uno *status*<sup>128</sup>, sarebbe di certo escluso dalla disponibilità del debitore e degli stessi creditori, rientrando in quel concetto di «ordine pubblico»<sup>129</sup> che ne precluderebbe la stessa arbitrabilità<sup>130</sup>.

La conclusione a cui si perviene è, dunque, pure in tale caso, quella di escludere un ampliamento dell'area della non arbitrabilità: il fallimento, infatti, è una situazione che sorge essa stessa come non arbitrabile.

Non si tratta dunque di una situazione nella disponibilità delle parti. Al contrario, è la stessa legge a dettare le condizioni alle quali la declaratoria di fallimento è subordinata: essa prevede i requisiti al sorgere dei quali il fallimento deve essere dichiarato, senza che le parti ne possano liberamente disporre<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> Sulla fase di cognizione contenziosa della fase prefallimentare, volta ad accertare lo stato di insolvenza, v. QUATRARO-DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali: profili procedurali*, cit., p. 3 ss.; o, comunque «ibrida», dotata «dei caratteri di giurisdizione volontaria», e, allo stesso tempo delle «caratteristiche proprie dei procedimenti contenziosi»: v. RUSSO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento (la fase c.d. prefallimentare)*, cit., p. 103.

<sup>127</sup> Mette in rilievo E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1997, p. 145 come la sentenza dichiarativa di fallimento abbia anche un'efficacia di accertamento rispetto a «tutti i presupposti sostanziali del fallimento».

<sup>128</sup> La sentenza di dichiarativa di fallimento si configura come un provvedimento «la cui natura è complessa»: FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 113 e 456. Si afferma infatti che il processo di fallimento è volto ad una pronuncia che è «di accertamento e costitutiva», che incide su diritti soggettivi: v. RUSSO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento (la fase c.d. prefallimentare)*, cit., p. 103. Nel senso che la sentenza dichiaratrice di fallimento importi un «accertamento costitutivo», v. anche CECHELLA, *Il giudizio*, cit., p. 116: la dichiarazione di fallimento, infatti, «nell'unione tra fattispecie costituita dall'insolvenza», «dalla qualità di imprenditore commerciale insolvente e accertamento giudiziale costitutivo, dà origine al concorso».

<sup>129</sup> In particolare, di ordine pubblico «di direzione», come definito da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 91, di cui si è trattato *supra*, par. 5.

<sup>130</sup> Nel senso che «l'iter giudiziario per arrivare alla dichiarazione di fallimento [...] è assolutamente non surrogabile da vie alternative», v. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 343. Sul punto v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 8 ss., ove si ritiene però «contestabile che l'intero concorso dei creditori sia ispirato a un'ideologia pubblicistica», con la conseguente critica all'argomento che perviene su tali basi alla completa caducazione della convenzione arbitrale.

<sup>131</sup> Mette in rilievo E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, cit., p. 125, come la legge «impone che il fallimento possa aver luogo, soltanto dopo che la presenza di tutte le condizioni a tal fine necessarie sia stata constatata dalla autorità giudiziaria».

Di conseguenza, si tratta di una limitazione che deriva dalla regola generale, ricavabile dall'art. 806 c.p.c., anziché porsi in contrasto con la norma: è, infatti, la stessa situazione sostanziale a configurarsi come indisponibile sulla base di ragioni che possono essere ricondotte all'ordine pubblico.

Nemmeno in tale prospettiva, dunque, sembra che dalle regole fallimentari possa derivare una eccezione al principio generale.

### **7. Una riemersione della «residualità arbitrale» a fronte dell'accertamento del passivo?**

Vi è tuttavia un ambito nel quale l'arbitrabilità sembra effettivamente compressa a seguito di fallimento, in contrasto, questa volta (apparentemente) concreto, con i principi generali.

L'eccezione più rilevante all'arbitrabilità, infatti, sembra da rinvenire rispetto al procedimento di accertamento del passivo: riguardo a quest'ultimo, la tesi della permanenza dell'arbitrabilità a seguito del fallimento parrebbe incrinarsi.

In tal senso, rispetto al giudizio di accertamento del passivo, viene a configurarsi un'esclusione alla possibilità di deferire ad arbitri controversie che, viceversa, sarebbero state arbitrabili precedentemente al fallimento: quelle relative ai crediti da far valere contro il fallimento.

Le domande di insinuazione al passivo, nonostante abbiano ad oggetti diritti disponibili – appunto, diritti di credito – ai sensi degli artt. 93 ss., come pure le domande tardive di cui all'art. 101, devono essere proposte nelle particolari forme previste dalla legge fallimentare, in quanto il procedimento di accertamento del passivo è inderogabile<sup>132</sup>. In tal senso, l'esclusività

---

<sup>132</sup> Infatti, «i processi che appartengono alla struttura necessaria del fallimento non possono neppure essere messi in discussione, nel senso che costituiscono parte integrante del procedimento fallimentare»: v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 14. Si mette in rilievo come, nel caso delle liti endofallimentari, «la specialità del rito è connaturata all'effetto a cui la procedura fallimentare tende, vale a dire la liquidazione concorsuale», «realizzabile solo attraverso le forme delineate dalla legge, che sono dunque funzionalmente inderogabili»; «solo la procedura prevista dalla legge è in grado di rispettare il principio della *par condicio creditorum*, sicché il rito è un tutt'uno con l'oggetto del processo»: così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 84. Il procedimento di accertamento del passivo costituisce «un problema di tecnica processuale, il quale va risolto prima e a prescindere da qualunque questione circa la natura del giudizio arbitrale: a pregiudicare l'uso di quest'ultimo non è la sua natura (privata o meno), bensì la sua non coincidenza con il rito imposto per l'accertamento del credito»: v. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Fall.*, 2005, p. 623 ss.

dell'accertamento del passivo non preclude soltanto l'assoggettabilità a qualsiasi diverso procedimento, anche di carattere giurisdizionale, ma la stessa possibilità di devoluzione ad arbitri; si profila, dunque, la non arbitrabilità delle liti concernenti crediti contro il fallito.

In tale prospettiva sembrerebbe dunque emergere una concreta restrizione dell'area dell'arbitrabilità: non vi è dubbio che i diritti per i quali la legge prevede l'insinuazione al passivo riguardino crediti pregressi, spettanti ai creditori precedentemente al fallimento nei confronti del debitore *in bonis*, che sarebbero stati devolvibili ad arbitri prima della declaratoria di fallimento, e che invece, a seguito di quest'ultima, sono esclusi dalla cognizione arbitrale.

Non si tratta nemmeno di una restrizione che possa sussumersi entro gli ordinari confini dell'arbitrabilità discendenti dall'art. 806 c.p.c. in ragione dell'attività svolta nel giudizio di accertamento del passivo. In tal senso, cioè, non potrebbe imputarsi la non arbitrabilità dei crediti oggetto dell'accertamento del passivo alla mancanza di un'attività di tipo cognitivo.

L'arbitrabilità, dunque, non potrebbe essere esclusa in ragione della natura meramente esecutiva dell'attività svolta nell'ambito di tale giudizio; oggi, infatti, si ritiene che l'accertamento del passivo costituisca un processo di carattere cognitivo in sede contenziosa, in cui si svolge un accertamento che, dunque, in astratto, potrebbero compiere anche gli arbitri<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> L'accertamento del passivo si configura strutturato in due fasi contrapposte: la prima, necessaria, che si svolge davanti al giudice delegato e la seconda, invece, di carattere eventuale, che si apre a fronte di eventuali impugnazioni al tribunale proposte ai sensi degli artt. 98 ss. (opposizione, impugnazione dei crediti ammessi e revocazione). La natura dell'accertamento del passivo è discussa. In passato se ne riteneva il carattere amministrativo, quanto meno nella prima fase: v. PIPA, *Del fallimento*, cit., p. 432. Si affermava infatti che vi fosse «un elemento che impedisce di ridurre tale accertamento al modello della giurisdizione. Esso è l'inserzione nel procedimento concorsuale»: v. SATTA, *Diritto processuale civile*<sup>7</sup>, Padova, 1967, p. 233 ss. Sul punto, v. anche CUZZERI-CICU, *Del fallimento*, Torino, 1927, p. 346 ss. Oggi non si dubita che l'accertamento del passivo integri un vero e proprio giudizio. In tal senso, si ritiene che il procedimento di verifica del passivo abbia «natura giurisdizionale dichiarativa»: v. PROVINCIALI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 281; cfr. ID., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, III, 1974, p. 1353 ss. Si considera infatti «acquisito il principio che la verifica dei crediti avviene attraverso un procedimento di natura giurisdizionale»: v. AZZOLINA, *Il fallimento*, cit., p. 771. Talvolta, però, vengono manifestati dubbi sulla sua natura; seppure si tratti di un vero e proprio processo, per taluno si tratterebbe di un processo meramente esecutivo. Nel senso che si tratti di un «eccezionale mezzo di esecuzione», in cui l'accertamento «ha questo esclusivo fine: di accertare il credito degli intervenienti per poterli o meno ammettere al riparto, e in che grado»: v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 425 ss. Allo stesso modo, si afferma che di solito la domanda di ammissione viene prospettata come «l'azione esecutiva innestata nel processo fallimentare»: v. PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 423. Tuttavia, non pare che l'accertamento del passivo possa essere ricondotto ad un giudizio di carattere meramente esecutivo; oggi si tende a riconoscerne, altresì, il carattere di giudizio cognitivo e contenzioso. In tal senso, si ritiene che la verifica del passivo avrebbe natura decisoria: v. LANFRANCHI, *Fallimento e giudizi pendenti*,

Su tali basi, proprio a fronte delle regole previste per il procedimento di accertamento del passivo, sembrerebbe dunque riemergere un dubbio sulla portata residuale dell'arbitrato in ambito fallimentare.

---

in *Dir fall.*, I, 1993, p. 488. Nel senso che l'accertamento del passivo sia «riconducibile alla giurisdizione contenziosa», in quanto connotato «da un confronto dialettico tra parti formalmente contrapposte», «poiché ogni creditore avverte i creditori concorrenti come antagonisti», vantando «un interesse ad eliminarli»: v. MONTANARI, *Appunti sul processo di fallimento*, cit., p. 15; cfr. MENCHINI-MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di Vassalli-Luiso-Gabrielli, II, 2014, p. 381, ove si rileva che si tratta di un processo di «giurisdizione contenziosa e finalizzato all'accertamento dell'esistenza dei crediti». Già LIEBMAN, *La contestazione dei crediti nel fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, p. 209 ss., e, in part. 220-221, affermava che il processo di verifica «non è che un caso particolare e particolarmente regolato dalla legge di processo di cognizione inserito nel corso di una procedura esecutiva, simile in questo alle opposizioni di merito nell'esecuzione singolare», con la conseguenza che l'insinuazione del credito ha «il significato di una domanda giudiziale». Nel senso che la verifica abbia natura giurisdizionale nonostante il giudizio possa sembrare un'attività esecutiva e la domanda d'ammissione «un'istanza di partecipazione con la mera funzione di stabilire in concreto il numero dei partecipanti alla distribuzione» senza negare, dunque, il carattere di verifica del procedimento, v. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 361. Allo stesso modo, si afferma che il procedimento di accertamento «solo astrattamente può accostarsi al processo di esecuzione», v. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, II, 1974, p. 557 ss., e, in part. 562 e 571, ove si rileva che «può parificarsi ad un giudizio di cognizione», con «natura di giurisdizione contenziosa», e di conseguenza «la domanda di partecipare al concorso è esercizio di azione in senso proprio» ed «esercizio di azione di cognizione». Le peculiarità del procedimento di accertamento del passivo non sembrano, in realtà, tali da farlo apparire nemmeno un ordinario processo di cognizione; sembrando preferibile valorizzarne i tratti che da quest'ultimo lo differenziano si afferma, infatti, che si tratti di uno «speciale procedimento», appunto di carattere «endofallimentare», e dunque una fase «strutturata e disciplinata come vero e proprio processo contenzioso, dotato di propria autonomia, con prevalente funzione esecutiva, a cognizione semi-piena»: v. QUATRARO-DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali*, I, cit., p. 7 ss. Allo stesso modo, viene messa in rilievo la difficoltà di qualificazione del procedimento, che, da un lato, dovrebbe collocarsi nella categoria dei chiovendiani procedimenti sommari con prevalente funzione esecutiva», e, dall'altro, invece, è idoneo a rientrare «a pieno diritto tra i processi civili di tipo contenzioso», «sommario», e con «scopo primario la liquidazione dell'attivo per la soddisfazione (parziale) dei creditori secondo la *par condicio*, e pertanto sia senza dubbio un processo civile contenzioso», seppure con prevalente fine esecutivo: SCARSELLI, *L'accertamento sommario del passivo fallimentare*, Milano, 1991, p. 10 ss. e 28 ss. Anche a seguito della riforma, infatti, l'accertamento del passivo «esaurisce [...] la sua portata nell'ambito endofallimentare», senza aver assunto «le forme e le caratteristiche del processo ordinario»: FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 229. Sul punto si v., altresì, AZZOLINA, *Il fallimento*, cit., II, p. 772; LIGUORI, *L'accertamento del passivo nel fallimento*, in *Dir. fall.* 1968, I, p. 253; RAGUSA MAGGIORE, *Natura di giurisdizione contenziosa dell'accertamento del passivo fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1972, I, p. 548; DE MAIO, *Il fallimento*, cit., p. 191; CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova, 1975, p. 133 ss.; BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., 1938, p. 226; BOZZA, *La natura del procedimento di accertamento del passivo*, in *Fall.*, 1990, p. 887; RAGUSA MAGGIORE, *Passivo (accertamento del)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, XXXII, p. 181 ss.; BONFATTI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento: dieci anni di giurisprudenza*, Milano, 1981, p. 5 ss.; ANDRIOLI, *Appunti sul giudizio di verifica dei crediti nel fallimento*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 1 ss.; GROPPOLI, «Indisponibilità» dell'accertamento del passivo: riflessi sull'arbitrato, in *Fall.*, 2016, p. 316 ss.; LANFRANCHI, *La verifica del passivo*, Milano, 1979, 275 ss.; ID., *Processi di cognizione pendenti e accertamento del passivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 440 ss.

## **8. Inarbitrabilità dell'insinuazione al passivo alla luce della specificità dell'oggetto di giudizio: il diritto al concorso.**

Non sembra tuttavia che tale ricostruzione, alla quale conseguirebbe la necessità di (ri)affermare la necessaria residualità arbitrale in ambito fallimentare, sia davvero così scontata.

Infatti, della materia sembra potersi fornire una diversa ricostruzione, a partire dall'oggetto del giudizio di accertamento del passivo.

In tal senso, se è innegabile che, a prima vista, il giudizio riguardi controversie relative a diritti già esistenti ed arbitrabili prima del fallimento, tuttavia non è altrettanto certo che proprio i diritti indicati rappresentino la concreta situazione sostanziale che ne costituisce l'oggetto.

Se, infatti, con la domanda proposta ai sensi dell'art. 93 ss. si fa valere un diritto di credito, non può però ignorarsi che si tratta di un diritto di credito particolare. Il suo accertamento si fonda su presupposti ulteriori rispetto alla mera sussistenza del diritto, avviene con modalità sommarie e ha, comunque, un fine soltanto endoconcorsuale<sup>134</sup>.

Non si tratterebbe, cioè, del medesimo diritto suscettibile di accertamento fuori dal fallimento, ma che, proprio in quanto viene in rilievo in tale specifico ambito, nella forma dell'insinuazione al passivo, si caratterizza diversamente: esso si configurerebbe come diritto al concorso.

Dunque, sarebbe proprio tale diritto al credito concorsuale a rappresentare l'oggetto dell'accertamento del passivo.

---

<sup>134</sup> In tal senso, l'oggetto della verifica non è limitata alla «mera esistenza» del credito, risultando altresì necessaria «la sua anteriorità rispetto alla dichiarazione di fallimento, oltre che la non revocabilità del suo titolo esecutivo»; si tratta, cioè, di «una situazione di natura processuale tipica e peculiare del giudizio in esame, diversa e autonoma dal diritto di credito – sebbene, naturalmente, legata al medesimo da una situazione di pregiudizialità-dipendenza –, e ulteriormente qualificata dall'esistenza dei suddetti requisiti di opponibilità verso la massa: essa è denominata diritto al concorso, o diritto di partecipazione al concorso, e si risolve, in buona sostanza, nel diritto del creditore di essere tenuto in considerazione in sede di riparto»: v. MONTANARI, *Appunti sul processo di fallimento*, cit., pp. 15-16. Cfr. DIDONE, *Processo ordinario di cognizione e fallimento*, Milano, 1996, p. 157, ove si sottolinea come l'insinuazione al passivo, «pur contenendo una vera e propria domanda giudiziale», «si caratterizza nondimeno per la peculiarità del *petitum*», in cui «è ricompresa, oltre alla richiesta di accertamento della sussistenza del credito e della sua opponibilità alla massa, anche quella di partecipazione al riparto»; cfr. ID., *La dichiarazione tardiva di credito nel fallimento*, Milano, 1991, p. 14 ss. Allo stesso modo, si esclude che oggetto del processo fallimentare sia «la situazione strumentale, fondante la legittimazione ad agire, ovvero il diritto di credito di cui è titolare il creditore procedente», ma, al contrario, «la situazione finale che coincide con il diritto al concorso»: CECHELLA, *Il giudizio*, cit., p. 116.

Si tratta di una tesi già sostenuta in passato<sup>135</sup>, e di recente oggetto di riproposizione sotto vari profili<sup>136</sup>.

In tal senso, nonostante si sia messo in rilievo che, dal punto di vista della teoria generale sull'oggetto del giudizio, l'esistenza del diritto di credito si configurerebbe come una questione pregiudiziale rispetto all'esistenza del credito al concorso, che rientrerebbe, dunque, nell'ambito dell'accertamento quanto meno incidentale – e a prescindere dalla possibilità di qualificare tale questione come pregiudiziale in senso soltanto logico, con le conseguenze che ne discenderebbero in tema di giudicato, idoneo a formarsi in via automatica<sup>137</sup> – è però stato altresì sottolineato come

---

<sup>135</sup> Nel senso che «oggetto della decisione di verifica da parte del giudice delegato è il diritto al concorso», con la conseguente «indipendenza reciproca» tra la decisione che consegue a tale accertamento e quello dell'eventuale pronuncia che intervenga fuori dal concorso, v. BONSIGNORI, voce *Fallimento*, *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1990, p. 373 ss. Sul punto, v. anche ANDOLINA, *Appunti sulla vicenda giurisdizionale dei crediti, pendente il processo di fallimento*, in *Giur. it.*, 1958, I, p. 360; E. F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Torino, 1988, p. 23 ss.

<sup>136</sup> In tal senso, il procedimento di verifica assolverebbe allo scopo di quantificare la massa dei debiti da soddisfare in sede concorsuale, con un accertamento soltanto incidentale sulle ragioni creditorie. Sul punto, v. FABIANI, *Decreto di esecutorietà dello stato passivo e accertamento negativo del credito*, in *Fall.*, 1997, p. 1084 ss., ove si sottolinea «l'attualità di quella tesi dottrinale da sempre minoritaria e oggetto di repulsione da parte della giurisprudenza secondo la quale l'oggetto dell'accertamento del passivo è l'accertamento del diritto al concorso, mentre l'accertamento del credito costituisce solo una questione pregiudiziale da risolvere senza effetto di giudicato», secondo la previsione dell'art. 34 c.p.c. Sulla qualificazione dell'oggetto del procedimento di verifica del passivo in relazione al diritto al concorso e al riparto, v., di recente anche CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. Fall.*, 2015, p. 573 ss.

<sup>137</sup> La questione può essere in questa sede soltanto accennata. Infatti, l'art. 34 c.p.c., che tratta unitariamente delle pregiudiziali senza distinzioni di sorta, non ha impedito ad una parte della dottrina di sottrarre alla sua disciplina le questioni considerate antecedenti logici della decisione; secondo tale orientamento, la categoria della pregiudizialità logica sarebbe idonea al giudicato pure in assenza di domanda. Di conseguenza, la pregiudizialità logica è stata distinta da quella propriamente intesa, detta tecnica. Nella pregiudizialità tecnica, «la fattispecie del rapporto condizionato contiene l'effetto condizionante»; in quella logica, «l'effetto condizionante conterrebbe, per intero, l'effetto condizionato»: cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi all'accertamento)*, Bologna, 2011, p. 111. In tal senso, la pregiudizialità tecnica si riferisce a diversi diritti tra loro connessi, investendo i presupposti dell'effetto dedotto, ovvero le circostanze che rappresentano il fondamento giuridico del fatto costitutivo rispetto al diritto azionato: PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 395; ID., *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 446 ss. Tale teorica esclude gli antecedenti logici dalla disciplina dell'art. 34 c.p.c. La pregiudizialità, come concetto logico, invece, esprime «la priorità d'un giudizio» rispetto a un altro: ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 68-69; essa riguarderebbe un profilo interno ad un rapporto, indicando il legame tra quest'ultimo e l'effetto dedotto in giudizio. Sulla base di tale teorica, di origine sattiana (v. SATTA, *Commentario*, I, cit., pp. 147-149; cfr. ID., voce *Accertamento incidentale*, in *Enc.dir.*, I, Milano, 1958, 243 ss), si pone il problema se, proposta una domanda che trova «fondamento in un rapporto più ampio del diritto che si fa valere [...] tutto il rapporto s'intenda dedotto», conoscendone il giudice «*principaliter*». In tale ottica, «le questioni di merito giudicate sono non solo quelle espresse mente risolte, ma quelle altresì la cui soluzione è una premessa necessaria», «*implicitamente risolte*»: CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, p. 76.

si tratterebbe di una configurazione riduttiva. Infatti, la specialità della situazione sostanziale su cui si incentra la cognizione del giudice nell'ambito dell'accertamento del passivo sarebbe tale da escludere la diretta riconducibilità ad una situazione sostanziale analoga al di fuori del concorso; sarebbe, cioè, da escludere la diretta derivazione del credito concorsuale dal credito sussistente ed accertabile in via extrafallimentare<sup>138</sup>. Piuttosto, la cognizione del giudice verrebbe ad incentrarsi proprio sulla «concorsualità» del diritto<sup>139</sup>, del tutto distinto, in tal modo, dal credito non concorsuale.

D'altra parte, è proprio sulla base di tale differenza di oggetto che si giustifica la possibilità di agire, a seguito della chiusura del processo fallimentare, a tutela del diritto di credito che non sia stato integralmente soddisfatto in via concorsuale; ciò che invece, sulla base delle regole generali, dovrebbe ritenersi ovviamente precluso laddove l'oggetto fosse il medesimo e sullo stesso si potesse formare il giudicato<sup>140</sup>.

Sulla base di una siffatta ricostruzione, sarebbe soltanto di tale diritto al credito concorsuale – diritto che nasce con il fallimento e può sussistere solo in seno a quest'ultimo – che deve escludersi la devolvibilità ad arbitri.

Di conseguenza, in quest'ottica, l'esclusione dell'arbitrabilità per i crediti soggetti all'accertamento del passivo può essere ricondotta ai principi generali e, in particolare, all'art. 806 c.p.c.

---

<sup>138</sup> In tal senso, si mette in rilievo come non possa trascurarsi «che la posizione di diritto sostanziale che il giudice delegato deve esaminare è quella di un credito con tali caratteristiche di specialità da non poter essere esportato in altra situazione processuale»: FABIANI, *Decreto di esecutorietà dello stato passivo e accertamento negativo del credito*, in *Fall.*, 1997, p. 1084 ss.

<sup>139</sup> In particolare, che «la cognizione richiesta al giudice sia veramente incentrata sulla concorsualità della pretesa lo si ricava ulteriormente dal fatto che pure di fronte al giudicato sul credito correttamente formatosi prima del fallimento, possa sovrapporsi una decisione negativa fondata sulla inopponibilità - intesa in senso ampio - della pretesa»: FABIANI, *Decreto di esecutorietà dello stato passivo e accertamento negativo del credito*, cit., p. 1084 ss.

<sup>140</sup> In tal senso, si mette in rilievo che se «ci si colloca nella prospettiva della legge fallimentare, alla luce della quale, nel procedimento di verifica del passivo, oggetto di accertamento è il diritto al riparto e solo in via incidentale il diritto di credito», ci si ravvede che proposta la «domanda di ammissione al passivo, il creditore conserva la possibilità di agire, dopo la chiusura del fallimento, per ottenere quanto nel fallimento non è riuscito ad ottenere, perché il proprio credito non è stato in tutto o in parte ammesso o perché il credito ammesso non è stato integralmente soddisfatto mediante i riparti fallimentari»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

Oggetto dell'accertamento del passivo, infatti, in questa prospettiva, è un diritto indisponibile, intrinsecamente collegato al concorso e connotato da una dimensione pubblicistica; un diritto, peraltro, inesistente al di fuori del fallimento e, dunque, accertabile soltanto nelle modalità ad esso connesse.

Di conseguenza, seppure in tal modo si perviene ad escludere, sulla base degli artt. 93 ss., l'arbitrabilità dell'insinuazione fallimentare in sé considerata, e cioè, come si è detto, il diritto al credito concorsuale – si deve infatti escludere che l'insinuazione al passivo possa avvenire sulla base di una domanda arbitrale, proprio in quanto si tratta di una domanda concernente una fase endofallimentare, e al fine di raggiungere gli specifici effetti (appunto endofallimentari) che la legge vi collega – non ne consegue altresì la necessità di escludere l'arbitrabilità del diritto di credito a fini non endofallimentari<sup>141</sup>; arbitrabilità che, anticipando quanto si dirà nel prosieguo, non sembra potersi escludere del tutto, di per sé, anche a fini extra o post fallimentari<sup>142</sup>.

Principi analoghi vengono in rilievo se dai diritti di credito si passa all'altro oggetto tipico del procedimento di accertamento del passivo, ossia l'accertamento, ai sensi dell'art. 52 l.fall., di diritti reali o personali, mobiliari o immobiliari.

Anche in tale contesto, infatti, si mette in rilievo come, nell'ambito del fallimento, l'accertamento non riguardi semplicemente l'esistenza e la titolarità del diritto. Al contrario, a venire in rilievo è la legittimità della pretesa espropriativa della curatela sul bene<sup>143</sup>. Ciò influenza

---

<sup>141</sup> In tal senso, si afferma che non è preclusa la devoluzione ad arbitri di eventuali «incidenti» di cognizione; seppure limitata all'attività cognitiva e contenziosa, infatti, la funzione degli arbitri «può essere esercitata anche nelle fasi deputate al conoscere e al giudicare, che incidano sul processo esecutivo o su quello cautelare» con la conseguente ammissibilità dell'arbitrato in materia di opposizione all'esecuzione o di terzo: v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., pp. 399-401. Non si vede, dunque, perché i medesimi principi non possano valere anche in ambito fallimentare. In effetti, si afferma come, dopo che sia stata proposta l'opposizione allo stato passivo, «nulla vieta che curatore e creditore contestato si accordino onde deferire ad arbitri la risoluzione della lite»: v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 532 ss.

<sup>142</sup> V. *infra*, cap. IV, parr. 7 ss.

<sup>143</sup> In tal senso, v. E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, cit., II, p. 194, ove si mette in rilievo come la curatela «(sia quando è attrice, sia quando è convenuta) afferma nel processo la legittimità della propria pretesa espropriativa sul bene; viceversa il terzo pretendente (sia se attore sia se contenuto) nega la legittimità di tale pretesa». Come rileva l'autore, il concetto non cambia «quando si dice che oggetto del processo è sempre la appartenenza del bene al patrimonio aggredito con il fallimento. Cambiano in tal modo le parole,

necessariamente l'individuazione dell'oggetto del giudizio, che sarebbe da ravvedere nella legittimità della pretesa così avanzata in virtù di una domanda di accertamento positiva o negativa<sup>144</sup>.

### **9. (segue): e gli effetti dell'accertamento.**

La configurazione dell'oggetto del giudizio di accertamento di cui si è dato conto si coniuga, come si è detto, alla portata esclusivamente endofallimentare del procedimento e, dunque, alla stessa natura dell'attività che vi si svolge.

Il procedimento di accertamento del passivo – analogamente a quanto si è detto rispetto al processo fallimentare, e quale sua fase «interna» – ha un fine puramente endoconcorsuale; non concerne una controversia in senso proprio, ma è volto, invece, all'esecuzione fallimentare. Ciò è reso evidente dalla circostanza che il provvedimento conclusivo non è idoneo al giudicato<sup>145</sup>; ai sensi dell'art. 96, comma 5, l. fall., infatti, tanto il decreto che rende esecutivo lo stato passivo quanto le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di impugnazione di cui all'art. 99 l. fall. «producono effetti soltanto ai fini del concorso»<sup>146</sup>.

---

ma non cambia la descrizione concettuale della disciplina positiva». Infatti, l'appartenenza del bene al patrimonio aggredito dal fallimento finisce per coincidere, in quest'ottica, con la legittimità «della pretesa espropriativa vantata in ordine a quello stesso bene dalla curatela fallimentare».

<sup>144</sup> Così E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, cit., II, p. 194, il quale conclude che «l'oggetto del processo è sempre costituito dalla legittimità della pretesa espropriativa della curatela, la quale è proposta come *thema decidendum* o in virtù di una domanda di accertamento positivo, o in virtù di una domanda di accertamento negativo». *Contra*, v. MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari di terzi*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Tedeschi, I, 2, Torino, 1996, 695 ss.

<sup>145</sup> Sull'esclusione del giudicato dal procedimento di accertamento del passivo v. E.F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, p. 71 ss.; CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>146</sup> Infatti, se, da una parte, il ricorso «produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento», dall'altro, a seguito della riforma del 2006, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, «il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'art. 99, producono effetti soltanto ai fini del concorso». In tal senso, si afferma che l'accertamento del passivo deve ritenersi «non compromettibile per arbitri», in considerazione dei suoi effetti «del tutto marginali una volta chiuso il fallimento», «che nulla hanno a che vedere con il giudicato formale o sostanziale»: v. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 480. Allo stesso modo, «nell'ambito degli incidenti cognitivi endofallimentari [...] gli accertamenti che il giudice è chiamato a svolgere sono solo ed unicamente funzionali all'attuazione del concorso», e, «più precisamente, all'attuazione di un'attività esecutiva, non singolare, come avviene in base agli articoli 474 ss. c.p.c., bensì appunto concorsuale o, se si vuole, generale, in quanto potenzialmente coinvolgente tutti i beni del debitore e tutti i suoi creditori»; di conseguenza, tali incidenti cognitivi endofallimentari «non sono gestibili dall'arbitro per il semplice fatto che in essi non vi è lo svolgimento di un'attività giurisdizionale contenziosa di natura dichiarativa, ossia

Di conseguenza, anche laddove si volesse negare la configurazione che si è fornita in relazione all'oggetto del giudizio di accertamento, e soffermandosi esclusivamente sugli effetti che ne discendono *ex lege*, vi sarebbe la possibilità di giustificare, sulla base dei principi generali, la non arbitrabilità. Infatti, anche escludendo la specificità dell'oggetto che viene in rilievo nell'accertamento del passivo, a derivarne sono comunque effetti puramente endoconcorsuali, che si collocano al di fuori di una effettiva attività cognitiva; pure per tale via, dunque, la possibilità di devoluzione ad arbitri si troverebbe limitata in ragione dei principi generali, e cioè proprio in quanto non si è in presenza di un processo cognitivo idoneo ad estrinsecare la sua portata nell'ordinamento, al di fuori dal fallimento<sup>147</sup>.

Su tali basi, la non arbitrabilità dei crediti in ambito fallimentare non si troverebbe a derivare da un'eccezione al generale principio di arbitrabilità e, dunque, da una limitazione direttamente conseguente al fallimento. Al contrario, sia che si condivida la configurazione che si è proposta in relazione all'individuazione dell'oggetto del giudizio di accertamento del passivo, sia che si considerino gli specifici effetti che da tale giudizio derivano, le limitazioni all'arbitrabilità più che in termini di vera e propria eccezione al principio generale di cui all'art. 806 c.p.c. sarebbero da leggere in linea con la medesima norma.

Sotto il primo profilo, infatti, la inarbitrabilità riguarderebbe un diritto nuovo, inesistente prima del (e fuori dal) fallimento: il diritto al concorso. Tale diritto, come di è visto – caratterizzato da profili di indisponibilità, ed esistente solo nell'ambito del fallimento – sarebbe inarbitrabile in ragione dello stesso disposto dell'art. 806 c.p.c.

---

essi non sono al servizio dell'accertamento dell'esistenza o del modo di essere di una situazione giuridica soggettiva, sostanziale o processuale»: v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., pp. 4-5. Nel senso che «il procedimento di formazione ed esecutività dello stato passivo è sommario, si conclude con un decreto e come tale non può formare oggetto di arbitrato, perché il mancato utilizzo del procedimento fallimentare non consentirebbe un effetto opponibile alla procedura» v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 109.

<sup>147</sup> Si afferma infatti che vi sia un contrasto tra il carattere cognitivo che ha il giudizio degli arbitri e il procedimento di accertamento che, invece, ha effetti solo per il concorso: v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 412.

Analogamente, sotto il secondo profilo, valorizzando l'attività che si svolge nell'ambito dell'accertamento del passivo in relazione ai suoi effetti – dai quali la stessa legge esclude l'idoneità al giudicato – non potrebbe comunque connotarsi come vera e propria cognizione, alla quale è preposto il giudizio arbitrale. Di conseguenza, anche in tale ipotesi l'arbitrabilità sarebbe da escludere, a monte, in ragione della stessa natura implicata dal giudizio, e sempre sulla base dei medesimi principi generali di cui si è dato conto.

#### **10. Considerazioni finali sulla residualità dell'arbitrato.**

Alla luce delle considerazioni svolte, potrebbe forse non sembrare più tanto scontato il principio di residualità dell'arbitrato in ambito fallimentare<sup>148</sup>.

Nell'ambito del fallimento vi sono certamente, come si è visto, controversie sottratte all'arbitrabilità.

Tale conclusione, tuttavia, sembra corretta da un punto di vista «quantitativo», rispetto alle controversie che, concretamente, possano devolversi ad arbitri a seguito del fallimento. Si tratta, in sostanza, di un novero di controversie che, per quanto possa risultare, a seconda del concreto svolgimento delle vicende fallimentari, numericamente cospicuo, appare comunque tipologicamente limitato; vi rientrano infatti, principalmente, le pretese vantate sul patrimonio fallimentare, che, in quanto tali devono essere accertate nelle forme previste dalla legge, oltre alle ulteriori questioni funzionali alla procedura.

Tuttavia, se da un lato non è così certo che a tale limitazione tipologica corrisponda sempre, statisticamente, un'effettiva ampiezza quantitativa, dall'altro non sembra comunque condivisibile che tale residualità possa costituire un'affermazione di principio.

---

<sup>148</sup> Vengono in rilievo, in particolare, i crediti e diritti in favore della massa che originano da contratti stipulati dal curatore o nei quali sia subentrato, come anche azioni revocatorie: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 4. Nel senso della residualità dell'arbitrato in tale sede, v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 6, per il quale esso sarebbe da ricondurre a diverse tipologie di controversie: sia quelle «relative a pretese attive che ritenga di vantare il fallimento, sia quelle che si fondano su rapporti giuridici pendenti che, ai sensi degli articoli 72 ss. l.f., sopravvivono alla dichiarazione di fallimento sia quelle che nascono dall'esercizio provvisorio dell'impresa autorizzato ai sensi dell'art. 104 l.f.»; inoltre, alle azioni revocatorie.

Anche al fallimento, infatti, pare sotteso il medesimo generale principio di arbitrabilità valido per il restante ordinamento. In questo ambito non viene in rilievo una nozione di arbitrabilità diversa, o più ristretta, né la dichiarazione di fallimento determina la perdita dell'arbitrabilità dei diritti.

Al contrario, laddove l'arbitrabilità viene esclusa, come accade rispetto alla procedura in sé considerata o al diritto al concorso, tale esclusione può comunque essere ricondotta alle regole generali: a mancare è, infatti, un diritto disponibile o una cognizione alternativa a quella ordinaria<sup>149</sup>.

La residualità dell'arbitrato in sede fallimentare, dunque, laddove pure si voglia affermare, deve coordinarsi con una consapevolezza: quella che, cioè, pure in ambito fallimentare, gli unici limiti all'arbitrabilità sono quelli derivanti dall'art. 806 c.p.c., non sussistendo previsioni specifiche che ad esso si aggiungano o sostituiscano, né ulteriori limiti che derivino direttamente dal fallimento<sup>150</sup>.

### **11. L'arbitrabilità nel concordato preventivo: la piena disponibilità dei diritti.**

Dopo aver affermato che la nozione di arbitrabilità riguarda il diritto, collocandosi in una dimensione puramente sostanziale, ed escluso che il fallimento possa incidere sulla stessa relegandola ad uno spazio residuale, alla medesima conclusione non può che pervenirsi, a maggior ragione, pure in ambito concordatario.

Innanzitutto ci si potrebbe chiedere se, analogamente a quanto avviene in sede fallimentare, anche rispetto al concordato preventivo la problematica dell'arbitrabilità possa essere delimitata

---

<sup>149</sup> In tal senso, l'attività di accertamento «che si compie all'interno del fallimento non è cioè alternativa o concorrente con quella ordinaria»; «è compiuta esclusivamente ai fini del concorso», e «produce risultati vincolanti esclusivamente ai fini del concorso»: v. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 480.

<sup>150</sup> In tal senso, «lo spazio concesso all'arbitrato in relazione al fallimento coincide con lo spazio che si può ricavare a favore di un'attività di giurisdizione contenziosa esterna al fallimento, ma a questo opponibile»; il giudizio arbitrale «è concepibile nella misura in cui sarebbe concepibile un processo statale contenzioso che vedesse come parte quella stessa amministrazione fallimentare»: v. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 218; cfr. ID., *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 6.

da un punto di vista oggettivo; se, cioè, l'eventuale compressione della possibilità di devoluzione ad arbitri riguardi le controversie che investano tutto il patrimonio del debitore o soltanto alcuni diritti.

La questione pare rilevante soprattutto perché, a seguito delle riforme che si sono susseguite in materia, e l'attuale atipicità contenutistica che riguarda la proposta concordataria, si afferma che quest'ultima non debba più necessariamente comprendere l'intero patrimonio del debitore<sup>151</sup>; per i beni al di fuori della proposta, dunque, problemi di arbitrabilità conseguenti all'apertura della procedura concordataria non potrebbero porsi nemmeno a monte.

A prescindere dall'estensione della portata della procedura, poi, nell'ambito del concordato preventivo mancano riferimenti normativi analoghi a quelli presenti nella disciplina fallimentare, dai quali possano sorgere ulteriori perplessità.

In particolare, difetta una norma introduttiva di una competenza esclusiva ed inderogabile del tribunale fallimentare, e lo stesso deve dirsi rispetto a diverse disposizioni di ordine processuale.

---

<sup>151</sup> In particolare, a fronte della riforma del 2005, il debitore ha un'ampia facoltà di scelta rispetto ai beni da destinare alla proposta concordataria. Diversamente dalla versione previgente dell'art. 160, comma 2°, n. 2, ai sensi del quale il debitore doveva offrire la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato (tranne quelli indicati dall'art. 46) per il pagamento dei suoi debiti, a seguito del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con mod. in l. 14 maggio 2005, n. 60, il testo della norma, al comma 1°, si limita a prevedere che la proposta concordataria possa avere ad oggetto «la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni». Da un lato, dunque, potrebbero sfuggire al divieto i beni (anche in passato) esclusi ai sensi dell'art. 46 l. fall.; dall'altro, analoghe considerazioni potrebbero valere per quei beni che, in ogni caso, non vengano ricompresi nella proposta. In tal senso, è stata criticata l'interpretazione secondo la quale «un'offerta ai creditori comportante la messa a disposizione di una parte soltanto del patrimonio del debitore» sarebbe «inammissibile in quanto contrastante con il principio sancito dall'art. 2740 c.c.» dal momento che il debitore può concludere con la maggioranza dei creditori un accordo «mediante un pagamento parziale, che può non esaurire le sue disponibilità»: così JORIO, *La riforma fallimentare: pregi e difetti delle nuove regole*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 706. Sul punto, v. anche BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fall.*, 2005, p. 1208 ss., nonché nota 1, per il quale «non è dubitabile che nel nuovo concordato non sia più necessaria la cessione di tutti i beni del debitore, che, invece era elemento essenziale del concordato con cessione dei beni», «la assoluta libertà lasciata al debitore di organizzare e risolvere la propria situazione di crisi deve necessariamente presupporre anche la libertà di non coinvolgere nella cessione tutto il suo patrimonio, salvo il giudizio dei creditori». Nel senso che l'ammissibilità «di concordati con destinazione parziale dei beni ai creditori deve affermarsi sia nell'ambito dei concordati con continuazione, dove la limitazione è insita nella struttura della proposta, e sia anche nei concordati liquidatori o con cessione dei beni, a differenza di quanto avveniva nel sistema previgente» v. anche D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. società*, 2015, p. 5 ss.

Infatti, in tale ambito non vi sono specifici procedimenti inderogabili, analoghi all'accertamento del passivo, sulla base dei quali possano farsi valere i diritti nei confronti del debitore.

D'altra parte, come si è visto rispetto al fallimento, previsioni di carattere processuale porrebbero limitazioni soltanto apparenti all'arbitrabilità. Quest'ultima, infatti, si colloca su un piano distinto tanto da quello di un'eventuale competenza esclusiva del tribunale fallimentare quanto da disposizioni di rito introduttive di procedimenti speciali.

In particolare, anche nella disciplina del concordato preventivo manca una norma specifica che tratti dell'arbitrabilità a seguito dell'apertura della procedura; di conseguenza, pure in tal caso l'arbitrabilità resta regolata dalla disposizione generale di cui all'art. 806 c.p.c.

Dunque, in assenza di ulteriori esclusioni espresse di legge – che, nello specifico, mancano – la nozione di arbitrabilità concordataria resta legata alla sola disponibilità dei diritti, che non subisce limitazioni a fronte dell'apertura del concordato.

La piena arbitrabilità dei diritti in ambito concordatario viene a coniugarsi con i particolari effetti sostanziali che discendono dal deposito della domanda concordataria<sup>152</sup>.

Da quest'ultima, infatti, non deriva alcuna limitazione alla disponibilità dei diritti: il concordato preventivo non ha l'effetto di determinare lo spossessamento del debitore. Si determinano, al contrario, effetti più lievi che si riassumono sotto la denominazione di spossessamento attenuato<sup>153</sup>. In tal senso, in termini difformi da quanto prevede l'art. 42 l. fall. per il fallito, l'art. 167 prevede che durante la procedura di concordato «il debitore conserva

---

<sup>152</sup> Merita sottolineare che in passato si discuteva se gli effetti del c.d. spossessamento attenuato decorressero dal deposito della domanda oppure soltanto a fronte della successiva apertura della procedura, cioè con il decreto di ammissione della domanda. Sul punto, v. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, p. 2248 ss.; AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005, p. 91 ss. Ad ogni modo, a seguito del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con mod. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, il comma 7 dell'art. 161 precisa che già «[d]opo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione».

<sup>153</sup> Ai sensi dell'art. 167, infatti, «il debitore, nei cui confronti si attua il c.d. spossessamento attenuato, conserva l'amministrazione dei suoi beni sotto la vigilanza del commissario giudiziale, eliminando in tal modo ogni riferimento alla direzione del giudice delegato»: v. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 751. Sul punto, v. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 634.

l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa», seppur «sotto la vigilanza del commissario giudiziale». La norma prosegue richiedendo l'autorizzazione del giudice delegato per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, sanzionandoli in caso contrario con l'inefficacia nei confronti dei creditori anteriori. Allo stesso modo, nell'ambito del concordato preventivo non c'è nemmeno un soggetto che si sostituisca al debitore nell'esercizio dei diritti. A seguito della proposizione del ricorso, infatti, ai sensi dell'art. 167 l. fall., il commissario giudiziale ha un mero potere di vigilanza.

Merita sottolineare che i medesimi effetti discendono dalla domanda di concordato c.d. in bianco, ossia laddove venga proposto ricorso per concordato preventivo senza contestuale deposito di proposta e piano concordatario, con la relativa documentazione. È infatti sufficiente la proposizione della domanda concordataria, seppure con riserva, a consentire il decorso degli effetti discendenti dalla domanda piena, quali, in particolare, le limitazioni ai poteri gestori del patrimonio del debitore<sup>154</sup>.

In ogni caso, anche a seguito del deposito del ricorso – pieno o in bianco –, il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione, e conserva altresì la gestione e l'amministrazione del proprio patrimonio<sup>155</sup>.

Alla luce di tale disciplina, lo spossamento attenuato non ha certo l'effetto di determinare una indisponibilità dei diritti assoluta ed oggettiva, rilevante ai fini dell'arbitrabilità. Ma a ben vedere, non deriva nemmeno un'indisponibilità in senso soggettivo, poiché il debitore continua a poter disporre dei suoi beni, sia pure sotto particolari condizioni per alcuni atti.

---

<sup>154</sup> In tal senso si mette in rilievo come tramite il preconcordato l'ordinamento realizza una «anticipazione dell'ombrello protettivo verso il ceto creditorio “compensato” da analogo anticipazione di un regime di spossamento attenuato e dalla previsione di obblighi informativi a carico del debitore»: POLI, *Gli effetti del concordato in bianco, ovvero costi ed opportunità del nuovo istituto*, in *ilFallimentarista*, 17 maggio 2013, pp. 4-5. Sul punto, v. altresì STAUNOVO POLACCO, *Concordato con riserva*, in *ilFallimentarista*, 6 giugno 2016, per il quale il concordato con riserva «produce effetti nei confronti del debitore costituiti in primo luogo dallo spossamento attenuato. Il debitore può compiere autonomamente solo gli atti di ordinaria amministrazione mentre può compiere atti di straordinaria amministrazione solo se urgenti e previa autorizzazione del tribunale».

<sup>155</sup> Nel senso che l'imprenditore concordatario conserva l'amministrazione del patrimonio e la gestione dell'impresa, v. AMATORE, *Atti autorizzabili ai sensi dell'art. 161, comma 7, l. fall.*, in *ilFallimentarista*, 8 agosto 2013.

Di conseguenza, deve escludersi che nell'ambito del concordato preventivo si verifichi una qualsiasi indisponibilità, anche soltanto soggettiva, dei diritti rientranti nella procedura. La disponibilità dei diritti permane, seppure il relativo esercizio subisca alcuni correttivi.

## **12. (segue): e la mancanza di limitazioni alle azioni di cognizione proponibili.**

Dall'apertura della procedura, inoltre, non derivano limitazioni alle azioni di cognizione proponibili.

Da un lato, come si è detto, nell'ambito del concordato preventivo non vi è un procedimento di accertamento del passivo analogo a quello previsto in ambito fallimentare, con la conseguenza che le stesse domande di credito da far valere contro il debitore concordatario restano proponibili nelle forme ordinarie<sup>156</sup>.

Dall'altra, la disciplina del concordato non pone esclusioni alle azioni esperibili. L'unico limite «oggettivo» che deriva dal deposito della domanda è quello previsto per le azioni esecutive e cautelari dall'art. 168 l.fall. Tale norma, infatti, a partire dalla data «di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione diventa definitivo», vieta, a pena di nullità, ai creditori per titolo o causa anteriore, di «iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore» (c.d. *automatic stay*)<sup>157</sup>.

Pure tale effetto che vale tanto a fronte della proposizione della domanda di concordato «piena», quanto di quella con riserva<sup>158</sup>. La *ratio* che tradizionalmente vi si collega è quella di

---

<sup>156</sup> In tal senso, «non essendovi accertamento del passivo in senso proprio nulla è precluso alla cognizione ordinaria o arbitrale circa i rapporti fra debitore e terzi (fermo il divieto di azioni esecutive e cautelari, divieto che ovviamente con l'arbitrato in quanto cognizione ha ben poco a che fare)»: v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arbitrato*, 2016, p. 239.

<sup>157</sup> Si tratta di un divieto analogo a quello disposto dall'art. 51 l. fall. nell'ambito del fallimento; entrambe le norme, infatti, sono volte ad escludere «che la soddisfazione dei creditori abbia luogo al di fuori della procedura concorsuale»: in tal senso, v. P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 62 ss.; cfr. CASSANDRO, *Gli effetti per i creditori*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, III, Torino, 2011, p. 224.

<sup>158</sup> Infatti, il deposito della «pre-domanda» viene equiparato «ad un provvedimento iniziale della procedura concorsuale e quindi comporta gli effetti previsti dagli artt. da 167 a 169 l. fall.»: FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1051 ss.; in tal modo si consente «all'imprenditore in difficoltà di presentare una domanda di concordato benché priva della proposta, del piano, e della documentazione ex art. 161, comma 2°, l. fall.», prevedendo che dalla sua

evitare la dispersione dei beni destinati al concordato oltre che l'alterazione della *par condicio creditorum*<sup>159</sup>.

L'attuale formulazione della norma si deve al c.d. decreto sviluppo: soltanto nel 2012 il legislatore ha esteso il divieto previsto per le azioni esecutive – rispetto alle quali il tema ha trovato il maggiore approfondimento<sup>160</sup> – anche alle azioni cautelari<sup>161</sup>.

Da tale divieto esulano, invece, le azioni di cognizione; queste ultime, dunque, restano ammissibili e procedibili anche a seguito della proposizione della domanda di concordato e, altresì, dell'eventuale ammissione alla procedura.

---

presentazione «conseguano gli effetti protettivi» che in precedenza erano prodotti solo da una domanda «completa»: v. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il «Decreto sviluppo»: Legge Fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 426 ss. Il legislatore, dunque, accorda «una protezione dalle azioni esecutive e cautelari (c.d. *automatic stay*) per il mero fatto di avere manifestato l'intendimento di soddisfare i creditori attraverso un piano da precisare solo in un secondo momento»: così P. FARINA, *Il nuovo regime*, cit., p. 62 ss. Sul punto, v. CORDOPATRI, *Il processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 344 ss.; AIELLO, *Il concordato «con riserva»: evoluzione normativa e questioni interpretative*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2880 ss.; ROLFI, *La protezione anticipata nel concordato preventivo alla luce del «decreto sviluppo»*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, a cura di Fimmanò, Milano, 2012, p. 220 ss.; BOSTICCO, *Evoluzione del concordato dopo il decreto sviluppo*, in *Fall.*, 2014, p. 707 ss.; in giurisprudenza, v. Trib. Frosinone, 24 ottobre 2014, *ivi*, 2015, p. 835 ss.

<sup>159</sup> La *ratio* dell'art. 168 l. fall. è rivolta, «da un lato, alla tutela della *par condicio creditorum*, e dall'altro, alla cristallizzazione del patrimonio del debitore, onde consentire la verifica della fattibilità del piano»: così FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di Panzani, IV, Torino, 2014, p. 649; ID., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*<sup>2</sup>, Padova, 2016, p. 749 ss.; CASSANDRO, *Gli effetti per i creditori*, cit., p. 218; AMBROSINI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, IV, Torino, 2014, p. 306; FABIANI-CARMELLINO, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di Didone, II, Milano, 2016, p. 1784; CARAVELLA, *La tutela, anche conservativa, dei diritti e il concordato preventivo*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, cit., p. 238.

<sup>160</sup> Sul punto, si v. LO CASCIO, *Procedure esecutive e concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, p. 1218 ss.; ID., *Sulla procedibilità delle azioni esecutive individuali sui beni offerti dal terzo*, *ivi*, 1999, p. 409 ss.; ZIINO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e «divieto» di azioni esecutive*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 736 ss.; PLENTEDA, *Il blocco delle esecuzioni, delle prescrizioni e decadenze e dell'acquisto dei diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2004, p. 182 ss.; FINOCCHIARO, *Concordato preventivo, divieto di azioni esecutive individuali e tutela dall'aggiudicatario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 619 ss.; FABIANI, *Conseguenza fra pignoramento e concordato preventivo liquidatorio*, in *Foro it.*, 2001, I, p. 238 ss.; TERENGLI, *Pignoramento individuale e concordato preventivo*, in *Fall.*, 2001, p. 534 ss.; RAGO, *La decorrenza degli effetti ex art. 168 della presentazione del ricorso*, *ivi*, 1999, p. 1340 ss.; MACAGNO, *Conservazione degli effetti del pignoramento nella sequenza esecuzione forzata, concordato preventivo e fallimento: la risposta affermativa della S.C.*, *ivi*, 2016, p. 680 ss.; PENTA, *Il creditore «contestato»: una deroga al divieto di azioni esecutive*, *ivi*, 2015, p. 1330 ss.

<sup>161</sup> È stato il c.d. decreto sviluppo, d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012 n. 134, ad aver aggiunto le parole «e cautelari».

Proprio in quanto la norma si riferisce alle sole azioni esecutive e cautelari, si pone in un ambito del tutto estraneo a quello dell'arbitrato, che, al contrario, ha una funzione di tipo esclusivamente cognitivo. Di conseguenza, poiché non vi è alcuna limitazione per le azioni di cognizione che possono essere esperite anche a seguito del deposito e dell'eventuale ammissione della domanda di concordato, tale mancanza di restrizioni si riflette allo stesso modo sulle domande arbitrali proponibili che, sotto il profilo oggettivo, restano indifferenti alla procedura concordataria.

Su tali basi, sembra da escludere che dall'apertura della procedura di concordato preventivo o dalla relativa domanda concordataria possa derivare alcun limite oggettivo all'arbitrabilità dei diritti.

### **13. L'arbitrabilità nelle procedure concorsuali in un'ottica comparata: effetti dell'insolvenza sull'*objective arbitrability* nel sistema inglese.**

In chiusura di questo capitolo, merita sottolineare come l'analisi sui limiti dell'arbitrabilità nelle procedure concorsuali non manchi anche all'interno di ordinamenti lontani dalla tradizione giuridica di diritto interno; in questa sede si vuole dar conto della prospettiva adottata dal diritto inglese.

In effetti, anche nel sistema inglese dall'apertura di una procedura concorsuale derivano conseguenze sull'arbitrabilità<sup>162</sup>. Viene in rilievo, in particolare, la nozione di *objective*

---

<sup>162</sup> Analogamente a quanto accade nell'ordinamento interno, anche nel sistema inglese sono presenti una serie di procedimenti concorsuali, caratterizzati da una «procedimentalità» più o meno marcata. Veri e propri procedimenti sono ritenuti la *Bankruptcy*, la *Liquidation* (o *Winding-up*), l'*Administration* e l'*Administrative receivership*. Altri rimedi alla crisi, invece, sono caratterizzati da un'ottica più marcatamente contrattualistica; possono citarsi l'*Individual voluntary arrangement* e il *Company voluntary arrangement*, oltre ad accordi di carattere informale. Merita sottolineare che, nell'ordinamento inglese, i procedimenti di insolvenza sono attualmente disciplinati in modo prevalente all'interno dell'*Insolvency Act* del 1986. Una fondamentale classificazione distingue tra insolvenza personale (*Personal insolvency* o *Insolvency of individuals*) e delle società (*Corporate insolvency*). La prima si riferisce ai singoli individui, a differenza della seconda che invece si applica alle società e alle altre persone legali. V., sul punto, I. F. FLETCHER, *The law of insolvency*<sup>4</sup>, London, 2012, p. 6 ss. e 12 ss. In particolare, il debitore individuale non in grado di pagare i propri debiti (*unable to pay his current debts*) può essere soggetto a tre procedure principali, *Bankruptcy*, *Debt Relief Orders*, *Individual Voluntary Arrangements*, e, inoltre, ad altre procedure previste al di fuori dell'*Insolvency Act*, quali i *Deeds of Arrangements* e i *County Administration Orders*. Le società di capitali sono sottoposte a *Liquidation* (o *Corporate winding-up*), *Company Voluntary*

*arbitrability*, sulla base della quale si possono individuare le controversie che, *ratione materiae*, restano arbitrabili a seguito dell'apertura di un procedimento concorsuale.

In via generale, la nozione di arbitrabilità oggettiva viene considerata nell'ordinamento inglese in una duplice ottica. Il concetto si riferisce, infatti, alle controversie individuate dall'*arbitration agreement*, quelle cioè che le parti hanno deciso di devolvere ad arbitri<sup>163</sup>. Tale nozione, tuttavia, ha un significato ulteriore e per certi versi sovraordinato, in quanto individua, a monte, l'area delle controversie di cui è consentita la devoluzione ad arbitri; in questa accezione, dunque, l'arbitrabilità individua i contorni stessi delle materie che possono costituire oggetto dell'*agreement*<sup>164</sup>.

Merita sottolineare che l'arbitrabilità, nell'ordinamento inglese ha subito una progressiva estensione<sup>165</sup>. Oggi si ritiene sussistente una vera e propria *universal arbitrability* ed una *presumption of arbitrability* fino a prova contraria<sup>166</sup>; l'arbitrabilità, dunque, costituisce il principio generale, mentre eventuali restrizioni rappresentano l'eccezione<sup>167</sup>. Di conseguenza,

---

*Arrangement, Administration e Administration receivership*. Le *partnerships*, in base a quanto previsto dall'*Insolvent Partnership Order* del 1994, sono sottoposte a *Voluntary Arrangements, Administration e Winding-up* come società non registrate, oppure a *Joint Bankruptcy petition* dei singoli membri. V. sul punto S. S. MILLER - E. BAILEY, *Personal Insolvency, law and practice*<sup>4</sup>, London, 2008, p. 6. Sul punto, per un'analisi dell'arbitrabilità in un'ottica comparata, di recente, v. CORAPI-BENINCASA, *Considerazioni comparatistiche sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 249 ss.

<sup>163</sup> In questa accezione, il concetto di arbitrabilità si riferisce a «specific classes of disputes [...] because they are outside the scope of the arbitration agreement»: v., in un'ottica comparatistica, L. SHORE, *The United States' Perspective on "Arbitrability"*, in *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, cit., p. 69. V. anche B. HANOTIAU, *The law applicable to the issue of arbitrability*, in *I.B.L.J.*, 1998, p. 756.

<sup>164</sup> In questo senso, l'arbitrabilità oggettiva viene definita «the fundamental expression of freedom to arbitrate»: K. A. YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, in L.A. Mistelis-S. L. Brekoulakis, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 48. La *inarbitrability*, infatti, si riferisce alle «restrictions imposed on the parties' freedom to submit certain types of disputes to arbitration», normalmente previste dalle «national laws»: L. A. MISTELIS, *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, ivi, pp. 3-4. L'arbitrabilità, dunque, è al di sopra delle parti, ed è sottratta alla loro disponibilità: esse non possono decidere di rendere arbitrabile una materia che, per legge, non lo è.

<sup>165</sup> Infatti, «[t]he modern history of arbitration has been one of expansion of the parties' freedom to arbitrate»: K. A. YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, cit., p. 48.

<sup>166</sup> In tal senso, «the trend in favour of arbitrability has recently taken a new dimension, with the inception of what can be termed "universal arbitrability"»: K. A. YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, cit., p. 44, il quale sottolinea come, sul piano nazionale, la *universal arbitrability* può essere implementata in due modi differenti: tramite una presunzione di arbitrabilità, oppure sulla base di una definizione di controversia arbitrabile ampia.

<sup>167</sup> L. A. MISTELIS, *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, cit., p. 3. Peraltro, «[i]n doubt, arbitrability prevails over inarbitrability»: K. A. YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, cit., p. 55. Anche nell'ordinamento interno c'è una progressiva espansione dell'area della compromettibilità e «una crescente tendenza [...] a trasformare il divieto di arbitrato in arbitrabilità caratterizzata da tecniche del

nell'area delle controversie arbitrabili rientrano, sostanzialmente, tutte le controversie attinenti al diritto privato<sup>168</sup>; ne restano escluse, di fatto, soltanto quelle materie che presentano un indiscusso rilievo pubblicistico<sup>169</sup>.

In questo senso, limitazione fondamentale all'*objective arbitrability* è quella fondata sulla *public policy*<sup>170</sup>. Le giustificazioni individuate per tale ordine di restrizioni sono molteplici. Innanzitutto, si ritiene che devolvere ad arbitri controversie attinenti alla *public policy* contrasterebbe con il carattere privatistico dell'istituto<sup>171</sup>; gli stessi arbitri, in quanto portatori di interessi privati, non sarebbero idonei a tutelare le ragioni connesse alla *public policy*<sup>172</sup>. Inoltre,

---

processo arbitrale idonee ad assicurare determinate garanzie»: ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 91. Inoltre, si ritiene che oggi l'arbitrabilità sia la regola e che, dunque, la sottrazione di determinate materie dalla possibilità di essere devolute alla materia arbitrale deve essere esplicita e non può essere oggetto di interpretazione analogica: RUFFINI, sub art. 806, in *Codice di procedura civile*, diretto da Consolo, 2013, Milanofiori Assago, p. 1470.

<sup>168</sup> Sul punto, v. R. MERKIN, *Arbitration law*, London, 2004, p. 81.

<sup>169</sup> In via generale, risultano arbitrabili nell'ordinamento inglese tutte le controversie di carattere privatistico, «rights of a purely private nature»; non invece le controversie che presentino «elements of public interest» o coinvolgano la «public law»: K. A. YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, cit., p. 48. Così, sono arbitrabili controversie in materia di *tort law*, mentre è esclusa, in quanto «the enforcement of the criminal law is a public rather than a private matter», la *criminal law*; allo stesso modo, sono esclusi dall'arbitrabilità i diritti inalienabili: v. R. MERKIN, *op. cit.*, p. 81; cfr., L. A. MISTELIS, *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, cit., p. 3.

<sup>170</sup> In tal senso, «[i]t is generally acknowledged that national legislators are free to define the arbitrability of a dispute in accordance with their own public policy considerations»: J. SUTCLIFFE-J. ROGERS, *Effect of party insolvency on arbitration proceedings: pause for thought in testing times*, in *Arbitration*, 2010, 76, II, p. 279. In particolare, si distingue tra *domestic* e *international public policy*: la prima si compone di quei principi «which a country sets into its domestic laws and would not permit parties to a contract to alter or change by contract»; nella seconda, invece, rientrano «those principles of the country's domestic public policy that it will insist on applying in an international relationship or relationship involving different nationalities»: A. I. OKEKEIFERE, *Public policy and arbitrability under the UNCITRAL Model Law*, in *Int. A.L.R.*, 1999, pp. 71-72. Secondo un orientamento la *public policy* verrebbe in rilievo come limitazione anche processuale. Si afferma infatti che «party autonomy and arbitrators' broad power is limited by the mandatory *lex arbitri* provisions that contain fundamental procedural guarantees»: F. BLAVI, *The role of public policy in international commercial arbitration*, in *Arbitration* 2016, p. 8. Quello di ordine pubblico processuale, tuttavia, non costituisce una nozione da tutti condivisa; infatti, come rileva l'autore, «an autonomous body of procedural standards, extending beyond the right to be heard, is neither necessary nor constructive». Sulla nozione di *public policy* in relazione all'arbitrato, v. anche R. KALEY, *The impact of public policy in international commercial arbitration*, in *Arbitration*, 1999, p. 326; A. REDFERN-M. HUNTER, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, London, 2004, p. 164; A. UZELAC, *(In)Arbitrability and Exclusive Jurisdiction*, in S. Kröll-L. A. Mistelis-P. Perales Viscasillas-V. Rogers, *International arbitration and international commercial law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 462.

<sup>171</sup> In tal senso, devolvere controversie attinenti la *public policy* al giudizio di un arbitro contrasterebbe con «the privity inherent in the source of his jurisdiction»; «On a technical level, the problematique de base of the arbitrability of rights involving public interest relates to the nature of the arbitrator's mandate as a limited delegation of power»: K. A. YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, cit., p. 49.

<sup>172</sup> Tale argomento sarebbe fondato sulla paura di una «sotto-applicazione» del diritto pubblico: v. K. A. YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, cit., p. 49, per il quale «[t]he fear that private arbitrators would

vengono richiamate le caratteristiche procedurali dell'arbitrato, in ipotesi meno garantiste rispetto al giudizio ordinario<sup>173</sup>. Infine, sarebbe problematica la stessa individuazione delle regole di *public policy* di cui dovrebbe farsi applicazione in un giudizio arbitrale che presenti una dimensione transnazionale<sup>174</sup>.

D'altra parte, quella concernente l'individuazione della legge applicabile è una tematica che investe, più in generale, la stessa arbitrabilità; ci si chiede, infatti, da quale legge nazionale sia disciplinata in presenza di un arbitrato che coinvolga diversi ordinamenti<sup>175</sup>.

---

under-enforce public laws has very widely served as the reason to consider certain matters non-arbitrable». La *ratio* sarebbe, dunque, quella «to reserve the decision of disputes regarding particularly important interests and policies to courts of law, which are deemed to be more accurate than arbitral tribunals in the consideration and application of the relevant rules»: G. CORDERO MOSS, *Arbitration and private international law*, in *Int. A.L.R.*, 2008, 11, IV, p. 155. Analogamente, v. S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, in *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, cit., p. 26-27, per il quale viene messa in discussione «[t]he ability of the arbitrators to correctly apply public policy rules»; tale argomento si fonda sulla considerazione degli arbitri quali «private judges», «by nature in alliance with the interests of private corporations», e «not necessarily suitable to reveal the real meaning of public policy statutory provisions, which can properly be applied by national judges only». Tuttavia, tale argomento non sarebbe per l'autore corretto, in quanto «the proper application of public policy rules does not depend on the whims of the person applying the provision». Non si tratta infatti di una vision unanime; in una prospettiva comparata, v. anche L. LEVY, *Insolvency in arbitration*, in *Int. A.L.R.*, 2005, p. 28: «Matters involving public policy are arbitrable».

<sup>173</sup> In tal senso, verrebbero in rilievo le «[s]pecific characteristics of arbitration proceedings», menzionandosi, in particolare, le modalità di ricostruzione del fatto, diverse da quelle del giudizio ordinario («the fact-finding process in arbitration usually is not equivalent to judicial fact-finding»); la scarsa motivazione del lodo («the limited or lack of reasoning of the awards»); la mancanza di mezzi di controllo del lodo («the fact that there is usually no appeal process in arbitration combined with the limited review of arbitral awards by national courts»); la natura confidenziale del giudizio arbitrale («the fact that arbitration proceedings are usually private and confidential»): S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., pp. 22-24.

<sup>174</sup> Tale argomento si fonda sul timore che l'arbitrato sia utilizzato dalle parti proprio al fine di evitare l'applicazione delle regole di *public policy* di uno Stato altrimenti obbligatorie; infatti, «it is feared that choice-of-forum clauses operating in tandem with choice-of-law clauses can be used as a vehicle for the parties to escape the public policy of a specific state»: v. S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., pp. 29-30, il quale rileva come dipenda dagli stessi arbitri la decisione sull'applicazione delle regole di *public policy* («it is within the duties of the arbitrator to balance all the relevant factual circumstances of a dispute and decide whether to apply, or at least take into account, the public policy or mandatory rules of a country other than the one whose rules the parties have agreed on»).

<sup>175</sup> Su tale problematica, v. L. A. MISTELIS, *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, cit., pp. 12-13. Sulla base di un primo orientamento, l'arbitrabilità dovrebbe essere disciplinata dalla stessa legge dell'*arbitration agreement*; in tal senso, anche richiamando il principio di *separability* (per il quale l'*arbitration agreement* può essere separato dal contratto in cui è contenuto, e soggetto ad una diversa legge), sarebbe la legge dell'accordo arbitrale a determinare l'arbitrabilità, oltre alla validità dell'accordo e alla capacità delle parti: G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*<sup>2</sup>, I, The Hague, 2014, pp. 477 e 489. Secondo un'altra prospettiva, l'arbitrabilità di una controversia dovrebbe essere valutata alla luce della *lex loci arbitri*: «tribunals determine the arbitrability of a dispute on the basis of the provisions of the place of arbitration [...]: the justification seems to be that in respect of the *lex loci arbitri* the applicable rules and standards are easy to identify». L'autore mette in rilievo come, sulla base di un'opzione

Tali problematiche hanno fatto emergere una nozione di *International arbitrability*<sup>176</sup>, che si fonda sul principio di base dell'arbitrabilità delle controversie salvo disposizione contraria, e che individua una valida eccezione soltanto nelle regole di *public policy* condivise a livello internazionale; in questa prospettiva, la *public policy* viene intesa in senso restrittivo<sup>177</sup>.

In particolare, è proprio nell'ottica dell'arbitrabilità che viene inquadrato il tema dei rapporti tra arbitrato ed insolvenza.

---

interpretativa, deve essere tenuta in considerazione anche la legge dello Stato in cui il lodo deve essere eseguito, «on the basis that enforcement of an award can be resisted if the dispute is not arbitrable according to the law of the state of enforcement». In tal senso, verrebbe in rilievo anche la sussistenza, in capo agli arbitri, del *moral duty* di emettere un lodo eseguibile, che imporrebbe loro di tenere in considerazione la legge del luogo di esecuzione; si tratta però di un tema discusso: «the duty of an arbitrator would not exceed a warning to the parties that they might face problems of enforcement in a specific State»: B. HANOTIAU, *The law applicable to the issue of arbitrability*, p. 768. Sul punto, v. G. CORDERO MOSS, *op cit.*, p. 155; M. BETANCOURT, *Rethinking public policy and alternative dispute resolution: negotiability, mediability and arbitrability*, in *Arbitration*, 2012, p. 20 ss. Cfr. L. LEVY, *op. cit.*, p. 28: «The arbitrator does not have to take into account the public policy of the country where the award is likely to be enforced: a refusal of enforcement is a risk which the parties have accepted». Ancora, sulla base di una diversa teoria, in quanto gli arbitri non sono organi di uno Stato, dovrebbero tenere in considerazione soltanto le regole di *public policy* internazionale. Sul punto, v. anche S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 44.

<sup>176</sup> In tal senso, si ritiene che nella pratica internazionale non possa mettersi in dubbio la vigenza di una «notion of “international arbitrability” [...] defined solely by reference to international public policy»: K. A. YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, cit., p. 66; su tali basi le parti possono decidere di devolvere ad arbitri controversie che non sarebbero altrimenti arbitrabili a livello nazionale (si tratta di un «well-established principle of the law of international arbitration», «an “autonomous substantive rule of public policy,” or a general principle of arbitration law», che, secondo l'autore, «exists is beyond doubt»).

<sup>177</sup> Nel corso del tempo, infatti, si è consentita l'arbitrabilità di materie rientranti nel concetto di *public policy*: v. K. A. YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, cit., p. 50, per il quale «[t]he marginalisation of public policy, the growing trust in international arbitration and assimilation of arbitrators to judges have allowed the domain of arbitration to extend to areas of economic activity involving significant public interest»; di conseguenza, «[d]ifferent areas of law were opened, one-by-one, to arbitrability». Secondo taluno, dunque, le stesse limitazioni all'arbitrabilità dovrebbero essere riguardate nell'ottica di limitazioni concernenti uno strumento consensuale di risoluzione delle controversie piuttosto che in termini di *public policy*: S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 31. Come mette in rilievo l'autore, in un'ottica di *favor* all'arbitrato, è lo stesso concetto di inarbitrabilità ad uscire fortemente svalutato; secondo alcuni, infatti, tali limitazioni non sarebbero che il retaggio di un persistente pregiudizio verso lo strumento arbitrale, piuttosto che esprimere ragioni giuridicamente fondate. Anche nell'ordinamento interno si tende a valutare in senso restrittivo la nozione di ordine pubblico; in particolare, sotto tale profilo, l'indisponibilità viene fatta concludere nel concetto di «ordine pubblico di direzione»: E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 92. Nello stesso senso, si individua un concetto «autonomo di indisponibilità-incompromettibilità, espressione di un “ordine pubblico” arbitrale», di contenuto più ristretto a quello che ostacola altre forme di composizione negoziale delle controversie»: G. RUFFINI, sub *art. 806*, cit., p. 181, concludendo per l'arbitrabilità di tutte le situazioni sostanziali in cui è riconosciuto rilievo all'autonomia privata.

**14. (segue): limitazioni all'arbitrabilità *ratione materiae* e conseguenze della inarbitrabilità.**

L'*objective arbitrability* ha una significativa rilevanza se analizzata in relazione all'insolvenza.

Nell'ordinamento inglese, infatti – in termini non molto distanti da quanto avviene sul piano interno, sebbene nei termini oggetto della parziale rivisitazione di cui si è dato conto – l'insolvenza determina un restringimento delle controversie che le parti possono devolvere ad arbitri.

La prima fondamentale distinzione che deve essere effettuata è quella tra procedimento di insolvenza e controversie ad esso connesse.

Quanto al procedimento di insolvenza, l'arbitrabilità viene esclusa<sup>178</sup>. La ragione di tale *inarbitrability* è stata tradizionalmente fondata su ragioni di carattere sostanziale, ossia proprio sul legame della materia concorsuale alla *public policy*; quello fallimentare, infatti, costituisce un settore in cui il controllo statale è particolarmente stringente, e il cui giudizio viene riservato in esclusiva alla competenza delle corti statuali<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> Il fatto che «bankruptcy proceedings [...] are not arbitrable is almost undisputed in the literature»: C. LIEBSCHER, C. LIEBSCHER, *Insolvency and arbitrability*, in L.A. Mistelis-S. L. Brekoulakis, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 165. Esclude che gli arbitri siano chiamati «to rule upon issues directly concerning the insolvency proceedings» anche F. MANTILLA-SERRANO, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, in *Arb. Int'l*, 1995, p. 69. In un'ottica comparata, v. anche L. LEVY, *op. cit.*, p. 28: «arbitrators will not have jurisdiction [...] to initiate the insolvency proceedings». Riguardo all'ordinamento inglese, «there seems to be no rule on arbitrability in the arbitration legislation»: V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, The Hague, 1998, p. 138; come si vedrà, nonostante la mancanza di una norma espressa, a tale esclusione si perviene sulla base delle disposizioni contenute nell'*Insolvency Act*. Nemmeno all'interno delle convenzioni internazionali si ritrova una norma apposita. Così, una disciplina manca nella New York Convention (su cui v. S. M. KRÖLL, *Arbitration and Insolvency Proceedings – selected problems*, in L. A. Mistelis – J. D. M. Lew, *Pervasive Problems in International Arbitration*, The Hague, 2006, p. 363: «Neither the New York Convention nor any other international instruments contains any substantive rules on objective arbitrability») come nell'Uncitral Model Law (su cui v. G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 959: «The UNCITRAL Model Law does not contain provisions prescribing any particular category of disputes as nonarbitrable»).

<sup>179</sup> Si tratta, infatti, di una materia «often considered to be part of the national or even international public policy of a particular state»: J. DOUG, *Insolvency and arbitration: an arbitral tribunal's perspective*, in *Arbitration*, 2012, 78, II, p. 123. Tali controversie, infatti, coinvolgono direttamente «the fundamentals of our commercial system»: S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 34; di conseguenza, vengono tendenzialmente attribuite all'esclusiva competenza del «regular court system»: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 164.

Tale prospettiva non è comunque pacifica; non mancano, infatti, orientamenti contrari a ritenere che le ragioni di *public policy* siano idonee ad impedire l'arbitrabilità dei procedimenti di insolvenza<sup>180</sup>. Nonostante ciò, non si perviene a consentire di devolvere il procedimento concorsuale al giudizio degli arbitri.

La *in arbitrability* dell'insolvenza in sé considerata, infatti, si fonda anche su ragioni di carattere procedimentale<sup>181</sup>. In particolare, la non arbitrabilità sarebbe da collegare all'impossibilità di pervenire ad una soddisfazione concorsuale dei creditori sulla base di un giudizio di tipo arbitrale o, comunque, all'inefficienza connessa al coinvolgimento di una pluralità di soggetti<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Secondo tale prospettiva, infatti, i riflessi dell'insolvenza non dovrebbero essere riguardati sotto il profilo dell'arbitrabilità: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 169. La inarbitrabilità verrebbe a fondarsi, piuttosto, su ragioni di carattere procedimentale: la questione sarà approfondita nel prosieguo, v., in part., la nota 103.

<sup>181</sup> Ciò vale non solo per il procedimento ma anche per specifici aspetti legati all'insolvenza, e, in particolare, «the nomination of the trustee, the commencement of insolvency proceedings, the reorganisation of the business, orders opening and closing the bankruptcy proceedings, and other measures of conduct and surveillance, as well as appropriate criminal offences»: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 166.

<sup>182</sup> In questo senso, verrebbero in rilievo ragioni di carattere procedimentale piuttosto che di *public policy* alla base della non arbitrabilità della materia fallimentare; le ragioni della non arbitrabilità sarebbero da riscontrare, in particolare, nel coinvolgimento di una pluralità di parti nelle controversie connesse all'insolvenza. Da un lato, «[a]rbitration has a natural limitation to accommodate disputes that involve several parties»; infatti, trattandosi di uno strumento consensuale, non potrebbe esplicare effetti «beyond its contractual boundaries». Dall'altra, solo la presenza di un unico procedimento a cui tutti i creditori partecipino contestualmente potrebbe garantire l'effettivo perseguimento dello stesso scopo della procedura, «the purpose of the insolvency legislation», «namely, the allocation of the limited funds to the several creditors in accordance with the security that each of the creditors had originally obtained»: in questo senso, v. S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 32 ss. In tal senso, il problema viene ravvisato nella circostanza che, mentre davanti ai giudici statali l'insolvenza viene trattata come un unico procedimento che coinvolge una pluralità di creditori, la cui partecipazione viene imposta, la scomposizione del procedimento di insolvenza in una pluralità di controversie attribuite ad altrettanti collegi arbitrali – come sarebbe inevitabile a fronte della facoltà di avvalersi dell'arbitrato – determinerebbe inevitabilmente esiti contrastanti. In tal senso, «an insolvency dispute would most likely involve several claims», le quali, se «allowed to be submitted to different bilateral proceedings (some before arbitral tribunals and some others before national courts), the outcomes of the several bilateral proceedings would most likely be incompatible, if not conflicting»; «[b]y contrast, the jurisdiction of national courts does not depend on the agreement of the parties; national courts have default jurisdiction over them». Viene sottolineata, inoltre, l'inconciliabilità derivante dalla diversa struttura che caratterizza l'arbitrato e i procedimenti di insolvenza: questi ultimi sono «proceedings for the collection and distribution of the assets of a debtor in financial difficulties for the benefit of all creditors involved or proceedings providing for reorganization and rehabilitation of the debtor's business in such situation»; l'arbitrato, invece, è un «method of resolving disputes between – normally only two – parties solely based on those parties' autonomy and privity». Di conseguenza, la non arbitrabilità del procedimento di insolvenza dipende da una ragione, innanzitutto, pratica: «for practical reasons, pure insolvency procedures, i.e., the insolvency procedure itself, will not be subject to arbitration due to the great number of involved persons and the contractual basis of arbitration»: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, pp. 164 e 178.

Diverse considerazioni possono invece riguardare le controversie attinenti ad un procedimento di insolvenza. Di queste ultime l'arbitrabilità non è esclusa in ogni caso: non è infatti sufficiente un qualsiasi profilo di connessione alla procedura concorsuale per determinare un tale effetto<sup>183</sup>. In particolare, viene utilizzata la nozione di *core insolvency issues* per identificare l'area delle controversie che, in quanto più strettamente legate all'insolvenza, sono sottratte ad un possibile deferimento ad arbitri<sup>184</sup>.

Tale esclusione si può fondare su ragioni di connessione di carattere sostanziale o procedurale.

Sotto il primo punto di vista, si tratta delle controversie che nascono dall'insolvenza e che sono destinate ad incidere sulla massa concorsuale<sup>185</sup>. Nell'ottica pragmatica dell'ordinamento inglese, vengono valutati i riflessi che la risoluzione arbitrale della controversia determinerebbe sul trattamento degli altri creditori, fondato sulla *pari passu rule*; l'arbitrabilità viene di conseguenza esclusa laddove il pagamento concorsuale possa risultare alterato dall'esito del giudizio<sup>186</sup>. Allo stesso modo, vi rientrano le controversie che derivano dall'insolvenza proprio in quanto volte alla distribuzione del ricavato concorsuale; in tal senso, vengono escluse le cause relative alla verifica dei crediti e all'individuazione del grado di pagamento nella ripartizione finale.

---

<sup>183</sup> In tal senso, «[t]he real problem» è proprio quello di individuare «the exact list or actual scope of 'core' issues, which would serve as a line of jurisdictional delimitation, and accordingly, would serve as a factor of determination as to the scope of non-arbitrable matters»: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 166.

<sup>184</sup> In particolare, «under the prevailing view, non-arbitrable issues are those that are 'core' bankruptcy issues»: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 166; in tal senso, *core issues* sono «issues directly concerning the insolvency proceedings»: F. MANTILLA-SERRANO, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, cit., p. 69. «“Core” insolvency matters are not arbitrable»: J. DOUG, *op. cit.*, p. 126; diversamente, «“[m]ixed” insolvency matters may or may not be arbitrable». V. anche V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., pp. 154-155.

<sup>185</sup> In tal senso, si fa rientrare nell'area della non arbitrabilità «the actual distribution of assets», come anche «the collective execution or reorganisation of the debtor»: J. DOUG, *op. cit.*, p. 126; «claims of ordinary, non-secured creditors against the debtor for payment from the estate, which have to be filed for verification or estimation in the bankruptcy proceedings»: V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., p. 43, nonché pp. 154-155, ove si afferma che «typical insolvency law issues are, for example, the verification, inventarization, collection and distribution of assets and reorganization of the business».

<sup>186</sup> Dunque, le controversie che non interferiscono con il procedimento collettivo restano arbitrabili; v. S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., pp. 32-33, per il quale «insolvency disputes involving the debtor, but not affecting the collective insolvency proceedings, are in general considered arbitrable».

Sotto il secondo punto di vista, un altro ordine di esclusioni si fonda su ragioni di carattere procedimentale. Su tali basi, vengono escluse dall'arbitrabilità tutte quelle controversie che costituiscono un'appendice del procedimento di insolvenza, in quanto si tratta di attività procedurali che restano nell'ambito del procedimento principale e che hanno rispetto ad esso un carattere strumentale, come le decisioni di apertura e chiusura o la nomina del *trustee*<sup>187</sup>.

Quanto agli effetti dell'*objective inarbitrability*, invece, essi divergono a seconda dell'inquadramento giuridico che si ritenga di attribuire alla nozione stessa di arbitrabilità.

Secondo una prima interpretazione, infatti, essa costituirebbe un elemento di natura contrattuale e, in particolare, una condizione di validità dell'accordo arbitrale; di conseguenza, la sua mancanza determinerebbe l'invalidità dell'*agreement*<sup>188</sup> e la non esecutività del lodo<sup>189</sup>.

Sulla base di una diversa impostazione, invece, l'arbitrabilità dovrebbe essere valutata un *jurisdictional requirement*, coinvolgendo valutazioni di tipo giurisdizionale<sup>190</sup>; in questa prospettiva verrebbe in rilievo la carenza della competenza arbitrale.

---

<sup>187</sup> In tale accezione rientrano «administrative matters pertaining to the insolvency proceedings themselves, such as the orders opening or closing insolvency proceedings, the appointment of the trustee»: J. DOUG, *op. cit.*, p. 126; e, allo stesso modo, «other measures of conduct and surveillance»: V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., pp. 154-155, nonché 43 ove si sottolinea come in generale, «those employing a special procedure provided by national insolvency law [...] are generally not to be decided by an arbitrator».

<sup>188</sup> In particolare, «the prevailing view is that inarbitrability of the subject matter of an arbitration agreement renders the arbitration agreement invalid»: S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 19; B. HANOTIAU, *What law governs the issue of arbitrability?*, in *Arb. Int'l*, 1996, 12, IV, p. 391. Cfr. J. DOUG, *op. cit.*, p. 123: «Arbitrability is a condition of validity of the arbitration agreement».

<sup>189</sup> L. A. MISTELIS, *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, cit., p. 4; cfr. V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., p. 42: «If an arbitral award is rendered on the subject-matter considered to be non-arbitrable, the award may be set aside or may be refused enforcement». Nello stesso senso, F. BLAVI, *The role of public policy in international commercial arbitration*, cit., p. 4 ss.: «according to the most renowned international treaties, a domestic court may refuse to enforce an award [...] if the award is in conflict with the public policy of the law of the state of the reviewing court».

<sup>190</sup> In questo senso, S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 36, per il quale l'arbitrabilità configura «a specific condition pertaining to the jurisdictional aspect of arbitration agreements», «precedent for the tribunal to assume jurisdiction over a particular dispute», «rather than a condition of validity of an arbitration agreement»; di conseguenza, le regole sull'arbitrabilità rappresentano regole di giurisdizione. Cfr. J. LEW, L. MISTELIS, S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, p. 187 ss.: «though arbitrability is often considered to be a requirement for the validity of the arbitration agreement it is primarily a question of jurisdiction». Sul punto, v. anche G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 948, per il quale «Issues of substantive validity are defined by generally-applicable contract law principles [...], while issues of nonarbitrability are defined by legislation directed specifically at application of the arbitration agreement to particular types of disputes».

A tale conclusione si perviene sulla base di un duplice percorso argomentativo. Da un lato, infatti, si ritiene che l'*arbitration agreement* diverga dai contratti ordinari, qualificandosi in un'ottica *sui generis*; gli stessi presupposti dell'arbitrato, dunque, lungi dal poter essere qualificati alla stregua di requisiti puramente negoziali, dovrebbero essere invece considerati in chiave processuale<sup>191</sup>. Dall'altro lato si afferma che, anche aderendo all'ottica negoziale, l'arbitrabilità non potrebbe collocarsi tra i requisiti di validità dell'*arbitration agreement*: questi ultimi dovrebbero coincidere con quelli previsti in via generale per le altre tipologie contrattuali, salvo negare per ciò stesso il presupposto dell'identica natura negoziale<sup>192</sup>.

Alla medesima conclusione si perviene anche sulla base di un altro argomento. L'eventuale non arbitrabilità di una controversia, infatti, non esclude per ciò stesso la possibilità di deferire ad arbitri eventuali diverse dispute sulla base del medesimo accordo arbitrale; ciò dimostrerebbe dunque che la *in arbitrability* di una controversia non determina di per sé anche l'invalidità dell'intero accordo<sup>193</sup>.

Il diverso inquadramento che si conferisce all'arbitrabilità ha un particolare rilievo in riferimento all'insolvenza. In tale contesto, infatti, la non arbitrabilità di una controversia non emerge *ab origine*, al momento di conclusione dell'accordo arbitrale, ma si verifica solo successivamente all'insorgere dell'insolvenza e in dipendenza della stessa. Se si pensa che la

---

<sup>191</sup> In tal senso, «as is generally accepted, arbitration agreements are *sui generis* contracts with both contractual and jurisdictional features»; in ragione di questi tratti giurisdizionali, che li distinguono dai contratti ordinari, essi producono «unique jurisdictional effects, namely they establish the jurisdiction of a particular arbitral tribunal, excluding the default jurisdiction of national courts»: S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 37.

<sup>192</sup> Dunque, proprio in quanto si considera l'*arbitration agreement* alla stregua di un ordinario contratto, non si potrebbero richiedere requisiti aggiuntivi ai fini della sua validità, se non contraddicendo lo stesso presupposto della sua qualificazione come contratto di diritto comune. V. S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 37: «as regards their validity requirements, arbitration agreements are on the same footing as any other substantive contract [...]. No additional requirements of validity may be provided for an arbitration agreement, or else the principle of the contractual nature of arbitration agreements would be violated».

<sup>193</sup> La *in arbitrability*, infatti, esclude la giurisdizione arbitrale soltanto sulla controversia ritenuta non arbitrabile, senza avere l'effetto di invalidare l'intero accordo. Sul punto, v. S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 38, il quale rileva come «as is accepted, different claims may arise out of the same dispute, some of which might be inarbitrable, whereas some others might perfectly be arbitrable»; «[t]he inarbitrability of this claim would not render the arbitration agreement *ab initio* null and void. The same tribunal might well have jurisdiction to determine another claim falling under the same arbitration agreement».

*in arbitrability* sia causa di nullità dell'*arbitration agreement*, dunque, si dovrebbe trattare di una nullità retroattiva, che determinerebbe, appunto *ex post* e soltanto a seguito del verificarsi dell'insolvenza, l'invalidità dell'accordo. Tale inquadramento, tuttavia, tende ad essere escluso<sup>194</sup>. Al contrario, si reputa che l'arbitrabilità derivante da ragioni di connessione rispetto all'insolvenza abbia l'effetto di sottrarre agli arbitri la cognizione della controversia attribuendola alla competenza esclusiva delle corti statali, eventualmente specializzate; tale conseguenza, dunque, si connoterebbe di un carattere esclusivamente processuale<sup>195</sup>.

Alla qualificazione dell'arbitrabilità e dei suoi effetti risulta connessa anche l'ulteriore problematica concernente il profilo del controllo, ossia a chi spetti la valutazione sulla concreta competenza degli arbitri a giudicare su una determinata controversia. Infatti, laddove sia ritenuta un requisito sostanziale del contratto, l'*arbitrability* sarebbe soggetta all'esame di giudici ed arbitri, che hanno una competenza concorrente sulla validità dell'*agreement*; anziché essere sottoposta al vaglio dei soli arbitri, come se, invece, la si consideri un elemento processuale<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> «The fact that a debtor becomes insolvent would not retrospectively render an arbitration agreement, signed by the debtor, null and void»: S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 38.

<sup>195</sup> D'altra parte, in tal modo si individua anche la ragione per la quale non sono tutte le dispute a diventare non arbitrabili, ma soltanto quelle che presentano una determinata connessione rispetto all'insolvenza. Sul punto, v. S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., p. 38: «[t]his is why specific insolvency disputes [...] may be submitted to arbitration even after the debtor becomes insolvent. The subject matter of the arbitration agreement as such cannot be held arbitrable or inarbitrable at the time of its conclusion. It is the specific dispute or claim that will be arbitrable (if it does not affect the collective insolvency proceedings) or not (if it does affect the insolvency proceedings)».

<sup>196</sup> In tal senso, dunque, la qualifica dell'arbitrabilità in termini contrattuali o giurisdizionali influisce sull'individuazione dei soggetti (giudici o arbitri) competenti a valutarne la sussistenza; v. S. L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, cit., pp. 38-40. Da un lato, le corti e gli arbitri hanno una competenza concorrente se l'arbitrabilità è considerata un requisito di validità dell'*arbitration agreement*, com'è «the prevailing view»: «[n]ational courts may have concurrent jurisdiction to review the foundations of the jurisdiction of the tribunal, namely the validity of the arbitration agreement», con la conseguenza che «courts and tribunals have concurrent power to review arbitrability at a pre-award stage». Dall'altro, invece, l'iniziale competenza delle corti statali dovrebbe essere esclusa laddove l'arbitrabilità si ritenga un elemento di carattere giurisdizionale: «if [...] arbitrability is a matter related to jurisdiction [...] it seems less reasonable for the courts to review arbitrability at a pre-award stage».

### CAPITOLO III

#### LA CAPACITÀ DEL DEBITORE CONCORSUALE DI ESSERE PARTE NEL GIUDIZIO

##### ARBITRALE.

SOMMARIO: 1. Capacità di compromettere e di essere parte nel giudizio arbitrale: la parziale disciplina della legge fallimentare. – 2. Legittimazione e capacità a fronte dell'apertura di una procedura concorsuale. – 3. L'ambito della perdita «relativa» di capacità processuale discendente dal fallimento tra prospettiva soggettiva ed oggettiva. – 4. Profili patologici e sanabilità degli atti processuali compiuti dal fallito. – 5. Eccezioni alla perdita di capacità processuale. – 6. L'inerzia del curatore ha davvero un effetto di «ripristino» della legittimazione del fallito? – 7. (segue): una rilettura dell'inerzia del curatore come decisione autorizzata dai creditori. – 8. (segue): e della scelta creditoria di agire in via extrafallimentare. – 9. La perdita della capacità come effetto del fallimento. – 10. (segue): e il suo riacquisto. – 11. (segue): le novità introdotte sul fronte della *prorogatio* processuale del curatore. – 12. Le particolarità della chiusura di fallimento per concordato fallimentare. – 13. Le conseguenze della perdita di capacità del fallito: il ruolo processuale del curatore come terzo e come successore. – 14. (segue): la tesi del curatore come rappresentante. – 15. (segue): la legittimazione straordinaria del curatore. – 16. Le condizioni al potere di agire in giudizio del curatore. – 17. (segue): e le forme di sanatoria. – 18. La legittimazione del debitore concordatario. – 19. Le particolarità del concordato con cessione dei beni. – 20. (segue): il ruolo processuale del liquidatore. – 21. Alcune conclusioni sulla parte legittimata a stare nell'arbitrato nell'ambito del fallimento e del concordato preventivo. – 22. Uno sguardo comparato: i riflessi dell'insolvenza sulla capacità del debitore nel diritto inglese. – 23. (segue): la legittimazione al procedimento arbitrale.

## **1. Capacità di compromettere e di essere parte nel giudizio arbitrale: la parziale disciplina della legge fallimentare.**

Il tema del presente capitolo, a cui, in uno sforzo di semplificazione, ci si è riferiti come alla capacità di essere parte nel giudizio arbitrale, è in realtà ben più complesso, comprendendo una serie di problematiche eterogenee.

Nell'ambito dell'arbitrato, infatti, si deve distinguere tra capacità e legittimazione a compromettere da un lato, e capacità ad essere parte e legittimazione al giudizio arbitrale dall'altro.

Il tema della capacità viene tradizionalmente affrontato, riguardo ai rapporti tra arbitrato e insolvenza, rispetto al primo profilo e, dunque, rispetto all'accordo compromissorio.

In tal senso, in via generale, si mette in rilievo come la capacità a compromettere riguardi l'astratta capacità di stipulare il patto arbitrale<sup>197</sup>, mentre la legittimazione attenga all'affermazione della titolarità del rapporto giuridico controverso oggetto della convenzione<sup>198</sup>.

Tali profili nell'ambito delle procedure concorsuali trovano una disciplina espressa, per quanto parziale.

---

<sup>197</sup> La capacità a compromettere concerne la «astratta idoneità del soggetto di concludere patti compromissori», ricollegandosi ai «concetti tipicamente sostanziali della capacità giuridica e della capacità di agire»: ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1127. Come precisa ID., sub *art. 807 c.p.c.*, in *Arbitrato*<sup>3</sup>, diretto da Carpi, Bologna, 2016, p. 133 ss., si deve ulteriormente distinguere tra capacità di essere parte di una convenzione arbitrale, che coincide con la capacità giuridica, e la capacità di stipulare la medesima. In tal senso, prima della riforma del 2006 si distingueva tra il compromesso, che era ritenuto un atto di straordinaria amministrazione, e la clausola compromissoria, che invece era sottoposta al regime del contratto a cui accedeva. A seguito della riforma, se permane il riferimento precedente rispetto alla clausola compromissoria, non vi è invece più alcuna disciplina per la capacità di compromettere rispetto al compromesso né alla convenzione arbitrale extracontrattuale, precisandosi che a tal fine «occorre valutare se il soggetto abbia la capacità in relazione al rapporto giuridico devoluto ad arbitri».

<sup>198</sup> Sul punto, v. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 793; ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 807 c.p.c.*, cit., p. 133 ss.

In particolare, a seguito dell'apertura del fallimento, la capacità di stipulare compromessi spetta *ex lege* al curatore, al quale è attribuita dall'art. 35 l. fall., con l'autorizzazione del comitato dei creditori<sup>199</sup>.

Seppur nulla si dica al proposito, principi analoghi devono applicarsi rispetto alla stipulazione di una clausola compromissoria; potendosi semmai discutere se per quest'ultima sia sempre necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori, alla stregua di quanto previsto per il compromesso – e collocandola, dunque, tra gli atti di straordinaria amministrazione – oppure se una tale autorizzazione sia necessaria soltanto laddove sia richiesta per il contratto a cui accede<sup>200</sup>. Per quanto rileva in questa sede, tuttavia, si può affermare che il fallito è privato della capacità di stipulare una convenzione arbitrale concernente rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, e che il relativo potere – con o senza onere di previa autorizzazione – spetti al curatore. Infatti, come si è già anticipato e nei termini di cui si darà conto oltre<sup>201</sup>, a seguito dell'apertura del fallimento si verifica il fenomeno dello spossessamento, che priva il fallito del potere di gestione e di amministrazione dei beni<sup>202</sup>, e che comporta la preclusione di stipulare contratti in generale e, dunque, pure di vincolarsi con un patto arbitrale.

---

<sup>199</sup> L'art. 35, intitolato «Integrazione dei poteri del curatore», infatti, tra gli atti per i quali è richiesta la previa autorizzazione del comitato pone anche i compromessi: «Le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori». Tra l'altro, se tali atti sono di valore superiore a cinquantamila euro, e in ogni caso per le transazioni, il curatore deve informare previamente il giudice delegato.

<sup>200</sup> Sul punto, v. nota 197.

<sup>201</sup> V. cap. II, par. 3, nonché *infra* in questo capitolo.

<sup>202</sup> Su cui si tornerà *infra* in questo capitolo. Per una disamina delle varie tesi che si sono succedute sulla qualificazione dello spossessamento, v. BONSIGNORI, voce *Fallimento*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1990, p. 373 ss., ove si sottolinea che sono state superate, innanzitutto, «le teorie soggettive che qualificavano l'istituto in termini di incapacità o di morte civile del debitore», come pure quelle «oggettive che si richiamavano al sequestro, al diritto di pegno del creditore e al mutamento di proprietà»; successivamente, si è avanzata la prospettazione «secondo cui la proprietà dei beni resterebbe affidata a un ente patrimoniale provvisorio» nonché quella secondo cui «seppur restando al debitore la proprietà dei beni, al curatore sarebbe attribuita la sola facoltà di disposizione», costituendosi «un patrimonio separato»; ancora, «sono state avanzate le tesi del pignoramento generale, dello status di fallito, e dell'incapacità di agire limitata ai beni compresi nel fallimento». Sul punto, v. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, p. 265; CANDIAN, *Il processo di fallimento*, cit., 345-347; ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. giur.*, XVI, Milano, 1967, p. 382 ss.; PROVINCIALI, *Trattato*, cit., II, p. 783; DE FERRA, *Degli effetti del fallimento per il fallito*, in *Legge fall. comm.*, diretto da Bricola-Galgano-Santini, Bologna-Roma, 1986, p. 24; NICITA, *Effetti del fallimento per il fallito*, in *Trattato dir. proc. conc.*, diretto da Apice, I, Torino, 2010, p. 376 ss.; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p.

Nell'ambito del concordato preventivo, invece, la facoltà di contrattare, e dunque pure di stipulare compromessi, continua a spettare al debitore, necessitando, però, come in via generale per gli atti di straordinaria amministrazione, dell'autorizzazione scritta del giudice delegato a pena di inefficacia, ai sensi dell'art. 167 l.fall.<sup>203</sup>.

Anche in tal caso nessuna disciplina è prevista per la clausola compromissoria, con la conseguenza di doversi coordinare la normativa processuale con quella concordataria<sup>204</sup>. In tal senso, l'art. 808, comma 2, c.p.c., prevede che il potere di stipulare la clausola compromissoria coincida con quello di conclusione del contratto a cui si riferisce<sup>205</sup>; di conseguenza, la relativa capacità spetterà in ogni caso al debitore ma, laddove si tratti di un atto eccedente l'ordinaria amministrazione, sarà necessaria, analogamente a quanto previsto per il compromesso, l'autorizzazione scritta del giudice delegato<sup>206</sup>.

Si mette altresì in rilievo che, tuttavia, oggi si dovrebbe pervenire interpretativamente all'esclusione del compromesso tra gli atti di straordinaria amministrazione per i quali è richiesta l'autorizzazione<sup>207</sup>; in quest'ottica, a venire meno sarebbe dunque la stessa necessità di autorizzazione.

---

271; ROCCO DI TORREPADULA, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio-Fabiani, Bologna, 2010, p. 217; ZANICHELLI, *Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori*, in *Tratt. proc. conc.*, diretto da Jorio-Sassani, II, Milano, 2014, p. 36; CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, XI, p. 2 ss., Padova, 2009, p. 332; COSTA, *Gli effetti del fallimento sul fallito*, in *Il fallimento*, diretto da Ragusa Maggiore-Costa, II, Torino, 1997, p. 5; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 1953, p. 455.

<sup>203</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 806 c.p.c., in *Arbitrato*<sup>3</sup>, diretto da Carpi, Bologna, 2016, p. 108.

<sup>204</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 806 c.p.c., cit., p. 108.

<sup>205</sup> La norma prevede infatti che il potere di stipulare il contratto comprende quello di convenire la clausola compromissoria.

<sup>206</sup> Sul punto, v. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fall.*, 2013, p. 1062; BERTACCHINI, *Doveri, poteri e responsabilità del commissario giudiziale nel "nuovo" concordato preventivo*, in *Impresa*, 2005, p. 1198 ss; CANALE, *Orientamenti e disorientamenti nelle prime interpretazioni giurisprudenziali sul nuovo concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2006, p. 566.

<sup>207</sup> In tal senso, vi sarebbe una «disonomia normativa» nell'art. 167, comma 2, l.fall., laddove «continua a prevedere che, per i contratti conclusi dopo la domanda di c.p., la stipulazione di compromessi (e dunque l'inserimento della relativa clausola compromissoria) sia soggetta all'autorizzazione del giudice»; affermando che «tale disarmonia debba oggi considerarsi solo apparente», in quanto «espunto il «compromesso in arbitri» dalla qualificazione di atto di straordinaria amministrazione, «non si ravvisa più alcuna sostanziale ragione per continuare a subordinare l'opzione della giustizia arbitrale all'autorizzazione del giudice delegato»: CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*, 22 luglio 2013. Allo stesso modo, si mette in rilievo come l'art. 167 l.fall.

Il profilo sul quale tuttavia ci si vorrebbe soffermare con maggior spessore argomentativo è quello concernente le dinamiche del processo arbitrale, valutando dunque come l'apertura di una procedura concorsuale (segnatamente, fallimento e concordato preventivo) influisce sulla capacità del debitore di essere parte nel relativo giudizio; capacità a propria volta distinta dalla relativa legittimazione.

La capacità di essere parte nel giudizio arbitrale è un concetto non largamente affrontato nell'ambito dell'insolvenza, i cui studi si soffermano prioritariamente sui profili "operativi" del processo arbitrale, e cioè sulle regole concretamente applicabili all'arbitrato una volta che sia stata aperta una procedura concorsuale. Tuttavia, si tratta di un argomento teorico dal quale, in uno studio processualistico sul tema, non pare potersi prescindere.

Si deve allora analizzare in quali termini si configuri tale capacità, richiesta per partecipare al processo arbitrale, e in quale misura resti incisa a fronte dell'apertura di una procedura concorsuale.

## **2. Legittimazione e capacità a fronte dell'apertura di una procedura concorsuale.**

Nell'ambito della generale disciplina arbitrale, l'art. 816-*sexies* disciplina l'aspetto essenzialmente "patologico" della questione relativa alla capacità: ai sensi della norma, se la parte viene meno per morte o altra causa, oppure perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio. Vi si prevede, inoltre, che gli arbitri possano sospendere il procedimento e che possano rinunciare all'incarico se le parti non ottemperano alle disposizioni date.

---

«sarebbe stato ormai e progressivamente abrogato *in parte qua* a seguito della progressiva espunzione dell'accordo compromissorio degli atti di straordinaria amministrazione nell'ambito della disciplina di diritto comune (già con la novellazione dell'art. 808 nel 1994 e poi con quella dell'art. 807 nel 2006) e non sarebbe dunque più necessaria l'autorizzazione per la stipula di nuovi accordi compromissori», seppure sia ritenuta una considerazione che richiede «prudenza: la specialità della materia concorsuale è tale da consentire senz'altro di intendere la elencazione specifica di cui all'art. 167 c. II (che comprende appunto l'accordo compromissorio) come prescindente dal *discrimen* generale fra ordinaria e straordinaria amministrazione»: così BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239.

Merita sottolineare come la norma sia parzialmente analoga a quella dettata in tema di processo ordinario. Infatti, gli eventi presi in considerazione sono assimilabili a quelli previsti per il giudizio dagli artt. 299 e 300 c.p.c., i quali, tuttavia, alla morte e alla perdita di capacità collegano il diverso effetto dell'interruzione del processo.

Sembra dunque doveroso chiedersi innanzitutto a quale capacità alluda l'art. 816-*sexies*, e pare che il fondamento dell'analisi debba essere rinvenuto nella distinzione tra il duplice profilo della capacità e della legittimazione arbitrale; nozioni che richiamano quelle di capacità e legittimazione processuale.

In tal senso, la capacità di essere parte nel processo arbitrale, sulla falsariga di quanto si afferma per la capacità processuale, non può che coincidere con la capacità giuridica<sup>208</sup>: non potrebbe essere capace di «stare» come parte nel processo arbitrale se non colui che sia giuridicamente capace, ossia che rappresenti un soggetto di diritto per l'ordinamento ai sensi dell'art. 1 c.c.<sup>209</sup>.

Tale capacità è essenziale ma non sufficiente. Infatti, la capacità processuale attiene alla capacità di stare in giudizio ma richiede anche quella di compiere validamente gli atti del

---

<sup>208</sup> Si tratta della capacità di essere destinatario di atti processuali, che spetta ai soggetti giuridicamente capaci, ai sensi dell'art. 1 c.c. Sul punto, v. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1989, p. 1 ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 553 ss.; PROTO PISANI, voce *Parte nel processo*, in *Enc. del dir.*, XXXI, Milano 1981, p. 926.

<sup>209</sup> La capacità di essere parte in giudizio, ossia di essere parte «in senso processuale», configura invece la capacità «di assumere il ruolo di soggetto nel processo, e di essere destinatari degli effetti degli atti processuali». Essa costituisce un riflesso della capacità giuridica di cui all'art. 1 c.c.; c'è quindi un «parallelismo» tra capacità giuridica e questa prima accezione della capacità processuale. La capacità processuale come capacità di compiere gli atti del processo a prescindere da colui che ne sia, poi, destinatario quanto agli effetti, corrisponde, invece, alla capacità di essere parte «in senso formale». Quest'ultima è disciplinata dall'art. 75 c.p.c., e spetta al soggetto capace d'agire ai sensi dell'art. 2 c.c. Sul punto, v. LUISO, *Diritto processuale*, cit., p. 208. I soggetti incapaci d'agire, laddove siano titolari di una situazione dedotta in giudizio (e, dunque, legittimati), possono essere destinatari degli effetti degli atti processuali, ma non possono tuttavia validamente compierli se non rappresentati: c'è quindi una scissione tra parte in senso processuale e parte in senso formale. Sul punto, v. G. F. RICCI, *Diritto processuale civile*<sup>6</sup>, Torino, I, 2015, pp. 93-96; BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, Bologna, 2016, p. 63 ss. MANDRIOLI, *Delle parti*, in Aa.Vv., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 2, Torino 1973, p. 888 ss.; MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*<sup>24</sup>, I, Torino, 2015, p. 335 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino 2010, 11 ss.; VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010, 173 ss.; SATTA, *Capacità processuale (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 130 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, II, Napoli, 1936, p. 214 ss.

processo: in questa prospettiva ci si riferisce a chi sta in giudizio come parte del processo in senso formale<sup>210</sup>.

Alla capacità processuale, intesa come capacità di porre validamente in essere atti del processo, e che viene tradizionalmente posta tra i c.d. presupposti processuali, ossia quei requisiti necessari affinché il processo sia validamente instaurato, si riferisce l'art. 75 c.p.c.

Tale norma prevede che siano capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere, mentre quelle prive del libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità. La capacità processuale, dunque, presuppone altresì quella che sul piano sostanziale è la capacità d'agire, ossia la capacità di compiere validamente atti giuridici e che, ai sensi dell'art. 2 c.c., si acquista con la maggiore età, a meno che dalla legge non sia prevista un'età diversa<sup>211</sup>.

La capacità processuale, nell'accezione che se n'è appena data, non può che valere pure per il processo arbitrale: anche per la capacità di essere parte del processo arbitrale risulta necessaria la capacità giuridica, e ciò in quanto si tratta di un presupposto fondamentale e necessario per poter essere soggetti di diritto.

Tuttavia, per essere parte formale del processo arbitrale, e dunque per compiere validamente gli atti del processo arbitrale, è necessaria altresì la capacità d'agire; anzi, è proprio a tale profilo di capacità che fa riferimento l'art. 816-*sexies* quando parla di capacità legale. Tale norma, infatti, sembra necessariamente riferirsi alla capacità di agire *ex art. 2 c.c.*, in quanto sotto il profilo

---

<sup>210</sup> In tal senso, «alla capacità di essere parte, che spetta a tutti i soggetti cui è riconosciuta la capacità giuridica (da intendersi quale idoneità ad essere soggetto di diritti soggettivi) si contrappone la capacità processuale», da intendere come «capacità di agire sostanziale (ovvero l'attitudine o l'idoneità ad acquistare ed esercitare diritti soggettivi o assumere obblighi giuridici, compiendo atto di natura personale o patrimoniale), riferita tuttavia al compimento di atti in un processo»; sulla capacità processuale sono idonei ad incidere gli stessi eventi giuridici che sono suscettibili di escludere, limitare o condizionare la capacità di agire. Sul punto, v. FERRI – BELLOMI, *La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore*, in *Fall.*, 2013, p. 952 ss.

<sup>211</sup> ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1964, I, p. 320 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, I, p. 75 ss.; COSTA, voce *Legittimazione processuale*, in *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1963, p. 763 ss.

sostanziale, la perdita della capacità giuridica si sostanzia nella morte, già distintamente considerata nella norma.

La capacità processuale deve inoltre distinguersi dalla *legitimatō ad causam*. In tal senso, legittimato ad agire è il titolare della situazione dedotta in giudizio, o meglio colui che si afferma titolare di tale situazione. Si tratta di un elemento che attiene al rapporto posto alla base dell'azione, e che spetta al soggetto definito dalla dottrina come parte in senso sostanziale.

Tale forma di legittimazione tradizionalmente viene collocata tra le condizioni dell'azione, ossia tra i requisiti di proponibilità della domanda. Essa viene fatta discendere, *a contrario*, dall'art. 81 c.p.c., ai sensi del quale nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge<sup>212</sup>.

Appare tuttavia evidente che un'analogha legittimazione dovrà parimenti spettare pure a colui che proponga una domanda arbitrale; con la complicazione che, nell'ambito del processo arbitrale, il soggetto che si afferma titolare del diritto dedotto in arbitrato dovrà possedere un requisito ulteriore, ossia deve essere vincolato da una convenzione arbitrale; e analogamente deve dirsi per il legittimato passivo.

Di conseguenza, colui che propone la domanda arbitrale, oltre ad affermarsi titolare della situazione dedotta in giudizio, dovrà essere parte di una convenzione arbitrale e, altresì, processualmente capace.

Capacità e legittimazione al processo arbitrale, dunque, tendenzialmente potranno concentrarsi in capo ad un unico soggetto che abbia stipulato la convenzione arbitrale; coincidenza che, tuttavia, subisce delle inevitabili alterazioni laddove il soggetto vincolato dalla convenzione arbitrale, e che sia legittimato *ad causam*, perda la capacità processuale. In tal caso, infatti, sarà

---

<sup>212</sup> ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino 1963, p. 721 ss.; TOMEL, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1974, p. 67 ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, cit., p. 307; COSTA, voce *Legittimazione processuale*, in *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1963, p. 763 ss.; PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli 2014, p. 302; SATTA, voce *Capacità processuale civile*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 131.

un diverso soggetto a dover proporre la domanda arbitrale o a stare in giudizio al suo posto laddove la domanda sia già proposta.

È ciò che accade a fronte dell'apertura di una procedura concorsuale, e, in particolare, del fallimento: in tal caso, infatti, i profili della *legitimatio ad causam* e *ad processum* si trovano ad essere naturalmente scissi.

Conseguenza di tale fisiologica scissione appare la necessità di individuare il soggetto al quale viene attribuito il potere di qualificarsi come parte in senso formale, e che, nell'ambito del fallimento, è da identificare inequivocabilmente nel curatore; meno certa, come si vedrà<sup>213</sup>, è invece la caratterizzazione formale di tale ruolo processuale.

Regole distinte vengono in rilievo nell'ambito del concordato preventivo, in cui l'apertura della procedura non determina la perdita della capacità processuale; in tale ambito, dunque, la scissione tra *legitimatio ad causam* e *ad processum*, che restano tendenzialmente in capo al debitore concordatarie, può trovarsi invece a dipendere, come si darà conto<sup>214</sup>, dalla particolare conformazione che assume la proposta e il piano di concordato.

### **3. L'ambito della perdita «relativa» di capacità processuale discendente dal fallimento tra prospettiva soggettiva ed oggettiva.**

Nella normativa fallimentare manca una norma specifica che disciplini i profili processuali della capacità e della legittimazione del fallito nell'ambito dell'arbitrato. A venire in rilievo è, dunque, l'art. 43 l.fall., che disciplina tali aspetti con riferimento ai riflessi determinati dal fallimento sui processi pendenti.

Sulla base della norma, nelle controversie anche in corso relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore. Si prevede, ulteriormente, che il fallito possa intervenire nel giudizio solo per le questioni dalle quali può

---

<sup>213</sup> V. *infra*, parr. 13 ss.

<sup>214</sup> V. *infra*, parr. 18 ss.

dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico, se l'intervento è previsto dalla legge e, inoltre, che l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo.

Il fallimento, dunque, determina la perdita della capacità processuale del fallito<sup>215</sup>. Tale privazione, tradizionalmente, si configura in termini relativi e temporalmente limitati, estendendosi dall'apertura alla chiusura del fallimento<sup>216</sup>.

Conviene, tuttavia, soffermarsi in termini più approfonditi su tali aspetti, iniziando dalla nozione di relatività.

Sulla base di una prima prospettiva, tale carattere viene inteso come relatività in senso «soggettivo», con riferimento, cioè, ai soggetti legittimati a farla valere.

In questa prospettiva, la relatività viene rapportata alla circostanza che l'incapacità sia deducibile su eccezione esclusiva del curatore nell'interesse della massa dei creditori. In particolare, si afferma che la perdita è parziale in quanto operante soltanto nei confronti della massa, che, di conseguenza, si configura come unico soggetto legittimato a farla valere; ne deriva, altresì, che non possa essere rilevata d'ufficio<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> Si mette in rilievo come in passato vi erano «dubbi se il fallimento determinasse la perdita della capacità e legittimazione processuale, determinando l'indisponibilità della lite da parte del fallito, e, dunque, un'inefficacia relativa, oppure l'incapacità di stare in giudizio, con conseguente inefficacia o nullità degli atti processuali posti in essere»: v. BONSIGNORI, voce *Fallimento*, cit., p. 373 ss.; cfr. CANDIAN, *Legittimazione processuale e negoziale del fallito*, in *Dir. fall.*, I, 1964, p. 538; DE MARTINI, *Attività negoziale e attività processuale del fallito*, ivi, 1971, I, pp. 218-220; arrivando ad affermare la perdita assoluta della legittimazione: v. FERRARA, *Fallimento*, cit., 426 ss. Oggi si tende ad affermare che la dichiarazione di fallimento abbia «quale effetto principale per il fallito, la perdita della legittimazione processuale attiva e passiva, nel senso che quest'ultimo, pur conservando la titolarità dei rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, non può personalmente assumere la veste di parte processuale davanti al giudice, essendo la legittimazione in ordine ai rapporti stessi demandata esclusivamente al curatore»: FERRI – BELLOMI, *La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore*, cit., p. 952 ss.

<sup>216</sup> Non si tratta, ad ogni modo, di una ricostruzione pacifica. Nel senso che la descrizione del fallito «come soggetto privo della così detta legittimazione processuale» e che pone il fallito «sul medesimo piano di un incapace» è «superata dal diritto positivo», venendo altresì a cadere «anche l'idea secondo la quale la dichiarazione di fallimento dovrebbe privare della sua legittimazione processuale il debitore sottoposto a procedura», E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, cit., I, pp. 112-113.

<sup>217</sup> In tal senso, si mette in rilievo come se «l'art. 43, l. fall. non si può inquadrare né nella carenza di legittimazione, né nella mancanza di capacità processuale, occorre pensare ad un'inefficacia relativa degli atti processuali del fallito, del tutto analoga all'inefficacia degli atti sostanziali; essa, dunque, non è rilevabile d'ufficio, né potrebbe eccepirsi dalla controparte, ma può essere fatta valere soltanto dal curatore fallimentare, dato che esclusivamente a lui spetta manifestare la volontà del giudice delegato di interessarsi o no al processo già pendente, o promosso dal fallito o contro di lui, dopo la dichiarazione di fallimento»: v. BONSIGNORI, voce *Fallimento*, cit., p. 373 ss.

Sulla base di una diversa impostazione, invece, il carattere relativo della perdita di capacità processuale sembra doversi coniugare in un'ottica oggettiva.

Si rileva infatti come tale perdita rappresenti, sotto il profilo processuale, il riflesso di quanto lo spossessamento determina sul versante sostanziale<sup>218</sup>. Ai sensi dell'art. 43, comma 1, l.fall., la sentenza dichiarativa di fallimento priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, rispetto ai quali risulta esclusa la capacità di agire<sup>219</sup>.

In tale ottica, dunque, la relatività non riguarderebbe tanto i soggetti nei cui confronti si esplica la perdita di capacità e che possono farla valere, ma, al contrario, si tratterebbe di una relatività quanto ad oggetto. A venire in rilievo è, cioè, l'ambito delle controversie sulle quali la perdita di capacità è idonea a ripercuotersi e, dunque, il profilo oggettivo dei rapporti a cui si estende<sup>220</sup>.

In tale ottica, la perdita di capacità sarebbe relativa in quanto non investe tutti i rapporti di cui sia titolare il fallito, ma soltanto quelli di carattere patrimoniale compresi nel fallimento<sup>221</sup>.

Nelle restanti controversie, concernenti rapporti personali o patrimoniali su diritti esclusi dal fallimento, il debitore continua ad essere parte anche formale<sup>222</sup>; la capacità processuale permane

---

<sup>218</sup> In tal senso, si afferma che lo spossessamento investe anche i rapporti processuali; così JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, p. 354.

<sup>219</sup> Sul punto, v. GIORGETTI, *La capacità processuale del fallito nei giudizi litisconsortili con il fallimento*, in *Fall.*, 2003, p. 1083 ss.

<sup>220</sup> In tal senso, Il difetto di capacità processuale del fallito che consegue alla dichiarazione di fallimento «è sì relativo, ma di tipo oggettivo» e «si configura quale effetto automatico dell'apertura della procedura, fungendo da misura precauzionale di salvaguardia degli interessi della massa rispetto al rischio di preclusioni e decadenze processuali e, più in generale, nella prospettiva di una difesa piena degli interessi dei creditori unitariamente considerati»; «tale funzione sarebbe neutralizzata se la perdita di capacità processuale del fallito non fosse rilevabile d'ufficio»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 573 ss. Di conseguenza, le questioni relative alla legittimazione attiva e passiva attengono le azioni relative a beni già compresi o successivamente attratti al patrimonio destinato alla massa; v. NICODEMO, *Effetti del fallimento*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., agg.*, Torino, 2008, p. 174 ss.

<sup>221</sup> In tal senso, «la dichiarazione di fallimento fa perdere al fallito, in maniera assoluta, la capacità processuale rispetto alle controversie aventi ad oggetto i beni e i rapporti di diritto patrimoniale ricompresi nel patrimonio fallimentare»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>222</sup> Si mette infatti in rilievo che l'art. 43 operi una delimitazione quanto all'oggetto, con la conseguenza che «anche dopo l'apertura della procedura, il fallito conserva la capacità processuale, oltre che rispetto al giudizio avente ad oggetto l'impugnazione della sentenza di fallimento (art. 18 legge fallim.), in relazione a tutti i giudizi relativi a beni e rapporti non compresi nella procedura»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

pure a fronte dell'apertura del procedimento fallimentare, per quanto con una portata soltanto residuale<sup>223</sup>.

La perdita di capacità, dunque, non fa che riflettere la situazione di ridotta disponibilità sostanziale del fallito, risultando circoscritta ai rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, di cui al debitore viene sottratta la disponibilità; la perdita di capacità processuale rappresenta un risvolto di tale *deminutio*, relativa in quanto oggettivamente delimitata<sup>224</sup>.

Tale prospettiva ha precise conseguenze anche quanto a rilevabilità.

Infatti, mentre alla qualificazione del vizio come perdita di capacità soltanto relativa conseguirebbe la necessità di un'eccezione di parte, a una diversa conclusione si deve pervenire laddove si ritenga, come pare, di essere in presenza di un difetto assoluto. Non sembra cioè di potersi ritenere che il difetto sia deducibile solo ad istanza di parte, e in particolare, del curatore.

In tal senso, seppure si estenda ad un ambito circoscritto di controversie, ciò che viene a mancare è comunque un presupposto processuale; la perdita di capacità, dunque, si configura in termini assoluti<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> Sul punto, v. BELLOMI, *La legittimazione processuale residuale del fallito*, in *Fall.* 2016, p. 564 ss.; FERRI – BELLOMI, *La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore*, cit., p. 952 ss.

<sup>224</sup> Sul tema, v. FERRI – BELLOMI, *La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore*, cit., p. 952 ss.; FERRI, *La legittimazione del curatore fallimentare: poteri e limiti*, in *Fall.*, 2007, p. 1031 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Sulla legittimazione passiva nei rapporti non compresi nella massa fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1992, p. 649 ss.; QUERZOLA, *Tutela cautelare, curatore, azioni di responsabilità: riflessioni minime*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 193; GIORGETTI, *La capacità processuale del fallito nei giudizi litisconsortili con il fallimento*, cit., p. 1083 ss.; DI GRAVIO, *La legittimazione processuale del fallito dopo la chiusura del fallimento per insufficienza dell'attivo, come arma impropria contro i creditori ammessi e non soddisfatti*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 449 ss.; ZANICHELLI, *La contrastata legittimazione processuale del fallito*, in *Fall.*, 2003, p. 1076 ss.; SCALERA, *Sulla legittimazione processuale del fallito*, in *Dir. fall.*, 1980, p. 215 ss.; DI BIASE, *Ancora sulla legittimazione processuale del fallito*, in *Dir. fall.*, 1980, p. 604 ss.; DI LAURO, *Legittimazione del curatore*, in *Dir. fall.*, 1976, p. 444 ss.; PATINI, *Perdita della capacità processuale del fallito*, in *Fall.*, 2001, p. 652 ss.; BADINI-CONFALONIERI, *Legittimazione processuale del debitore*, in *Fall.*, 2001, p. 779 ss.; DE GASPERI, *Considerazioni in tema di legittimazione vicaria del fallito*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 617 ss.; BACCAGLINI, *Mera produzione della sentenza dichiarativa di fallimento ed interruzione del processo pendente*, in *Fall.*, 2003, p. 374 ss.; MARCHINI, *Surrogazione e sostituzione processuale nel fallimento*, in *Fall.*, 1995, p. 948 ss.; NATOLI, *La legittimazione processuale del fallito*, in *Foro pad.*, 1951, I, p. 1225 s.; VOCINO, *Il fallito nel suo processo*, in *Dir. fall.*, 1972, I, p. 249 ss.

<sup>225</sup> Di conseguenza, se da un lato non sarebbe necessaria «alcuna dichiarazione del procuratore costituito», dall'altra, se il procedimento dovesse proseguire «fino all'emanazione della sentenza, quest'ultima sarebbe radicalmente nulla»: v. NICODEMO, *Effetti del fallimento*, cit., p. 174 ss.; il quale ritiene espressamente che la previsione sia applicabile per analogia anche all'arbitrato.

Per i rapporti patrimoniali rientranti nel fallimento, cioè, il debitore non è processualmente capace e non può svolgere il ruolo di parte processuale a prescindere da un'eccezione del curatore in tal senso<sup>226</sup>. La sussistenza tale requisito processuale deve essere vagliata dal giudice anche d'ufficio e a prescindere da alcuna eccezione; non si tratta, infatti, di un presupposto che rientra nella disponibilità delle parti<sup>227</sup>.

D'altronde, è la stessa legge a prevedere che la capacità rientri tra i requisiti che il giudice deve verificare anche d'ufficio ai sensi dell'art. 183 c.p.c. Al contrario, laddove si attribuisca a tale perdita di capacità un carattere relativo, nell'accezione soggettiva di cui si è dato conto, si attribuirebbe al curatore la facoltà di ripristinare un presupposto altrimenti mancante, in tal modo conferendogli un potere dispositivo che non può spettare alle parti.

Limitatamente alle controversie relative a rapporti che rientrano nel fallimento, dunque, sembra da condividere l'opinione in base alla quale la perdita di legittimazione si configuri come assoluta e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> E, dunque, sarebbe rilevabile d'ufficio; v. CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss. Tale considerazione non è priva di rilievo. Se, infatti, si ritiene il difetto di legittimazione possa essere fatto valere solo dal curatore, ne discenderebbe la necessità di costituirsi appositamente in un giudizio al fine di eccepirlo. Al contrario, si tratta di un'eccezione che può provenire da una qualsiasi delle parti, o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Accogliendo la tesi della «perdita della legittimazione *ad causam*, si deve logicamente desumere che tale difetto possa essere rilevato d'ufficio dal giudice»: BONSIGNORI, voce *Fallimento*, p. 373 ss. Sul punto, v. anche PACCHI, sub *art. 43*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, I, Torino, 2010, p. 590 ss.; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, p. 100 ss.

<sup>227</sup> Si mette infatti in rilievo che il difetto che attiene alla capacità processuale è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado: LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 214.

<sup>228</sup> Sul punto, v. CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss., per il quale «l'incapacità processuale del fallito può essere sempre rilevata d'ufficio, con conseguente dichiarazione di inammissibilità dell'azione o, quando si tratti di giudizi pendenti, di interruzione del processo»; sulla configurazione del difetto come assoluto, v. FERRI – BELLOMI, *La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore*, cit., p. 952 ss. Nel senso che la legittimazione ad agire è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio dal giudice, distinguendosi dalla titolarità del rapporto che, invece, attiene al merito e dunque alla fondatezza della domanda, con la conseguenza di rientrare nel potere dispositivo e nell'onere deduttivo delle parti, v. GHIRGA, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 234 ss.; CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il "vecchio" rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 253 ss. Nella giurisprudenza recente, v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Dejure*; Cass. 25 gennaio 2016, n. 1251, *ivi*; Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260, *ivi*.

#### 4. Profili patologici e sanabilità degli atti processuali compiuti dal fallito.

La qualificazione dell'effetto derivante dall'apertura del fallimento come difetto di capacità processuale e, in particolare, come mancanza di legittimazione *ad processum* consente di identificare le conseguenze che si riflettono sull'attività processuale che sia stata compiuta e sulla conseguente possibilità di sanatoria.

Configurare la perdita di capacità del fallito come assoluta, infatti, non significa per ciò stesso ritenere che si tratti di un vizio insanabile<sup>229</sup>; in quanto si tratta di un difetto che riguarda un presupposto processuale, vi è pur sempre una possibilità di sanatoria<sup>230</sup>, mentre è escluso che il processo possa chiudersi immediatamente in rito. In particolare, il vizio è suscettibile di essere sanato tramite l'integrazione del presupposto; gli atti processuali compiuti da chi non era processualmente capace, cioè, devono essere nuovamente compiuti dal soggetto legittimato o da quest'ultimo ratificati<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Secondo una prospettiva, anzi, non si tratterebbe nemmeno di atti privi di validità. In tal senso, infatti, si esclude che «gli atti processuali compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento siano *invalidi*»: v. CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2007, p. 1431 ss. L'invalidità degli atti processuali, infatti, per l'autore, non potrebbe derivare dal difetto di legittimazione. In senso analogo, si afferma che gli atti processuali, come quelli sostanziali, non sono di per sé invalidi ma solo inopponibili alla procedura, di conseguenza la loro inefficacia – relativa – potrebbe essere eccepita solo dal curatore: v. PROTO, *Abilitazione personale del fallito e legittimazione processuale*, in *Fall.*, 2009, p. 28 ss.

<sup>230</sup> Sulla regolarizzazione del vizio di legittimazione, che «deve essere “realmente” rilevabile in ogni stato e grado del processo», con «altrettanta ampia possibilità di sanatoria», v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Parti e difensori nel processo riformato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 227 ss. Sul punto, v. GOZZI, *Difetto di rappresentanza o assistenza della parte e sanatoria in grado di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 748 ss., ove si rileva come l'art. 182 preveda una disciplina «permissiva» che determina l'irrelevanza delle «preclusioni verificatesi sul piano processuale e sostanziale, con un'applicazione generale dei principi e delle regole proprie della nullità processuale attraverso la previsione del dovere in capo al giudice di promuovere la sanatoria di ogni vizio con effetti retroattivi». Sul punto, v. DALFINO, *Difetto di rappresentanza, assistenza, autorizzazione; nullità della procura al difensore*, in *Foro. it.*, 2009, 287 ss.; BALENA, *Diritto processuale civile*, Bari, 2007, p. 192 ss.; NEGRI, *Sulla sanatoria del difetto di rappresentanza*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1681 ss.; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, p. 79.

<sup>231</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 214. Si esclude però pure che «gli atti compiuti dal fallito possano essere oggetto di sanatoria - *ex nunc* o *ex tunc* poco importa - per effetto di una successiva costituzione nello stesso processo ad opera del curatore» laddove si tratti di atti compiuti prima del fallimento; essi infatti «producono effetto anche nei riguardi del curatore»; in tal senso non vi sarebbe «un'attitudine del subentro del curatore a *convalidare* gli atti compiuti in precedenza dal fallito, bensì, semplicemente, [la] piena e perdurante validità degli atti del processo compiuti anteriormente al fallimento, in quanto il fallito aveva allora ogni potere di disporre dei propri interessi, ed il curatore fallimentare ha il potere di amministrare il patrimonio del fallito solo a decorrere dalla data della dichiarazione di fallimento»: CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss.

Inoltre, riguardando un presupposto processuale, la sanatoria esplica un'efficacia retroattiva, operando dal momento di proposizione della domanda<sup>232</sup>.

Non pare invece che il difetto di legittimazione processuale possa ritenersi automaticamente sanato nell'ipotesi in cui la domanda sortisca un esito positivo e, cioè, il provvedimento sia emesso in favore della procedura fallimentare, con l'accoglimento della domanda proposta dal fallito (o il rigetto della pretesa altrui); trattandosi di un presupposto processuale, infatti, sembra irrilevante l'esito della lite ai fini della relativa sanatoria.

Secondo la diversa prospettiva "soggettivamente relativa", invece, la sanatoria del vizio non sarebbe nemmeno necessaria laddove l'esito della lite sia a favore del fallimento. In tal senso, infatti, si afferma che la perdita della legittimazione del fallito, derivante dallo spossessamento, sia funzionale all'interesse della massa<sup>233</sup>; con la conseguenza che, laddove tale interesse sia garantito in ragione della pronuncia concretamente emessa, il vizio dovrebbe ritenersi sanato automaticamente.

Tuttavia, laddove il curatore non intervenga in un processo a seguito della dichiarazione di fallimento, all'incapacità processuale del fallito si coniuga la mancata partecipazione del solo soggetto legittimato in senso formale; ciò che si riflette, dunque, nella stessa lesione del principio del contraddittorio, a cui dovrebbe conseguire la stessa nullità della sentenza.

Dunque, non pare possibile una sanatoria "*secundum eventum litis*": l'eventuale esito positivo della lite, per essere fatto proprio dalla procedura, presuppone che, comunque, la sanatoria intervenga nelle modalità previste dalla legge<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 215.

<sup>233</sup> V. *retro*, par. 3.

<sup>234</sup> Rispetto alle liti attive si sottolinea infatti che «se un processo si dovesse svolgere nell'assenza del curatore, nessun pregiudizio potrebbe derivare alla massa (neppure in punto spese nel caso di soccombenza), proprio perché non ha partecipato al processo ed anzi, in caso di esito vittorioso, il bene acquisito dal fallito entrerebbe a far parte della massa attiva del fallimento ai sensi dell'art. 42, secondo comma l.fall»: PROTO, *Abilitazione personale del fallito e legittimazione processuale*, in *Fall.*, 2009, p. 28; cfr. DE FERRA, *Effetti del fallimento per il fallito*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1986, p. 32 ss.

Di conseguenza, sarà necessario, come si è detto, che il soggetto legittimato, cioè il curatore, si costituisca, ratificando l'operato del fallito che aveva compiuto le pregresse attività processuali in assenza di capacità. Secondo una prospettiva, sarebbe proprio l'art. 182 c.p.c. a venire in rilievo, quale misura generale da applicare in ipotesi di difetto di legittimazione<sup>235</sup>, con la conseguenza che sarebbe lo stesso giudice a dover conferire un termine per provvedere alla sanatoria<sup>236</sup>.

D'altra parte, poiché il difetto di legittimazione processuale si ritiene sanabile in ogni stato e grado, non vi è una stretta preclusione per tale forma di sanatoria; di conseguenza, il medesimo esito del giudizio dovrebbe poter essere acquisito alla procedura tramite la costituzione del curatore a fronte dell'eventuale impugnazione con cui si faccia valere il vizio<sup>237</sup>.

## **5. Eccezioni alla perdita di capacità processuale.**

Laddove si adotti la prospettiva oggettiva di cui si è dato conto, risulta necessario individuare i giudizi rispetto ai quali la capacità viene conservata; si tratta cioè di circoscrivere i giudizi relativi a rapporti esclusi dal fallimento<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> In tal senso, v. TURRONI, *Liquidazione coatta amministrativa invalida, fallimento invalido e processi pendenti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, p. 1545 ss., ove si mette in rilievo come «secondo una opinione assai diffusa, la carenza originaria di legittimazione *ad causam* può essere sanata, se, prima che il giudice l'accerti, il contraddittorio si instaura con il legittimo contraddittore. A ben vedere si tratta di una sanatoria; e non molto diversa da quella che consente l'art. 182, cpv., c.p.c. La differenza consiste nell'atipicità del rimedio, che nell'ipotesi di difetto di legittimazione *ad causam* è completamente lasciato alla iniziativa del vero legittimato; mentre l'art. 182, cpv., c.p.c. prevede che il giudice assegni un termine per porre rimedio al vizio e fa comunque salve le decadenze maturate»; per l'autore, non sarebbe «da scartare l'idea che l'art. 182, cpv., c.p.c. sia una clausola generale; cioè non limitata alle ipotesi espressamente elencate, ma riferibile alla generalità dei casi in cui il difetto dei poteri processuali deriva dal stato o dalle qualità personali della parte».

<sup>236</sup> In tal senso, il giudice dovrebbe «assegnare un termine per sanare il difetto di *legitimatō ad processum*; e deve farlo "anche se" si sia nel frattempo avverata una decadenza di diritto sostanziale idonea a definire il giudizio, salvo decidere la causa nel merito in senso conforme alla intervenuta decadenza»: TURRONI, *Liquidazione coatta amministrativa invalida, fallimento invalido e processi pendenti*, cit., p. 1545 ss.

<sup>237</sup> V. nota 230.

<sup>238</sup> «Nessun effetto determina il fallimento [...] con riguardo alle controversie relative a rapporti estranei al fallimento, in quanto esclusi dall'ambito dello spossessamento del fallito»: CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss.

Come si è detto, infatti, in capo al fallito permane una capacità residuale, che riguarda i rapporti patrimoniali non rientranti nel fallimento.

Anche a seguito della dichiarazione di fallimento, dunque, la capacità processuale viene mantenuta, innanzitutto rispetto ai rapporti di carattere non patrimoniale e ai beni esclusi ai sensi dell'art. 46 l. fall.<sup>239</sup>.

Rispetto a tali rapporti l'esclusione dal fallimento è automatica e originaria; essi, cioè, non rientrano *ex lege* nella massa fallimentare e rispetto ai medesimi, dunque, la capacità processuale viene conservata dal fallito senza soluzione di continuità.

L'ambito di tali due eccezioni alla regola generale della perdita della capacità viene, tuttavia, ampliato sotto un duplice profilo<sup>240</sup>.

Si mette infatti in rilievo che il fallito rimarrebbe capace rispetto ai rapporti processuali dei quali la curatela si sia disinteressata e, dunque, in ipotesi di inerzia di quest'ultima<sup>241</sup>; sulla stessa base, in tal caso il debitore dovrebbe a propria volta qualificarsi come legittimato ad agire processualmente nelle ipotesi di urgenza al fine di sopperire all'inattività del curatore<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> Si afferma inoltre che il fallito non sia privo di legittimazione «con riguardo alle controversie che lo oppongano allo stesso fallimento, come è nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento»: CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss. Analogamente, può agire nelle cause che siano intraprese proprio a seguito della sentenza dichiarativa, quale è, ad esempio, quella di opposizione alla stessa. Cfr. NICODEMO, *Effetti del fallimento*, cit., p. 174 ss.

<sup>240</sup> Si mette infatti in rilievo come ci siano due casi, «uno fisiologico, l'altro latamente patologico» in cui la regola rimane «neutralizzata», valendo la legittimazione del fallito: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>241</sup> Si mette infatti in rilievo che un «importante filone di casi in cui il fallito rimane titolare di capacità processuale» dal lato attivo «si raccorda alle ipotesi di inerzia del curatore, che non si sia attivato per far valere i diritti, inerenti la sfera patrimoniale, del fallito stesso»; in tal caso, peraltro, il «risorgere della capacità processuale attiva» avrebbe «particolare stabilità in quanto il difetto di capacità processuale non può essere rilevato né dalla controparte, né dall'ufficio: l'unico legittimato a sollevare l'eccezione è il curatore che, così facendo, torna ad essere egli stesso la giusta parte del giudizio in questione»: GIORGETTI, *La capacità processuale del fallito nei giudizi litisconsortili con il fallimento*, cit., p. 1083 ss.

<sup>242</sup> Quanto alla seconda eccezione, definita «di tipo latamente patologico», si riferisce ai casi «di somma urgenza» o rispetto ai quali «il curatore sia rimasto del tutto inerte», derivandone, in tal modo, una «c.d. legittimazione suppletiva del fallito», giustificando tale lettura sulla base della perdita, appunto relativa, di tale legittimazione: v. CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

A questi casi si aggiungono quelli in cui sia stato il creditore ad optare per la tutela extrafallimentare<sup>243</sup>. In tale ipotesi, si afferma che il creditore, anziché insinuarsi al passivo, possa scegliere di agire in via giudiziale al fine di precostituirsi un titolo da far valere in ipotesi di ritorno *in bonis* del fallito<sup>244</sup>; ciò che si giustificerebbe, tra l'altro, anche nella prospettiva di relatività soggettiva di cui si è dato conto. Infatti, proprio in ragione del carattere relativo della incapacità processuale, il vizio potrebbe essere fatto valere solo dal curatore nell'interesse della massa con la conseguente irrilevanza del medesimo nel caso opposto<sup>245</sup>.

Nonostante si affermi che le ipotesi in cui il fallito conserva la capacità processuale siano eccezionali, appare evidente che, al contrario, su tali basi, si finisce per consentire una casistica estremamente ampia: la decisione sulla «riemersione» della legittimazione del fallito risulterebbe infatti attribuita all'assoluta discrezionalità del curatore da un lato, e dei creditori dall'altro.

---

<sup>243</sup> Si tratterebbe del caso, definito «fisiologico», in cui il fallito mantiene la propria legittimazione processuale passiva «in ragione del fatto che la controparte *in bonis*, nel proseguire o riassumere un giudizio interrottosi per effetto della dichiarazione di fallimento, ovvero nell'avviare un nuovo giudizio, dichiara che non intende ottenere un giudicato da opporre alla massa, ma di volersi solo procurare un titolo nei confronti del fallito da far valere quando quest'ultimo ritorni *in bonis*», e che « «può essere ritenuto, per un verso, corrispondente ad un interesse concreto del terzo, e, per altro verso, conforme ai principi» in materia, purchè, tuttavia, «si operi una duplice precisazione: che, in tal caso, la controparte *in bonis* non potrà partecipare al concorso sulla base del medesimo credito per il quale coltiva il giudizio in sede ordinaria nei confronti del fallito; che le conseguenze patrimoniali del giudizio proseguito in sede ordinaria, se negative per il fallito, coerentemente con il presupposto della prosecuzione della causa in tale sede, non saranno in ogni caso opponibili alla massa»: v. CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573.

<sup>244</sup> Sul punto v. GIORGETTI, *La capacità processuale del fallito nei giudizi litisconsortili con il fallimento*, cit., p. 1083 ss.

<sup>245</sup> Sulla base di una prospettiva, la stessa legittimazione dei creditori viene fondata sull'inerzia del curatore. In tal senso, l'inerzia del curatore rileverebbe, in particolare, non solo rispetto al fallito, ma anche rispetto ai creditori, i quali potrebbero, a propria volta, la facoltà di esercitare una legittimazione sostitutiva laddove il curatore non provveda; sul punto v. BASILONE, *La revocatoria ordinaria nel fallimento in bilico tra legittimazione «esclusiva» del curatore e persistente legittimazione del creditore in caso di inerzia dell'organo concorsuale*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, p. 456: le «incertezze si manifestano quanto alla sorte da riservare all'azione individuale originariamente intrapresa dal singolo creditore, una volta sopravvenuto il fallimento e appurato il totale disinteresse del curatore fallimentare per questo rimasto inerte», concludendosi che il fallimento non preclude la prosecuzione del giudizio laddove il curatore non eserciti l'azione nell'interesse della massa. Allo stesso modo, si è posto il dubbio «se il creditore individuale perda veramente la legittimazione ad agire»: sul punto, v. BATTAGLIA, *Actio pauliana e sopravvenuto fallimento: l'esclusione della (concorrente) legittimazione del creditore individuale e la legittimazione "sostitutiva" nelle azioni di massa. Un problema di scambi e binari*, in *Dir. fall.*, 2009, p. 273 ss. Su tali questioni, v. anche TROIANO, *Subentro del curatore nei giudizi pendenti e dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2002, p. 820 ss.; cfr. CONSOLO, *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 412. Rispetto ai creditori, peraltro, più che di perdita di legittimazione sembrerebbe sussistere inammissibilità o improcedibilità dell'azione, ai sensi dell'art. 52, se si tratta di una domanda cautelare o esecutiva, oppure ai sensi degli artt. 92 ss. se si tratta di domande di credito.

Peraltro, è facile constatare che, attribuendo all'inerzia del curatore l'effetto di ripristinare la legittimazione processuale del debitore, si finirebbe per consentire indirettamente pure a quest'ultimo la possibilità di decidere quando conservare la capacità *ad processum*.

Il debitore, infatti, potrebbe proseguire un giudizio ritenendo che il curatore non abbia provveduto a costituirsi per errore, anziché sulla base di una precisa scelta, attribuendo valore di inerzia – interpretativamente e in modo strumentale – a una condotta del curatore che invece rappresenti una decisione intenzionale. Allo stesso modo si afferma che, se si attribuisce ai creditori il potere di scegliere se un determinato giudizio possa incardinarsi in via ordinaria anziché fallimentare, lo stesso dovrebbe dirsi anche per il fallito<sup>246</sup>. Di conseguenza, si porrebbe ad attribuire allo stesso debitore fallito la facoltà di ripristinare la sua stessa legittimazione processuale, attribuendogli un potere del tutto indiscriminato.

## **6. L'inerzia del curatore ha davvero un effetto di «ripristino» della legittimazione del fallito?**

I tentativi di ampliamento della legittimazione processuale del fallito di cui si è dato conto sono stati entrambi oggetto di critica.

Innanzitutto, è stato messo in discussione che la mera inerzia del curatore possa avere l'effetto di ripristinare la legittimazione processuale del fallito<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> Infatti, «se il creditore che non vuole partecipare al concorso può, anche durante il fallimento, incardinare un giudizio di condanna nei confronti del fallito, per simmetria di situazioni, non si vede perché il fallito non possa promuovere un giudizio nei confronti del creditore per impedire che questi, a fallimento chiuso, rimasto insoddisfatto possa agire esecutivamente»: così FABIANI, *Decreto di esecutorietà dello stato passivo e accertamento negativo del credito*, in *Fall.*, 1997, p. 1084 ss., seppur rilevando come la «soluzione dei due processi paralleli» possa «offrire il fianco al rischio del conflitto fra decisioni ma non anche al rischio del conflitto fra giudicati sia per la diversità dell'ambito oggettivo della *cognitio* sia per la diversità delle parti».

<sup>247</sup> Mentre al contrario si rileva come il riferimento alla nozione del difetto di legittimazione processuale presenti «il vantaggio di rendere intuitivo che si è in presenza di una situazione *che non è nella disponibilità della parte*»: v. CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss.; «[n]on è nella disponibilità del curatore disporre della propria legittimazione processuale».

Lo stesso deve dirsi, a maggior ragione, laddove la qualificazione dell'inattività sia il risultato di un'interpretazione del tutto soggettiva del debitore; non rileva, cioè, che quest'ultimo ravvisi come inerte la condotta del curatore.

In tal modo, si finirebbe per attribuire al curatore un potere dispositivo rispetto alla capacità del debitore (quando non direttamente a quest'ultimo), in chiaro contrasto con le disposizioni di legge; la capacità, infatti, rappresenta un presupposto processuale che, come già si è detto, non rientra nella disponibilità delle parti<sup>248</sup>. Da un lato, infatti, il giudice deve provvedere anche d'ufficio al controllo dei presupposti processuali; dall'altro, lo stesso art. 43 l.fall. prevede che la capacità processuale del fallito discenda in via automatica dalla dichiarazione di fallimento ed investa, indistintamente, tutti i rapporti di carattere patrimoniale facenti capo al fallito. Tale effetto processuale, analogamente a quanto avviene sul piano sostanziale per la perdita del potere di gestire e disporre del patrimonio, costituisce un riflesso automatico dello spossessamento<sup>249</sup>.

A fronte dello spossessamento, che si configura come un espresso effetto legale della dichiarazione di fallimento, dunque, il mero "disinteresse" del curatore, che si sostanzia in una qualche forma di inerzia anche processuale, non può comportare di per sé una riemersione della capacità processuale del fallito; si tratterebbe, com'è evidente, di un effetto contrario alla legge, poiché non v'è nessuna norma che attribuisca un tale rilievo al comportamento del curatore.

---

<sup>248</sup> In tal senso, «non è nel potere né del creditore né del curatore fallimentare "riattribuire" al fallito la legittimazione processuale, solo in virtù della dichiarazione da parte del creditore che il processo non avrà ripercussioni sul fallimento, essendo preordinato a costituire un titolo a suo favore in vista al ritorno *in bonis* del fallito, ovvero dell'inerzia del curatore nel proseguire o tentare il processo»: v. CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss. Come viene altresì messo in rilievo, a fronte della condotta del curatore, il fallito potrebbe trovarsi «nella disagiata condizione di tutelare i propri interessi in una situazione in cui ha perduto l'amministrazione del proprio patrimonio, la disponibilità delle risorse personali e patrimoniali dell'impresa, ed il possesso dell'archivio documentale e telematico».

<sup>249</sup> Nel senso che l'orientamento che attribuisce al fallito la legittimazione processuale rispetto «alle controversie patrimoniali di cui il curatore trascuri di occuparsi» non può essere condiviso: lo spossessamento del fallito «si produce *ipso jure*, senza che sia consentita al curatore [...] alcuna scelta discrezionale»: CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss. In tal senso, si mette in rilievo che tale perdita di legittimazione «non viene differita al momento in cui il curatore esercita il suo potere di legittimazione sostitutiva», ma c'è «una perfetta coincidenza temporale tra perdita della disponibilità dei beni e perdita della legittimazione processuale»: v. PROTO, *Abilitazione personale del fallito e legittimazione processuale*, cit., 2009, p. 28. Sul punto, v. anche CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova, 1975, p. 31 ss.

Allo stesso modo, sembra da scartare la prospettiva che ritiene il debitore investito di una legittimazione «suppletiva» rispetto a quella del curatore, da esercitare nell'interesse altrui, e pure una legittimazione di tipo surrogatorio, come si renderebbe necessario in mancanza di una tempestiva costituzione processuale del curatore. Non convince infatti la tesi per la quale, sotto il profilo processuale, il fallito perderebbe la capacità di compiere gli atti del giudizio in nome e per conto proprio, conservandola invece per conto di terzi<sup>250</sup>.

#### **7. (segue): una rilettura dell'inerzia del curatore come decisione autorizzata dai creditori.**

Ciò non esclude però qualsiasi rilevanza alla condotta del curatore, la quale può essere valorizzata in ottemperanza alle disposizioni normative.

Come si è detto, la capacità processuale viene conservata dal debitore in via residuale rispetto ai rapporti non compresi nel fallimento.

Si deve però specificare che tali rapporti non sono soltanto quelli previsti *ex lege* – innanzitutto quelli di cui all'art. 46 l.fall. –, sottratti al fallimento in via automatica ed originaria, ma anche quelli che, in ottemperanza alle disposizioni di legge, ne vengano esclusi successivamente<sup>251</sup>.

In tal senso, merita sottolineare come la legge fallimentare preveda espressamente la facoltà di rinuncia alle liti da parte del curatore, tra gli atti che, ai sensi dell'art. 35, richiedono la previa autorizzazione del comitato dei creditori. Allo stesso modo, la norma prevede la facoltà di

---

<sup>250</sup> Nel senso che «se è certamente vero - oggi più di ieri - che alla dichiarazione di fallimento deve ritenersi conseguire (di diritto) la perdita *assoluta* della capacità processuale del fallito, è questa una *deminutio* che attiene alla capacità di porre in essere atti processuali *in nome e per conto proprio*, non intaccando invece la capacità del fallito di compiere i medesimi atti *per conto altrui*»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>251</sup> Si mette infatti in rilievo che l'art. 43 operi una delimitazione quanto all'oggetto, con la conseguenza che «anche dopo l'apertura della procedura, il fallito conserva la capacità processuale, oltre che rispetto al giudizio avente ad oggetto l'impugnazione della sentenza di fallimento (art. 18 legge fallim.), in relazione a tutti i giudizi relativi a beni e rapporti non compresi nella procedura»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

transazione, di riduzione dei crediti e varie forme rinuncia a diritti altrimenti acquisiti alla massa fallimentare<sup>252</sup>.

Su tali basi, il curatore può decidere di trascurare determinati rapporti sostanziali, laddove lo ritenga nell'interesse dei creditori, e tale scelta ha un preciso effetto sotto il profilo processuale; un effetto, cioè, come si vedrà, idoneo a restituire la capacità processuale al debitore<sup>253</sup>.

Infatti, laddove il curatore decida di rinunciare a un rapporto sostanziale, quest'ultimo viene a collocarsi al di fuori della massa fallimentare, entrando a far parte di quei rapporti rispetto ai quali il debitore non si configura come processualmente incapace.

La scelta del curatore deve comunque esprimersi nelle forme di legge; dunque, non è sufficiente una mera carenza di attività, ma una decisione, espressamente (e previamente) autorizzata dai creditori<sup>254</sup>.

Per tale ragione, seppure l'atteggiamento del curatore non sia indifferente, non rileva una semplice inerzia per farne conseguire il ripristino della legittimazione processuale del fallito, con la riemersione della sua legittimazione "sostitutiva"; un tale effetto non può desumersi da un atteggiamento di mera passività del curatore, e nemmeno da una sua decisione individuale per quanto univoca, essendo sempre necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori.

---

<sup>252</sup> CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>253</sup> In tal senso, deve essere fatta «salva la possibilità che una certa controversia giudiziale, pur avendo ad oggetto beni o rapporti di diritto patrimoniale facenti capo all'imprenditore assoggettato a fallimento, possa essere avviata o proseguita dal fallito o nei suoi confronti, a condizione che sia intervenuta - e di ciò si dia giudizialmente prova - una esplicita e formale scelta mediante la quale il bene o il rapporto controverso viene collocato, anche in prospettiva futura, al di fuori del patrimonio fallimentare, ciò che può avvenire o ad opera della curatela, mediante la rinuncia prevista dagli artt. 104-ter, comma 7, legge fallim., o ad opera della controparte del fallito, quando quest'ultima dichiara giudizialmente che intende ottenere un titolo da far valere nei confronti del fallito tornato *in bonis*»: v. CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>254</sup> Infatti, «nel sistema disegnato dalla legge fallimentare, non c'è spazio per una rinuncia implicita o di fatto del curatore a singoli beni o rapporti facenti parte del patrimonio fallimentare: vi osta la straordinarietà dell'atto, il cui compimento, proprio per tale sua natura, a seconda dei casi, ai sensi dell'art. 42, comma 3, o dell'art. 104-ter, comma 7, legge fallim., è sottratto alla discrezionalità del curatore»; tale attività è subordinata in particolare «all'autorizzazione del comitato dei creditori, chiamato qui a svolgere, esattamente come quando approva il programma di liquidazione, una funzione di compartecipazione gestoria. Non c'è spazio, in altri termini, per fondare sull'inerzia del curatore la conservazione in capo al fallito della possibilità di stare in giudizio *jure proprio*»: v. CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

Su tali basi, dunque, non si perviene a contraddire l'orientamento che attribuisce rilievo all'inerzia del curatore, con la precisazione, però, che tale comportamento meramente omissivo viene sostituito con la necessità di una condotta qualificata<sup>255</sup>.

Ad ogni modo, laddove tale potere sia esercitato nelle forme di legge, la rinuncia del curatore a un determinato giudizio o ad un rapporto sostanziale di carattere patrimoniale ha l'effetto di trasferire il rapporto stesso al di fuori del fallimento; come si è detto, da rapporto compreso nella massa diventerà rapporto escluso.

Seppure in tal caso la qualificazione di rapporto non rientrante nel fallimento non è originaria e, dunque, l'estraneità al fallimento non è determinata in via automatica *ex lege*, non può tuttavia contestarsi che il rapporto viene a collocarsi nella medesima situazione dei rapporti personali e di quelli anche patrimoniali esclusi per legge ai sensi dell'art. 46; di conseguenza, di essi condividerà, altresì, il medesimo regime, anche processuale.

Rispetto a tali beni, che proprio in quanto fuori dal fallimento restano nella disponibilità del fallito, quest'ultimo conserva la legittimazione ad agire; dunque, lo stesso dovrebbe concludersi per quei beni che acquisiscano lo *status* di estranei in via sopravvenuta e per scelta del curatore, come effetto indiretto di una condotta rinunciataria<sup>256</sup>. Pure rispetto a tali beni il fallito dovrebbe conservare la capacità processuale.

---

<sup>255</sup> Nel medesimo senso, si afferma che vi sia «una sorta di presunzione per la quale tutti i beni e i rapporti di diritto patrimoniale del fallito sono di interesse per la massa», «fino a che gli organi della procedura non abbiano espressamente manifestato una volontà di rinuncia che, escludendo dal fallimento il bene o il rapporto di diritto patrimoniale, ne ripristina la libera disponibilità da parte del fallito»; di conseguenza, «pur essendo sempre valido il principio per il quale il fallito conserva la legittimazione ad agire per quei rapporti di diritto patrimoniale dei quali il curatore *voglia* disinteressarsi, non è più sufficiente, per ritenere sussistente la legittimazione del titolare sostanziale del rapporto (ossia del fallito), la mera constatazione del disinteresse di fatto del curatore». Infatti, serve «che la rinuncia ad acquisire alla massa fallimentare il bene, o a realizzare un credito, sia documentata con una dichiarazione del curatore corredata dalla necessaria autorizzazione del comitato dei creditori». La mera inattività non rileva come rinuncia, che deve essere espressa e, anzi, autorizzata; «tutti i beni e i rapporti di diritto patrimoniale sono di interesse della massa, tranne quelli per i quali vi sia espressa rinuncia, così che l'inerzia non è più significativa di nulla e tanto meno di rinuncia al credito o al bene». Così PROTO, *Abilitazione personale del fallito e legittimazione processuale*, cit., 2009, p. 28 ss.

<sup>256</sup> Il curatore può, «previa autorizzazione», «rinunciare ad uno o più determinati diritti»; «quello che è nella disponibilità del creditore, è di far valere i propri diritti verso il fallito nell'ambito del fallimento, oppure no»: CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss.

Su tali basi, sembra che si possano connotare come giudizi per i quali il fallito conserva la capacità ai sensi dell'art. 43, comma 1, l. fall. sia quelli relativi a rapporti estranei al fallimento, individuati *ex lege* dall'art. 46 l. fall., sia quelli che siano stati esclusi dal curatore nell'ambito delle disposizioni che glielo consentono<sup>257</sup>.

Rispetto a questi ultimi, tuttavia, la capacità viene riacquistata dopo che, per effetto della dichiarazione di fallimento era venuta meno; come è stato condivisibilmente sottolineato, infatti, proprio in quanto la parziale perdita di legittimazione processuale si verifica in via automatica come effetto della dichiarazione di fallimento rispetto a tutti i rapporti compresi nella procedura, nell'ipotesi di successiva rinuncia ad alcuni di essi la legittimazione processuale non è conservata, come avviene invece per i beni *ab origine* esclusi dal fallimento, ma soltanto riacquistata a seguito della loro estromissione dal patrimonio fallimentare<sup>258</sup>.

Non sembra tuttavia che tale legittimazione possa connotarsi come «concorrente» rispetto a quella del curatore, caratterizzandosi come legittimazione surrogatoria o suppletiva a fronte di una sua inerzia. Infatti, proprio in quanto viene riacquistata a fronte dell'esclusione dal fallimento di un rapporto che vi sarebbe altrimenti ricompreso, la legittimazione processuale si trova a discendere da un atto espresso, che costituisce una precisa scelta del curatore e che rende, rispetto a quei determinati rapporti, il fallito quale legittimato esclusivo<sup>259</sup>. Non vi è spazio per una

---

<sup>257</sup> Sarebbero infatti sia i rapporti «originariamente tali, quali i giudizi relativi ai beni e ai rapporti di cui all'art. 46 legge fallim., ma anche a quelli che sono divenuti tali per effetto di una scelta operata dal curatore ai sensi degli artt. 104-ter, comma 7, o 42, comma 3, legge fallim.»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss. Sul punto v. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 195; CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di Ambrosini-Cavalli-Jorio, diretto da Cottino, 2009, p. 353; PAJARDI - PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>7</sup>, Milano, 2008, p. 290.

<sup>258</sup> Si è messo infatti in rilievo come, in tal caso «più che di conservazione della capacità processuale da parte del fallito, deve parlarsi di riacquisto della stessa, posto che la rinuncia ad acquisire all'attivo o a liquidare i beni preesistenti (art. 104-ter, comma 7, legge fallim.) o all'acquisizione di quelli sopravvenuti alla dichiarazione di fallimento (art. 42, comma 3, legge fallim.) non può che avvenire quando nei confronti del fallito si sono già prodotti gli effetti processuali dell'apertura a suo carico della procedura concorsuale»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>259</sup> In tal senso, «la possibilità per il fallito di agire giudizialmente in proprio, in via suppletiva ed in relazione a rapporti di diritto patrimoniale in principio compresi nel fallimento può ritenersi sussistente solo subordinatamente ad una autorizzazione *ad hoc* del comitato dei creditori o del giudice delegato o ad una esplicita rinuncia del curatore, dovendosi inquadrare la fattispecie utilizzando i medesimi schemi della legge fallimentare, vertendosi in definitiva in una situazione analoga a quella nella quale si trova

legittimazione concorrente: o il giudizio è relativo a rapporti compresi nel fallimento, e allora la legittimazione ad agire spetta in via esclusiva al curatore, o si tratta di beni che dal fallimento – in via originaria o sopravvenuta, ma altrettanto definitiva – sono esclusi, con la conseguenza che, come per tutti i rapporti non patrimoniali, la legittimazione deve ritenersi attribuita in via esclusiva al fallito<sup>260</sup>.

Quanto all'ipotesi in cui il fallito, invece, intenda «sostituirsi» in via d'urgenza al curatore, sembra che tale eventualità, di certo possibile nella prassi, sia però da relegare nell'ambito della patologia. Da un lato, infatti, a fronte di una successiva costituzione del curatore, la precedente attività eventualmente svolta in via d'urgenza dal fallito in assenza di capacità processuale – certamente viziata – in ottemperanza ai principi generali può dirsi tuttavia sanata. Dall'altro, invece, laddove il curatore non intenda proseguire il giudizio, tale attività, in difetto di una necessaria condizione dell'azione, resterebbe viziata e il processo dovrebbe configurarsi, sempre in ottemperanza ai principi generali, improcedibile.

#### **8. (segue): e della scelta creditoria di agire in via extrafallimentare.**

Analogamente criticabile appare anche l'ipotesi in cui sia il creditore a voler proseguire un determinato processo nei confronti del fallito a fini extrafallimentari.

Si tratta del caso in cui il creditore affermi di avere interesse alla prosecuzione di un processo, al di fuori del fallimento, al fine di ottenere un titolo da far valere nel caso di eventuale ritorno *in bonis* del debitore. A derivarne è tuttavia, anche in tal caso, un'eccezione alla perdita di capacità processuale del fallito. Sulla base della volontà di una delle parti, infatti, si consentirebbe lo

---

il curatore quando deve compiere un atto di straordinaria amministrazione (*sub specie* di rinuncia ad una componente dell'attivo) o un atto di costituzione in giudizio»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>260</sup> Si afferma pure che facendo riemergere la legittimazione a fronte di un «atto di dismissione del diritto controverso da parte degli organi fallimentari», si trasformerebbe la figura «da ipotesi eccezionale, quale era (ed è) nella elaborazione giurisprudenziale, in una ipotesi fisiologica in cui il fallito, per effetto della fuoriuscita di un certo rapporto controverso da quelli ricompresi nel fallimento, riacquista in relazione al medesimo la legittimazione processuale perduta a seguito della apertura della procedura. Il che però fa perdere alla fattispecie l'utilità»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

svolgimento di un processo nei confronti di un soggetto che, a seguito della dichiarazione di fallimento, è privo di legittimazione processuale; ne deriverebbe, dunque, una non consentita facoltà di derogare ai presupposti processuali<sup>261</sup>.

Ne consegue la critica già prospettata: la legge collega al fallimento la perdita di capacità del fallito, la quale non può essere ripristinata per volontà delle parti. Non viene attribuita, infatti, ai creditori una tale possibilità di scelta.

Non sembra nemmeno da condividere l'argomento in base al quale il creditore potrebbe avere comunque un interesse a proseguire il giudizio in via extrafallimentare. Infatti, la questione non riguarda la sussistenza dell'interesse ad agire – che in ipotesi potrebbe anche essere presente – ma la necessità di agire nei confronti di un soggetto processualmente legittimato.

Sotto tale profilo, non pare però nemmeno che la possibilità di agire in via extrafallimentare debba ritenersi sempre necessariamente esclusa.

Al contrario, sulla base di un ragionamento analogo a quello già svolto, dovrebbe potersi ammettere che i creditori abbiano la possibilità di ottenere dal curatore la rinuncia al processo o al rapporto patrimoniale a cui il giudizio si riferisce; rinuncia che, pure in tal caso, sulla base delle norme di legge dovrebbe essere autorizzata dai creditori.

Di conseguenza, a fronte dell'esclusione del rapporto dal fallimento, proprio in quanto viene a collocarsi nell'alveo dei rapporti per i quali il fallito riacquista la capacità, i relativi diritti potranno essere fatti valere nei suoi confronti.

---

<sup>261</sup> Si mette infatti in rilievo come il creditore che abbia rinunciato a insinuarsi nel fallimento possa far valere il proprio credito, «se non si sia nel frattempo prescritto, dopo la chiusura del fallimento, in difetto di esdebitazione del fallito»; tuttavia, proprio «la circostanza che il credito non possa giudicarsi estinto, in assenza di una rinuncia da parte del creditore», «non giustifica che nelle more del fallimento il creditore possa proseguire il processo (o intraprendere una nuova azione) contro il fallito»: CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss. In tal senso, «la “manovra” di un creditore che preferisca rinunciare a soddisfare il proprio credito nell'ambito del fallimento, preconstituendosi però lo strumento per agire esecutivamente contro il fallito all'indomani della chiusura del fallimento» avrebbe uno scopo «immeritevole di tutela». Nel medesimo senso, si sottolinea che «la chiusura del fallimento non implica la liberazione del fallito dalle obbligazioni non soddisfatte nel corso della procedura concorsuale, onde, dopo la chiusura del fallimento, i creditori possono sempre agire nei confronti del fallito tornato *in bonis* per ottenere il pagamento dei crediti che, accertati nei confronti del fallimento, non abbiano trovato (completa) soddisfazione nel corso della procedura»: v. GIORGETTI, *La capacità processuale del fallito nei giudizi litisconsortili con il fallimento*, cit., p. 1083 ss.

Peraltro, laddove si tratti di azioni contro il fallimento o, comunque, di rapporti che per la massa comportino esclusivamente passività, non sembra possano esservi ragioni per le quali il curatore dovrebbe negare una tale dismissione.

La facoltà di ottenere un'analoga autorizzazione ai sensi dell'art. 35 da parte dei creditori a fronte della rinuncia del curatore non sembra potersi negare, poi, nemmeno laddove la richiesta provenga dal fallito, il quale potrebbe a propria volta avere interesse a proseguire un giudizio a fini extrafallimentari; non invece, ovviamente, sulla base di una sua esclusiva scelta, anche se eventualmente estrinsecatasi in una formale dichiarazione in tal senso.

### **9. La perdita della capacità come effetto del fallimento.**

Come si è anticipato in apertura, la privazione della capacità processuale del fallito, oltre ad essere parziale, è temporalmente circoscritta. Sotto tale profilo, infatti, essa risulta racchiusa tra due eventi: l'apertura e la chiusura del fallimento<sup>262</sup>.

Quanto al momento iniziale, in passato si escludeva che la perdita della capacità rappresentasse un effetto automatico della dichiarazione di fallimento; al contrario, si riteneva necessaria l'iniziativa di parte, alla stregua di quanto previsto dall'art. 300 c.p.c. Di conseguenza, l'interruzione si sarebbe verificata – e a meno che non vi fosse la spontanea costituzione del curatore in giudizio – solo a seguito della dichiarazione in udienza o della notifica dell'evento interruttivo ad opera del procuratore costituito<sup>263</sup>. Tale lettura risultava, d'altra parte, strettamente collegata al carattere (soggettivamente) relativo che si conferiva alla perdita di capacità, la quale,

---

<sup>262</sup> COSSIGNANI, *Dichiarazione di fallimento e interruzione dei processi*, in *Fall.*, 2009, p. 955 ss.; cfr. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002, p. 5 ss.; E. F. RICCI, *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 1021 ss.; ANDRIOLI, voce *Fallimento*, cit., p. 386 ss.; PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963, p. 186 ss.; TARZIA, *Processi pendenti e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 67 ss.; MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, 1991, p. 261 ss.; CALIFANO, *L'interruzione del processo civile*, Napoli, 2004, 182 ss.

<sup>263</sup> Infatti, in una prima fase, la giurisprudenza riteneva che la perdita della legittimazione processuale in capo al fallito non si verificasse automaticamente, ma dovesse «acquisire rilevanza nel processo con le forme previste dall'art. 300 c.p.c. e dunque con la dichiarazione in udienza o con la notifica alle altre parti dell'evento interruttivo da parte del procuratore del fallito»: v. FERRI – BELLOMI, *La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore*, cit., p. 952 ss.

come si è visto, sulla base di tale interpretazione poteva essere fatta valere solo dal curatore nell'interesse della massa<sup>264</sup>.

A seguito della riforma del 2006, intervenuta anche sull'art. 43 l.fall.<sup>265</sup>, non vi è più dubbio che l'interruzione si verifichi in modo automatico; ora, infatti, si prevede che la dichiarazione di fallimento provochi l'interruzione automatica dei processi in corso. Da un lato, dunque, si esclude la necessità di un'ulteriore attività di parte; dall'altra, si ammette che l'evento possa essere rilevato d'ufficio<sup>266</sup>.

Ciò si coniuga, d'altra parte, con una lettura della perdita della capacità processuale in termini assoluti e direttamente derivante dalla dichiarazione di fallimento. Tale perdita di capacità, infatti, si configura come un effetto automatico, che consegue allo spossessamento<sup>267</sup>; analogamente, pure l'effetto processuale dell'interruzione ne deriva in via altrettanto immediata.

Se tale è il risultato interpretativo quanto alla decorrenza di tale *deminutio* processuale, merita tuttavia sottolineare che la giurisprudenza ha chiarito come il termine per la riassunzione sia traslato in avanti. Si determina, dunque, una scissione tra il momento in cui si verifica la perdita di capacità processuale – e, contestualmente, l'interruzione del processo –, e quello in cui, invece, inizia a decorrere il termine per la sua riassunzione<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> A tale prospettiva soggettiva conseguiva, altresì, che in caso di inerzia, se l'esito negativo si configurava comunque inopponibile alla massa, il curatore avrebbe invece comunque potuto approfittare dell'eventuale sentenza favorevole: v. FERRI – BELLOMI, *La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore*, cit., p. 952 ss.

<sup>265</sup> Si tratta del D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha introdotto un terzo comma all'art. 43, a norma del quale l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo.

<sup>266</sup> Sul punto, v. NICODEMO, *Effetti del fallimento*, cit., p. 174 ss.; FERRI-BELLOMI, *La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore*, cit., p. 952 ss.; G. F. RICCI, *Accertamento del passivo nel fallimento ed errori duri a morire*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 493, in part. nota 6.

<sup>267</sup> Sul punto, v. PROTO, *Abilitazione personale del fallito e legittimazione processuale*, cit., 2009, p. 28 ss.; CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, cit., p. 31.

<sup>268</sup> A fronte dell'automaticità dell'interruzione, si deve precisare il momento di decorrenza rispetto alle parti. V. FLORIO, *Brevi considerazioni sull'interruzione dei processi a causa del fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 472 ss., in cui si rileva come conseguenza dell'automaticità dell'interruzione dei processi a seguito della sentenza dichiarativa di fallimento «è il decorrere del termine perentorio per la riassunzione a partire dalla data di pubblicazione della sentenza, ai sensi dell'art. 17 legge fallim.», distinguendosi tra la parte diversa da quella fallita, «per la quale il termine per la riassunzione comincia a decorrere dal momento in cui l'evento interruttivo è dichiarato in udienza o notificato alla controparte», e la curatela, «per la quale il medesimo termine comincia a decorrere dal momento della comunicazione della sentenza di fallimento». Così Cass. sez. un., 20 marzo 2008, n. 7443, in *Foro it.*, 2009, 5, I, c. 1501, afferma come l'evento interruttivo decorra dalla dichiarazione o notificazione alle controparti dell'evento interruttivo-perdita di capacità. Analogamente, il termine per la riassunzione del processo, secondo

## 10. (segue): e il suo riacquisto.

Dal punto di vista del termine finale, la perdita di capacità si protrae fino alla chiusura del fallimento, la quale avviene con decreto *ex art.* 119 l.fall.<sup>269</sup>.

Ai sensi del successivo art. 120 l.fall., con la chiusura cessano gli effetti del fallimento sul patrimonio del fallito e le ulteriori incapacità che ne conseguono; allo stesso modo, decadono gli organi preposti al fallimento. Inoltre, come prevede il comma 2 della norma, le azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento non possono essere proseguite e, ai sensi del comma 3, i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvi gli effetti dell'esdebitazione.

Come l'apertura del fallimento determina l'interruzione dei processi in corso, si ritiene che lo stesso, dunque, avvenga a fronte della sua chiusura. In tal caso, l'interruzione si trova a dipendere dalla perdita della legittimazione in capo al curatore, che si verifica a fronte della riespansione di quella del fallito<sup>270</sup>.

Il riacquisto della piena capacità processuale si coniuga, sotto il profilo processuale, agli effetti del venir meno dello spossessamento sotto il profilo sostanziale: come il fallito riacquista la libera

---

un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 305 c.p.c., decorre dalla data di conoscenza legale dell'evento interruttivo, che non può essere acquisita non in via di mero fatto ma per il tramite di una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa dell'evento e, in particolare, dalla pubblicazione della dichiarazione di fallimento: v. Cass. 7 marzo 2013, n. 5650, in *Dejure*. Anche di recente si è messo in rilievo come, intervenuto il fallimento, «l'interruzione è sottratta all'ordinario regime dettato in materia dall'art. 300 c.p.c. (è, cioè, automatica e deve essere dichiarata dal giudice non appena sia venuto a conoscenza dall'evento), ma non anche nel senso che la parte non fallita è tenuta alla riassunzione del processo nei confronti del curatore indipendentemente dal fatto che l'interruzione sia stata o meno dichiarata»: Cass. 1 marzo 2017, n. 5228, in *Dejure*.

<sup>269</sup> In particolare, si mette in rilievo come gli effetti discendenti dalla chiusura del fallimento, tra cui il riacquisto della capacità, si verificano dal momento in cui il decreto di chiusura diventa definitivo: v. in tal senso, GENOVIVA, *La chiusura del fallimento nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2007, p. 6.

<sup>270</sup> Sul punto, v. NICODEMO, *Effetti del fallimento*, cit., p. 174 ss., ove si rileva come la chiusura del fallimento determina l'interruzione dei processi in corso proprio per sopravvenuta carenza di legittimazione processuale del curatore. In tal senso, v. anche GENOVIVA, *La chiusura del fallimento nella riforma delle procedure concorsuali*, cit., p. 6 ss., per il quale «bisogna ritenere che la chiusura del fallimento determini automaticamente l'interruzione del processo ove è costituito il curatore a seguito della perdita, da parte di quest'ultimo, della legittimazione sostanziale e processuale rispetto al rapporto dedotto in giudizio».

diponibilità e amministrazione del patrimonio, allo stesso modo recupera i relativi poteri processuali<sup>271</sup>.

Poiché il riacquisto della capacità processuale da parte del fallito tornato *in bonis* si configura come un effetto diretto ed immediato della chiusura del fallimento, allo stesso modo dovrebbe essere diretta ed immediata l'interruzione del processo<sup>272</sup>. Merita tuttavia sottolineare che è stata sostenuta anche la tesi contraria, per la quale, in applicazione dell'art. 300 c.p.c., si dovrebbe procedere alla dichiarazione in udienza dell'evento interruttivo o alla notifica alla controparte<sup>273</sup>.

Quest'ultima tesi, tuttavia, non pare da condividere a fronte dell'automatismo legato alla riforma: come l'interruzione del processo è automatica a fronte dell'apertura del fallimento, altrettanto dovrebbe dirsi rispetto alla chiusura<sup>274</sup>.

Ad ogni modo, a seguito dell'interruzione del processo, il fallito potrà provvedere alla sua riassunzione, ad eccezione degli eventuali giudizi relativi ad azioni derivanti dal fallimento, che, al contrario, diventano improcedibili<sup>275</sup>. Merita infatti sottolineare che il riacquisto della

---

<sup>271</sup> Come rileva CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. Fall.*, 2015, p. 573 ss. a tale evento consegue «la cessazione degli effetti del fallimento sul patrimonio del fallito, di cui la perdita di capacità processuale - come si è detto - è conseguenza». In tal senso, si sottolinea come «il primo e principale effetto della chiusura della procedura, ai sensi del comma 1 dell'art. 120 legge fallim., è la restituzione in capo al debitore del potere di amministrare e disporre pienamente dei beni costituenti il suo patrimonio, cioè il suo ritorno “*in bonis*”»: GENOVIVA, *La chiusura del fallimento nella riforma delle procedure concorsuali*, cit., p. 6 ss.

<sup>272</sup> Infatti, «in assenza di una disposizione che preveda un qualche automatismo parificabile a quello oggi contemplato dall'art. 43, comma 3, legge fallim., si pone la questione se debbano valere le regole di diritto comune sull'interruzione dei giudizi in corso», con la conseguenza che, in mancanza di dichiarazione o notificazione ai sensi dell'art. 300 c.p.c. il giudizio prosegue tra le parti originarie con effetti in capo all'*ex* fallito, «ovvero se possa sostenersi che, pur in difetto di una previsione *ad hoc*, anche l'evento interruttivo in discorso sia suscettibile di generare effetti automatici»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>273</sup> In tal senso, si afferma che l'effetto interruttivo «non è automatico quando vi è stata costituzione di almeno una delle parti», poiché, in applicazione dell'art. 300 c.p.c., «l'evento deve essere dichiarato dal procuratore costituito o accertato nei modi dalla stessa norma previsti»: ZANICHELLI, *Chiusura del fallimento, processi pendenti e mutamento della domanda*, in *Fall.*, 2003, p. 213 ss.

<sup>274</sup> Ciò si afferma in ragione della «*ratio* dell'interruzione in parola, la quale, esattamente come l'interruzione che consegue all'apertura della procedura, differisce da quella propria delle ipotesi disciplinate dal codice di rito, risolvendosi non già, come queste ultime, nella tutela del diritto di difesa della parte colpita dall'evento interruttivo, ma, secondo una logica uguale e contraria a quella sottesa all'interruzione disciplinata dall'art. 43, comma 3, legge fallim., nella riconciliazione della qualità di legittimato processuale con quella di titolare del rapporto controverso e dunque di parte del giudizio»: v. CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

<sup>275</sup> Dopo la chiusura della procedura non possono essere proseguite «le azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento»: GENOVIVA, *La chiusura del fallimento nella riforma delle*

legittimazione non vale indistintamente per tutti i processi pendenti; ciò in quanto il curatore ha una serie di poteri, previsti in funzione del suo ufficio, che non possono spettare al fallito tornato *in bonis*. Tale aspetto si risolve nell'improcedibilità dei giudizi instaurati dal curatore nell'interesse della massa<sup>276</sup>.

Peraltro, si mette in rilievo come il medesimo effetto interruttivo sui rapporti pendenti si possa trarre pure dalle regole dettate in tema di cessazione del curatore dal proprio ufficio. Infatti, oltre che dal riacquisto della capacità processuale in capo al fallito una volta tornato *in bonis*, l'interruzione del giudizio si troverebbe a discendere, altresì, dalla decadenza degli organi preposti al fallimento, e tra di essi, del curatore; a fronte della cessazione dall'ufficio, infatti, quest'ultimo non avrebbe più alcun titolo per proseguire il giudizio relativo a diritti del debitore<sup>277</sup>.

In effetti, dalla chiusura del fallimento, tradizionalmente si è altresì sempre fatta discendere la decadenza degli organi processuali; di conseguenza, il curatore non avrebbe nemmeno in astratto potuto conservare la legittimazione ad agire<sup>278</sup>.

---

*procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 6 ss., ove si rileva che rientrano nell'improcedibilità dettata dall'art. 120, comma 2, «tutte quelle azioni che traggono origine e causa nella procedura fallimentare, quali principalmente le revocatorie fallimentari e le azioni di simulazione in cui il curatore agisca quale terzo»; per l'autore, a tali azioni dovrebbero aggiungersi anche quelle «di impugnazione dello stato passivo pendenti», come pure «i giudizi pendenti di opposizione, impugnazione e revocazione». Al contrario, restano «sicuramente perseguibili da parte del fallito o dei creditori tutte quelle azioni già intraprese dal curatore, ma che non hanno origine e causa specifica nella procedura fallimentare, quali ad esempio le azioni recuperatorie di crediti del fallito ovvero le azioni revocatorie ordinarie o quelle di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo delle società». Sul punto, v. BETTAZZI, *L'efficacia e gli effetti della riforma della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Fall.*, 2014, p. 163, ove si prevede che il medesimo effetto discenda dall'eventuale revoca della sentenza dichiarativa di fallimento.

<sup>276</sup> Si mette infatti in rilievo come il curatore acquisisca, «per effetto della funzione assunta in vista della finalità (ricostituiva, accertativa e distributiva del patrimonio e dei diritti sullo stesso, secondo il principio di *par condicio*) della procedura, anche una legittimazione (sostanziale e quindi) processuale, poi non trasferibile al fallito tornato *in bonis*»: v. PATTI, *Scioglimento di preliminare e giudizio pendente ex art. 2932 c.c.: quale legittimazione del fallito dopo la chiusura del fallimento?*, in *Fall.*, 2008, p. 1168 ss.

<sup>277</sup> In tal senso, cessando l'attività del curatore a seguito della chiusura del fallimento, parte necessaria è il fallito *in bonis*, prospettandosi come, tuttavia, sulla base di una diversa lettura la parte continuerebbe ad essere il curatore mentre il fallito acquisterebbe soltanto la facoltà di intervenire ai sensi dell'art. 105 c.p.c.: PERRINO, *Gli effetti della chiusura del fallimento sul giudizio pendente di revocazione dei crediti ammessi*, in *Fall.*, 2008, p. 1419.

<sup>278</sup> In quanto dalla chiusura del fallimento discende la decadenza degli organi fallimentari (art. 120, comma 1, legge fallim.), lo stesso curatore perde la legittimazione processuale, realizzandosi, «a parti invertite, la medesima situazione che consegue alla apertura della procedura: il curatore perde la capacità processuale, che viene riacquistata nella sua pienezza dal fallito»: v. CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss.

## 11. (segue): le novità introdotte sul fronte della *prorogatio* processuale del curatore.

Merita sottolineare tuttavia che su tali aspetti consolidati è intervenuto il legislatore della c.d. miniriforma estiva del 2015, il quale ha introdotto due modifiche sostanziali.

Innanzitutto, innovando l'art. 118 l.fall., ha previsto al comma 2 che la chiusura della procedura di fallimento, quando è compiuta la ripartizione dell'attivo, non è impedita dalla pendenza di giudizi, rispetto ai quali il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi, ai sensi dell'art. 43.

Allo stesso tempo, introducendo un comma 5 all'art. 120 l.fall., ha previsto che nell'ipotesi di chiusura in pendenza di giudizio, il giudice delegato e il curatore restano in carica, seppure soltanto a tali fini.

A fronte di tale riforma, si è messo in rilievo come la chiusura del fallimento non sia più impedita da un eventuale giudizio in corso, consentendosi una chiusura «anticipata» che nel sistema precedente sarebbe stata preclusa<sup>279</sup>.

In tali giudizi pendenti resta parte il curatore, con una *prorogatio* dei suoi poteri processuali<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> In tal senso, v. MONTANARI, *Fallimento e concordato preventivo (I parte) – La novità della chiusura del fallimento in pendenza di cause*, in *Giur. it.*, 2017, p. 230, ove si mette in rilievo come ad essere anticipata in realtà non è la sola chiusura, ma la stessa ripartizione finale dell'attivo: «quest'ultima, stante l'immodificata proposizione d'apertura dell'art. 116, 1° comma, L. fall., continua a presupporre, oggi come ieri, l'intervenuto esaurimento della liquidazione dell'attivo»; tuttavia, in ragione «del fatto che la pendenza di una certa serie di giudizi non sia più d'ostacolo alla chiusura del fallimento e dunque, a monte, alla ripartizione finale», si deve ritenere che «le condizioni richieste dalla legge per poter considerare la liquidazione come esaurita siano cambiate: e cambiate, per l'esattezza, nel senso che non sia più necessaria al fine appena indicato la previa definizione di quel contenzioso». Sul punto, v. anche MINUTOLI, *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, II, Torino, 2016, p. 2429 ss.; SPADARO, *Casi di chiusura*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 83 ss.; ZIINO, *Le recenti disposizioni sulla "chiusura provvisoria" del fallimento in attesa della definizione di giudizi pendenti*, in *www.eclegal.it*, 25 marzo 2016, p. 1 ss.

<sup>280</sup> Il D.L. n. 83/2015, infatti, intervenendo sull'art. 118 l.fall., ha previsto «una sorta di proiezione dell'effetto processuale in parola oltre la procedura, essendo consentito al curatore, sulla base di una scelta che dovrà essere necessariamente programmata con congruo anticipo, di mantenere la legittimazione processuale attribuitagli dall'art. 43 legge fallim. anche dopo la chiusura del fallimento, a condizione che questa si realizzi per ripartizione finale dell'attivo»: CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, cit., p. 573 ss. In tal modo è stato attribuito agli organi fallimentari «il recupero dei beni giudizialmente contesi e, una volta che questo sia andato a buon fine, la loro successiva liquidazione - senza, pertanto, che la massa debba sopportare il cospicuo sacrificio connesso alla necessità di "premiare" il terzo che quelle attività voglia accollarsi - ma, al contempo, permettendo ad essi organi di perseguire quegli obbiettivi a fallimento concluso, senza condannare la procedura a rimanere aperta nell'attesa che recupero e liquidazione dei beni predetti siano stati ultimati»: v. MONTANARI, *Fallimento e concordato preventivo (I parte) – La novità della chiusura del fallimento in pendenza di cause*, cit., p. 230. L'autore sottolinea altresì come il fatto che la prosecuzione

Tale disposizione sembra consentire di svolgere altresì una considerazione generale in tema di perdita della legittimazione processuale da parte del curatore e di suo riacquisto da parte del fallito.

Infatti, a maggior ragione, alla luce della previsione di una siffatta proroga della legittimazione ad agire, per la quale il legislatore ha ritenuto di dover provvedere in base ad una norma espressa, sembra risultare avvalorata la conclusione per la quale, nei restanti casi, il ripristino della legittimazione del fallito sia immediato e automatico e così pure l'interruzione del processo.

Ad eccezione dei giudizi relativi ad azioni nascenti dal fallimento, dunque, pare potersi concludere per l'automaticità ed immediatezza degli effetti che derivano dalla chiusura della procedura.

## **12. Le particolarità della chiusura di fallimento per concordato fallimentare.**

Un discorso a parte merita l'ipotesi di chiusura del fallimento per concordato fallimentare, rispetto alla quale ci si è sempre interrogati sulla possibilità di applicare principi analoghi a quelli di chiusura *ex art.* 118 l.fall.

Laddove nel corso della procedura sopravvenga una domanda di concordato fallimentare<sup>281</sup>, infatti, e soprattutto se si tratti di una proposta con assunzione, si pone il problema di quale sia il soggetto a cui spetti la legittimazione processuale nei giudizi pendenti, come pure in quelli instaurati *ex novo*<sup>282</sup>.

---

«debba avvenire nel contraddittorio del curatore, ai fini dell'acquisizione degli eventuali risultati utili del giudizio, porta ad escludere che, alla chiusura del fallimento, debba corrispondere l'interruzione del processo a norma degli artt. 299 e segg. c.p.c. Al tempo stesso non ne discende, però, che al debitore tornato *in bonis* debba altresì negarsi il diritto di fare ingresso in quel giudizio medesimo: ed anzi, più che di una mera facoltà d'intervento, sarebbe invero il caso parlare di una necessaria integrazione del contraddittorio nei suoi confronti». Sul punto v anche ID., *Chiusura "anticipata" del fallimento ai sensi dell'art. 118, comma 1, n. 4, l.fall?*, in *Fall.*, 2016, p. 1250 ss.

<sup>281</sup> Ai sensi dell'art. 130 l. fall., infatti, la proposta di concordato diventa efficace dal momento in cui scadono i termini per opporsi all'omologazione, o dal momento in cui si esauriscono le impugnazioni previste dall'articolo 129. Quando il decreto di omologazione diventa definitivo, il curatore rende conto della gestione ai sensi dell'articolo 116 ed il tribunale dichiara chiuso il fallimento.

<sup>282</sup> In particolare, si mette in rilievo la «distanza» tra le ipotesi di chiusura di cui all'art. 118 l.fall. e la «definitività dell'omologazione del concordato»; nel primo caso, con il fallimento «si chiude (qualora sia iniziata) anche la liquidazione concorsuale e conseguentemente trova compimento, nei limiti dell'attivo fallimentare, la soddisfazione dei creditori concorrenti»; se invece il fallimento si chiude per omologazione

Tradizionalmente, la giurisprudenza ha ricollegato alla proposta di concordato con assunzione un effetto particolare sotto il profilo processuale; in tal caso, infatti, si è ritenuto che la legittimazione spetti all'assuntore, il quale subentra nella posizione prima ricoperta dal curatore<sup>283</sup>.

Per un verso, infatti, si escludeva che gli organi fallimentari, e segnatamente il curatore, a seguito dell'apertura del concordato fallimentare, potessero conservare un ruolo nelle dinamiche dei processi pendenti<sup>284</sup>.

Merita tuttavia dar conto di come, secondo una diversa prospettiva, confermata anche di recente, pure in presenza di concordato con assuntore, il curatore conserverebbe un ruolo sostanziale idoneo a ripercuotersi nel persistere di una forma di legittimazione processuale<sup>285</sup>.

---

del concordato, «non necessariamente si chiude la liquidazione, potendo essa proseguire al di fuori del fallimento»; di conseguenza anche la soddisfazione dei creditori «prosegue, sempre al di fuori del fallimento». V. PERRINO, *Concordato fallimentare con assuntore, cessione delle azioni revocatorie ed inconsapevolezza dello stato di insolvenza*, in *Fall.*, 2007, p. 775.

<sup>283</sup> Qualora si verifichi la chiusura del fallimento per concordato nella posizione del curatore, infatti, si subentra l'assuntore del concordato; sul punto, v. CERRI, *Legittimazione a stare in giudizio da parte dell'assuntore del concordato fallimentare e natura del danno da perdita della capacità di guadagno futuro: due questioni sottoposte al vaglio della Suprema Corte*, in *Dir. fall.*, 2012, p. 12 ss. Sul tema si è rilevato come «la successione dell'assuntore è fenomeno complesso, poiché alla successione a titolo particolare nel diritto si accompagna, con la chiusura della procedura, la perdita della legittimazione processuale del Curatore, con la conseguenza che, almeno da tale momento, non è possibile la prosecuzione del giudizio tra le parti originarie prevista dall'art. 111 c.p.c., comma 1, e si deve, quindi, fare luogo all'interruzione del processo»: TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, in *Fall.*, 2008, p. 861.

<sup>284</sup> Si mette infatti in rilievo come, secondo «un orientamento più risalente, la definitiva omologazione del concordato determinava la cessazione della procedura fallimentare e la decadenza degli organi ad essa preposti che, nella successiva fase di esecuzione del concordato, andavano a costituire un complesso organo di vigilanza»: SPADARO, *Concordato fallimentare inadempito e legittimazione del curatore ad agire nei confronti del terzo garante o assuntore*, in *Fall.*, 2017, p. 283. Sul punto, v. BONSIGNORI, *Del concordato fallimentare*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di Scialoja - Branca, Bologna, 1977, p. 452 ss.

<sup>285</sup> In tal senso, infatti, in quanto con l'omologazione del concordato fallimentare si aprirebbe una fase volta a sostituire la liquidazione fallimentare, comunque funzionale all'esecuzione degli obblighi concordatari, il curatore conserverebbe «piena legittimazione in ordine a tutte le azioni inerenti il patrimonio fallimentare, anche in vista di un eventuale inadempimento del concordato, per l'esecuzione coattiva del quale si riteneva legittimato ad agire»: SPADARO, *Concordato fallimentare inadempito e legittimazione del curatore ad agire nei confronti del terzo garante o assuntore*, cit., p. 283.

In base a quest'ultimo punto di vista, gli organi fallimentari non subirebbero propriamente la decadenza dalle proprie funzioni; al contrario, continuerebbero a svolgere il proprio ufficio, per quanto con modalità attenuate<sup>286</sup>.

In realtà non è pacifico se il mantenimento di tale ruolo sia sufficiente a conservare anche poteri di ordine processuale. Secondo una prospettiva, comunque, dal momento che l'assuntore sarebbe da qualificare come successore *ex art. 111 c.p.c.*, della relativa legittimazione non sarebbe privato anche il curatore<sup>287</sup>.

### **13. Le conseguenze della perdita di capacità del fallito: il ruolo processuale del curatore come terzo e come successore.**

A fronte delle dinamiche di cui si è dato conto, che comportano la perdita di capacità del fallito a fronte dell'apertura della procedura e la conseguente legittimazione processuale del curatore, si è storicamente posto in dottrina il problema interpretativo – tutt'ora, invero, irrisolto – volto a qualificare la posizione processuale ricoperta da quest'ultimo.

Come si è visto, la perdita di capacità del fallito ha quale diretta conseguenza la preclusione ad operare come parte formale del processo e, per quanto qui interessa, del processo arbitrale; ruolo che, a seguito del fallimento, spetta al curatore. Ai sensi dell'art. 43, comma 1, l.fall., infatti, nelle controversie anche in corso relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore.

La legge non individua a che titolo sia attribuito al curatore il potere di stare in giudizio, con la conseguenza che, sulla base di diverse interpretazioni, si è affermato che egli opererebbe quale

---

<sup>286</sup> SPADARO, *Concordato fallimentare inadempito e legittimazione del curatore ad agire nei confronti del terzo garante o assuntore*, cit., p. 283.

<sup>287</sup> Il richiamo all'art. 111 sarebbe «naturale» in quanto «l'assuntore trae il proprio titolo dal trasferimento delle attività fallimentari cui accede l'espromissione dei debiti», con conseguente «*perpetuatio legitimationis* del dante causa, cioè del curatore»: PERRINO, *Concordato fallimentare con assuntore, cessione delle azioni revocatorie ed inconsapevolezza dello stato di insolvenza*, in *Fall.*, 2007, p. 775; cfr. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore: aspetti processuali e sostanziali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 229.

sostituto del fallito<sup>288</sup>, di rappresentante<sup>289</sup>, o comunque di una posizione del tutto autonoma difficile da inquadrare nelle ordinarie categorie giuridiche<sup>290</sup>.

In particolare, pare che le diverse configurazioni di tale ruolo processuale possano essere inquadrate all'interno di una contrapposizione di base: l'attribuzione al curatore di un ruolo di parte, sostitutivo rispetto a quello del fallito<sup>291</sup>, o, al contrario, la valorizzazione del suo ruolo istituzionale quale organo del fallimento che, considerando la funzione della quale risulta investito direttamente dalla legge, condurrebbe ad affermarne una posizione autonoma rispetto a quella delle parti<sup>292</sup>, quando non di vera e propria terzietà<sup>293</sup>.

La diversità di approccio nella qualificazione della posizione del curatore ha un concreto rilievo rispetto alle azioni esercitabili: laddove infatti si ritenga che il ruolo del curatore sia puramente «sostitutivo» di quello del fallito, egli potrà soltanto esperire le azioni che spettavano a quest'ultimo; laddove invece si consideri il suo ruolo istituzionale, i suoi poteri, a prescindere

---

<sup>288</sup> Nel senso che il fallimento determina un «fenomeno di sostituzione» v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 26-27; ID., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 34; cfr. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 191; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, pp. 95-96. Sul punto, v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, in *Fall.*, 2016, pp. 861-862.

<sup>289</sup> Nel senso che il curatore «è investito di una speciale rappresentanza», v. PIPIA, *Del fallimento*, Torino, 1931, p. 274-275; DE MAIO, *Il fallimento*, Roma, 1950, p. 71.

<sup>290</sup> In tal senso, si è infatti messo in rilievo che la questione della «natura del curatore» è stata spesso affrontata in base a istituti privatistici inadeguati a spiegare i profili processuali del fallimento. Tuttavia, da un lato le «azioni concesse dalla legge al curatore supera quella del fallito», e, dall'altro, vi sono «poteri concessi al curatore in contrasto con gli stessi creditori»; i poteri del curatore derivano «dalla sua natura di organo preposto al fallimento», e la sua posizione è variabile: «quando agisce per la realizzazione di un diritto di credito già del fallito, o subentri in un contratto ineseguito» deve essere «considerato alla stregua di un avente causa», in caso contrario, «esercitando un diritto proprio del fallimento, deve considerarsi terzo»: v. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 153-154. Nel senso che «il curatore non sostituisce nessuno, ma esercita una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia», v. FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., p. 277.

<sup>291</sup> Per un verso, si afferma che il curatore operi nel fallimento quale sostituto del debitore. Nel senso che il fallimento determina un «fenomeno di sostituzione» v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 26-27; ID., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 34; e che si verifica un fenomeno di «sostituzione» del curatore nelle posizioni del fallito: v. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 191.

<sup>292</sup> Nel senso che «il curatore non sostituisce nessuno, ma esercita una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia», v. FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., p. 277; analogamente, v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 19; nonché ID., voce *Fallimento*, cit., p. 373 ss., ove si rileva come l'attività in giudizio del curatore dovrebbe essere riportata «alla qualificazione di ausiliario di giustizia, anziché avvicinarla ad altre figure specifiche del diritto processuale civile».

<sup>293</sup> Nel senso che, laddove eserciti «un diritto proprio del fallimento, deve considerarsi terzo», v. MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 153-154; cfr. ID., *La posizione del curatore con particolare riferimento all'accertamento dei crediti nonché alle inopponibilità relative alla precedente esecuzione individuale*, in *Dir. fall.*, 1981, II, p. 577.

da quelli già spettanti alle parti, andranno delineati in funzione dell'interesse pubblico e di quello della massa dei creditori<sup>294</sup>.

Se è certo che il curatore intervenga nelle veci del fallito – come prevede la stessa legge – e che allo stesso tempo svolga anche una funzione pubblicistica, quale organo della procedura, sembra tuttavia che richiamare la sua posizione istituzionale, al fine di farne derivare la sua azione in giudizio quale portatore di un interesse più generale, finisca per aggirare la questione anziché risolverla<sup>295</sup>; non si individua, infatti, quale sia il ruolo processuale concretamente svolto dal curatore.

Quest'ultimo, a prescindere dalla funzione ricoperta e dal suo ruolo istituzionale, certamente connesso alla tutela di un interesse pubblico, quando partecipa al processo è per ciò stesso parte, con la conseguenza di doverne escludere una posizione *super partes* o di terzietà.

Allo stesso modo, non convince la presenza di un fenomeno successorio.

Ai sensi dell'art. 110 c.p.c., si verifica una successione nel processo quando la parte viene meno «per morte o per altra causa», nel qual caso il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto.

A prescindere dalla possibilità di far rientrare il fallimento nel venir meno della parte «per altra causa»<sup>296</sup>, ciò che si verifica a seguito di un tale evento è il trasferimento della situazione controversa in capo al successore<sup>297</sup>.

Sulla base della tesi per la quale a seguito del fallimento si verificherebbe una vicenda siffatta, il curatore, in quanto successore del fallito, subentrerebbe nella posizione processuale del fallito, agendo in nome proprio e nell'interesse dei creditori<sup>298</sup>. Come emerge da tale lettura, tuttavia, si postula che a venire meno a seguito della dichiarazione di fallimento non sia la sola legittimazione

---

<sup>294</sup> Su tali questioni, v. SPIOTTA, *Il curatore*, Bologna, 2006, p. 23 ss.

<sup>295</sup> In questo senso, v. SPIOTTA, *Il curatore*, cit., p. 22.

<sup>296</sup> Si ritiene infatti che tale norma disciplini le ipotesi in cui si verifica una vera e propria estinzione: v. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 362.

<sup>297</sup> *Contra* pero v. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 362 ss.

<sup>298</sup> NICITA, *Gli effetti del fallimento per il fallito, trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Apice, Torino, 2010, I, p. 441.

processuale del fallito, ma la stessa legittimazione ad agire; ciò di cui, tuttavia, il debitore non può dirsi privato a fronte del fallimento. Al contrario, come si è detto, ciò che viene meno a seguito della dichiarazione di fallimento è la capacità processuale ma non anche la titolarità dei rapporti, che continuano a far capo al fallito. Il curatore, di conseguenza, pur rivestendo il ruolo di parte formale, non si configura altresì come parte sostanziale.

La prospettiva che configura il curatore come successore del fallito, dunque, finisce per sovrapporre distinti piani: quello della capacità processuale, della quale il fallito è effettivamente privato, e quello della *legitimatio ad causam*, che, invece, permane in capo al debitore.

Di successione, dunque, non potrebbe parlarsi se non in termini atecnici. L'esclusione della successione del curatore sul piano processuale pare discendere dalla mancanza di una situazione successoria sotto il profilo sostanziale<sup>299</sup>; il curatore, infatti, non succede nei rapporti al fallito, ma si limita a sostituirsi, per legge, nella relativa gestione<sup>300</sup>.

Merita sottolineare che la valutazione del fallimento in termini successori potrebbe essere configurato anche in base ad una diversa prospettiva, ossia valutando che sia il fallimento a configurarsi come successore del fallito<sup>301</sup>. Vi sarebbe, dunque, una duplice modifica sotto il profilo sostanziale, di successione (anomala) e rappresentanza: il fallimento, cioè, quale successore del fallito, si troverebbe a stare in giudizio in persona del curatore.

Tale ricostruzione, sulla base di una personificazione del fallimento, considerato quale entità distinta dal fallito, tuttavia, si fonderebbe su una finzione giuridica, che condurrebbe a ravvisare un soggetto nuovo e diverso rispetto al fallito; ciò che comporta un'inutile complicazione della

---

<sup>299</sup> In tal senso, «lo spossamento non consiste, per pacifico insegnamento, in una successione nei diritti del fallito ad opera del curatore (e tanto meno ad opera della collettività dei creditori)»: v. CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss.

<sup>300</sup> Così si determina, «sin dalla data della dichiarazione del fallimento il potere-dovere di sostituirsi al fallito nell'amministrazione di quella parte del suo patrimonio che è destinata alla soddisfazione dei creditori, e che deve perciò esercitarsi nel loro interesse, non nell'interesse del fallito»: CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss.

<sup>301</sup> Si mette in rilievo come in effetti, da un punto di vista processuale, «il fallimento è il successore processuale del fallito e, quindi, per un certo periodo e in relazione a determinati rapporti, è il fallito stesso», e si parla di «successione e che è, nella sostanza, un'identificazione tra fallito e fallimento»: GIORGETTI, *La capacità processuale del fallito nei giudizi litisconsortili con il fallimento*, cit., p. 1083 ss.

questione e lascia, comunque, aperto il problema della concreta qualificazione della posizione processuale del curatore<sup>302</sup>.

Un analogo discorso può farsi rispetto alla successione a titolo particolare che, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., presuppone un trasferimento, a titolo particolare appunto, del diritto controverso. Tale trasferimento, tuttavia, sembra mancare nel fallimento; come già si è ribadito, ad essere trasferita non è la titolarità dei rapporti patrimoniali rientranti nel fallimento, ma il solo potere di disposizione e gestione sotto il profilo sostanziale, che si riflette sulla capacità processuale<sup>303</sup>.

#### **14. (segue): la tesi del curatore come rappresentante.**

Allo stesso modo, sembra da scartare la ricostruzione della posizione del curatore in termini di rappresentanza. Il rappresentante, infatti, agisce in nome proprio e per conto del rappresentato<sup>304</sup>; nel fallimento, invece, il curatore agisce nell'interesse della massa fallimentare<sup>305</sup>.

Tale configurazione sconta la "promiscuità" del ruolo del curatore: oltre ai casi in cui partecipa al processo come rappresentante del fallito, infatti, vi sono ipotesi in cui egli è chiamato a rappresentare la massa dei creditori<sup>306</sup>.

---

<sup>302</sup> Quest'ultimo, rispetto al fallimento – quale successore del fallito – potrebbe infatti connotarsi in termini di rappresentante.

<sup>303</sup> Infatti, siccome ai sensi dell'art. 43 «il fallito perde la legittimazione a stare nel processo e ciò perché la legittimazione a stare in arbitrato coincide con la legittimazione processuale davanti al giudice statale», dovrebbe escludersi «ogni richiamo alla diversa ipotesi della successione a titolo particolare»: così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 2 ss.

<sup>304</sup> Nel senso che «le controversie che debbano ancora iniziarsi, ovvero siano già in corso alla data del fallimento, devono essere condotte avendo presente l'interesse dei creditori, non quello del fallito, in quanto destinate produrre un risultato che si rivolgerà a vantaggio o in danno della massa dei creditori», mentre in via generale la disciplina dell'incapacità, a cui consegue la rappresentanza, è caratterizzata «dalla privazione del potere di agire a carico di un soggetto, e dall'attribuzione ad altro soggetto del potere di agire sì per conto dell'incapace, ma altresì in vista del perseguimento dei suoi interessi, non di interessi altrui»: v. CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, cit., p. 1431 ss.

<sup>305</sup> Principio ribadito anche di recente dalla Suprema Corte: Cass., sez. un., 23 gennaio 2017, n. 1641, in *Dejure*, ove si rileva come nel sistema della legge fallimentare «la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c. d. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo».

<sup>306</sup> Come si è dato conto *supra*, Cap. I.2, e come vedrà più diffusamente *infra*, al par. successivo, le azioni di massa sono quelle attribuite al curatore al fine di ricostruire il patrimonio fallimentare in funzione di garanzia della generalità dei creditori, mentre «dovrebbe escludersi la natura di massa (e dunque l'esercizio

In tal senso, nonostante in virtù della posizione istituzionale del curatore si tenda ad escludere che, pure a fronte della duplicità del ruolo svolto, possa esservi un conflitto di interesse<sup>307</sup> – e ciò perché, proprio in quanto organo del fallimento, agirebbe comunque in giudizio per un interesse comune, rappresentato dalla conservazione e dall'incremento dell'attivo fallimentare – non può però negarsi la possibilità che, in uno stesso giudizio egli si configuri come legittimato sia attivo sia passivo<sup>308</sup>. Di conseguenza, sembra doversi escludere che possa partecipare nella veste di vero e proprio rappresentante di due parti contrapposte<sup>309</sup>.

---

da parte del curatore) per azioni, che non possono che riguardare un singolo creditore (o comunque creditori singolarmente individuati), in quanto in principio rivolte a conseguire un vantaggio esclusivo e diretto di costui (ovvero di ciascuno di essi), e non derivato e riflesso dalla reintegrazione della garanzia patrimoniale»: RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 146. Si mette comunque in rilievo che il curatore «non raffigura la somma degli interessi appartenenti ai singoli partecipanti al concorso» ma «impersona descrittivamente la totalità dei creditori nel loro insieme»: BOZZA, *L'accertamento del passivo nella procedura di liquidazione giudiziale*, in *Fall.*, 2016, p. 1063 ss. Sul punto v. punto, v. SPIOTTA, *Il curatore*, cit., p. 27, ove peraltro si critica che «le facoltà attribuite al curatore, nella veste di esponente dell'intero ceto creditori, siano la risultate della «sommatoria» dei poteri che spettano a ciascun creditore».

<sup>307</sup> Sul punto, v. SPIOTTA, *Il curatore*, cit., p. 27. La sussistenza di un conflitto di interessi in capo al curatore «agente nella duplice veste di rappresentante del fallito e dei creditori, così che il fallito vedrebbe le sue ragioni difese da chi rappresenta anche la “controparte”», si esclude «sull'accettato presupposto che l'interesse comune del fallito e dei suoi creditori sia la salvaguardia e l'incremento della massa attiva quale strumento per la soddisfazione dei creditori e la correlativa liberazione del debitore»; «il curatore si presenta come portatore del cumulo delle due posizioni solo nei rapporti con l'altra parte dell'atto impugnato e ciò consente di farne discendere l'adozione del regime processuale più favorevole nell'ottica del maggior vantaggio possibile alla massa fallimentare. Nei rapporti interni, invece, il curatore non rappresenta né i creditori né il fallito»: ZANICHELLI, *La contrastata legittimazione processuale del fallito*, cit., p. 1076 ss.

<sup>308</sup> Viene fatto l'esempio dell'azione di simulazione esperita dal curatore al fine di recuperare alla garanzia dei creditori un bene fittiziamente uscito dal patrimonio del debitore: v. SPIOTTA, *Il curatore*, cit., p. 24. Nel medesimo senso, si mette in rilievo come sia pacifico che, a fronte della compressione della legittimazione processuale del fallito per le cause relative a rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, ci siano cause, come quelle di simulazione, in cui «il curatore sostituisce il fallito sia dal lato attivo del rapporto» per far accertare l'inefficacia, «che da quello passivo, se è uno dei creditori che ha interesse a far accertare la simulazione», «così come non è contestato che allorché agisce per la declaratoria di inefficacia, cui è legittimato in via esclusiva, il curatore cumuli la legittimazione già spettante al fallito con quella che la legge attribuisce ai creditori per cui, agendo come terzo, può fornire la prova della simulazione senza limiti»: v. ZANICHELLI, *La contrastata legittimazione processuale del fallito*, cit., p. 1076 ss.

<sup>309</sup> SPIOTTA, *Il curatore*, cit., p. 27. Viene infatti criticata anche la figura della rappresentanza legale del curatore in quanto «sembra piuttosto che egli faccia valere in nome proprio (o meglio dell'amministrazione fallimentare, per quanto la si possa considerare un'entità distinta dal fallito) un diritto altrui (del fallito)»: v. TURRONI, *Liquidazione coatta amministrativa invalida, fallimento invalido e processi pendenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1545.

### 15. (segue): la legittimazione straordinaria del curatore.

Sembra conseguentemente di dover aderire alla tesi secondo la quale il curatore assume una posizione processuale autonoma, che gli deriva direttamente attribuita dalla legge, e che si può far rientrare nella categoria della sostituzione processuale o, comunque, della legittimazione straordinaria<sup>310</sup>.

Si tratta, infatti, di una legittimazione che deriva al curatore direttamente dalla legge: è l'art. 43 l.fall. ad affermare che è il curatore a stare in giudizio per il fallito.

Inoltre, tali rapporti giuridici vengono fatti valere dal curatore nel presupposto dell'altrui titolarità. In effetti, la legittimazione straordinaria – che configura un istituto eccezionale, ammesso solo nei casi espressamente previsti dalla legge – prevede la possibilità di far valere in nome altrui un diritto altrui, come si ricava dall'art. 81 c.p.c.<sup>311</sup>.

Tale configurazione pare ben adattarsi alla situazione del fallito, presupponendo una scissione tra titolarità del rapporto, ossia la *legitimatio ad causam*, e il potere di farlo valere, attribuito dalla legge ad un soggetto diverso dal relativo titolare, sulla base di un ruolo istituzionale qual è quello ricoperto dal curatore. Nel fallimento, infatti, l'art. 43 prevede espressamente il potere di agire in

---

<sup>310</sup> La qualificazione della sostituzione processuale come espressione della legittimazione straordinaria o come istituto autonomo è discussa. Sulla base di un'interpretazione, infatti, si è soliti qualificare la sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.* come «un caso di legittimazione straordinaria ad agire, in contrapposizione alla legittimazione ordinaria che opererebbe quando si presenti quello che è il presupposto normale di tale legittimazione e cioè la soggettività della pretesa»; in tal senso, si ha «sostituzione processuale quando un soggetto fa valere, in nome proprio, un diritto altrui» e «si tratta di un fenomeno di legittimazione straordinaria ad agire o a contraddire che è ammesso solo nei casi previsti dalla legge»: v. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 531 ss. In particolare, tradizionalmente si distingue la legittimazione ordinaria ad agire e contraddire, spettante a chi si affermi titolare del diritto rispetto al quale si chiede tutela giudiziale, da quella straordinaria, laddove la legge eccezionalmente consenta l'esercizio dell'azione in nome proprio per un diritto altrui. Sul punto, v. anche MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., p. 52; LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 135. Sulla base di una diversa opinione, invece, la norma disciplinerebbe soltanto l'istituto della sostituzione processuale, così distinto dalla legittimazione straordinaria. In base quest'ultima, infatti, il soggetto agisce per tutelare un proprio diritto; nella sostituzione processuale, invece, chi agisce non ha un interesse proprio, ma aziona un diritto altrui. Sul punto, v. CECHELLA, *Sostituzione processuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 639 ss.; cfr. CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 597 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 207; CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 44 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1127.

<sup>311</sup> Sul punto, v. NAPOLITANO, *L'impatto dell'art. 43, comma 3, legge fallim. sulle cause in corso alla data della dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 184 ss. V. anche Cass., 31 maggio 2016, n. 11264, in *Dejure*.

giudizio del curatore, seppure relativamente a rapporti che continuano ad essere del fallito, ed in nome del fallimento stesso.

In tal senso, come si è anticipato, ad essere incisa a seguito della dichiarazione di fallimento è la sola capacità d'agire rispetto ai rapporti patrimoniali che vi sono ricompresi. Alla perdita della relativa disponibilità sostanziale consegue, come effetto necessario, altresì il venir meno della legittimazione *ad processum*; quest'ultima, ai sensi dell'art. 75 c.p.c., spetta a chi abbia il potere di disporre dei diritti che si fanno valere in giudizio<sup>312</sup>.

Poiché lo spossessamento riguarda la sola disponibilità dei rapporti patrimoniali compresi nel fallimento non viene tuttavia esclusa allo stesso tempo anche la legittimazione ad agire; infatti, dei rapporti patrimoniali il fallito conserva pur sempre la titolarità. Dunque, ad essere coinvolto sotto il versante processualistico è il solo profilo della capacità e non anche quello della (affermata) titolarità della posizione che si fa valere in giudizio.

Proprio in quanto il fallito resta titolare dei rapporti compresi nella procedura, egli resta parte in senso «sostanziale». Di conseguenza, seppure il fallito non possa rivestire il ruolo di parte processualmente legittimata (egli, cioè, non è parte del giudizio in senso formale)<sup>313</sup>, per quanto spossessato, rimane il solo legittimato sostanziale<sup>314</sup>.

In tale contesto, il curatore appare un soggetto investito *ex lege* di determinati poteri sostanziali, di gestione e amministrazione, da porre in essere nell'interesse dei creditori, nonché, conseguentemente, dei poteri processuali necessari ai medesimi fini; appare, dunque, un

---

<sup>312</sup> NICITA, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, cit., p. 206. Nel senso che «la legittimazione sostitutiva del curatore possiede una caratterizzazione funzionale, essendo diretta all'attuazione paritaria del concorso fra i creditori; per altro verso, essa acquista una precisa connotazione di natura patrimoniale, atteggiandosi come il risvolto esterno di singoli rimedi suscettibili di essere valutati economicamente e, quindi, di circolare separatamente dagli altri beni del debitore», v. LATELLA, *La cessione delle azioni "di pertinenza della massa" nella realizzazione concorsuale dell'attivo*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 24 ss.

<sup>313</sup> Si mette in rilievo come, in particolare, il fallito sia parte del processo fallimentare «in quanto procedimento esecutivo e di conseguenza sia anche parte sostanziale del procedimento di verifica in quanto gli effetti dell'accertamento si ripercuotono sul suo patrimonio», ma «poiché perde la disponibilità dei suoi beni non è parte processuale»: ZANICHELLI, *La contrastata legittimazione processuale del fallito*, cit., p. 1075 ss.

<sup>314</sup> G. F. RICCI, *Accertamento del passivo nel fallimento ed errori duri a morire*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 493 ss., in part. nota 6, ove si rileva che «il fallito non perde affatto la sua legittimazione processuale». Sul punto v. PROTO, *Abilitazione personale del fallito e legittimazione processuale*, cit., 2009, p. 28.

legittimato straordinario, al quale la legge attribuisce il potere di agire in giudizio nonostante l'altrui titolarità dei rapporti fatti valere.

In ragione di tale legittimazione processuale, dunque, egli potrà agire nell'interesse del fallito o della massa a seconda della funzione svolta in concreto e di quanto previsto legislativamente<sup>315</sup>.

### **15. Le condizioni al potere di agire in giudizio del curatore.**

Merita infine sottolineare che un difetto di legittimazione nel corso del fallimento potrebbe riguardare anche la posizione processuale del curatore. Ai sensi dell'art. 25, n. 6, l.fall., infatti, il curatore necessita dell'autorizzazione scritta del giudice delegato per stare in giudizio; quest'ultimo, in particolare, autorizza per iscritto il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto, e si prevede che l'autorizzazione debba essere data per atti determinati e per ogni grado del giudizio<sup>316</sup>.

Precedentemente alla riforma del 2006, si era prospettata l'ipotesi che, in difetto di autorizzazione, il curatore, configurato quale mero esecutore della volontà del giudice delegato, fosse del tutto privo di poteri processuali<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> Nel senso della legittimazione straordinaria, v. TURRONI, *Liquidazione coatta amministrativa invalida, fallimento invalido e processi pendenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1545. In tal senso, l'art. 43 attribuisce «al curatore la legittimazione ad agire con riferimento alla generalità dei diritti a contenuto patrimoniale presenti nel patrimonio dell'imprenditore dichiarato insolvente» e, al contempo, «una legittimazione straordinaria per le c.d. azioni di massa, rivolte alla ricostituzione della garanzia patrimoniale del fallito», richiedendosi che, in applicazione dell'art. 81, «la categoria delle azioni di massa esercitabili da curatore va insomma circoscritta alle ipotesi previste per legge»: RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, cit., p. 146 ss.

<sup>316</sup> Si mette in rilievo come venga «in tal modo confermato opportunamente in capo all'organo giurisdizionale un potere che attiene a profili gestori di particolare delicatezza, quale il promovimento di nuovo contenzioso (o la prosecuzione di quello già pendente) da parte della procedura o la possibilità per la stessa di resistere in giudizio»: v. MINUTOLI, *Nuovi rapporti tra gli organi fallimentari, legittimazione processuale del curatore e nomina dei legati del fallimento*, in *Fall.*, 2007, p. 673.

<sup>317</sup> In difetto, dunque, ne sarebbe derivata una vera e propria carenza del proprio potere; sul punto, v. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1962, I, p. 538 ss.; JANNUZZI, *Autorizzazione tardiva al curatore del fallimento a stare in giudizio*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 759 ss. Il valore di ratifica alla autorizzazione sopravvenuta è escluso da MANDRIOLI, *Difetto di legittimazione processuale, sanatoria e onere della notificazione al contumace*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 239 ss. Analogamente, escludendo che l'autorizzazione non abbia «valore integrativo» e rappresenti invece «l'espressione dell'unica volontà dalla quale può dipendere la proposizione del giudizio, discende agevolmente la conclusione di una assoluta nullità, sottratta a qualsiasi sanatoria»: v. RAGUSA MAGGIORE, *Le procedure concorsuali*, I, cit., p. 449.

La mancanza di autorizzazione, in tale prospettiva, avrebbe determinato la stessa carenza della legittimazione processuale<sup>318</sup>. Inoltre, si riteneva che un analogo difetto di legittimazione derivasse dalla mancata corrispondenza tra l'azione esercitata in concreto e quella che fosse stata oggetto di autorizzazione da parte del giudice delegato<sup>319</sup>; coincidenza che veniva valutata sulla base degli elementi costitutivi della domanda, da un punto di vista prevalentemente fattuale e, dunque, con riferimento alla vicenda sostanziale di cui si chiedeva tutela, prescindendo dalla specifica qualificazione giuridica<sup>320</sup>.

Anche oggi si ritiene che la corrispondenza tra l'azione autorizzata e quella esercitata sia da valutare in concreto. In particolare, poiché la funzione dell'autorizzazione è quella di sottoporre la domanda al previo vaglio del giudice delegato, la funzione della sua identificazione deve considerarsi raggiunta laddove se ne consenta l'effettiva contezza<sup>321</sup>; ciò permette di aderire ad una valutazione sostanziale dell'autorizzazione, legata alla situazione sostanziale a cui la domanda si riferisce, e comprensiva anche delle domande proposte in via subordinata e alternata, seppure non espressamente previste<sup>322</sup>.

---

<sup>318</sup> Sul punto, v. PROTO, *Il controllo preventivo del giudice delegato sull'attività processuale del curatore prima e dopo la riforma fallimentare*, in *Fall.*, 2007, p. 1417; PANZANI, *La tutela dei diritti nella liquidazione fallimentare*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, scritti in onore di G. Lo Cascio*, a cura di Fabiani e Patti, Milano, 2006, 190.

<sup>319</sup> PROTO, *Il controllo preventivo del giudice delegato sull'attività processuale del curatore prima e dopo la riforma fallimentare*, cit., p. 1417; «così che, tanto più ampia (o generica) è l'autorizzazione, tanto minori saranno le possibilità di eccepire o rilevare la maggiore latitudine dell'azione esercitata rispetto a quanto autorizzato», rilevando altresì che il «vantaggio» derivante dalla genericità non può «essere illimitatamente sfruttato perché è necessario un *minimum* di specificità per potere affermare che il G.D. abbia effettivamente assunto una sua determinazione in relazione ad una specifica azione».

<sup>320</sup> In tal senso, si afferma che «l'autorizzazione deve esplicitare (o direttamente, o per richiamo alla richiesta del curatore o al parere del legale) il suo oggetto, ossia l'azione, mediante tutti gli elementi idonei ad individuare i fatti dai quali scaturisce la pretesa da far valere in giudizio e l'oggetto della pretesa», mentre, da un lato «il giudice della causa, potrà poi attribuire a quegli stessi fatti per i quali è stata concessa autorizzazione, una diversa qualificazione giuridica, senza che sia necessaria una nuova autorizzazione», dall'altro ai fini dell'identificazione dell'oggetto non rileva «il preciso ammontare, perché la determinazione del *quantum* dipenderà dall'esito dell'istruttoria»; v. PROTO, *Il controllo preventivo del giudice delegato sull'attività processuale del curatore prima e dopo la riforma fallimentare*, cit., p. 1417.

<sup>321</sup> In particolare, si ritiene che il giudice delegato debba avere «giusta conoscenza della situazione di fatto (poi accertata in corso di causa) dalla quale egli abbia ritenuto scaturire una pretesa da far valere in giudizio e che, quindi, valutata la fondatezza di quella pretesa, abbia deciso di autorizzare il curatore»: PROTO, *Il controllo preventivo del giudice delegato sull'attività processuale del curatore prima e dopo la riforma fallimentare*, cit., p. 1417 ss.

<sup>322</sup> Nel senso che la gestione della lite è «riservata al difensore il quale potrà, senza necessità di alcuna ulteriore autorizzazione, assumere tutte le iniziative e formulare tutte le istanze che siano strumentali o

Tuttavia, trattandosi di un requisito che attiene alla regolarità dei presupposti processuali, il difetto di autorizzazione non determina la carenza di un potere processuale, che viene dalla legge attribuito, come si è visto, direttamente al curatore.

### **17. (segue): e le forme di sanatoria.**

Su tali basi, sembra doversi escludere che pure la mancata autorizzazione determini un vizio insanabile. Infatti, la legittimazione processuale viene attribuita al curatore dalla legge, e, in particolare, dall'art. 43 l.fall.; essa, dunque, non discende dall'autorizzazione giudiziale.

Quest'ultima, al contrario, configura semplicemente una condizione di efficacia dell'attività processuale svolta, la quale, in ipotesi di vizio, può essere oggetto di sanatoria<sup>323</sup>.

In effetti, la mancanza di autorizzazione, riguardando un elemento che attiene alla regolarità di un presupposto processuale, dovrebbe poter essere sempre sanata e, inoltre, dovrebbe essere sanabile retroattivamente; si tratta, infatti, di una delle autorizzazioni che rientra tra i presupposti considerati all'art. 182 c.p.c.<sup>324</sup> e per i quali la possibilità di sanare il difetto è pacificamente ammessa<sup>325</sup>.

---

prodromiche all'azione esercitata», v. PROTO, *Il controllo preventivo del giudice delegato sull'attività processuale del curatore prima e dopo la riforma fallimentare*, cit., p. 1417.

<sup>323</sup> Tale conclusione si trae anche alla luce dei più limitati poteri che ha oggi il giudice delegato. Nel senso che l'autorizzazione rappresenti una mera condizione di efficacia dell'attività processuale del curatore, a fronte della scissione tra qualità di parte e legittimazione formale, v. BETTAZZI, *Sanatoria retroattiva del difetto di capacità processuale del curatore*, in *Fall.*, 2004, p. 686 ss.

<sup>324</sup> Sulla sanabilità in ogni stato e grado, si rimanda alla nota 230. In tal senso, «l'autorizzazione del giudice delegato soddisfa, per la parte diversa dal curatore, il solo interesse a che l'attività processuale svolta assuma carattere vincolante per la procedura, sicché non v'è ragione, se non in ossequio ad un mero (quanto inutile) formalismo, per non ammetterne l'utile sopravvenienza in corso di giudizio»; ciò pure sulla base della riconduzione all'art. 182 c.p.c.: v. BETTAZZI, *Sanatoria retroattiva del difetto di capacità processuale del curatore*, cit., p. 686 ss.

<sup>325</sup> Nel senso che la sanatoria del difetto di capacità processuale del curatore che abbia agito senza autorizzazione ha efficacia retroattiva, e che «il decreto autorizzativo del giudice delegato non è in alcun modo assimilabile alle allegazioni probatorie», con la conseguenza che «la sua produzione deve ritenersi consentita anche, e per la prima volta, nel giudizio di cassazione», v. BETTAZZI, *Sanatoria retroattiva del difetto di capacità processuale del curatore*, cit., p. 686 ss. Nello stesso senso, si consente «la possibilità di sanatoria, con effetto *ex tunc*, anche mediante successiva autorizzazione in corso di giudizio, essendo attinente all'efficacia di attività processuale nell'esclusivo interesse del fallimento precedente, sempre - però - che l'inefficacia degli atti non sia stata, nel frattempo, già accertata e sanzionata dal giudice»: v. MINUTOLI, *Nuovi rapporti tra gli organi fallimentari, legittimazione processuale del curatore e nomina dei legati del fallimento*, in *Fall.*, 2007, p. 673.

In questa prospettiva, dunque, la mancanza di autorizzazione non determina l'assoluta privazione della legittimazione del curatore, ma si configura semplicemente come una condizione ostativa all'esercizio di un potere processuale legislativamente previsto<sup>326</sup>.

Ci si è anche chiesti se la mancanza di autorizzazione ai sensi dell'art. 25, n. 6, l.fall. possa essere sostituita dall'approvazione del programma di liquidazione; l'art. 104 *ter*, comma 9, l. fall., infatti, prevede che il programma approvato sia comunicato al giudice delegato che autorizza l'esecuzione degli atti a esso conformi.

La questione, prospettata in dottrina, sorge dalla circostanza che, prima del decreto correttivo del 2007, al comma 4, la norma prevedeva che l'autorizzazione del programma di liquidazione tenesse luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie<sup>327</sup>.

Su tali basi, si riteneva che l'autorizzazione si estendesse all'azione, laddove fosse stata inclusa in modo sufficientemente specifico all'interno del programma, e quella concretamente esperita si presentasse come effettivamente corrispondente a quella indicata<sup>328</sup>.

A fronte dell'abrogazione di tale previsione, ci si è chiesti se possa valere un principio analogo.

Sulla base di una particolare prospettiva la conclusione dovrebbe essere affermativa: infatti, mentre prima del 2007 era prevista l'autorizzazione del programma complessivamente inteso,

---

<sup>326</sup> Si mette in rilievo come tale conclusione discenda anche dal ruolo attualmente attribuito al giudice delegato a fronte delle riforme, non più comprensivo della direzione della procedura; di conseguenza, la stessa autorizzazione non potrebbe intendersi come un «ordine» o una «disposizione» dell'«organo giurisdizionale-decisorio», ma un «atto amministrativo (o di volontaria giurisdizione) volto a rimuovere un ostacolo al compimento di un atto rimesso all'esclusivo apprezzamento del destinatario, cioè del curatore, che da solo non ha il potere di porlo in essere»: v. MINUTOLI, *Nuovi rapporti tra gli organi fallimentari, legittimazione processuale del curatore e nomina dei legati del fallimento*, cit., p. 673. L'autore rileva, peraltro, che a conseguirne è la stessa natura dell'autorizzazione, che non potrebbe essere negata «solo per motivi di inopportunità o di convenienza, non essendo il merito della gestione devoluto dalla legge alla sua cognizione».

<sup>327</sup> V. MINUTOLI, *Nuovi rapporti tra gli organi fallimentari, legittimazione processuale del curatore e nomina dei legati del fallimento*, cit., p. 673 ss., ove si ritiene non «chiaro» se «il legislatore delegato abbia ritenuto necessario mantenere un controllo specifico da parte del giudice sulle singole attività giudiziarie che il curatore man mano intenda proporre, anche in esecuzione del programma di liquidazione già approvato [...] ovvero abbia considerato sufficiente allo scopo il controllo preventivo», potendosi determinare «un conflitto non facilmente sanabile nel caso in cui un'azione giudiziale, contemplata nel programma approvato, non venga poi specificamente autorizzata dal giudice delegato».

<sup>328</sup> PROTO, *Il controllo preventivo del giudice delegato sull'attività processuale del curatore prima e dopo la riforma fallimentare*, cit., p. 1417 ss.

oggi si richiede un'autorizzazione specifica degli atti conformi, con la conseguenza che essa dovrebbe valere anche per le singole azioni in esecuzione del piano<sup>329</sup>.

Di conseguenza, pare che tra le forme di sanatoria previste per il difetto di autorizzazione, oltre alla possibilità ottenere la medesima in via tardiva, dovrebbe porsi altresì l'autorizzazione degli atti conformi al piano.

### **18. La legittimazione del debitore concordatario.**

Nell'ambito della procedura di concordato preventivo non vi sono norme che privano il debitore della capacità processuale né vi pongono limiti o condizioni<sup>330</sup>.

Il debitore concordatario, come si è anticipato, è soggetto ad uno spossessamento soltanto attenuato, che non incide sul potere di disporre del suo patrimonio e non ha, di conseguenza, riflessi diretti nemmeno sulla posizione processuale ricoperta.

Ai sensi dell'art. 167 l.fall., durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale; soltanto per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione è richiesta, a pena di inefficacia, l'autorizzazione scritta del giudice delegato. Non vi sono organi della procedura che si ingeriscono nella gestione del patrimonio né il debitore viene privato, oltre che della titolarità, pure della disponibilità dei beni.

Tale limitazione solo parziale dei poteri sostanziali del debitore non è idonea a ripercuotersi sul versante processuale; egli, infatti, oltre alla *legitimatio ad causam* – che, come si è dato conto,

---

<sup>329</sup> In passato si riteneva altresì che l'eventuale approvazione del programma di liquidazione, quand'anche comprensivo di un programma concernente le azioni da esperire, non potesse sostituire il provvedimento di autorizzazione a stare in giudizio; allo stesso modo si esclude oggi che sia sufficiente una formula generica in base al quale il giudice delegato autorizzi l'esecuzione degli atti conformi senza riconducibilità ad essi delle azioni che si intendono esperire; sul punto v. PROTO, *Il controllo preventivo del giudice delegato sull'attività processuale del curatore prima e dopo la riforma fallimentare*, cit., p. 1417 ss.

<sup>330</sup> Sul punto, v. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1997, XXIII, p. 172 ss.; FABIANI, *La tutela del creditore concorsuale non concorrente nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1994, p. 615 ss. GUGLIELMUCCI, *L'accertamento del passivo nell'amministrazione controllata, nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare*, ivi, 1990, p. 968; MACCHIA, *L'esecuzione del concordato preventivo*, ivi, 1992, p. 295 e ss.; LO CASCIO, *Accertamento della natura concorsuale dei crediti nel concordato preventivo e legittimazione del debitore e del liquidatore giudiziale*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2528.

viene mantenuta anche a seguito dell'apertura della procedura fallimentare – il debitore concordatario conserva altresì quella *ad processum*.

Nell'ambito del concordato preventivo, d'altra parte, manca una norma analoga all'art. 43 l.fall., né quest'ultimo è in alcun modo richiamato.

Il debitore, dunque, si configura come soggetto processualmente capace e legittimato lungo tutto il corso della procedura.

Alla differente configurazione del ruolo del debitore concordatario si accosta una diversa disciplina della figura del commissario giudiziale. Quest'ultimo, al quale l'art. 167 attribuisce una funzione di vigilanza, non è investito anche di poteri processuali.

A fronte dei poteri sostanziali – essenzialmente di controllo e consultivi – conferiti al commissario giudiziale, dunque, egli non si configura anche come soggetto legittimato a stare in giudizio al posto del debitore<sup>331</sup>: il commissario giudiziale, infatti, è privo della legittimazione processuale sia attiva che passiva<sup>332</sup>.

Il commissario non ha nemmeno un potere di rappresentanza dei creditori. Rispetto ad essi, infatti, non gli sono nemmeno affidate azioni di massa analoghe a quelle che, nell'ambito del fallimento, spetta al curatore esercitare; non ha dunque un ruolo di tutela processuale dei creditori, con l'eccezione della proponibilità della domanda di annullamento del concordato<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> In tal senso, si mette in rilievo come il commissario giudiziale abbia «una mera funzione di vigilanza e di controllo sull'adempimento del concordato e sul compimento di atti potenzialmente pregiudizievoli per la massa (artt. 173 e 185 l. fall.), ha compiti informativi (artt. 172, 173, 175, 179 l. fall.) ed ha compiti di ausilio del tribunale (art. 180 l. fall.), ma non ha il potere di disporre e gestire i beni del debitore in concordato, né durante la procedura, né dopo l'omologazione»; insomma, «non assume una funzione gestoria del patrimonio del debitore e non acquista un potere dispositivo sui beni ed i diritti del debitore, compresi o meno nella proposta di concordato»: D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. società*, 2015, p. 15 ss.

<sup>332</sup> La giurisprudenza ha sempre escluso la legittimazione del commissario giudiziale; sul punto, v., fin da tempo risalente, Cass. 6 aprile 1995, n. 4033, in *Dejure*, «con riguardo alla controversia promossa per far valere una pretesa creditoria nei confronti di imprenditore ammesso al concordato preventivo, la legittimazione passiva spetta all'imprenditore medesimo», «non al commissario giudiziale [...], posto che detta procedura non incide sulla capacità processuale del debitore (salva la facoltà di intervento in causa di detto commissario o liquidatore)».

<sup>333</sup> FABIANI – CARMELLINO, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di Didone, Milano, 2016, II, p. 1775. Nel senso che il commissario «a certe condizioni è portatore di un "interesse autonomo" ad agire in giudizio non come mero sostituto processuale dei creditori»: RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del "fallimento del contrattualismo concorsuale"*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 715 ss.

Di conseguenza, in ambito concordatario, legittimato esclusivo sotto il profilo processuale, anche a seguito dell'ammissione alla procedura, rimane il debitore concordatario.

Si tratta di una legittimazione, attiva e passiva, che continua a spettare il debitore anche per tutte le azioni connesse alla procedura, laddove si configurino come azioni di cognizione. Infatti, nell'ambito del concordato preventivo non ci sono disposizioni che limitino l'ammissibilità o la procedibilità delle domande nascenti dalla procedura, tranne l'art. 168, che pone una limitazione alla facoltà dei creditori di aggredire il patrimonio del debitore in via cautelare o esecutiva.

Di conseguenza, anche i giudizi di accertamento del credito possono proseguire a seguito del deposito della domanda concordataria; infatti, nell'ambito del concordato preventivo manca un procedimento di accertamento del passivo analogo a quello fallimentare, né ulteriori procedimenti caratterizzati da esclusività e inderogabilità.

Dunque, i giudizi di accertamento di debiti e crediti dovranno continuare a svolgersi, sulla base delle regole dettate per il processo ordinario, nei confronti del debitore medesimo.

La legittimazione del debitore concordatario viene conservata, inoltre, pure a seguito dell'omologazione del concordato e nella fase esecutiva che ne consegue; egli, infatti, rimane comunque responsabile per i relativi adempimenti<sup>334</sup>.

## **19. Le particolarità del concordato con cessione dei beni.**

Rispetto alla posizione processuale del debitore concordatario una necessaria precisazione deve essere svolta laddove a venire in rilievo sia un concordato con cessione dei beni.

---

<sup>334</sup> Tranne nel caso particolarissimo in cui la proposta concordataria preveda una cessione immediatamente traslativa, nel qual caso la legittimazione spetterà in via esclusiva all'assuntore. Così si mette in rilievo, in particolare, per il concordato con garanzia, in cui la legittimazione passiva spetta al debitore concordatario anche a seguito del decreto di chiusura: laddove un creditore avanzasse delle pretese nei confronti del debitore di un concordato con garanzia «costui non potrebbe eccepire la chiusura della procedura, ma sarebbe pur sempre tenuto al pagamento, e, in caso d'inadempimento, ben potrebbe il Tribunale pronunciare la risoluzione», così RAGO, *Concordato preventivo: due questioni in tema di legittimazione passiva*, in *Fall.*, 1999, p. 1212 ss., ove si mette altresì in rilievo che tale principio si trova a dipendere dalla circostanza che «nel concordato preventivo con garanzia, è lo stesso debitore che deve adempiere direttamente nei confronti dei creditori»; « il creditore tardivo può avanzare la sua pretesa direttamente nei confronti del debitore il quale deve adempiere, pena la risoluzione del concordato, anche se per ipotesi fosse stato emanato il decreto di chiusura».

Sulla precisa identificazione di tale forma di concordato non vi è, a dire il vero, uniformità di interpretazioni, tanto più a seguito delle ultime riforme. In via di prima approssimazione, ci si riferisce a questa tipologia di procedura (*rectius*, di proposta o di piano) in presenza della previsione di una modalità concordataria con cui il debitore mette a disposizione i propri beni ai fini della soddisfazione del ceto creditorio; un problema di qualificazione sorge però nella distinzione di tale concordato da quello di tipo liquidatorio, con il quale in passato veniva talvolta fatto coincidere, con un'operazione non più altrettanto scontata alla luce della possibilità che la cessione rappresenti oggetto di una proposta con continuità<sup>335</sup>.

Si tratta ad ogni modo di una qualificazione non priva di conseguenze applicative, soprattutto alla luce della previsione dell'art. 160, u.c., introdotta (o, meglio, reintrodotta) dalla c.d. mini-riforma estiva del 2015; la norma, infatti, richiede oggi il necessario pagamento di almeno il 20% dei crediti per i concordati che non configurano con continuità aziendale. Di conseguenza, valutare se la cessione si ponga in una prospettiva di risanamento o liquidatoria non è priva di rilevanza pratica.

Si mette tra l'altro in rilievo che, a seguito delle riforme che hanno sancito la sostanziale atipicità delle forme in cui può configurarsi il concordato preventivo, non è più sussistente nemmeno una netta contrapposizione tra concordato con garanzia e con cessione dei beni, a fronte delle opzioni a disposizione del debitore.

Ai fini processuali che qui interessano, ad ogni modo, non rileva tanto la precisa connotazione che possa attribuirsi in astratto al concordato, quanto, piuttosto, la struttura che quest'ultimo può venire ad assumere in concreto in presenza di una cessione dei beni. Laddove la proposta

---

<sup>335</sup> Merita preliminarmente precisare che, mentre prima del 2015 il concordato con cessione dei beni era quello in cui il debitore si poteva ritenere liberato tramite la *cessio bonorum*, a prescindere dall'esito della liquidazione, e che tendeva a confondersi con il concordato liquidatorio, oggi si perviene ad escludere che il concordato possa avere ad oggetto la mera cessione. Si ritiene infatti che, quando il concordato prevede la liquidazione, l'impegno del debitore dovrà comunque prevedere anche il pagamento di almeno il 20% dei crediti: v. FABIANI – CARMELLINO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 1848. In particolare, si afferma che «ricorre la figura del concordato con “cessione dei beni” quando il debitore mette a disposizione dei creditori il suo patrimonio affinché questo venga liquidato ed il ricavato in denaro ripartito tra i suoi creditori»: RASILE-ZANOTTI, *Il liquidatore giudiziale nel concordato con cessione dei beni: poteri, legittimazione attiva e passiva, casi pratici*, in *Il fallimentarista*, 16 gennaio 2014, p. 1 ss.

concordataria preveda la cessione, infatti, si verifica una scissione tra titolarità del patrimonio soggetto a concordato (sempre spettante al debitore) e potere di gestione, che viene attribuito, invece, al liquidatore<sup>336</sup>. È proprio tale scissione che riverbera delle precise conseguenze sul ruolo processuale del debitore.

In tal senso, merita innanzitutto sottolineare che, pure nell'ambito della modalità concordataria per cessione, non si ha un trasferimento agli organi della procedura della proprietà dei beni, ma soltanto l'attribuzione di poteri gestori idonei a consentirne la liquidazione.

Il debitore, dunque, non viene privato della titolarità del patrimonio; egli, pure in tale ipotesi, conserva la propria legittimazione processuale<sup>337</sup>.

Tuttavia, laddove non sia diversamente previsto, l'art. 182 l.fall. richiede che si provveda alla nomina di un liquidatore, al quale è attribuita, sotto il profilo sostanziale, la funzione di liquidare il patrimonio del debitore e distribuire il ricavato ai creditori<sup>338</sup>.

Dal momento che al liquidatore non viene trasferita la titolarità dei beni, si ritiene che a venire in rilievo sia una situazione sostanziale assimilabile al mandato. Infatti, quest'ultimo viene qualificato come mandatario dei creditori<sup>339</sup>.

---

<sup>336</sup> In tal senso, v. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, *Giur. comm.*, 2009, I, p. 680 ss.; BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2012, p. 768 ss.; FABIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, in *Società*, 2015, p. 612 ss., in part. nota 26.

<sup>337</sup> Cass., 4 settembre 2015, n. 17606, in *Dejure*.

<sup>338</sup> FABIANI – CARMELLINO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 1855. Si mette infatti in rilievo come «con la omologazione del concordato si determina una scissione tra titolarità del debito, che resta all'imprenditore debitore, e legittimazione allo adempimento dell'obbligazione, cui è tenuto il liquidatore»: v. BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., p. 768 ss.

<sup>339</sup> Cass., 3 aprile 2013, n. 8102, in *Dejure*. In tal senso si afferma che, una volta che venga omologato il concordato preventivo, si configura lo schema del mandato: RAGO, *Concordato preventivo: due questioni in tema di legittimazione passiva*, cit., p. 1212 ss.; cfr. ID., *L'esecuzione del concordato preventivo*, Padova, 1996, p. 153 ss. D'altra parte, anche «la nuova disciplina ha codificato la figura del liquidatore nel soggetto che, per effetto del decreto di omologazione, viene investito, al pari del curatore fallimentare, di un ufficio pubblico costituito allo scopo di provvedere alla liquidazione dei beni ceduti e al soddisfacimento dei creditori»: BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., p. 768 ss.

## **20. (segue): il ruolo processuale del liquidatore.**

A fronte della posizione sostanziale rivestita dal liquidatore, dubbi riguardano il suo ruolo processuale.

La questione riguarda, ovviamente, i soli giudizi che attengano ai beni da liquidare, e che abbiano costituito oggetto della cessione nella proposta concordataria.

Infatti, i poteri processuali del liquidatore gli sono conferiti in funzione del suo ruolo sostanziale e nell'ambito del suo mandato; dunque, sono limitati ai rapporti obbligatori sorti nel corso ed in funzione delle operazioni di liquidazione<sup>340</sup>.

Per le domande che esulano da tale ambito, nemmeno si pone un problema di legittimazione, che resta in via esclusiva in capo al debitore. Rispetto ai beni ceduti, invece, la legittimazione processuale viene attribuita anche al liquidatore.

In passato si riteneva che vi fosse un vero e proprio trasferimento della capacità processuale e che, dunque, il liquidatore assumesse il ruolo di legittimato esclusivo. Al contrario, oggi non si ravvisa un passaggio della legittimazione a stare in giudizio dal debitore al liquidatore e, allo stesso modo, si esclude che a venire in rilievo sia una legittimazione di carattere sostitutivo; infatti, si precisa che, nonostante l'attribuzione delle funzioni sostanziali di liquidazione, il debitore concordatario non viene privato della capacità processuale<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> Si sottolinea infatti come «la legittimazione processuale di tale organo non si proietta al di là dei confini del suo potere “liquidatorio – distributivo”»: v. Cass., 4 settembre 2015, n. 17606, in *Dejure*. Così si affermava che, sul piano processuale, fosse il liquidatore «il soggetto dotato della legittimazione attiva e passiva relativamente alle liti riguardanti i beni ceduti». Una volta che fosse stato omologato il concordato preventivo, infatti, si riteneva pacifico che titolarità e disponibilità (relativamente ai beni ceduti) venissero a scindersi, infatti, poiché a configurarsi si sarebbe configurato lo schema del mandato, la titolarità sarebbe rimasta in capo al debitore, mentre la disponibilità al liquidatore il quale, quindi, diventava il soggetto idoneo compiere tutti gli atti giuridici relativi ai beni ceduti: v. RAGO, *Concordato preventivo: due questioni in tema di legittimazione passiva*, cit., p. 1212 ss.

<sup>341</sup> V. Cass., 3 aprile 2013, n. 8102, in *Dejure*. In tal senso, deve escludersi che le azioni siano esperibili dal commissario giudiziale, «organo cui sono attribuite (nella previgente così come nell'attuale disciplina) funzioni composite - di vigilanza, informazione, consulenza ed impulso, complessivamente finalizzate al controllo della regolarità del comportamento del debitore ed alla tutela dell'effettiva informazione dei creditori - ma non anche di amministrazione o gestione, nè di rappresentanza del debitore»; «nel corso della procedura il commissario giudiziale, non è portatore di specifici interessi da far valere in sede giurisdizionale e non è abilitato all'esercizio di azioni, nè in proprio nè in veste di sostituto processuale»: così Cass. 7 luglio 2015, n. 14052, in *Dejure*.

Analogamente, si esclude che il liquidatore possa configurarsi come un successore, a titolo né universale né particolare, del debitore<sup>342</sup>.

Tale lettura è stata ribadita anche di recente dalla giurisprudenza di legittimità; quest'ultima, infatti, ha escluso che il liquidatore possa essere configurato come successore; allo stesso tempo, ha escluso che egli rivesta un generale ruolo di legittimato processuale.

Viene negata, inoltre, la rappresentanza dei creditori nell'esercizio delle azioni a tutela della massa<sup>343</sup>.

A fronte dell'omologazione del concordato con cessione dei beni, però, la legittimazione processuale per le controversie attinenti ai beni ceduti spetta anche al liquidatore, che la conserva fino al termine delle operazioni<sup>344</sup>.

Di conseguenza, la legittimazione del liquidatore viene a cumularsi a quella del debitore, senza che quest'ultimo ne resti in alcun modo privato. D'altra parte, tale configurazione si coniuga con i profili sostanziali di cui si è dato conto; si mette infatti in rilievo che il permanere della legittimazione processuale in capo al debitore si trovi a dipendere dal persistere della sua titolarità sui beni<sup>345</sup>.

Si tratta dunque di valutare in che termini si configuri il liquidatore rispetto al debitore.

---

<sup>342</sup> Si mette in rilievo come il liquidatore, che «subentra soltanto nella gestione dei beni ceduti e più in generale nelle questioni attinenti alla liquidazione ed al carattere concorsuale del credito», «non possiede la qualità di successore a titolo particolare»: così, da ultimo, Cass. 12 gennaio 2017, n. 681, in *Dejure*. In tal senso, si afferma come sia impossibile assegnare a tale soggetto la veste di successore a titolo universale o particolare: BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss.

<sup>343</sup> Né quelle nascenti dal fallimento, né quelle già spettanti ai creditori e che a seguito dell'apertura del concorso diventano azioni a tutela di tutti i creditori: «ciò che manca nel concordato preventivo non è tanto l'attribuzione al liquidatore giudiziale dell'azione di responsabilità dei creditori sociali, quanto di quel complesso di azioni che hanno un senso all'interno del fallimento ma non anche nel concordato preventivo. In tale contesto, la circostanza che non sia prevista la legittimazione del liquidatore giudiziale è del tutto coerente con questo principio e non è eccentrico che siano i creditori a poter agire individualmente o come gruppo»: v. FABIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, cit., p. 601 ss.

<sup>344</sup> Sul punto v. RAGO, *Concordato preventivo: due questioni in tema di legittimazione passiva*, cit., p. 1212 ss.

<sup>345</sup> Si mette in rilievo come nel concordato preventivo con cessione dei beni la legittimazione spetti al debitore «in quanto nella cessione dei beni ai creditori, che costituisce una particolare modalità di attuazione del concordato preventivo [...] non si attua il trasferimento di proprietà dei beni ceduti, ma soltanto, in favore degli organi della procedura, della legittimazione a disporne»: PATTI, *La legittimazione processuale del debitore nel c.p. con cessione dei beni tra titolarità (mantenuta) e disponibilità (trasferita) del patrimonio*, in *Fall.*, 2001, p. 784.

Sulla base di un primo orientamento, il liquidatore viene configurato come un litisconsorte necessario del debitore nei giudizi che riguardano i beni oggetto di cessione<sup>346</sup>. In relazione alle operazioni di liquidazione, infatti, si realizzerebbe, una situazione unitaria, idonea ad incidere contestualmente tanto sulla posizione del debitore concordatario quanto sul liquidatore<sup>347</sup>, o, comunque, l'impossibilità di scindere il giudizio nei confronti di tali diversi soggetti, a prescindere dall'effettiva estensibilità della pronuncia<sup>348</sup>.

Sulla base di un diverso orientamento, invece, si mette in rilievo come si tratterebbe di un mero interventore adesivo<sup>349</sup>.

Sulla base di una prospettiva che potrebbe dirsi intermedia, poi, i concreti contorni della legittimazione del liquidatore si troverebbero a dipendere dall'effettivo contenuto della proposta concordataria<sup>350</sup>.

---

<sup>346</sup> Come affermato fin da Cass., sez. un., 28 maggio 1987, n. 4779, in *Dejure*, in ipotesi di concordato con cessione dei beni, a fronte di domande riguardanti il patrimonio oggetto di cessione, si realizzerebbe un litisconsorzio necessario tra debitore e liquidatore; infatti, mentre titolare resta il debitore, soggetto tenuto all'adempimento è il secondo. In questi casi, dunque, si giustificerebbe la ricorrenza «di una situazione di litisconsorzio necessario, tale da imporre al giudice di disporre, anche di ufficio, l'integrazione del contraddittorio nei confronti della parte pretermessa»: v. CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2002, p. 841 ss.

<sup>347</sup> In tal senso, infatti, si ritiene che «l'unitarietà del rapporto dedotto in giudizio determina, in relazione alla sua idoneità a incidere in modo diretto e inscindibile sia nella sfera giuridica del debitore concordatario, sia nelle operazioni di distribuzione del ricavato, per effetto della dissociazione tra proprietà del patrimonio ceduto (del debitore) e legittimazione a disporre a fini liquidativi (del liquidatore), l'esigenza che la pronuncia che intervenga su tale rapporto sia necessariamente resa in contraddittorio di entrambi i soggetti»: così CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., p. 841 ss.

<sup>348</sup> In tale prospettiva, cioè, l'esigenza del contraddittorio di tutti i soggetti non sarebbe dettata tanto «dall'unitarietà del rapporto obbligatorio in contestazione ovvero dalla sua incidenza su una pluralità di soggetti, quanto piuttosto dall'impossibilità di regolare in modo utile i rapporti tra alcuni dei soggetti interessati, partecipanti al giudizio, lasciando impregiudicata la posizione degli altri, estranei al giudizio medesimo»; infatti, l'autonomia della sfera giuridica del liquidatore rispetto a quella del debitore, «in conseguenza della diversità degli interessi di cui è portatore, determina l'inesensibilità nei suoi confronti degli effetti di un'eventuale sentenza resa in contraddittorio solo del debitore concordatario e la inopponibilità alla liquidazione della pronuncia per insussistenza di quel nesso di pregiudizialità - dipendenza, idoneo, secondo il più accreditato insegnamento, a consentire il dispiegamento degli effetti di una sentenza anche verso terzi»: CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., p. 841 ss., ove si sottolinea, peraltro, l'esigenza pratica di evitare «conseguenze pregiudizievoli per il ceto creditorio derivanti da un eventuale disinteresse del debitore alla lite, se non, addirittura, da possibili collusioni tra questi e il terzo attore». RAGO, *Concordato preventivo: due questioni in tema di legittimazione passiva*, cit., p. 1212 ss.

<sup>349</sup> RASILE-ZANOTTI, *Il liquidatore giudiziale nel concordato con cessione dei beni: poteri, legittimazione attiva e passiva, casi pratici*, in *Il fallimentarista*, 16 gennaio 2014, p. 1 ss.

<sup>350</sup> In tal senso, «il liquidatore *ex art.* 182 l. fall. può, ma non necessariamente, *deve* assumere la legittimazione all'esercizio dell'azione, perché l'effettivo riconoscimento di questo potere dipende dal contenuto della proposta di concordato»; infatti, «il debitore che propone un concordato preventivo gode

Si mette altresì in rilievo come, in realtà, sia necessario distinguere a seconda della tipologia dei giudizi che si prendono in considerazione; la qualità di litisconsorte necessario, infatti, non potrebbe riguardare se non quelle controversie idonee ad esplicare effetti diretti sulla liquidazione stessa.

Nei giudizi che investono lo scopo liquidatorio della procedura, dunque, debitore e liquidatore si configurerebbero come contraddittori necessari. Diversamente dovrebbe dirsi, invece, per i giudizi di mera verifica, con la conseguenza che nei processi di accertamento dovrebbe escludersi la sussistenza di un litisconsorzio necessario; sarebbe proprio rispetto ad essi che il liquidatore verrebbe a qualificarsi come intervenore adesivo<sup>351</sup>.

Per l'individuazione delle azioni in cui si verifica tale litisconsorzio necessario, sulla base di un diverso orientamento si è poi sostenuto come, anziché al *petitum* – di accertamento o condanna di crediti contro il debitore – dovrebbe aversi riguardo al concreto interesse manifestato con la domanda e, in particolare, allo scopo della lite. In tal senso, la valutazione dovrebbe tenere in considerazione se la controversia sia preordinata ad ottenere un titolo da far valer contro la massa dei creditori, nel qual caso risulterebbe sempre necessaria la partecipazione del liquidatore<sup>352</sup>.

---

di un'ampia libertà nella determinazione del contenuto della proposta che intende sottoporre ai creditori»; a tale libertà consegue la «flessibilità e atipicità delle possibili modalità di soddisfacimento dei crediti», e che «può esprimersi anche attraverso la determinazione di destinare solo una parte del proprio patrimonio al soddisfacimento dei creditori anteriori». Di conseguenza, una volta acquisito «il risultato dell'ammissibilità dei concordati liquidatori con cessione solo parziale dei beni ai creditori, la legittimazione del liquidatore *ex art.* 182 l. fall. sarà il riflesso del contenuto della proposta»: D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Riv. società*, 2015, p. 15 ss.

<sup>351</sup> V. Cass. 4 settembre 2015, n. 17606, in *Dejure*, in cui si rileva come la legittimazione processuale del liquidatore del concordato non sia connessa «alla circostanza per cui la controversia abbia ad oggetto l'accertamento di una ragione di credito e la condanna al pagamento del correlativo debito, idonee – l'uno e l'altra - ad influire sul riparto destinato a far seguito alle operazioni liquidatorie», ma, invece, sia «ancorata e circoscritta al perimetro delle prerogative - liquidative e distributive - del liquidatore e, pertanto, ai rapporti che nel corso ed in funzione della liquidazione vengono in essere»; cfr. Cass., 3 aprile 2013, n. 8102, *ivi*.

<sup>352</sup> Tale considerazione indurrebbe a ravvisare la legittimazione passiva del liquidatore «non tanto in funzione della natura della domanda, se di accertamento del diritto di credito, ovvero di condanna del debitore al pagamento», ma in relazione «al *petitum* mediato, così come desumibile in relazione alla prestazione richiesta e all'interesse manifestato con la domanda»; di conseguenza «qualora il creditore chieda l'accertamento del proprio diritto di credito, di cui asserisce la natura concordataria, ovvero la condanna all'adempimento dello stesso nei confronti non solo del debitore, ma anche della massa dei creditori concorsuali o, comunque, evidenzi il suo interesse a conseguire un titolo giudiziario da far valere in sede di esecuzione del concordato, dovrà citare in giudizio anche il liquidatore giudiziale, quale soggetto tenuto al pagamento dei debiti e, in generale, alla distribuzione del ricavato». In questi termini, v.

Merita sottolineare poi che, in un caso particolare, la legittimazione processuale del liquidatore verrebbe a sostituirsi a quella del debitore, anziché cumularsi con quest'ultima, ossia laddove la proposta concordataria abbia ad oggetto una cessione con efficacia traslativa immediata<sup>353</sup>.

## **21. Alcune conclusioni sulla parte legittimata a stare nell'arbitrato nell'ambito del fallimento e del concordato preventivo.**

Alla luce di quanto esposto, si possono trarre alcune conclusioni sulla parte legittimata a partecipare al giudizio arbitrale.

In particolare, a seguito dell'apertura del fallimento, è il curatore il soggetto legittimato a presentarsi come parte formale del giudizio arbitrale. Infatti, escludendo i casi in cui il fallito continua a mantenere la capacità processuale, o la riacquista a fronte delle ipotesi "eccezionali" di cui si è dato conto, per il resto nelle controversie aventi ad oggetto rapporti patrimoniali rientranti nel fallimento egli non è legittimato processualmente.

A seguito della dichiarazione di fallimento, il fallito, che perde la legittimazione *ad processum*, non potrà più stare nel giudizio arbitrale.

Allo stesso modo, laddove la controversia non sia ancora stata instaurata, sarà il curatore il soggetto legittimato a poter proporre la domanda arbitrale.

Come si è detto, tale conclusione vale per le azioni che ricadono nell'ambito della procedura e, dunque, per le azioni relative ai rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, con eccezione, dunque, per i rapporti esclusi ai sensi dell'art. 46 l.fall. nonché di quelli ulteriori che siano stati successivamente esclusi dal curatore con l'autorizzazione del comitato dei creditori nelle forme di cui si è dato conto.

---

CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, cit., p. 841 ss.

<sup>353</sup> Si mette infatti in rilievo che in ipotesi di «omologazione del concordato con cessione dei beni e con efficacia immediatamente traslativa dei beni ai creditori ed immediata liberazione del debitore (la c.d. cessione *pro soluto*)», «il liquidatore giudiziale è legittimato a stare in giudizio in via esclusiva (con estromissione definitiva del debitore concordatario)»: BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss.

Allo stesso modo, anche la legittimazione del curatore ad essere parte nel processo arbitrale viene meno a seguito della chiusura del fallimento, a fronte della quale essa tornerà a spettare in via esclusiva al fallito.

Resta salva l'applicazione dell'art. 118, comma 2, l.fall., in relazione alla protratta legittimazione processuale del curatore in ipotesi di chiusura per ripartizione dell'attivo che riguarderà, comunque, le sole azioni instaurate dal curatore quali direttamente derivanti dal fallimento ai sensi dell'art. 43 l.fall., laddove siano state rese oggetto di una convenzione arbitrale e poi del successivo giudizio arbitrale da parte del curatore stesso.

Nell'ambito del concordato preventivo, invece, resta legittimato come parte nell'arbitrato il debitore concordatario. Anche in tale contesto, deve farsi salva l'ipotesi di concordato con cessione dei beni; nel qual caso, per le domande strettamente inerenti i beni oggetto di concordato e attinenti alla liquidazione, si configura come necessaria altresì la partecipazione del liquidatore.

## **22. Uno sguardo comparato: i riflessi dell'insolvenza sulla capacità del debitore nel diritto inglese.**

Nell'ottica comparata rispetto al sistema di diritto inglese, che al capitolo precedente è stata prospettata con riferimento ai riflessi che l'insolvenza determina sull'arbitrabilità oggettiva, si vorrebbe analizzare altresì il profilo soggettivo dell'arbitrabilità a fronte del sorgere dell'insolvenza.

Tale profilo non coincide con quello della *subjective arbitrability*, termine con il quale ci si riferisce all'arbitrabilità *rationae personae*<sup>354</sup>, e che fa riferimento allo stato personale, pubblico anziché privato, di un determinato soggetto. L'arbitrabilità soggettiva, infatti, trova particolari

---

<sup>354</sup> V. F. MANTILLA-SERRANO, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, cit., p. 26: in tal senso, «[a]uthors seem to distinguish between “objective” and “subjective” arbitrability in order to differentiate between matters that may be arbitrated and parties that may arbitrate». Cfr. D. DI PIETRO, *General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention*, in *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, cit., p. 90: «the so-called “ratione personae” or “subjective” arbitrability [...] is concerned with the capacity of the parties to submit disputes to arbitration».

limitazioni in relazione a determinate categorie di individui, tendenzialmente pubblici<sup>355</sup>; si tratta, dunque, di limitazioni che prescindono dall'insorgere dell'insolvenza, e che dipendono, piuttosto, da qualifiche soggettive «intrinsic»<sup>356</sup>.

In questa sede, invece, si vuole esaminare l'influenza che l'insolvenza determina sulla capacità del debitore.

Nell'ordinamento inglese manca una norma analoga all'art. 43 l.fall., ma l'insolvenza non è comunque indifferente al profilo soggettivo della capacità del debitore<sup>357</sup>.

Innanzitutto, si determina un riflesso sulla capacità a compromettere. Merita sottolineare che nell'ordinamento inglese, analogamente a quanto accade nell'ordinamento interno, l'apertura di un procedimento concorsuale non determina l'estinzione del soggetto giuridico<sup>358</sup>: ciò non si verifica né in ipotesi di *Individual insolvency*<sup>359</sup>, né di *Corporate insolvency*, quanto meno nei casi in cui la società prosegue la propria attività (ciò accade, come si è visto, nei procedimenti di *rescue*, quali sono l'*Administration* o la *Receivership*). D'altra parte, anche nell'ipotesi di procedimenti liquidativi (nello specifico, di *Winding-up*), la cessazione della società non si

---

<sup>355</sup> Tale nozione di arbitrabilità è rilevante nelle controversie che coinvolgono soggetti pubblici, «states and their instrumentalities», rispetto ai quali la legge può limitare o escludere la possibilità di devolvere ad arbitri le controversie che li coinvolgono, come anche introdurre particolari forme di controllo o autorizzazione: L. A. MISTELIS, *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, cit., p. 5, il quale mette in rilievo come l'area della *subjective inarbitrability* sia comunque diminuita in ragione dello sviluppo della pratica arbitrale.

<sup>356</sup> Si parla infatti di «subjective arbitrability» o di «arbitrability “rationae personae”» quando ci si riferisce all'arbitrabilità «by reason of the quality of one of the parties, when this party is a state, a public collectivity or entity or public body [...]»: B. HANOTIAU, *The law applicable to the issue of arbitrability*, cit., p. 756.

<sup>357</sup> «English insolvency legislation determines the subjective arbitrability of a dispute [...] by reference to the type of insolvency proceeding envisaged»: J. SUTCLIFFE- J. ROGERS, *op. cit.*, p. 280. Dall'insolvenza il debitore «is usually deprived of the right to manage and to dispose of the estate upon commencement of liquidation proceedings»: S. M. KRÖLL, *Arbitration and Insolvency Proceedings*, cit., p. 359. V. LAZIC, *Cross-border Insolvency and Arbitration*, in S. Kröll-L. A. Mistelis-P. Perales Viscasillas-V. Rogers, *International arbitration and international commercial law*, cit., p. 343 ss. e in part. 345, pone la domanda se sia corretto considerare l'invalidità dell'*arbitration agreement* dopo la declaratoria di insolvenza in termini di capacità o arbitrabilità soggettiva. Come rileva l'autore, infatti la «dispossession» che consegue all'insolvenza esclude la possibilità di iniziare azioni che vincolino il patrimonio; «[h]owever, these rights are vested in the trustee or liquidator or administrator».

<sup>358</sup> Dunque, non si determina in assoluto nemmeno la riduzione della capacità di compromettere in arbitri o di essere parte in un giudizio arbitrale. In tal senso, «[a]s a matter of law, insolvency does not affect the ability of a party to proceed with arbitration»: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 169.

<sup>359</sup> I debitori insolventi, infatti, «continue to exist after they have been declared bankrupt»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 125.

determina al momento di apertura del procedimento, ma si configura come eventuale esito finale e, dunque, al termine della liquidazione<sup>360</sup>.

Se dall'insolvenza non discende l'estinzione del soggetto giuridico, né la totale privazione della capacità giuridica, ne derivano, tuttavia, altre forme di limitazione<sup>361</sup>.

Si tratta di restrizioni non generalizzate ma che si riferiscono a determinate categorie di controversie, idonee ad incidere sulla massa concorsuale; il principio applicabile, in generale, alla capacità contrattuale dell'*Individual debtor* è che, a seguito dell'insolvenza, egli può disporre dei soli beni non rientranti nel *bankruptcy estate*<sup>362</sup>.

In tal senso, l'incapacità si configura come incapacità a vincolare la massa fallimentare<sup>363</sup>; un concetto che, dunque, nonostante le difformità terminologiche, non si discosta molto dall'ottica valorizzata dall'orientamento che trae dall'art. 43 l. fall. una incapacità relativa in senso puramente soggettivo.

Una delle principali conseguenze dell'inizio di un procedimento di liquidazione, infatti, è la sottrazione al debitore del diritto di gestire il suo patrimonio; diritto che, nella *Bankruptcy*, è attribuito al *trustee*. La diretta conseguenza dello spossessamento è, dunque, una *lack of authority*

---

<sup>360</sup> In tal senso, durante il procedimento concorsuale la società mantiene la propria personalità e, salvo diversa richiesta del liquidatore, anche i suoi beni: v. RAJAK, *Company Rescue and Liquidation*<sup>3</sup>, London, 2013, p. 298, il quale rileva come «[t]he company retains its legal personality after the commencement of the winding-up. And [...] retains legal ownership of its property. Indeed, it is possible for the liquidator to apply for an order vesting the company's property in himself». Tuttavia, all'esito del procedimento di liquidazione, «the corporate person no longer exists»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, in *Int. A.L.R.*, 2005, 8, IV, p. 127.

<sup>361</sup> Tali limitazioni sono a propria volta idonee a ripercuotersi sulla capacità a compromettere in arbitrati, dal momento che la capacità è uno degli elementi di validità della convenzione arbitrale. In tal senso, v. V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., p. 41: «The capacity of a party [...] is one of the elements of the validity of an arbitration agreement».

<sup>362</sup> Ai sensi della *section 284*, intitolata «Restrictions on disposition of property», infatti, «[w]here a person is adjudged bankrupt, any disposition of property made by that person in the period to which this section applies is void except to the extent that it is or was made with the consent of the court, or is or was subsequently ratified by the court».

<sup>363</sup> Tale fenomeno nell'ordinamento inglese viene valutato in termini di indisponibilità patrimoniale anziché di incapacità soggettiva. Sul punto, v. V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., p. 41: «one of the consequences of the commencement of a liquidation proceedings is the deprivation of the debtor of the management and disposal of the estate. It should be mentioned that it does not mean that the debtor is incapacitated by the commencement of liquidation proceedings. It means only that the provisions of insolvency law ensure that the debtor's legal dispositions will not be effective against the estate».

a concludere atti direttamente concernenti il patrimonio fallimentare, che si ripercuote sia sulla capacità contrattuale, sia su quella di essere parte nei procedimenti che coinvolgano tali beni<sup>364</sup>.

Lo stesso vale per la convenzione arbitrale; infatti, il debitore conserva la capacità di sottoscrivere convenzioni arbitrali relative alle (sole) controversie estranee al patrimonio gestito dal *trustee*.

A seguito di *Bankruptcy*, da un lato, il debitore fallito perde la capacità di concludere un accordo arbitrale vincolando la massa fallimentare, ma non quella di vincolare se stesso rispetto agli eventuali beni residui<sup>365</sup>; si mette tuttavia in rilievo come, in ragione dell'esclusione delle cause concernenti il *bankruptcy estate*, si tratti di un potere notevolmente limitato<sup>366</sup>. Dall'altro, la residua capacità di compromettere in arbitri del debitore, convive con il più generale potere spettante all'*office holder*: infatti, la *Schedule 5* dell'*Insolvency Act* attribuisce al *trustee*, tra i poteri generali, anche quello di compromissione<sup>367</sup>.

---

<sup>364</sup> Questo si riflette, specificamente, anche sull'arbitrato; rispetto a quest'ultimo, infatti, «it means that the debtor may neither conclude arbitration agreements as to bind the estate, nor may he be a party to new or pending arbitral proceedings with respect to the estate»; «these limitations of the debtor's right by insolvency laws relate only to the dispositions concerning the property estate. An individual debtor retains the right to contract and to have legal standing in proceedings [...] with respect to the property which is not part of the estate. Accordingly, the debtor retains the right to effectively conclude arbitration agreements and to take part in arbitral proceedings with respect to these rights»: V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., p. 36 ss.

<sup>365</sup> L'insolvenza personale, infatti, determina la sottrazione del patrimonio al debitore, che va a confluire nel *bankruptcy estate*, la cui gestione spetta al *trustee*: come prevede il par. 1 della *section 306*, *Vesting of bankrupt's estate in trustee*, «[t]he bankrupt's estate shall vest in the trustee immediately on his appointment taking effect or, in the case of the official receiver, on his becoming trustee». Dunque, il fallito può concludere accordi arbitrali che lo vincolano, ma che non vincolano il suo patrimonio. V., in tal senso, J. HARGROVE - V. LIBORIO, *Arbitration and insolvency: English and Swiss perspectives*, in *Arbitration*, 2009, p. 49: «it is not possible for insolvent individuals to enter into arbitration agreements that will bind their estates. This means that where bankrupts enter into an arbitration agreement, although this may bind them personally, it will not bind their estates [...]. Accordingly, the agreement to arbitrate will be of no practical value until the individual has returned to solvency». V. anche G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 127: «the bankrupt may continue to conclude such agreements which remain binding on him personally, since he is not denied his right to make contracts by reason of his insolvency».

<sup>366</sup> Si ritiene infatti che il potere del *bankrupt* di concludere contratti sia «of little or no value»; «a bankrupt may not conclude any contract (including an arbitration agreement) which would have the effect of improving his own position at the expense of his creditors' position»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 127.

<sup>367</sup> La *Schedule 5*, relativa ai «Powers of Trustee in Bankruptcy» prevede nella *part I*, quali «Powers Exercisable with Sanction», quello di «bring, institute or defend any action or legal proceedings relating to the property comprised in the bankrupt's estate» (*section 2*), di «refer to arbitration, or compromise on such terms as may be agreed on, any debts, claims or liabilities subsisting or supposed to subsist between the bankrupt and any person who may have incurred any liability to the bankrupt» (*section 6*), e di «make

Una disciplina analoga riguarda la *Corporate insolvency*. L'insolvenza della società non esclude di per sé la possibilità di concludere un accordo arbitrale: una società insolvente, infatti, può validamente vincolarsi ad un accordo arbitrale<sup>368</sup>.

D'altra parte, la legittimazione a concludere l'accordo deve essere valutata alla luce della circostanza che, mentre nell'*Individual insolvency* la legge attribuisce il potere di azione direttamente al *trustee*, che viene investito automaticamente dei beni del debitore, ciò è, invece, solo eventuale nella *Corporate insolvency*<sup>369</sup>; in tale ambito, il liquidatore può, comunque, richiedere alla corte la gestione dei beni della società<sup>370</sup>.

Inoltre, si devono considerare i poteri dell'*office holder*. In ipotesi di *Administration* e *Administrative receivership*, infatti, il potere di deferire ad arbitri ogni questione spetta rispettivamente all'*administrator* e al *receiver*<sup>371</sup>. Nell'ipotesi di *Winding-up* una norma analoga manca, ma si perviene allo stesso risultato: al liquidatore, infatti, è attribuito il potere di azione<sup>372</sup>; allo stesso modo si ritiene che al liquidatore spetti il potere di compromissione in arbitri<sup>373</sup>.

---

such compromise or other arrangement as may be thought expedient with creditors, or persons claiming to be creditors, in respect of bankruptcy debts» (*section 7*).

<sup>368</sup> Infatti, «under English law an insolvent company can enter into a valid arbitration agreement»: J. HARGROVE - V. LIBORIO, *op. cit.*, p. 49 ss. «As a matter of law, insolvency does not affect the ability of a party to proceed with arbitration»: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 170.

<sup>369</sup> «A company retains the title to its assets»: V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., p. 123.

<sup>370</sup> Il liquidatore può infatti chiedere di essere investito della gestione diretta dei beni. V. la *section 145*, *Vesting of company property in liquidator*, la quale prevede al par. 1 che «the court may on the application of the liquidator by order direct that all or any part of the property of whatsoever description belonging to the company or held by trustees on its behalf shall vest in the liquidator by his official name». Il liquidatore ha il compito di distribuire ai creditori i beni della società, e può richiedere la custodia dei beni (cfr. la *section 143* «[t]he functions of the liquidator [...] are to secure that the assets of the company are got in, realised and distributed to the company's creditors and, if there is a surplus, to the persons entitled to it», e la *section 144*, «shall take into his custody or under his control all the property and things in action to which the company is or appears to be entitled»).

<sup>371</sup> Come previsto alla *Schedule 1* dell'*Arbitration Act*, intitolata «Powers of Administrator or Administrative receiver», alla *section 5*, *Power to bring or defend any action or other legal proceedings in the name and on behalf of the company*, e *section 6*, *Power to refer to arbitration any question affecting the company*.

<sup>372</sup> Il par. 2 della *section 145* prevede infatti che «[t]he liquidator may [...] bring or defend in his official name any action or other legal proceeding which relates to that property or which it is necessary to bring or defend for the purpose of effectually winding up the company and recovering its property».

<sup>373</sup> In tal senso, «if a company is wound up according to the English companies' legislation, then the decision as to whether or not to proceed with the arbitration at all lies with the liquidator»: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 170.

Di conseguenza, anche nell'ipotesi di *Corporate insolvency* sembra che il potere di compromettere in arbitri spetti, per lo più, all'*office holder*.

### **23. (segue): la legittimazione al procedimento arbitrale.**

Passando dal profilo della capacità giuridica necessaria a compromettere in arbitri a quello della capacità processuale, si deve sottolineare come, in via generale, la legittimazione a stare in giudizio rifletta la capacità di diritto sostanziale. Di conseguenza, anche la capacità del debitore di essere parte nel processo si trova limitata in relazione alle controversie concernenti la massa concorsuale.

Quanto all'*Individual insolvency*, tra i poteri che il *trustee* può esercitare, senza necessità di autorizzazione da parte della corte, è previsto anche quello di instaurare un'azione o resistere nei procedimenti rientranti nel *bankrupt's estate*<sup>374</sup>. È dunque il *trustee* il soggetto processualmente legittimato a stare in giudizio.

Nell'ipotesi di *Corporate insolvency*, poteri analoghi spettano all'*administrator* e al *receiver*: infatti, la *Schedule 1, part 5*, attribuisce a tali organi il potere di agire e difendersi in giudizio e in ogni altro procedimento in nome e per conto della compagnia. Una specifica previsione (la *part 6*) dispone poi in ordine ai procedimenti arbitrali<sup>375</sup>.

Allo stesso modo, nel procedimento di *Winding-up*, il potere di agire in giudizio in nome e per conto della società è attribuito al liquidatore, a seguito di autorizzazione del tribunale nell'ipotesi di *Winding-up by the court*, e senza alcuna necessità di autorizzazione in caso di *Voluntary*

---

<sup>374</sup> In tal senso, la *Schedule 5*, prevede il potere, «with Sanction», «to bring, institute or defend any action or legal proceedings relating to the property comprised in the bankrupt's estate» (*section 2*).

<sup>375</sup> Come previsto alla *Schedule 1* dell'*Arbitration Act, Powers of Administrator or Administrative receiver*, la *section 5* prevede il «Power to bring or defend any action or other legal proceedings in the name and on behalf of the company» e la *section 6* prevede specificamente il «Power to refer to arbitration any question affecting the company». In proposito, v. C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 172. «Usually (but not always, it depends on the terms of the debenture under which he or she is appointed), an administrative receiver can initiate or defend any proceedings (including arbitral proceedings) in the company's name and on its behalf [...], unless these have been excluded by the terms of the debenture, include a power to refer any matter "affecting the company" to arbitration. An administrator has the same power»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 129.

winding-up<sup>376</sup>. In tal caso mancano disposizioni espresse sull'arbitrato, ma si ritiene che debbano ritenersi estesi gli stessi poteri<sup>377</sup>.

Sembra quindi potersi concludere che, anche in ipotesi di *Corporate insolvency*, la legittimazione a partecipare al procedimento arbitrale sia da attribuire, tendenzialmente, all'*office holder*.

Quanto alla natura dei poteri spettanti a quest'ultimo e, in particolare, se si tratti di rappresentanza, sostituzione processuale o di un fenomeno successorio, la legge tace. Rispetto alla *Corporate insolvency* si precisa però che i poteri sono esercitati *in the name e on behalf of the company*. In particolare, si ritiene che egli operi in qualità di agente, nell'interesse dei creditori<sup>378</sup>, con la conseguenza che dovrebbe essere esclusa ogni responsabilità personale<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> In particolare, la *Schedule 4*, relativa ai «Powers of Liquidator in a Winding Up», prevede alla *part I* (Powers Exercisable with Sanction), *section 2*: «Power to make any compromise or arrangement with creditors or persons claiming to be creditors, or having or alleging themselves to have any claim (present or future, certain or contingent, ascertained or sounding only in damages) against the company, or whereby the company may be rendered liable» e, nella *part II*, relativa ai «Powers Exercisable without Sanction in Voluntary Winding Up, with Sanction in Winding Up by the Court», *section 4*: «Power to bring or defend any action or other legal proceeding in the name and on behalf of the company». Nella *voluntary* e nella *compulsory winding up*, dunque, il liquidatore ha sostanzialmente gli stessi poteri, sebbene diverga il ruolo della corte nell'approvazione eventualmente necessaria per determinati atti; nella *voluntary winding up*, infatti, il ruolo della corte è marginale: «the role of the court is significantly lessened, although not excluded». In tal senso, V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., pp. 123-124.

<sup>377</sup> Infatti, l'*Insolvency Act* non contiene espresse previsioni sui poteri arbitrali del liquidatore nella *Winding up*, diversamente da quanto previsto per la *Bankruptcy*, l'*Administration* e l'*Administration receivership*; nonostante la mancanza di una tale disposizione, si ritiene che anche al liquidatore spettino gli stessi poteri, ma non è del tutto chiara la ragione dell'assenza di una norma in proposito. Sul punto, v. V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., p. 125: «It is not clear how the absence of an express provision should be interpreted [...]. It seems to be rather difficult to find a persuasive argument for the interpretation that the intention was to exclude the possibility for the liquidator to arbitrate». D'altra parte, come sottolinea l'autore, si tende a ritenere che il potere di agire in via arbitrale sia compreso in quello previsto in via generale, ossia nell'«expression» concernente il «power to institute or defend any action or other legal proceedings in the name and on behalf of the company». Nello stesso senso, v. J. HARGROVE -V. LIBORIO, *op. cit.*, p. 47: «The liquidator has wide powers [...] to bring and defend legal proceedings, including arbitrations».

<sup>378</sup> In tal senso, «[i]t has been suggested that his position is best defined as the agent of the company [...] exercising his power as agent (thus, in his representative capacity)»; «[i]t implies that the liquidator may enter into agreements on behalf of the company in his representative capacity, without incurring in any personal liability. Likewise, the liquidator has the power to institute or defend any action or other legal proceedings in the name and on behalf of the company»: V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., pp. 123-125. L'autore rileva pure che, invece, nella *Compulsory winding up* il liquidatore «is described as an officer of the court», con doveri di agire in modo indipendente.

<sup>379</sup> In tal senso, l'attività d'impresa è gestita dal liquidatore nell'interesse dei creditori: «the company's business is administered by a liquidator for the benefit of creditors. He does not undertake any personal liability when entering into agreements on behalf of the company»: V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., pp. 124-125. Rispetto ai costi v., però, *infra*, il par. 5.

## **PARTE SECONDA**

### **REGOLE OPERATIVE SULL'ARBITRATO NELLE PROCEDURE CONCORSUALI.**

## CAPITOLO IV

### EFFETTI DELL'APERTURA DI UNA PROCEDURA CONCURSUALE SULLA CONVENZIONE

#### ARBITRALE.

SOMMARIO: 1. La disciplina della convenzione arbitrale nei rapporti giuridici preesistenti al fallimento: una pluralità di opzioni interpretative non risolutive. – 2. (segue): e le novità della riforma. – 3. Insostenibilità della tesi che assimila la convenzione arbitrale al mandato. – 4. Inapplicabilità della disciplina prevista dall'art. 72: la convenzione arbitrale come «rapporto pendente»? – 5. Le peculiarità del «rapporto pendente» nascente dalla convenzione arbitrale. – 6. (segue): una considerazione sistematica della disciplina dei rapporti giuridici preesistenti. – 7. L'applicazione dell'art. 83-*bis* alla convenzione arbitrale alla luce dei principi processuali: opponibilità al fallimento tra autonomia e successione nel diritto controverso. – 8. (segue): lo scioglimento del contratto-base. – 9. (segue): rapporti pendenti, esauriti e non contrattuali. – 10. Un ulteriore coordinamento con le disposizioni fallimentari: il procedimento di accertamento del passivo. – 11. (segue): conseguenze di ordine processuale sulla domanda proposta. – 12. Necessarie precisazioni sugli effetti del fallimento rispetto alla convenzione per arbitrato irrituale. – 13. La convenzione arbitrale nella disciplina del concordato preventivo antecedente alla riforma. – 14. (segue): e le peculiarità della disciplina. – 15. L'introduzione di una norma per la clausola compromissoria. – 16. (segue): il tentativo di riconduzione alla regola generale. – 17. (segue): e la previsione di una disciplina autonoma. – 18. Le ipotesi non previste dal legislatore – 19. La particolarità degli effetti del concordato con cessione dei beni. – 20. Alcune conclusioni.

#### **1. La disciplina della convenzione arbitrale nei rapporti giuridici preesistenti al fallimento: una pluralità di opzioni interpretative non risolutive.**

L'affermazione del principio di compatibilità tra arbitrato e fallimento da un lato e la riconduzione dell'arbitrabilità all'ambito dei principi generali discendenti dall'art. 806 c.p.c.

dall'altro hanno un riflesso diretto sulle sorti della convenzione arbitrale: se infatti si esclude che la dichiarazione di fallimento possa determinare un mutamento nella natura disponibile e, dunque, arbitrabile, dei diritti pregressi, si deve pure negare che il patto arbitrale possa perdere efficacia in conseguenza di una (appunto insussistente) inarbitrabilità sopravvenuta del diritto dedotto.

Di conseguenza, deve essere necessariamente negata l'automatica caducazione della convenzione arbitrale a fronte dell'apertura della procedura fallimentare, determinandosi invece l'esigenza di individuare la disciplina applicabile e, in particolare, gli effetti che da tale apertura discendono. A venire in rilievo sono dunque, innanzitutto, le disposizioni relative ai rapporti giuridici preesistenti al fallimento<sup>380</sup>. Agli artt. 72 ss., infatti, la legge fallimentare disciplina i rapporti in corso di esecuzione, ossia i rapporti che non siano stati compiutamente eseguiti da entrambe le parti così da risultare ormai esauriti<sup>381</sup>.

Prima della riforma del 2006, l'applicabilità della disciplina sui rapporti pendenti alla convenzione arbitrale era dibattuta.

In senso contrario, si riteneva che tali disposizioni riguardassero soltanto contratti dispositivi di diritti sostanziali, qualificazione che era ritenuta difficile da attribuire alla convenzione arbitrale, quale accordo da cui discendono effetti processuali<sup>382</sup>. Inoltre, il sistema dei rapporti pendenti era imperniato esclusivamente su una serie di disposizioni specifiche: mancava una norma che dettasse un principio generale, com'è, invece, oggi l'art. 72, e, altresì, una norma

---

<sup>380</sup> I rapporti pendenti nell'ambito del fallimento trovano la propria disciplina alla sezione IV del titolo II (fallimento) capo III, dedicata agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti.

<sup>381</sup> Il concetto di rapporto giuridico preesistente a cui si riferisce la disciplina processuale riguarda «un contratto la cui esecuzione sia mancata del tutto o alla quale sia stato dato corso solo in parte, da entrambi i contraenti, posto che nel caso contrario non avrebbe interesse il curatore a subentrare nel rapporto dal quale, essendo residuati solo crediti e debiti, risulterebbero solo pretese»: v. PLENTEDA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, I, Torino, 2016, p. 807; deve dunque trattarsi di rapporti non esauriti. Sul punto, v. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 209 ss., ove si rileva che sono rapporti giuridici preesistenti «quelli che il fallimento trova perfezionati, ma non ancora esauriti al momento della sua dichiarazione».

<sup>382</sup> In proposito, v. T. Nocera Inferiore, 14 giugno 2005, in *Dejure*, per il quale «gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola compromissoria non sono legislativamente disciplinati», né «potrebbe farsi riferimento agli artt. 72-81 l.f. in ipotesi di arbitrato rituale, che non realizzerebbe un atto di disposizione di diritti di natura sostanziale (ai quali per l'appunto fanno riferimento le citate disposizioni della legge fallimentare), ma soltanto una scelta riguardo al procedimento da seguire per l'esercizio del diritto di azione». Sul punto, v. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria sottoscritta dalla società fallita, quando era in bonis*, in *Giur. it.*, 2017, p. 925 ss.

sull'arbitrato analoga all'art. 83-*bis*. Di conseguenza, anche laddove si fosse ritenuto di poter applicare la normativa sui rapporti pendenti, si poneva, di fatto, il problema dell'individuazione della concreta disciplina applicabile, e cioè quale fosse, tra le singole fattispecie previste, quella entro cui poter sussumere la convenzione arbitrale<sup>383</sup>.

## **2. (segue): e le novità della riforma.**

A seguito della riforma del 2006, per quanto qui interessa, la disciplina sui rapporti pendenti ha subito due innovazioni fondamentali.

La prima, relativa all'introduzione di una regola generale all'art. 72 l.fall., che si applica in via residuale laddove manchi una diversa norma. Tale articolo prevede che, se un rapporto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti al momento del fallimento, la sua esecuzione rimane sospesa fino a quando il curatore non abbia dichiarato di subentrare.

La seconda novità concerne l'inserimento, tra le successive disposizioni relative alle singole fattispecie contrattuali, dell'art. 83-*bis*, specificamente dedicato all'arbitrato; esso prevede che, se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito.

---

<sup>383</sup> In realtà, già prima della riforma si riteneva sussistente un principio generale analogo a quello odierno; si affermava infatti che, per i rapporti che presentassero «aspetti attivi e passivi ad un tempo» si dovrebbe «lasciar giudicare agli organi fallimentari se risponda meglio all'interesse della massa l'esecuzione o invece lo scioglimento», «riservando all'altro contraente di mettere in mora detti organi»: v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 547. Nel senso che la legge pone la regola secondo la quale il «fallimento produce uno *stato di sospensione* del contratto», v. FERRARA JR.-BORGIOI, *Il fallimento*, cit., p. 354. Allo stesso modo, prima della riforma la giurisprudenza affermava il «carattere di disposizione generale dell'art. 72 legge fallim. (da cui non poteva che discendere il discrezionale potere di opzione a favore del curatore)»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss. Nel senso che, invece, nella pregressa assenza di principi generali sui rapporti giuridici preesistenti, questi potessero essere tratti dall'esame singole disposizioni, v. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., p. 350. Allo stesso modo, nel senso che rispetto ai contratti «innominati» il problema dell'incidenza del fallimento veniva risolto «con il ricorso all'analogia dalle ipotesi espressamente disciplinate dalla legge fallimentare al di là del riscontro con i principi generali dell'ordinamento», v. DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989, p. 167. Dalla considerazione delle norme particolari «la dottrina ha tratto una sequenza di regole fondamentali», in base alle quali, rispetto «ai rapporti giuridici creati dall'imprenditore prima della sentenza dichiarativa, il fallimento può assumere qualità di terzo o (come suol dirsi) di avente causa, respingendo o facendo proprio il rapporto»: PROVINCIALI, *Determinazione dell'ufficio fallimentare sui rapporti pendenti all'atto del fallimento*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1964, pp. 238-239; cfr. ID., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 372 ss. Sul punto v. AZZOLINA, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali ineseguiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 335 ss.; MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit. p. 321.

Anche l'introduzione di tale norma, tuttavia, non è stata risolutiva e non è valsa a sanare i progressi contrasti interpretativi in materia<sup>384</sup>. Come si è anticipato, infatti, ben lungi dall'individuare una disciplina complessiva, l'art. 83-*bis* non si riferisce alla convenzione o in via generale all'istituto arbitrale, ma soltanto all'arbitrato in corso. Ad eccezione di tale specifica ipotesi, per il resto, il problema dell'individuazione della disciplina concretamente applicabile si presenta nei medesimi termini antecedenti alla riforma, con il conseguente riproporsi delle pregresse prospettive interpretative e, anzi, inaugurandone inevitabilmente di nuove.

Secondo una ricostruzione, infatti, dall'art. 83-*bis* dovrebbe trarsi una regola generale. In tal senso, proprio a fronte di una specifica norma sull'arbitrato, si è ritenuto di poter estendere la previsione ivi contenuta anche alle fattispecie non espressamente disciplinate e, dunque, anche laddove non sia pendente l'arbitrato; inoltre, nonostante vi si contempa soltanto l'arbitrato nascente da clausola compromissoria, la norma è stata ritenuta applicabile allo stesso compromesso, così elevandola a disciplina generale della convenzione arbitrale<sup>385</sup>.

Non vi è tuttavia concordia nell'individuazione del principio ad essa sotteso. Da un lato, infatti, si è ritenuto che la convenzione arbitrale rimanga sempre vincolante nel caso in cui il curatore subentri nel rapporto sostanziale a cui si riferisce; di conseguenza, il rapporto arbitrale proseguirebbe automaticamente nei confronti del curatore<sup>386</sup>. Pervenendo ad un risultato opposto,

---

<sup>384</sup> Nel senso che «il panorama normativo non è di facile ricostruzione», e «la norma dedicata alla convenzione arbitrale è lacunosa» v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 117; allo stesso modo, la legge fallimentare non fornisce «una risposta chiara», v. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 219.

<sup>385</sup> Sul punto, v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 9 ss.; ID., *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, in *Fall.*, 2016, p. 861; ID., *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 219 ss.

<sup>386</sup> In particolare, si nega che il curatore possa sciogliersi dalla clausola compromissoria laddove subentri nel contratto in cui essa è contenuta. Nel senso che seppure la norma riguardi solo il «giudizio arbitrale pendente e di scioglimento del contratto su iniziativa del curatore», tuttavia «sulla scorta della medesima previsione si deve pervenire alla conclusione, secondo la quale, nell'ipotesi di subentro da parte del curatore nelle situazioni giuridiche attive derivanti dal contratto contenente la clausola compromissoria, questa conservi piena efficacia anche nei confronti del curatore: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui pure chiede l'adempimento», v. Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800, in *Dejure*; cfr. T. Torino, 10 febbraio 2016, n. 824, *ivi*. Nel medesimo senso, si afferma che «nell'ipotesi di subentro nel contratto da parte del curatore il patto compromissorio conservi piena efficacia anche nei confronti del curatore subentrante: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del rapporto sostanziale in cui è subentrato»; «alla scelta del curatore di mantenere il contratto è inscindibilmente legata l'affermazione che lo stesso è vincolato all'opzione per tutela arbitrale effettuata dal compromittente fallito»: T. Terni, 7 febbraio 2011,

invece, si è ritenuto di poter desumere che, sulla base del disposto della norma, la convenzione arbitrale si scioglierebbe sempre laddove il procedimento non sia ancora stato instaurato, così tornando, di fatto, all'affermazione di una (in realtà non più sostenibile) teoria dicotomica, che distingue le sorti dell'arbitrato in ragione della pendenza del giudizio<sup>387</sup>.

Sulla base di un diverso approccio, invece, l'art. 83-bis sarebbe del tutto inapplicabile alla convenzione arbitrale<sup>388</sup>; in quanto si riferirebbe non già ad un contratto, bensì unicamente all'arbitrato in corso, si afferma pure che la norma sarebbe stata collocata in una *sedes materiae* erronea<sup>389</sup>.

---

in *De jure*. Peraltro, alla medesima conclusione di escludere la facoltà di scioglimento si perviene assimilando la convenzione arbitrale al mandato concluso anche nell'interesse degli arbitri: v., in particolare, *infra*, la giurisprudenza citata alle note 390 ss.; come pure in ragione del richiamo dei principi generali sui contratti o dell'art. 5 c.p.c. e della *perpetuatio iurisdictionis*: GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in *Commentario Scialoja Branca, Legge fallimentare*, a cura di Bricola-Galgano-Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, p. 26. D'altra parte, si ritiene che solo «una espressa previsione di legge, quando manchi reciproco consenso, può legittimare le parti allo scioglimento», v. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto Fallimentare*, I, cit., p. 44.

<sup>387</sup> Nel senso che «se la dichiarazione di fallimento è antecedente all'instaurazione del giudizio arbitrale, ciò impedirebbe il valido sorgere di quest'ultimo, mentre nessuna influenza avrebbe il fallimento qualora il procedimento arbitrale sia già in corso», v. PANETTA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola arbitrale*, cit., p. 979. Sulla teoria dicotomica, v. *retro*, cap. I, par. 2, in part. nota 15.

<sup>388</sup> In tal senso, si ritiene che la sorte della convenzione arbitrale sia solo apparentemente disciplinata dall'art. 83-bis l. fall., in quanto la norma «invece di regolare l'efficacia della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato dal fallito *in bonis*» si limita «a disciplinare la sola ipotesi di un arbitrato pendente alla data di dichiarazione del fallimento»: VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 281-282. Analoghe perplessità sono manifestate da APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 267-268, per il quale «al legislatore è sfuggito che tuttora, come in passato, manca la regola del rapporto pendente»; e, anzi, «l'applicabilità della regola di cui all'art. 83-bis andrebbe circoscritta, secondo la nostra interpretazione, alla sola residuale ipotesi di un procedimento arbitrale instaurato con la notifica della nomina di arbitro, ma senza che si sia formato il contratto di arbitrato, non essendo ancora avvenuta l'accettazione degli arbitri». Nel senso che dovrebbe escludersi la possibilità di desumere «un principio di carattere generale», in quanto la norma «dice con certezza solo qualcosa in negativo, ossia che, pendendo un giudizio arbitrale su un dato effetto contrattuale, ove sopraggiunga il fallimento ed il curatore intenda sciogliersi dal rapporto contrattuale da cui quell'effetto scaturiva ovvero esso sia sciolto *ex lege*, viene meno il detto giudizio per il semplice fatto che viene meno la lite sostanziale che ne costituisce oggetto», e fa quindi «fa certamente chiarezza solo su uno dei casi che si possono prospettare», v. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 219.

<sup>389</sup> Nel senso che «si può criticare la scelta di collocare questa norma all'interno della sezione IV del capo III in quanto sede non appropriata», dal momento che essa «non ha nulla a che vedere con gli effetti della dichiarazione di fallimento su una clausola compromissoria», v. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., p. 281-282. Nello stesso senso, v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 266 ss., in part. nota 5, ove si rileva che «la norma dell'art. 83-bis è stata ritenuta una norma processuale, la cui collocazione più consona sarebbe stata nell'art. 43, comma 3»; cfr. BONFATTI- CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, p. 332. Non manca neppure chi ha criticato l'opzione legislativa dell'art. 83-bis sotto il profilo che essa andrebbe in controtendenza rispetto al ravvicinamento tra giudizio arbitrale e giudizio statale: così VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, II, 923.

Laddove si ritenga che l'art. 83-*bis* disciplini il solo arbitrato pendente, poi, si pone il dubbio – negli stessi termini precedenti alla riforma – di quale tra le diverse previsioni di cui agli artt. 72 ss. possa applicarsi alla convenzione arbitrale.

Per un verso, infatti, viene prospettata la riconducibilità alla disciplina sul mandato: l'assimilazione della convenzione arbitrale al mandato consente di richiamare l'art. 78, seppure poi tale disciplina venga derogata, escludendosi la facoltà di scioglimento per il curatore, in quanto la convenzione arbitrale costituirebbe un mandato conferito anche nell'interesse dei terzi<sup>390</sup>.

Per altro verso, invece, la convenzione arbitrale viene ricondotta alla previsione residuale dell'art. 72 l. fall.; ciò che ha la conseguenza di consentire al curatore la facoltà di scioglimento<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> La giurisprudenza, sulla base di massime cristallizzate, affermava (e tutt'ora afferma) che il compromesso per arbitrato, costituendo un atto negoziale riconducibile alla figura del mandato collettivo, o congiunto, e di quello conferito nell'interesse di terzi non è soggetto allo scioglimento nel caso di fallimento del mandante, non operando rispetto ad esso la regola dettata dall'art. 78 l.f. per il mandato. Tale indirizzo viene ricondotto a Cass. 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Fall.*, 1993, p. 475, per la quale poiché «il conferimento dell'incarico agli arbitri liberi 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 (regolato dall'art. 1726 c.c.) e del mandato conferito nell'interesse anche di terzi (di cui all'art. 1723, comma 2, c.c.), trattandosi di mandato conferito con unico atto da più soggetti, nell'interesse a loro tutti comune ad ottenere un determinato risultato (la pronuncia del lodo) da parte degli arbitri mandatari»; «[n]ella disciplina dettata per tali figure dal codice civile, la comunanza dell'interesse al negozio gestorio tra mandante e terzi - ai quali vanno equiparati i (più) mandanti, che, nell'ipotesi qui in considerazione, pattuiscono il giudizio arbitrale - giustifica la non estinzione del mandato in caso di revoca da parte del solo mandante ovvero di uno solo dei mandanti, o in caso di sopravvenuta incapacità di tali soggetti (e quindi anche in caso di fallimento, in deroga a quanto dispone invece l'art. 78 l.f. per il mandato ordinario). Ciò significa che la dichiarazione di fallimento che colpisca una delle parti che pattuiscono la clausola compromissoria (o il compromesso) non determina gli effetti che, ai sensi dell'art. 78 l.f., si determinano sul mandato quale rapporto giuridico preesistente, trattandosi di rapporto che, coinvolgendo interessi anche di terzi, resta insensibile all'evento predetto che interessa uno dei mandanti (così come ad una revoca del mandato agli arbitri che fosse emessa da una sola delle parti che sottoscrissero il compromesso o il contratto contenente la clausola arbitrale)»; concludendo, dunque, che «[i]l problema della validità della clausola compromissoria rispetto al fallimento deve essere quindi risolto in senso positivo sia se si riguarda la clausola in sè, sia se la si considera quale patto del contratto in cui è inclusa, ancora da eseguire al momento della dichiarazione di fallimento, dovendosi ritenere che si verifica il subentro dell'amministrazione fallimentare nel contratto e nella clausola, destinata a dar vita ad un incarico da espletarsi anche in caso di fallimento di una delle parti». Sul punto, cfr. Cass. 18 agosto 1998, n. 8145, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 1724; Cass. 17 aprile 2003, n. 6165, in *Riv. arbitrato*, 2004, p. 701; Cass. 8 settembre 2006, n. 19298, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, p. 86. Non è esclusa a ben vedere nemmeno la prospettiva contraria: T. Milano, 15 febbraio 2001, *ivi*, in cui si rileva che la clausola compromissoria «non è opponibile al fallimento, poiché essa, configurando un rapporto di mandato, si scioglie con il fallimento ai sensi dell'art. 78 l. fall.».

<sup>391</sup> Sul punto, v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 79; VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 280 ss.; SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 484; ID., *Clausola arbitrale, Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di Caiafa e Romeo, I, 2014, pp. 608-610, ove si specifica come esso dovrebbe valere sia per il compromesso che per la clausola

### 3. Insostenibilità della tesi che assimila la convenzione arbitrale al mandato.

L'orientamento che riconduce la convenzione arbitrale ad un mandato, stipulato anche nell'interesse degli arbitri, era già molto diffuso in giurisprudenza prima della riforma ed appare seguito anche oggi in via maggioritaria: sulla base di massime ormai cristallizzate, infatti, viene tutt'ora data per scontata la riconducibilità della convenzione ad un mandato conferito anche nell'interesse degli arbitri<sup>392</sup>.

L'analisi delle massime, tuttavia, sembra far emergere l'applicazione acritica ed estemporanea di un principio, ritenuto consolidato, senza che si provveda in alcun modo ad analizzarne la concreta aderenza al caso di specie né interrogarsi sul suo effettivo fondamento giuridico<sup>393</sup>.

---

compromissoria, sia per la convenzione arbitrale in materia non contrattuale; nonché, per il medesimo principio, v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 547; FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., p. 354; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, cit., p. 302.

<sup>392</sup> V. Cass. 14 ottobre 2009, n. 21836, in *Dejure*; Cass., 17 febbraio 2010, n. 3803, ivi; cfr. Cass., s.u., 26 maggio 2015, n. 10800, ivi. Nello stesso senso, v. Cass. 2 agosto 2012, n. 13934, ivi, per la quale il principio per il quale deve escludersi lo scioglimento della convenzione arbitrale «ha avuto indirettamente il decisivo avallo da parte del legislatore che, dettando il nuovo art. 83-bis l. fall. che dispone l'inoperatività della clausola una volta esercitata l'opzione dello scioglimento del contratto cui accede, mostra di ritenere che la operatività della clausola stessa sia indifferente rispetto all'intervenuto fallimento, sia che il rapporto prosegua perchè il curatore subentra sia che lo stesso avvenga perchè mancano le condizioni per lo scioglimento, e che solo in via di eccezione lo scioglimento del contratto in virtù della speciale normativa fallimentare comporti anche il venir meno del patto sulla deroga alla giurisdizione». Di recente, v. anche T. Torino, 10 febbraio 2016, n. 824, in *Dejure*. Anche in dottrina si mette in rilievo che l'idea (erronea) «secondo la quale la clausola arbitrale contenuta in un contratto in cui subentra il fallimento è opponibile al curatore perché si tratterebbe di un mandato collettivo (art. 1726 c.c.) conferito anche nell'interesse di terzi (art. 1723, comma 2, c.c.) è certamente quella più diffusa in giurisprudenza»: v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 860. Sull'applicazione dell'art. 78, in dottrina, anche a seguito della riforma, v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 267-268, per il quale «per il giudizio arbitrale il cui stadio si trova in un momento successivo alla costituzione del collegio arbitrale (e quindi si è formato il contratto di arbitrato rientrando nell'art. 78 legge fallim.), al curatore, essendo precluso lo scioglimento dal contratto di arbitrato, non sarà possibile far caducare il procedimento arbitrale. Il che ci consente di affermare che il legislatore della riforma, dettando la regola dell'art. 83-bis, non ha inteso affatto distaccarsi dall'orientamento espresso dalla giurisprudenza [...]. Con l'accettazione sorge il rapporto processuale trilatero (a seguito di un mandato collettivo *in rem propriam*) e non sarà più possibile una paralisi del rapporto per una mera iniziativa di una parte».

<sup>393</sup> V. *retro*, note 387 ss. Ciò che pare interessante, come si vedrà, è tuttavia la conclusione che, su tali basi, viene tratta dalla giurisprudenza in via maggioritaria; seppure sostenuta sulla base di un percorso argomentativo non condivisibile, infatti, tale argomento conduce all'esclusione di un potere discrezionale di scelta quanto al subentro nella convenzione da parte del curatore e l'affermazione della necessaria prosecuzione della convenzione arbitrale.

Tale principio viene esteso, talvolta, sia al compromesso sia alla clausola compromissoria; talaltra, invece, è limitato al solo compromesso, poiché considerato estraneo alla previsione dell'art. 83-bis, con la conseguenza ulteriore, in quest'ultimo caso, di differenziare la sorte delle varie tipologie di convenzione arbitrale<sup>394</sup>.

Tale tesi, già censurata in passato, non pare riproponibile neppure a seguito della riforma. Essa, infatti, è erronea nel suo stesso presupposto, determinando la inequivocabile sovrapposizione di due piani del tutto distinti: quello del contratto arbitrale e quello tra parti ed arbitri, il quale, soltanto, è riconducibile ad un mandato<sup>395</sup>. Peraltro, pervenendo a distinguere le sorti della

---

<sup>394</sup> Precisa BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 219 che la disciplina «prescinde certo dalla forma che abbia assunto l'accordo arbitrale». Sul punto, v. anche CANALE, *sub art. 83-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, p. 1345 ss. *Contra*, nel senso che il compromesso, in quanto negozio autonomo, dovrebbe essere disciplinato alla stregua dei contratti in generale v. GRIMALDI, *Clausola arbitrale*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Caiafa, I, Padova, 2011, p. 583.

<sup>395</sup> All'esclusione della disciplina sul mandato deve pervenirsi, come si è detto, a monte; seppure il rapporto contrattuale tra parti e arbitri possa essere configurabile come mandato, non altrettanto vale per il rapporto tra le parti, che scaturisce dalla convenzione stessa. In tal senso, si è negata «la possibilità di ravvisare un mandato nell'impegno con cui le parti compromittenti si obbligano a deferire agli arbitri la decisione delle loro controversie»: v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 10; cfr. VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, cit., p. 297; CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 542. Si afferma, infatti, che «non si può fare alcun rinvio alla disciplina del mandato, perché non bisogna confondere la convenzione arbitrale con il contratto di arbitrato»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, cit., p. 117. Sul punto, v. anche BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 860, ove si rileva che in tal modo «si confondono due contratti che, ancorché intimamente collegati, sono diversi e vanno tenuti distinti. L'arbitrato si fonda su due manifestazioni negoziali: la prima sta nel contratto che i litiganti (compromesso) o i potenziali litiganti (clausola compromissoria) stipulano tra loro al fine di scegliere la giustizia privata con esclusione della giustizia statale, mentre la seconda sta nell'instaurazione di un rapporto contrattuale con singole persone fisiche che sono chiamate a svolgere la funzione di arbitri. Si tratta, come è evidente, di contratti diversi»; «quando si dice che la convenzione di arbitrato stipulata in precedenza dall'imprenditore poi fallito sarebbe opponibile all'amministrazione fallimentare perché in essa vi sarebbe un mandato si commette evidentemente un chiaro errore di prospettiva, perché questo mandato è certamente al fondo del fenomeno arbitrale, ma esso non sta in quella convenzione. Il contratto di mandato tra le parti e gli arbitri presuppone la vigenza della convenzione di arbitrato tra le parti». Nel senso che «l'accettazione della nomina da parte degli arbitri nulle aggiunge né toglie alla efficacia del compromesso», v. VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, cit., p. 323. Analogamente, «non si riesce a vedere il motivo per cui una clausola debba dipendere nella sua efficacia dal procedimento che in base ad essa si costituisce»: v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 244. D'altra parte, si rileva altresì che vi sarebbe una differenza nella situazione di base, che precluderebbe di applicare la disciplina sul mandato; nel fallimento, infatti, «a differenza di quanto avviene per la situazione disciplinata dall'art. 1723 del codice civile - nella quale il contrasto si pone tra due interessi individuali (del mandante e del mandatario o del terzo) - il contrasto si configura tra l'interesse del mandatario o del terzo e la massa dei creditori»: v. CASORIA-RUSSO, *Effetti del fallimento su mandato e clausola compromissoria*, cit., p. 1 ss.; BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 860. In tal senso, «il mandato conferito agli arbitri è sicuramente configurabile come mandato congiunto, conferito dalle parti nel comune interesse con conseguente applicabilità, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, del disposto dell'art. 1726; tuttavia, questa giurisprudenza, non coglie la differenza tra l'accordo arbitrale e il distinto, ancorché collegato, rapporto che le parti instaurano

convenzione arbitrale laddove vi sia già stata l'accettazione degli arbitri, determinerebbe, pure, una inconsapevole riproposizione della tesi dicotomica<sup>396</sup>, anch'essa già superata in passato.

Di conseguenza, deve affermarsi che gli effetti del fallimento sulla convenzione arbitrale non possono farsi discendere dalla circostanza che, al momento di apertura della procedura, sia già avvenuta l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri; la vincolatività dell'accordo compromissorio prescinde da quest'ultima. La sottrazione della controversia alla competenza del giudice si determina per effetto stesso della stipulazione del patto arbitrale e, dunque, si verifica sulla base della sola espressione del consenso delle parti<sup>397</sup>.

---

con gli arbitri per effetto del mandato»: v. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1999, p. 982. L'applicazione delle norme sul mandato e, in particolare, dell'art. 78, è stato criticato anche sotto un diverso profilo; si è infatti ritenuto che «il rapporto fra le parti e gli arbitri si pone soltanto sul piano processuale», «mentre il carattere fiduciario dell'art. 78 legge fallim. non ha rilevanza per il diritto processuale»: v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 10; sul punto, v. anche BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., p. 414.

<sup>396</sup> Sul punto, v. BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., p. 415, per il quale non può essere approvata la corrente interpretativa secondo la quale «il compromesso e la clausola compromissoria sono opponibili al fallimento soltanto se il procedimento risulti già in corso, nel senso che gli arbitri siano stati nominati e abbiano accettato, mentre, se non sia ancora cominciato, si avrebbe decadenza del compromesso. Infatti, secondo tale tesi il compromesso e la clausola si perfezionerebbe soltanto con l'accettazione della nomina da parte degli arbitri, prima del quale perfezionamento non si avrebbe la deroga convenzionale al foro ordinario»; cfr. ID., *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 25. Critico nei confronti della tesi dicotomica, «che diversifica gli effetti del fallimento sugli accordi compromissori a seconda che il mandato agli arbitri sia stato o meno conferito» anche PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, cit., p. 982; nonché BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 861, dal quale è ritenuta ormai definitivamente abbandonata.

<sup>397</sup> In tal senso, «i due atti vanno tenuti distinti (anche se in pratica possono essere simultanei ed avere un'unica dimensione formale), vale a dire il rapporto fra le parti, che ha immediata efficacia, [...], ed il rapporto parti-arbitri»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 7; «l'efficacia derogativa della tutela giurisdizionale ordinaria, dipende soltanto dal compromesso o dalla clausola compromissoria» dal momento che tali fattispecie contrattuali «sono già di per sé complete senza l'accettazione degli arbitri, che costituisce soltanto un momento del successivo procedimento arbitrale»: v. BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., pp. 417-418; cfr. ID., *Arbitrati e fallimento*, cit., pp. 17-18, per il quale «la sola nomina degli arbitri non può essere considerata come completamento della fattispecie». Allo stesso modo, si afferma che «il compromesso e la clausola compromissoria hanno sin dalla loro stipulazione (per la quale basta il consenso delle parti reso nella prescritta forma) l'effetto di sottrarre la controversia all'autorità giudiziaria»: v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 76. Analogamente, v. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 41, ove si sottolinea come sia la «stipulazione del compromesso» a determinare «il venir meno, in ordine alla controversia che ne è oggetto, della *potestas iudicandi* del giudice statale».

#### 4. Inapplicabilità della disciplina prevista dall'art. 72: la convenzione arbitrale come «rapporto pendente»?

Sotto un diverso punto di vista, si è sostenuto che l'individuazione della disciplina applicabile alla convenzione arbitrale a seguito di fallimento, in quanto rapporto pendente, non potrebbe che fondarsi sull'art. 72, quale norma residuale in materia; da tale disciplina deriverebbe la facoltà di scelta per il curatore tra subentro o scioglimento del contratto di arbitrato<sup>398</sup>.

In particolare, la norma definisce il rapporto pendente come il contratto «ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti»; in tal caso, «l'esecuzione del contratto [...] rimane sospesa» fintanto che il curatore non decida per il subentro, «assumendo tutti i relativi obblighi».

L'effettiva applicazione di tale norma, tuttavia, pone, a monte, il problema della concreta sussumibilità della convenzione arbitrale nel concetto, richiedendo alcune considerazioni preliminari.

Sulla base dei principi di ordine generale, si ritiene che il patto d'arbitrato abbia natura contrattuale<sup>399</sup> e che, nello specifico, si tratti di un contratto con comunione di scopo<sup>400</sup>. Tale

---

<sup>398</sup> Sul punto, v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 79. Nel senso che gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla convenzione arbitrale, «alla stregua di qualsiasi altro contratto», sono regolati dall'art. 72 l. fall., v. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 280 ss., per il quale, di conseguenza, «l'ufficio fallimentare può scegliere tra lo scioglimento o la prosecuzione del patto compromissorio a seconda che sia ancora ineseguito ovvero non abbia avuto completa esecuzione prima della dichiarazione di fallimento»; l'autore specifica però alla nota 20, che una «perplexità sorge quando il contratto è ancora pendente perché in questo caso ragioni di coerenza sistematica potrebbero portare a ritenere che le sorti della clausola compromissoria seguano quelle del contratto», riaffermando, dunque, a questo proposito l'operatività dell'art. 83-bis anche rispetto all'arbitrato non ancora pendente. L'applicabilità dell'art. 72 è affermata da SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 484. Allo stesso modo, si afferma che «l'efficacia resta sospesa a seguito del fallimento, e spetta agli organi fallimentari [...] decidere se eseguire la convenzione medesima o invece sciogliersi»: v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 555; cfr. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, cit., p. 302.

<sup>399</sup> Sul punto, v. MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1923, p. 51. Infatti, la «natura giuridica della convenzione arbitrale è comunemente ritenuta contrattuale»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 6. Sul punto, v. REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 789; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 34; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., pp. 154 ss. e 178; ID., *Arbitrati ed arbitri*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 129.

<sup>400</sup> In tal senso, proprio dall'appartenenza del patto compromissorio «alla categoria dei contratti con comunione di scopo» deriva la «convergenza della funzione perseguita dalle parti»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 7.

qualificazione vale sia per il compromesso, sia per la clausola compromissoria, sia per la convenzione arbitrale in materia non contrattuale, ritenute tre *species* di un *genus* unitario<sup>401</sup>; le differenze che riguardano le singole tipologie di convenzione arbitrale, infatti, non sono tali da far venire meno l'unitarietà della fattispecie.

La qualificazione in termini contrattuali, che dovrebbe consentire l'integrazione della disciplina prevista per la convenzione arbitrale con quella generale sui contratti<sup>402</sup>, sembrerebbe far propendere per l'applicazione della norma residuale prevista per i rapporti pendenti dall'art. 72 l. fall.; in quanto contratto, infatti, la convenzione arbitrale non potrebbe esimersi dalla soggezione alla norma generale ivi prevista per le ipotesi prive di una diversa disciplina specifica.

### **5. Le peculiarità del «rapporto pendente» nascente dalla convenzione arbitrale.**

La conclusione di cui si è dato conto pare tuttavia eccessivamente sbrigativa. Seppure costituisca ad ogni effetto un contratto, la convenzione arbitrale è peculiare; per il suo tramite, infatti, non si dispone di diritti sostanziali<sup>403</sup>, ma si stabilisce una particolare disciplina processuale, con una funzione strumentale, volta alla risoluzione della controversia sottraendola alla giurisdizione statale<sup>404</sup>. Essa, dunque, anche prescindendo dalla superata qualificazione in

---

<sup>401</sup> Deve infatti affermarsi «l'unicità del *genus* convenzione arbitrale»: ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p.10. In tal senso, il contratto arbitrale «può rivestire due forme»: «o è contratto particolare e definitivo, in considerazione di una specifica controversia già formata tra le parti», «oppure è convenzione generale e preliminare, avente per oggetto controversie eventuali e future»: v. MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 51; cfr. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, cit., p. 422 ss., per il quale la distinzione tra clausola e compromesso è da ricondurre alla circostanza che la stipulazione avvenga prima o dopo l'insorgere della controversia.

<sup>402</sup> Tale equiparazione non è, tuttavia, pacifica: nel senso che «né l'inquadramento del compromesso tra i contratti può essere operato acriticamente, né tanto meno, sulla suggestione di dati positivi, peraltro ormai superati, può essere operata una indiscriminata applicazione al compromesso di tutte le norme sui contratti», dovendo «escludersi» una «meccanica applicazione al patto compromissorio dell'intera disciplina dei contratti», v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 331 ss.

<sup>403</sup> In tal senso, lungi dal rappresentare un «atto dispositivo», la convenzione arbitrale, «al pari del negozio di accertamento – e, ancor più, della dichiarazione confessoria», presenta «un profondo iato fra autonomia patrimoniale (costituzione di rapporti giuridici e non solo estinzione o modificazione) e legittimazione a disporre in senso stretto»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 807 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., p. 133; essa, dunque, non rappresenta «un tipico accordo di scambio»: ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 8.

<sup>404</sup> L'«effetto diretto del patto compromissorio» è «la costituzione di una situazione giuridica strumentale»: la convenzione arbitrale, infatti, «costituisce in capo ai contraenti un fascio di situazioni giuridiche procedurali, che tutte insieme compongono il processo arbitrale»; «lo scopo delle parti, con la stipula del compromesso, è quello di predisporre uno strumento processuale diverso da quello che si svolge davanti

termini di negozio processuale<sup>405</sup>, ha comunque certamente effetti processuali che la connotano di innegabili profili di specialità<sup>406</sup>.

La nozione di «rapporto pendente» che emerge dall'art. 72 mal si adatta a tal genere di contratti. Essa, infatti, pare preposta alla disciplina di rapporti tipicamente di scambio, in cui vengano in rilievo, in via diretta, atti di disposizione reciproca di diritti<sup>407</sup>; la nozione implica, insomma, la relazione tra una prestazione ed una controprestazione economica, che manca, quanto meno come oggetto immediato, nel patto di arbitrato<sup>408</sup>.

Dunque, già da un punto di vista astratto, l'applicazione della norma alla convenzione arbitrale non pare così scontata; quest'ultima non è un negozio di scambio, dispositivo di diritti sul piano

---

all'autorità giudiziaria, per ottenere un accertamento che ponga fine alla lite e tale intento è comune a tutte le parti»: ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 8; ID., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 30 ss. la strumentalità consiste nell'attribuzione alle parti delle posizioni giuridiche soggettive necessarie allo svolgimento dell'arbitrato e, in tal modo, alla risoluzione della controversia: ID., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, pp. 46 e 57. Nel medesimo senso, la convezione arbitrale è inquadrabile «nella categoria dei contratti» che hanno «come obiettivo, anche se in via indiretta, quello di “regolare” un rapporto giuridico cui le parti attribuiscono consistenza patrimoniale», v. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 63.

<sup>405</sup> L'ascrivibilità della convenzione arbitrale alla categoria dei contratti processuali risale a CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 106 ss.; teoria criticata da REDENTI, voce *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, pp. 708 ss. Critico rispetto alla nozione di contratto processuale anche SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, p. 44 ss. Sul punto, v. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 34 ss.; MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 433. Nel senso che, a prescindere da tale qualificazione, si tratta di un negozio «con rilevanza ed effetti processuali», v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., pp. 333-334; si tratta, dunque, di un «contratto con effetti processuali»: MARVASI, *Clausola arbitrale (o compromissoria) e compromesso*, in *Appunti di diritto dell'arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di Iudica, Torino, 2012, p. 47.

<sup>406</sup> La stessa scelta terminologica del legislatore della riforma del 2006, che parla di convenzione, se da un lato conferma la natura negoziale, dall'altro «sottolinea i profili processuali del patto arbitrale»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 8; e, infatti, la «peculiarità» della convenzione arbitrale consiste proprio nella sua «spiccata rilevanza sul piano del processo»: ID., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 47. Nel senso che si devono affermare «con forza i tratti di specialità della convenzione di arbitrato», v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 335.

<sup>407</sup> In tal senso, infatti, si mette in rilievo che ai fini degli artt. 72 ss. «entrano in giuoco i contratti a prestazioni corrispettive, ossia sinallagmatici o bilaterali, cioè i contratti in cui le parti si obbligano reciprocamente le une verso le altre»: v. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 350-351. Analogamente, si ritiene che la norma si riferisca a «rapporti pendenti di carattere sostanziale» «aventi a un tempo caratteri attivi e passivi»: v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., pp. 24-25

<sup>408</sup> Infatti, «dal compromesso e dalla clausola compromissoria discenderebbero effetti soltanto processuali», dando luogo a «situazioni neutre»: v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., pp. 24-25; nello stesso senso, v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 79-80, con la conseguenza di «dubitare che il compromesso e la clausola compromissoria possano considerarsi dei contratti “pendenti”». Cfr. FAVARA, *Effetti*, cit., p. 1079 ss.; PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, cit., p. 1077 ss. Dubbioso sull'applicabilità dell'art. 72 alla convenzione arbitrale anche BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., pp. 12-13, in cui si rileva come la convenzione arbitrale sia un contratto processuale, da cui «non deriva alcun rapporto obbligatorio tra le parti, ma solo effetti processuali».

sostanziale, ma si configura, come si è detto, quale contratto costitutivo di una particolare disciplina processuale<sup>409</sup>.

A risultare problematica è, inoltre, la qualificazione di una «pendenza» rispetto all'attuazione della convenzione e, di conseguenza, l'individuazione di una mancata o non compiuta esecuzione. In tal senso, il patto arbitrale, a seguito del suo perfezionamento, non richiede un'esecuzione in senso proprio, mentre l'obbligo che dallo stesso emerge si configura in senso essenzialmente negativo, come dovere di astenersi dal sottoporre la controversia alla cognizione del giudice<sup>410</sup>. Dalla convenzione, infatti, non scaturiscono obbligazioni né prestazioni in capo alle parti, ma soltanto il vincolo di sottostare alla scelta arbitrale, anziché alla giurisdizione statale<sup>411</sup>. Allo stesso modo, l'unica forma di esecuzione che si estrinseca in un'attività positiva, si verifica nella

---

<sup>409</sup> Nel senso che non si tratti di un contratto di scambio, «dispositivo», ma piuttosto «obbligatorio»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 50; o, comunque, di un contratto costitutivo, v. ID., sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 8; la causa, infatti, non è lo scambio tra prestazione e controprestazione, bensì l'«interesse, perseguito dalle parti, di costituire fra loro una nuova situazione giuridica processuale, con differenti caratteristiche e differente «tipo» e con utilità economica omogenea, cioè concorrente – dunque sostitutiva – rispetto alla giurisdizione pubblica»; allo stesso modo, oggetto del contratto, coincidente con il suo stesso contenuto, «è rappresentato dalla «prestazione» dedotta in contratto, vale a dire nel fascio di situazioni giuridiche soggettive strumentali». Nel senso che «non potrebbe essere attribuita agli accordi arbitrali natura di contratti di carattere sostanziale, perché non si realizza alcun atto di disposizione dei diritti», mentre nella legge fallimentare si prendono in considerazione «rapporti di carattere sostanziale», v. BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., p. 415; ID., *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 27. Sul punto, v. anche PANETTA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola arbitrale*, cit., pp. 981-982, per il quale, mentre «nel contratto principale si rinviene spesso una causa di scambio, nella clausola arbitrale lo scopo delle parti è quello di rinunciare alla tutela giurisdizionale ordinaria e di devolvere la decisione di una controversia a soggetti privati ritenuti più idonei».

<sup>410</sup> In tal senso, si afferma che «difficilmente si potrebbe qualificare la clausola compromissoria come rapporto pendente ai fini della legge fallimentare, in quanto essa non implica a carico delle parti alcun obbligo di prestazione»: v. RESTAINO, *Clausola arbitrale*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2010, p. 1145. La configurabilità della convenzione come rapporto pendente pone infatti una serie di problematiche anche con riferimento all'inizio della sua esecuzione, sia che si considerino gli effetti negativi che da essa discendono, attinenti alla sottrazione della controversia dalla giurisdizione, sia che ci si riferisca agli effetti positivi, attinenti al vincolo appunto positivo che discende dalla convenzione. In tal senso, si afferma che nel caso della convenzione arbitrale il rapporto non sarebbe nemmeno «pendente, almeno nel senso impiegato negli artt. 72-83 legge fallim., perché la nomina degli arbitri e le attività di impulso del giudizio arbitrale non possono essere definite come adempimento del compromesso o della clausola compromissoria, perché non costituiscono un obbligo del compromittente, ma al contrario una sua facoltà»: v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 25.

<sup>411</sup> Nel medesimo senso, si esclude che «il compromesso e la clausola compromissoria possano essere avvicinati a contratti dai quali sorgono delle obbligazioni» o «che la mancata nomina degli arbitri sia equiparabile al mancato adempimento di una obbligazione»; infatti, la nomina degli arbitri costituirebbe «un onere relativo all'effettivo inizio del procedimento arbitrale»: v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 80; FAVARA, *Effetti del fallimento sulla clausola compromissoria*, in *Rass. Adv. Stato*, p. 1075 ss. Nel senso che il patto compromissorio si configura come un «modo di esercizio della *opzione* tra la tutela giurisdizionale assicurata con l'intervento dei giudici dello Stato e la composizione della controversia secondo il *dictum* degli arbitri», v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 332.

medesima ipotesi, puramente eventuale, in cui insorga la controversia; in tal caso, viene in rilievo l'obbligo di devolvere la controversia ad arbitri tramite la proposizione della domanda arbitrale. A seguito della domanda, tuttavia, viene ad instaurarsi il procedimento arbitrale, che, dunque, è già arbitrato pendente e non può essere considerato esecuzione contrattuale della convenzione<sup>412</sup>: il rapporto (sostanziale) nascente dal patto di arbitrato e quello (processuale) instaurato con la domanda, infatti, sono momenti del tutto distinti<sup>413</sup>.

Allo stesso modo, pur volendo ritenere che la convenzione arbitrale sia astrattamente ricompresa nell'ambito dell'art. 72, l'applicazione concreta della relativa disciplina non sarebbe affatto lineare; anzi, il disposto della norma pare in buona parte inapplicabile alla convenzione se non adeguandolo con necessari ragguagli interpretativi.

In tal senso, l'art. 72 prevede altresì che a seguito del fallimento, il «contraente» «può mettere in mora il curatore» e, in caso di scioglimento del contratto, «ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno. Inoltre, la norma prevede che l'azione di risoluzione promossa prima del fallimento «nei confronti della parte inadempiente» esplica i propri effetti contro il curatore.

Pure tale disciplina risulta difficilmente applicabile alla convenzione arbitrale. Infatti, risulta difficile prospettare una «sospensione» del patto di arbitrato a seguito della declaratoria di fallimento, e neppure si riesce a comprendere in che modo potrebbe esservi l'assunzione da parte

---

<sup>412</sup> Anzi, si mette in rilievo che nemmeno la pendenza del giudizio arbitrale rappresenta l'attuazione del patto compromissorio in quanto, «quand'anche si voglia parlare di "attuazione" della convenzione di arbitrato, quel termine dovrebbe semplicemente rinviare alla realizzazione dello scopo della convenzione stessa, meta che si raggiunge, non certo con la nomina degli arbitri, quanto piuttosto con la pronuncia del lodo»: sul punto v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 11; cfr. ID., *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., pp. 220-221. Nel medesimo senso, v. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., pp. 483-484, per il quale, ai sensi dell'art. 72 l. fall., «la compiuta esecuzione del patto compromissorio, almeno ai sensi della legge fallimentare» si verifica «quanto al compromesso, con il passaggio in giudicato del lodo», mentre «quanto alla clausola compromissoria e alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, con il venir meno di ogni possibile controversia derivante dal rapporto». In tal senso si afferma pure che a «risultare pendente è il contratto contenente la clausola compromissoria, ma non l'accordo arbitrale, che produce i suoi effetti nel momento stesso in cui è concluso»: v. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, cit., p. 982.

<sup>413</sup> Patto compromissorio e domanda arbitrale, infatti, sono «concettualmente separati» anche se, in ipotesi, «contestuali formalmente e temporalmente»; la stipula della convenzione, infatti, non costituisce anche «atto di iniziativa processuale»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, cit., p. 55.

del curatore «di tutti i relativi obblighi» che ne conseguono. Inoltre, non si comprende in che termini potrebbe prospettarsi un'azione di risoluzione per inadempimento della convenzione arbitrale promossa prima del fallimento, dal momento che l'inadempimento, risolvendosi nel mancato deferimento ad arbitri, determina piuttosto l'esperibilità dell'*exceptio compromissi*<sup>414</sup>. Ancora, non si riuscirebbe ad individuare «il credito conseguente al mancato adempimento» che la parte *in bonis* potrebbe chiedere di insinuare al passivo: all'inadempimento della convenzione, infatti, non consegue un credito insoddisfatto per la controparte.

Sembra dunque che la qualificazione della convenzione arbitrale come rapporto pendente ai sensi dell'art. 72 non potrebbe sostenersi se non con molte forzature. La considerazione della natura contrattuale della convenzione arbitrale, alla luce delle sue peculiarità, parrebbe, al contrario, far propendere per la disapplicazione della norma.

#### **6. (segue): una considerazione sistematica della disciplina dei rapporti giuridici preesistenti.**

Alla medesima conclusione volta a negare la sottoposizione della convenzione arbitrale all'art. 72 sembra poter indurre anche una considerazione sistematica della disciplina dei rapporti pendenti.

In quest'ottica, l'applicazione dell'art. 72 deve fare «salve le diverse disposizioni della [...] Sezione». In tal senso, è inequivocabile che l'art. 83-*bis*, seppure a fronte della disciplina parziale contenuta nella norma e di tutte le critiche prospettabili contro la stessa, si configuri come una delle diverse disposizioni della sezione che dovrebbero escludere l'operatività della norma

---

<sup>414</sup> Per poter applicare la regola di cui all'art. 72 al contratto arbitrale «si dovrebbe ritenere che quando in essa si parla di esecuzione del contratto si utilizzi un'espressione da intendersi in senso ampio ossia come rinvio all'attuazione del programma di ogni negozio», scelta interpretativa ritenuta non condivisibile a maggior ragione «quando nella norma si parla di assunzione di “tutti i relativi obblighi”, visto che la convenzione di arbitrato non è un contratto sostanziale da cui derivi un rapporto obbligatorio, bensì un contratto processuale che produce, in negativo, l'eccezione di patto compromissorio di cui all'art. 819 *ter c.p.c.*»: v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 862.

residuale, valida solo in difetto di diverse previsioni. L'inserimento di un'apposita norma sull'arbitrato, infatti, pare di per sé dover escludere quella generale.

D'altra parte, con l'inserimento di una norma specifica concernente i rapporti arbitrali, il legislatore della riforma sembra essere stato mosso anche dalla difficoltà di ricondurre la convenzione alle diverse fattispecie disciplinate nella sezione e, come si è visto, alla stessa nozione di rapporto pendente. In tale ottica, se la convenzione arbitrale di certo rientra tra i «rapporti giuridici preesistenti» a cui si riferisce il titolo della rubrica, è invece difficilmente riconducibile ai rapporti pendenti disciplinati dall'art. 72; non a caso, il legislatore ha riservato all'arbitrato, con l'art. 83-*bis*, proprio la norma di chiusura del sistema.

Dunque, ben lungi dal rappresentare un errore legislativo, tale *sedes materiae* parrebbe mostrare, invece, la consapevolezza che la disciplina dell'arbitrato, e con essa della convenzione arbitrale, è sospesa tra il rapporto pendente a cui si riferisce e il processo che ne deriva; non potendosi ricondurre, né ridurre, ad un mero rapporto sostanziale pendente *ex art. 72*, del quale, al contrario, la convenzione è preposta a disciplinare gli aspetti processuali. Allo stesso modo, la collocazione dell'art. 83-*bis* all'interno di tale sezione starebbe proprio a significare la volontà legislativa di non applicare alla convenzione arbitrale «diverse disposizioni» della stessa, come esplicitato dall'art. 72.

D'altra parte, anche conducendo un esame contenutistico delle due disposizioni, sembra che trovi conferma l'esclusione della disciplina di cui all'art. 72: il suo disposto, infatti, contrasta con quello dell'art. 83-*bis*<sup>415</sup>. Mentre la prima norma pone il principio della discrezionalità del curatore rispetto al subentro nel rapporto pendente, la seconda, espressiva di una diversa regola, esclude tale assoluta discrezionalità. L'applicazione dell'art. 83-*bis*, dunque, non può essere

---

<sup>415</sup> La mancanza di coordinamento tra l'art. 83-*bis* e l'art. 72 è messa in rilievo da ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 120 ss., ove si rileva che, tra l'altro, per la clausola compromissoria «i disposti delle due norme contrastano: la prima ricollega, sia pure in modo non chiaro, la sua sorte al contratto, la seconda no, lasciando esclusiva scelta al curatore di vincolarsi o meno a prescindere dalla sorte del rapporto principale».

coordinata con l'art. 72: la sua disciplina priva il curatore della libertà di scioglimento che l'art. 72 gli attribuisce, e sembra che sia l'art. 83-*bis*, quale norma specifica, a dover prevalere.

### **7. L'applicazione dell'art. 83-*bis* alla convenzione arbitrale alla luce dei principi processuali: opponibilità al fallimento tra autonomia e successione nel diritto controverso.**

Alla luce di quanto esposto, pare che la disciplina applicabile alla convenzione arbitrale debba ricavarsi dall'art. 83-*bis*.

Come si è rilevato a più riprese, la norma si riferisce in termini espressi alla sola ipotesi dell'arbitrato in corso al momento della dichiarazione di fallimento: di quest'ultimo sancisce l'improcedibilità laddove il rapporto sostanziale pendente in cui è contenuta la clausola compromissoria si sciogla. Essa, dunque, riguarda il processo arbitrale, e non la convenzione.

Nonostante ciò, non si rinvengono ragioni per le quali la convenzione arbitrale non dovrebbe soggiacere alla medesima disciplina<sup>416</sup>; invero, negli stessi casi in cui il procedimento arbitrale è improcedibile, sembra pure che la domanda arbitrale fondata sulla convenzione debba ritenersi inammissibile. Non vi è infatti un fondamento giuridico che possa escludere l'equivalenza tra le ipotesi in cui un procedimento arbitrale possa iniziare o proseguire<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> Come si è visto, che il curatore possa sciogliersi liberamente dalla convenzione arbitrale è escluso anche dalla giurisprudenza maggioritaria, seppure sulla base di un diverso percorso argomentativo: v. *retro*, par. 3, con riferimento all'applicazione delle regole relative al mandato nell'interesse altrui. Dubbi sull'applicabilità dell'art. 72 alla convenzione arbitrale e, in particolare, sulla discrezionalità del curatore in proposito, sono mostrati anche in dottrina; v., sul punto, BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., pp. 12-13. Analogamente, nel senso che seppure la norma riguardi solo il «giudizio arbitrale pendente e di scioglimento del contratto su iniziativa del curatore», tuttavia «sulla scorta della medesima previsione si deve pervenire alla conclusione, secondo la quale, nell'ipotesi di subentro da parte del curatore nelle situazioni giuridiche attive derivanti dal contratto contenente la clausola compromissoria, questa conservi piena efficacia anche nei confronti del curatore: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui pure chiede l'adempimento», v. Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800, in *Dejure*; cfr. T. Torino, 10 febbraio 2016, n. 824, *ivi*; T. Terni, 7 febbraio 2011, in *Dejure*.

<sup>417</sup> Afferma che non avrebbe senso «ipotizzare una prospettiva diversa a seconda che prima del fallimento sia iniziato o meno il giudizio arbitrale» APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 271. Analogamente, «una volta aperta la procedura fallimentare, non si potrebbe distinguere a seconda che penda o meno il giudizio arbitrale, restando il problema della sopravvivenza della scelta della via arbitrale a fronte dell'amministrazione fallimentare sempre identico»; infatti, «non si danno ipotesi in cui potrebbe proseguire il giudizio arbitrale là dove, se non fosse già pendente detto giudizio, cadrebbe, invece, il patto compromissorio», «non essendovi ragioni peculiari attinenti al giudizio in sé che militino comunque a favore della sua opponibilità all'amministrazione fallimentare: v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 9 ss. Precisa infatti ID., *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 219 ss. che «il problema della sopravvivenza

Ciò dovrebbe valere per la clausola compromissoria – e, in effetti, l'estensione della disciplina prevista dall'art. 83-*bis* in tale ipotesi non sembra destare dubbi<sup>418</sup> – ma conclusioni non dissimili dovrebbero trarsi anche rispetto al compromesso<sup>419</sup>.

Su tali basi, l'inammissibilità della domanda arbitrale si trova a discendere dall'inopponibilità della convenzione al fallimento.

L'individuazione dei casi di opponibilità della convenzione arbitrale, poi, necessita di un coordinamento tra l'art. 83-*bis* e i principi generali che ne regolano la disciplina.

La norma, infatti, considera in termini espressi la sola ipotesi negativa, in cui venga sciolto il contratto-base, mentre non tratta di quella in cui esso prosegua con il fallimento. L'estensione alla convenzione arbitrale della regola che ricollega allo scioglimento del contratto pendente effetti

---

della scelta in favore della via arbitrale fatta dall'imprenditore poi fallito è unico, prescindendo la sua soluzione dalla pendenza o meno del giudizio arbitrale al momento della dichiarazione di fallimento», «la sopravvivenza della scelta in favore della via arbitrale effettuata dall'imprenditore poi fallito dipende sempre e solo dalla sopravvivenza della convenzione di arbitrato»; cfr. ID., *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 860. Sul tema cfr. anche SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, p. 366; BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 10 ss. Nello stesso senso, «se un procedimento arbitrale già pendente non ha una forza da resistere allo scioglimento del contratto in cui è contemplata la clausola arbitrale, non si rinviene alcuna ragione per cui una simile forza andrebbe riconosciuta ad una clausola arbitrale» non ancora «attivata»: v. RESTAINO, *Clausola arbitrale*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2010 p. 1144. Sul punto, v. anche T. Bologna, 21 giugno 2013, per il quale, se ai sensi dell'art. 83-*bis* interviene «l'impossibilità dell'eventuale arbitrato in corso alla data del fallimento, non può che sussistere l'impossibilità di iniziare all'attualità un procedimento arbitrale *ex novo*».

<sup>418</sup> Nel senso che «ove il curatore si scioglia dal contratto, anche la clausola compromissoria dovrebbe avere pari sorte», benché «la norma contempli unicamente il caso in cui il procedimento arbitrale sia pendente» v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 806 c.p.c., cit., p. 116. Sul punto, v. PANETTA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola arbitrale*, cit., pp. 981-982.

<sup>419</sup> In tal senso, per il compromesso «la soluzione non può che essere identica a quella espressamente contemplata dalla clausola arbitrale. La clausola, anche se formalmente autonoma, è pur sempre integrativa della volontà negoziale e quindi non c'è ragione per non far valere il criterio del subentro nel contratto a cui accede. Insomma, nei limiti in cui la regola dell'art. 83-*bis* vale per la clausola, deve valere anche per il compromesso»: così APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 270. Nel senso che «una disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti processuali instaurati od instaurandi in base a patti compromissori (clausola o compromesso), deve essere ricavato in via interpretativa, sia pure a partire dal nuovo dato normativo», v. PATTI, *I rapporti che rimangono sospesi*, cit., p. 457; cfr. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 861. Sulla criticabile distinzione di effetti del fallimento su compromesso e clausola compromissoria, v. anche BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., pp. 4-5, in cui si mette in rilievo come una eventuale «diversità del ciclo vitale della clausola compromissoria rispetto al compromesso non potrebbe mai giustificare una difforme soluzione degli effetti del fallimento sulle due fattispecie all'esame». Nel senso che «il compromesso stipulato prima della dichiarazione del fallimento conserva i suoi effetti dopo che questa sia stata pronunciata», e che «la deroga consensuale alla giurisdizione ordinaria» «non può subire veruna invalidazione per il sopraggiungere del fallimento», v. MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 433. Sul punto, v. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 111; cfr. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir.priv.)*, cit., p. 374.

caducatori potrebbe sembrare, ad una prima lettura, in contrasto con il principio di autonomia. In virtù di tale principio – che prescinde dall’eventuale collocazione del patto d’arbitrato nell’ambito del contratto a cui accede e, dunque, vale pure per la clausola compromissoria, rispetto alla quale è legislativamente sancito<sup>420</sup> – le vicende del rapporto sostanziale non si riflettono sulla convenzione arbitrale<sup>421</sup>. L’art. 83-bis, al contrario, prevedendo che l’arbitrato non possa proseguire in ipotesi di scioglimento del contratto-base, presuppone che le vicende del rapporto pendente abbiano un effetto diretto su quello arbitrale, ripercuotendosi, come si è detto, altresì sulla convenzione<sup>422</sup>.

L’art. 83-bis, dunque, più che ispirarsi all’autonomia della convenzione sembrerebbe per taluno rifletterne l’accessorietà al contratto<sup>423</sup>. Invece, il principio di autonomia potrebbe apparire più in linea con l’art. 72 l. fall. La facoltà del curatore di sciogliersi dal rapporto arbitrale a

---

<sup>420</sup> Il principio di autonomia della clausola compromissoria, ormai sancito espressamente dall’art. 808, prescinde dalla «collocazione in seno al contratto»: FAZZALARI, *L’arbitrato*, cit., p. 34 ss. In tal senso, si afferma che il principio di autonomia rispetto al contratto vale «sia dal punto di vista genetico, sia dal punto di vista strutturale, sia dal punto di vista funzionale»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 808 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., p. 144. Si tratta di un principio che riguarda la convenzione arbitrale «rispetto al rapporto contrattuale dal quale essa trae origine», e che, di conseguenza, rileva più per la clausola compromissoria che per il compromesso, che «è già materialmente un contratto autonomo ed appare quindi comprensibile che la sua validità venga normalmente determinata in base ad esso stesso e non al rapporto giuridico che esso pone a base della propria pattuizione»: v. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, I, cit., p. 456. Nel senso che l’«autonomia della clausola compromissoria per arbitrato rituale è ormai un dogma», ora confermato anche dal legislatore, v. ALPA, *L’arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013, p. 332.

<sup>421</sup> Nel senso che «il legislatore del 2006 avrebbe disposto escludendo ogni autonomia del patto compromissorio», v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 9 ss. Sul punto, v. PANETTA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola arbitrale*, cit., pp. 981-982.

<sup>422</sup> Così, si afferma che sembra «essere accolta a livello normativo la tesi [...] in forza della quale la clausola compromissoria segue il contratto di base, nel senso che la scelta del curatore con riguardo a quest’ultimo, o comunque la sua sorte in base alle disposizioni della l. fall., influisce anche sulla prosecuzione o meno del vincolo compromissorio»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 116.

<sup>423</sup> Sull’affermazione di un principio di accessorietà in materia v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 861, per il quale «dall’art. 83-bis l. fall. deve trarsi un principio di accessorietà», che priva la convenzione di ogni autonomia. Sul principio di accessorietà della convenzione arbitrale in ambito fallimentare, v. PANETTA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola arbitrale*, cit., pp. 981-982. La «inconfutabile accessorietà della clausola compromissoria rispetto al rapporto sostanziale» è affermata anche da APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 271. In particolare, si ritiene che tale accessorietà rispetto al contratto sostanziale riguarderebbe sia la clausola compromissoria che il compromesso arbitrale con la conseguente impossibilità per il curatore di sciogliersi autonomamente dal rapporto sostanziale: v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 79-80. Nel medesimo senso, «sembra che l’art. 83-bis cit. faccia eccezione al principio d’autonomia del compromesso» per VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, cit., pp. 78-79. Nel senso che la norma affermerebbe la natura accessoria della clausola compromissoria, in giurisprudenza, v. Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, in *Riv. arb.*, 2004, p. 705 ss.; Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800, in *Dejure*.

prescindere dalle sorti del contratto sostanziale, infatti, proprio in considerazione dell'autonomia della convenzione potrebbe trovare un fondamento giuridico.

Tale lettura, tuttavia, non convince.

Da un lato, infatti, il principio di autonomia riguarda i profili di validità della convenzione arbitrale; esso si riferisce alle vicende patologiche del rapporto sostanziale sancendo la loro inidoneità a riflettersi sul patto d'arbitrato<sup>424</sup>, mentre non sembra poter disciplinare altresì il suo regime di circolazione. Anche nell'ambito del fallimento, dunque, l'autonomia continua ad improntare il rapporto tra la validità della convenzione arbitrale e quella del rapporto sostanziale.

Dall'altro, non pare neppure che l'art. 83-*bis* possa essere ritenuto espressivo del principio di accessorietà del patto arbitrale e, dunque, di una deroga all'autonomia, ma, al contrario, costituisce espressione di un altro principio, altrettanto generale: quello di successione<sup>425</sup>.

---

<sup>424</sup> L'art. 808, comma 2, c.p.c. si riferisce infatti soltanto a un profilo, prevedendo che la validità della clausola compromissoria debba essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto a cui si riferisce. In tal senso, la norma «si limita a disciplinare il nesso fra contratto e clausola, unicamente con riguardo alla valutazione sulla validità della clausola medesima, escludendo l'applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*»: E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 808 c.p.c.*, cit., p. 143. Nel senso che il problema di autonomia della clausola compromissoria si pone prevalentemente per la validità, che deve essere valutata, appunto, in modo autonomo, v. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, cit., p. 456; cfr. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 69. Si mette infatti in rilievo che il principio dell'autonomia non deve essere inteso in senso rigoroso, in quanto è lo stesso tenore letterale dell'art. 808 c.p.c. «a suggerire che esso non si riferisce alla natura della clausola, bensì attiene esclusivamente ai profili riguardanti la validità e l'efficacia della stessa», v. LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 2004, p. 705. Anche in giurisprudenza si afferma che l'«art. 808 comma 2 c.p.c., che attribuisce autonomia alla clausola compromissoria rispetto al contratto che la contiene riguarda la validità della clausola (ovvero la sua nullità o annullabilità)»: v. T. Udine, 23 agosto 2013, n. 1085, in *Unijuris*.

<sup>425</sup> Non si tratta, infatti, di una deroga al principio di autonomia, ma di principi che valgono in riferimento ad aspetti diversi. Nel senso che «si confondano aspetti che debbono restare concettualmente separati» e che spesso «si è richiamata l'autonomia del patto compromissorio per negare il suo trapasso in capo al successore del diritto sostanziale, o per negare effetti *ultra partes*, ma, così facendo, non si tiene conto che gli aspetti soggettivi operano su un piano distinto e compatibile con la predetta autonomia», «analogamente a quanto accade, *mutatis mutandis*, al diritto di azione, la cui autonomia nessuno mette più in dubbio», v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 808 c.p.c.*, cit., p. 145. Nel medesimo senso, v. ID., *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, in *Società*, 2016, p. 92, in cui si mette in rilievo che il principio di autonomia «significa semplicemente che la clausola compromissoria, nonostante il nome, è un vero e proprio contratto, come tale distinto ed autonomamente valutabile rispetto al contratto principale; ma non significa che, passato di mano quest'ultimo, vada per ciò solo escluso il trasferimento contestuale del patto arbitrale»; d'altra parte «nessuno dubita che il diritto di azione sia autonomo rispetto al diritto sostanziale tutelato: eppure, trasferito quest'ultimo, si trasferisce anche il primo», allo stesso modo, il diritto di «azione arbitrale» originato dal patto compromissorio «passerà nelle mani del nuovo titolare del diritto sostanziale tutelato». *Contra*, ritenendosi che in tal modo si finirebbe «per attribuire all'art. 83-*bis* l. fall. una valenza che esso non ha, addirittura la capacità di scardinare un principio di autonomia della convenzione di arbitrato che, legato alla sua processualità, caratteristica che lo rende eterogeneo rispetto al restante contenuto del rapporto contrattuale a cui accede, potrebbe essere abbandonato solo in presenza di

Infatti, ben lungi dal riguardare i profili di validità del rapporto, ai quali è del tutto estraneo, l'art. 83-bis si riferisce invece ad un aspetto distinto, essendo preposto a disciplinare il regime della circolazione del rapporto arbitrale a seguito delle vicende che interessano il rapporto sostanziale<sup>426</sup>.

A tal proposito, in via generale, si afferma che il subentro nella convenzione segue il rapporto sostanziale; laddove il rapporto si trasferisca a un soggetto diverso dal contraente originario, al successore si trasferisce anche la convenzione arbitrale<sup>427</sup>. Tale principio è affermato nell'ipotesi di successione *mortis causa*, come pure per gli atti di trasferimento tra vivi; inoltre, si ritiene che esso valga pure nell'ipotesi di subentro in una posizione creditoria o debitoria<sup>428</sup>. In base al principio generale che informa la circolazione della convenzione arbitrale, dunque, la disciplina processuale del rapporto si trasferisce insieme a quest'ultimo<sup>429</sup>.

---

una volontà legislativa assai più chiara di quella che, invece, appare nel citato articolo della legge fallimentare», v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 861.

<sup>426</sup> Si tratta di piani differenti: successione e autonomia non interferiscono tra loro; la successione nella convenzione arbitrale non esprime l'accessorietà della convenzione; «quando si oppone, in contrario all'automatica successione, il principio di autonomia del contratto compromissorio rispetto al contratto principale, si mischiano regole che debbono rimanere separate»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 415 ss.

<sup>427</sup> In tal senso, vi sarebbe «una stretta correlazione fra successione nel diritto sostanziale e successione nello strumento arbitrale» e il «trapasso congiunto» si giustificherebbe «per il nesso genetico e – soprattutto – funzionale che caratterizza lo strumento arbitrale»; come «la successione nel diritto di azione non solo è possibile ma avviene *naturaliter* con la successione nel diritto sostanziale», lo stesso avviene per il vincolo compromissorio «in caso di successione in un diritto assistito da convenzione arbitrale»: così ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 52.

<sup>428</sup> Ciò purchè vi sia «una rigorosa identità fra il diritto assistito da convenzione arbitrale ed il diritto oggetto di successione», come accade sempre in ipotesi di successione universale, mentre deve essere verificata negli altri casi: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 60 ss., specificando altresì come la medesima regola debba essere applicata anche ai rapporti *inter vivos* e, in particolare, nell'ipotesi di cessione del credito, in cui vale «la regola generale: al trapasso del diritto sostanziale, si trasferisce altresì l'«azione arbitrale». Nel medesimo senso, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla convenzione arbitrale nel diritto successorio*, in *Riv. arbitrato*, 2006, p. 285-286, in cui si rileva che «il successore, come subentra nei rapporti giuridici patrimoniali del dante causa, così acquista anche il vincolo arbitrale ivi compreso». Nel senso che il trasferimento del contratto comporta trasferimento della stessa convenzione e lo stesso in ipotesi di cessione del credito, v. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 63 ss., e, in part. 72.

<sup>429</sup> Si afferma infatti che «non c'è dubbio» sull'estensione della clausola «ai successori aventi causa»: v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 244. Che «la trasmissione del diritto importi anche il vincolo compromissorio» non pare potersi mettere in dubbio: così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su successione e arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1363; nel senso che, «[n]el dubbio, occorre privilegiare la conclusione coerente con il principio [...] in tema di successione nella convenzione arbitrale, collegando strettamente lo strumento arbitrale alla – nuova – titolarità del diritto sostanziale cui l'arbitrato si riferisce», v. ID., sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p. 116; cfr. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, cit., p. 388 ss.

In effetti, pare che tale principio non possa escludersi a seguito del fallimento. Nonostante in ambito fallimentare non si verifichi una successione in termini tecnici – e, anzi, come si è visto, la posizione del curatore rispetto a quella del fallito risulta dibattuta<sup>430</sup> – tuttavia, è inequivocabile che a fronte della declaratoria di fallimento si verifichi un trasferimento dei diritti in esso ricompresi in capo al curatore, a prescindere dalla qualificazione di tale legittimazione come espressione di un rapporto di rappresentanza, di sostituzione, o di una posizione autonoma fatta valere nell’interesse della massa<sup>431</sup>. Per effetto dello spossessamento, infatti, la gestione e il potere di amministrazione dei rapporti patrimoniali, ai sensi dell’art. 42, sono sottratti al fallito e attribuiti al curatore.

A fronte di tale, per quanto atecnica, successione del curatore nei rapporti sostanziali rientranti nel fallimento, si dovrebbe dunque verificare, altresì, il subentro nella relativa convenzione arbitrale. A siffatto esito interpretativo pare che si debba pervenire in ragione dei principi generali prima ancora che in applicazione della norma<sup>432</sup>; di conseguenza, la conclusione dovrebbe essere la medesima sia laddove si escludesse di poter trarre dall’art. 83-*bis* un principio generale, sia laddove lo si ritenesse inapplicabile all’ipotesi di arbitrato non ancora pendente<sup>433</sup>.

Su tali basi pare che la convenzione arbitrale debba ritenersi opponibile al fallimento in tutti i casi in cui vi sia stato il trasferimento del relativo rapporto sostanziale<sup>434</sup>.

---

<sup>430</sup> V. *retro*, cap. III, parr. 13 ss.

<sup>431</sup> V. *retro*, *ivi*.

<sup>432</sup> In tal senso, «il “subentro” non può non comportare l’acquisizione derivativa della posizione sostanziale e processuale del fallito, similmente a quanto accade nel fenomeno successorio»; di conseguenza, «secondo la regola generale in base alla quale, quando si succede nel contratto, si succede anche nel patto compromissorio ivi contenuto», si prescinde dallo stesso «richiamo all’art. 83-*bis* l. fall.»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, cit., p. 91.

<sup>433</sup> Se si ritiene che l’art. 83-*bis* non si applichi alla convenzione arbitrale, infatti, occorre «fare ricorso alle regole generali sull’efficacia soggettiva del atto compromissorio, che si estende, appunto, al successore»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, cit., p. 92.

<sup>434</sup> In tal modo, si perviene altresì ad escludere la discrezionalità del curatore nello scioglimento della convenzione arbitrale, aderendo, seppure sulla base di un diverso percorso argomentativo, alla conclusione raggiunta pure dalla giurisprudenza maggioritaria: anche quest’ultima, come si è dato conto, esclude la facoltà del curatore di sciogliersi liberamente dal patto di arbitrato, sulla base dell’applicazione della disciplina prevista per il mandato stipulato anche nell’interesse dei terzi, o, comunque, dell’impossibilità di sciogliersi dalla clausola in ipotesi di subentro del contratto: v. *retro*, par. 3 e in part. note 390 ss.

## 8. (segue): lo scioglimento del contratto-base.

Una volta individuato il regime di circolazione della convenzione arbitrale in ipotesi di subentro nel contratto pendente, resta da valutare cosa accada nell'ipotesi negativa, in cui quest'ultimo non sia trasferito.

In tal caso, la norma soccorre in termini espressi; in effetti, una volta affermato che a fronte di trasferimento del rapporto sostanziale il curatore subentra altresì nella convenzione arbitrale, con la sua conseguente opponibilità al fallimento, l'art. 83-*bis* consente un ulteriore passaggio, individuando quando il patto d'arbitrato debba ritenersi inopponibile. Tale articolo, infatti, prende in considerazione proprio l'ipotesi di scioglimento del contratto sostanziale e, dunque, di omesso subentro; caso in cui, a ben vedere, in mancanza di tale disposizione specifica, non sarebbe stato applicabile il principio di successione, e ciò proprio in quanto se si scioglie il rapporto non è possibile rinvenire un contratto sostanziale al quale far seguire il subentro nella convenzione<sup>435</sup>.

Sulla base dell'art. 83-*bis*, invece, si perviene altresì a negare l'opponibilità della convenzione arbitrale laddove manchi il trasferimento del rapporto sostanziale, sciolto dal curatore o in via automatica: se il contratto-base non viene trasferito al fallimento, pure la convenzione arbitrale si configura come ad esso inopponibile, con conseguente inammissibilità della domanda arbitrale eventualmente proposta contro il curatore<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> Nel senso che «l'art. 83-*bis* l. fall. fornisce solo un'indicazione in negativo», v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 861; infatti «nella forma negativa minimale», avrebbe accolto l'opinione «che il subentro del curatore nel contratto o nel compromesso rende la clausola arbitrale opponibile», costituendo il riflesso dell'impossibilità per il curatore di sciogliersi solo dalla clausola, v. PLENTEDEA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., pp. 917-918.

<sup>436</sup> Nel senso che «se il patto compromissorio o il giudizio arbitrale viene meno in caso di scioglimento dal contratto sostanziale, mentre la scelta della via arbitrale non può che sopravvivere in caso contrario, perché altrimenti si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole contrattuali», v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 861; analogamente, si esclude la «caduta della scelta della via arbitrale» in ogni caso in cui «il patto compromissorio non abbia "perso" il suo oggetto»: v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 13. Nel senso che «se è vero che lo scioglimento dell'uno comporta lo scioglimento dell'altra, occorre ritenere, a contrario, che, se detto scioglimento non vi sia stato, la clausola compromissoria vincoli il fallimento», e ciò sulla base del principio di successione, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, cit., p. 84. Cfr. CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, cit., p. 1523, per il quale «[l]a clausola compromissoria, prevista in un contratto che prosegua, mantiene necessariamente efficacia per la procedura concorsuale». Alla medesima conclusione, si perviene pure sulla base di un distinto percorso argomentativo: v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 862, per il quale «la via maestra per affermare la sopravvivenza del patto compromissorio alla dichiarazione di fallimento è tracciata semplicemente dall'art.

In ambito fallimentare, dunque, sembra che le vicende arbitrali seguano la sorte del rapporto sostanziale sia in caso di subentro, sia in caso di suo scioglimento. Trova applicazione un principio che potrebbe dirsi di successione «rinforzato»: la successione nella convenzione arbitrale dipende dal subentro nel rapporto sostanziale, che ne determina l'opponibilità; al contrario, se non vi è il trasferimento del rapporto non si verifica nemmeno la successione nella convenzione, inopponibile al fallimento.

### **9. (segue): rapporti pendenti, esauriti e non contrattuali.**

Anche in ambito fallimentare, come si è detto, il subentro nella convenzione arbitrale si trova a dipendere da quello nel rapporto sostanziale controverso.

Laddove il rapporto sostanziale si configuri come rapporto pendente, il subentro viene a fondarsi, a propria volta, sulle regole di cui agli artt. 72 ss. Dunque, pare che la clausola compromissoria sia opponibile al fallimento laddove contenuta in un contratto che prosegua a fronte della relativa declaratoria, mentre ne derivi l'inopponibilità nel caso in cui il contratto sia sciolto dal curatore o *ex lege*<sup>437</sup>.

---

1372 c.c.): «se nessuna norma sancisce la caduta del contratto in parola a causa del sopraggiungere del fallimento», l'amministrazione fallimentare non può «svincolarsi dalla scelta che in precedenza aveva fatto l'imprenditore in ordine alla via arbitrale», sulla base di una ricostruzione che, per l'a., sarebbe confermata anche dalla previsione di cui all'art. 169-bis l.fall. per il concordato. Alla vincolatività in tal caso della convenzione arbitrale si perveniva, d'altra parte, su tali basi anche in passato: v. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 78, per la quale «se il curatore subentra al fallito nel rapporto [...] il compromesso e la clausola devono essere concepiti come un accessorio della disciplina di quel rapporto»; «se il curatore fa proprio il rapporto del fallito con la disciplina sostanziale che gli compete, l'ipotesi più attendibile sia nel senso della efficacia per la curatela anche del compromesso e della clausola compromissoria». Nel medesimo senso, si afferma che se vi sia subentro nel rapporto, allo stesso modo vi sarà automatico subentro nella convenzione, non potendosi riconoscere al curatore la facoltà di subentrare solo in alcune clausole: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 271. Allo stesso modo, si afferma che dall'art. 83-bis si può ricavare una «regola implicita» «ricavabile *a contrario*», ossia l'«efficacia della clausola compromissoria per il curatore, qualora questi prosegua il contratto contenente quella clausola»: CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, cit., p. 1518. Vi sarebbe dunque, in ogni caso, una «diretta ripercussione della vicenda (in particolare: di scioglimento) del contratto pendente contenente la clausola compromissoria sul procedimento arbitrale»: PATTI, *I rapporti che rimangono sospesi*, cit., p. 458.

<sup>437</sup> Nel senso che lo scioglimento previsto dall'art. 83-bis possa essere «*ope legis* o per scelta del curatore», v. PATTI, *I rapporti che rimangono sospesi*, cit., p. 457. Di conseguenza, un vincolo a subentrare nella clausola non sussiste quando «il contratto cui accede la convenzione, per effetto del fallimento, si è sciolto *ipso iure*», oppure «si è sciolto nei casi in cui il curatore dispone della facoltà di opzione di cui all'art. 72 e l'abbia esercitata»: APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 271; cfr. NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 756 ss.

Analoghi principi sembrano venire in rilievo rispetto al compromesso arbitrale, seppure con alcune precisazioni. Merita infatti sottolineare che, mentre la clausola compromissoria, in quanto si riferisce a controversie eventuali e future, può riguardare una controversia non ancora sopraggiunta al momento del fallimento, diversamente deve dirsi per il compromesso. Infatti, tramite quest'ultimo si devolvono ad arbitri liti attuali, con la conseguenza che, per qualificarsi come contratto pendente al momento del fallimento, il compromesso deve essere stato sottoscritto e, dunque, la controversia deve essere già insorta quando sopravvenga la relativa declaratoria<sup>438</sup>.

Poiché vi è già stata la devoluzione ad arbitri di una controversia ben definita, sembra che a rilevare ai fini dell'opponibilità del compromesso arbitrale sia il trasferimento al curatore del diritto controverso, più che il subentro nel rapporto pendente; infatti, il diritto controverso potrà anche essere emerso da un rapporto contrattuale che, in ipotesi, sia già compiutamente eseguito al verificarsi del fallimento<sup>439</sup>.

---

<sup>438</sup> Infatti, mentre la clausola compromissoria «è il contratto con il quale le parti devolvono ad arbitrato liti future, riguardanti un dato regolamento contrattuale fra loro stipulato» e «si distingue dal compromesso per il – solo – fatto che le liti non sono ancora sorte»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 808 c.p.c.*, cit., p. 141; al contrario, il compromesso arbitrale è il «contratto con il quale le parti scelgono l'arbitrato quando la controversia è già sorta»: v. ID., sub *art. 807 c.p.c.*, cit., p. 133 ss. D'altra parte, si mette in rilievo come il compromesso non presenti profili di «interferenza», proprio il quanto «con tale accordo le parti hanno deferito ad arbitri controversie già insorte che, per impossibilità logica, non possono ritenersi derivanti dal fallimento»: v. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, cit., p. 1186. In tal caso, dunque, il diritto controverso deve essere stato devoluto ad arbitri con la sottoscrizione del compromesso prima del fallimento, senza che sia stato ancora iniziato il procedimento arbitrale. Infatti, oggi è pacifico che il compromesso (come, in generale la convenzione) arbitrale non sancisca l'inizio del procedimento, che origina invece dalla domanda arbitrale: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 39.

<sup>439</sup> La disciplina della clausola compromissoria, infatti, sembra giustificarsi proprio in ragione della circostanza che, accedendo ad un particolare contratto, può anche riferirsi ad una controversia non ancora insorta. Ciò non vale rispetto al compromesso, che si riferisce, invece, ad una lite già insorta. Parlare di compromesso arbitrale già perfezionato al momento in cui sia dichiarato il fallimento, significa collocarsi in un panorama in cui sia già insorta una controversia, e che quest'ultima sia già stata devoluta ad arbitri ad opera delle parti tramite la sottoscrizione della convenzione arbitrale. Di conseguenza, non ha senso parlare di prosecuzione di un rapporto pendente: il rapporto da cui è scaturita la controversia potrà anche essere esaurito, ciò che si deve valutare al fine della prosecuzione del compromesso è la successione nel diritto sostanziale controverso cui esso si riferisce. Di conseguenza, se quest'ultimo sia confluito nel fallimento, la regola che emerge in ragione della successione del curatore nel rapporto sostanziale, non derogata dall'art. 83-bis, è la prosecuzione pure del compromesso. Se, invece, il rapporto sia esaurito, si dovrà comunque valutare se vi sia stato trasferimento del diritto. Nello stesso senso dovrebbe, peraltro, affermarsi pure rispetto alle pretese emergenti da un rapporto esaurito o non trasferito al fallimento al quale acceda una clausola compromissoria; in tal senso si afferma che, laddove «venga in gioco un rapporto contrattuale che si scioglie col fallimento, la sopravvivenza della clausola compromissoria ad esso riferita avrà un ruolo solo in riferimento a residue pretese restitutorie del fallimento»: v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., pp. 862-863. Allo stesso modo, in relazione ad un contratto che non era

La circostanza che il rapporto sia esaurito, dunque, non sembrerebbe rilevare al fine di escludere l'opponibilità del compromesso arbitrale al fallimento, se vi è stato il trasferimento del diritto<sup>440</sup>.

Da un lato, in quanto esaurito, al rapporto non si applicano le disposizioni di cui agli artt. 72 ss. l. fall. Dall'altro, anche in tal caso, viene in rilievo la circolazione della convenzione arbitrale, fondata sul principio di successione nel diritto controverso; laddove, cioè, il diritto rispetto al quale sia insorta la lite si trasferisca al curatore, dovrebbe trasferirsi pure la convenzione arbitrale, restando opponibile alla procedura. Peraltro, in quanto il patto arbitrale si riferisce ad una situazione già definita dal punto di vista sostanziale, non dovrebbe nemmeno esservi modo di sciogliersi dall'eventuale disciplina processuale che la riguarda; né, ovviamente, vi sarebbe possibilità di sciogliere il rapporto sostanziale, ormai esaurito<sup>441</sup>.

---

proseguito con il fallimento, in giurisprudenza si è affermato come «non rileva che, nello specifico, il contratto fosse scaduto e non rinnovato», in quanto «l'applicabilità della clausola arbitrale risponde all'esigenza di regolare le situazioni già insorte da quel contratto secondo la procedura ivi stabilita»: così Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800, cit.

<sup>440</sup> In tal senso, si ritiene possibile la prosecuzione del patto d'arbitrato «malgrado l'estinzione del contratto», «in linea con l'autonomia della convenzione arbitrale, la quale non si estingue e anzi produce effetto, o meglio svolge la propria funzione, in tanto in quanto vi sia una controversia che permane in base al contratto estinto»: v. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, cit., p. 465. Anzi, poichè in caso di rapporti esauriti non viene nemmeno in rilievo l'art. 83-bis, vi sarebbe un argomento ulteriore per affermare l'opponibilità della convenzione e, dunque, l'ammissibilità della domanda arbitrale. In tal senso, si afferma che «la questione circa l'efficacia della convenzione arbitrale riguarda anche i rapporti giuridici pregressi, che non siano più pendenti al momento dell'apertura di una procedura concorsuale», questione che dovrebbe essere risolta «in senso diverso da quanto previsto per i rapporti giuridici in corso dall'art. 83-bis l. fall. essendo questa disposizione strettamente legata allo scioglimento del rapporto sostanziale in conseguenza della procedura», l'inefficacia dipenderebbe dallo scioglimento del rapporto ossia «dalla valutazione negativa connessa allo scioglimento del rapporto essendo il suo assetto complessivo di interessi considerato in contrasto con la procedura. Laddove simile valutazione negativa non sia espressa, come avviene nei rapporti giuridici proseguiti ed anche in quelli già esauriti, la convenzione arbitrale (sia la clausola compromissoria, sia il compromesso) mantiene efficacia»: così CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, cit., 2010, pp. 1521-1523. Sul punto, v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., pp. 862-863. *Contra*, si è affermato che «se il contratto è stato eseguito da una delle parti, il curatore non può, evidentemente, subentrare in un contratto non più pendente (nell'accezione sopra riferita), ma, correlativamente, non può subentrare neppure nella clausola compromissoria ivi contenuta (la quale, a sua volta, ha esaurito i suoi effetti), così che egli si trova nella semplice condizione di dovere esigere un credito del fallito e di dovere promuovere, in caso di inadempimento, una ordinaria azione diretta ad ottenere la condanna del debitore»: v. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, cit., p. 982. Cfr. CANALE, *sub art. 83-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, p. 1345 ss.

<sup>441</sup> Se il rapporto è esaurito, dunque, non vi è più possibilità per il curatore di sciogliersi dal relativo rapporto; di fatto, si tratterà di un subentro nel credito o nel debito. In ipotesi di esecuzione integrale del contratto principale almeno da una delle parti, il rapporto non potrebbe qualificarsi come pendente «discendendo da esso effetti che il curatore deve osservare, con la conseguenza della deferibilità in arbitrato di tutte le controversie, per cui non ci sia preclusione per indisponibilità del diritto»: v. PATTI, *I rapporti*

D'altra parte, mentre il principio di successione nella convenzione in conseguenza del subentro nel diritto dovrebbe valere in ogni caso in cui quest'ultimo sia stato trasferito, a prescindere dal rapporto (eventualmente esaurito) da cui sia sorto, la previsione di cui all'art. 83-*bis*, invece, riguarda i soli rapporti in corso di esecuzione, con la conseguenza che ad essi dovrebbe limitarsi l'inopponibilità della convenzione arbitrale in conseguenza dello scioglimento del rapporto pendente<sup>442</sup>.

Infine, sembra doversi delimitare l'applicazione dell'art. 83-*bis* anche rispetto all'ipotesi di convenzione arbitrale in materia non contrattuale.

Infatti, laddove la convenzione si riferisca a diritti compresi tra quelli di cui all'art. 46 o, comunque, a rapporti estranei al fallimento, non sembra potersi porre alcun problema sulla sua eventuale opponibilità, continuando a vincolare il fallito; in ragione della perdita solo parziale della capacità in capo a quest'ultimo – cioè, relativa ai soli beni compresi nel fallimento –, il patto arbitrale proseguirà nei suoi confronti.

Laddove, invece, si tratti di rapporti comunque ricompresi nel fallimento, la non contrattualità della materia esclude che possa valere il principio secondo cui l'opponibilità dipende dal subentro nel contratto pendente. Di conseguenza, anche in tal caso non pare vi siano ragioni per discostarsi da quanto affermato in precedenza, e che, laddove sia trasferito al curatore il diritto sostanziale a cui la convenzione si riferisce, debba esservi pure il subentro nella convenzione ad esso relativa<sup>443</sup>.

---

*che rimangono sospesi*, cit., p. 459. D'altra parte, è stato messo in rilievo come «non si comprende la ragione che dovrebbe spingere a vedere nel curatore un successore del fallito in caso di subentro nel contratto sostanziale di riferimento, quindi come tale successore anche nella clausola compromissoria, e poi negare a quello stesso curatore la stessa qualifica e vedervi, invece, un terzo nel caso in cui dallo scioglimento del contratto sostanziale residuino pretese restitutorie»: v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 862 ss.; ID., *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 222.

<sup>442</sup> In tal senso, «implicando un chiaro riferimento alla disciplina dei rapporti pendenti, la disciplina della improseguibilità in caso di scioglimento verrebbe ad applicarsi solo ai “rapporti pendenti” (cioè ai contratti rimasti inadempiti da entrambe le parti), dovendosi ritenere che per i procedimenti arbitrali relativi a contratti eseguiti il dettato dell'art. 83-*bis* non sia operativo, per mancanza di un presupposto necessario»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 267.

<sup>443</sup> Si è sottolineato che, rispetto alla «materia non contrattuale», il legislatore «ha proprio ignorato tale eventualità, cioè che possa esistere una convenzione arbitrale stipulata dalle parti [...] per risolvere una controversia che può scaturire (o è già insorta) in ordine a responsabilità di tipo extracontrattuale»; in tale ipotesi, infatti, «mancando un contratto di riferimento, non è possibile adottare il criterio del subentro nel contratto», né «si potrebbe attribuire al curatore un esorbitante potere di scelta», circoscritto dalla norma all'ambito dei contratti ineseguiti, dal momento che sarebbe «in controtendenza far soggiacere l'aspettativa

## 10. Un ulteriore coordinamento con le disposizioni fallimentari: il procedimento di accertamento del passivo.

L'affermazione del principio secondo il quale la successione nella convenzione arbitrale segue le sorti del rapporto sostanziale e che, dunque, si trasferisce al curatore insieme al diritto controverso, determinandone l'opponibilità al fallimento, non comporta tuttavia l'esperibilità di ogni domanda che sulla stessa si fonda.

Come si è anticipato, infatti, vi sono delle regole, comunque prevalenti, a cui non può essere posta eccezione; si allude, in particolar modo, all'accertamento del passivo, che si configura come un procedimento necessario in ambito fallimentare e che rappresenta la più rilevante eccezione – se di eccezione si vuol parlare, a fronte delle precisazioni di cui si è dato conto<sup>444</sup> – alla proponibilità di una domanda arbitrale. Nello specifico, ai sensi degli artt. 52 e 93 ss., le pretese creditorie e quelle aventi ad oggetto diritti reali contro il fallito devono farsi valere necessariamente tramite il procedimento ivi previsto: l'accertamento del passivo nell'ambito del fallimento deve avvenire, obbligatoriamente ed in via esclusiva, in tale forma, che è volta a garantire la *par condicio creditorum* e non può trovare deroghe<sup>445</sup>.

Di conseguenza, è necessario distinguere: laddove vi sia stato un subentro del curatore nella convenzione di arbitrato, egli potrà certamente esperire l'azione arbitrale per far valere pretese contro terzi e, dunque, domande attive. Nei casi in cui, invece, l'azione arbitrale a seguito del

---

del terzo alla unilaterale determinazione del curatore, a dispetto di un vincolo legittimamente creatosi (e che quindi si trova nel patrimonio del debitore) anteriormente all'apertura della procedura fallimentare»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 270. Nel senso, invece, che la convenzione in materia non contrattuale è disciplinata dall'art. 72, v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 411.

<sup>444</sup> V. *retro*, cap. II, par. 4 ss., e in part. 10.

<sup>445</sup> L'esigenza del *simultaneus processus* «giustifica l'inderogabilità del foro fallimentare, rispondente all'esigenza di concentrazione di tutte le azioni dirette a far valere diritti di credito sul patrimonio del debitore insolvente»: v. PATTI, *I rapporti che rimangono sospesi*, cit., p. 457. Anche in giurisprudenza si mette in rilievo che tale «regola risponde all'esigenza di concentrare davanti ad un unico organo, individuato attraverso il procedimento stabilito dalla legge speciale, tutte le azioni dirette a far valere diritti di credito sul patrimonio del debitore insolvente, per assicurare, anche nella successiva fase di cognizione, il concorso necessario dei creditori (e dei titolari di diritti reali mobiliari), con il contraddittorio potenzialmente esteso a tutti i creditori concorrenti, e realizzare così, nel *simultaneus processus*, il principio della *par condicio creditorum*»: Cass. 24 giugno 2015, n. 13089, *Dejure*; cfr. Cass., sez. un., 6 giugno 2003, n. 9070, cit.

fallimento sia esperita da terzi per far valere diritti contro il fallito, essa si scontra con il prevalente effetto derivante dalle norme di cui agli artt. 52 e 93 ss.<sup>446</sup>.

Si tratta, dunque, di coordinare le regole sul subentro nella convenzione arbitrale con quelle previste dall'accertamento del passivo.

Innanzitutto, tale restrizione alle domande proponibili contro il fallito non discende da una sopravvenuta inarbitrabilità. Come si è dato conto, le regole di cui agli artt. 52 e 93 ss. non influiscono sull'arbitrabilità; limitazioni siffatte possono trarsi soltanto dall'indisponibilità del diritto e da un'espressa previsione legislativa, che nel caso di specie mancano<sup>447</sup>. Dunque, nemmeno la circostanza che la domanda proposta abbia ad oggetto una pretesa creditoria vantata contro il fallito, anziché in suo favore, può influire sull'arbitrabilità; quest'ultima dipende dal diritto azionato, e non dal soggetto contro il quale sia azionato.

Allo stesso modo, non pare che dalle disposizioni di cui agli artt. 93 ss. possa determinarsi l'inopponibilità della domanda arbitrale, o della convenzione, al fallimento<sup>448</sup>.

---

<sup>446</sup> È infatti pacifico che lo spazio di applicazione dell'arbitrato successivamente al fallimento sia quello delle liti attive, e quindi siano escluse le controversie relative a crediti vantati contro la massa, che devono seguire il procedimento di accertamento del passivo di cui agli artt. 93 ss.; sul punto, v. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 218. Di conseguenza, di fronte all'obbligatorietà della procedura di verifica, «la clausola compromissoria ed il compromesso anteriori al fallimento restano paralizzanti»; il procedimento di verifica «non soffre sostituzioni con equipollenti: non con l'ordinario processo di cognizione [...] e neppure con il processo arbitrale»: v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 545. In tal senso, «l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri, proprio del compromesso o della clausola compromissoria, è in ogni caso (si tratti cioè di arbitrato rituale o di arbitrato irrurale) 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, ed inderogabile, procedimento di verifica dello stato passivo»: Cass. 24 giugno 2015, n. 13089, in *Dejure*; cfr. Cass. 17 febbraio 2011, n. 3918, ivi; Cass. sez. un., 6 giugno 2003, n. 9070, cit. Si specifica infatti che in sede arbitrale non possono essere fatte valere ragioni di credito vantate verso una parte sottoposta a fallimento «giacché l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri, proprio del compromesso o della clausola compromissoria, è in ogni caso paralizzato dal prevalente effetto [...] dell'avocazione dei giudizi aventi ad oggetto l'accertamento di un credito sottoposto alla procedura concorsuale allo speciale e inderogabile procedimento di verifica dello stato passivo»: Cass., sez. un., 21 luglio 2015, n. 15200, ivi.

<sup>447</sup> V. *retro*, cap. II, parr. 7 ss.

<sup>448</sup> Si usa invece affermare che «con riferimento al più specifico tema all'accertamento dei crediti verso il fallito, la dottrina unanime esclude la possibilità di sopravvivenza di un qualsiasi accordo compromissorio, sia o meno seguito dal conferimento dell'incarico agli arbitri»: C. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1999, p. 983. Come si è dato conto, tuttavia, le norme sull'accertamento del passivo sembrano porre un problema processuale e non, invece, un problema di validità o sopravvivenza della convenzione arbitrale. Sul punto, v. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., Padova, 1967; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, II, cit., 1974; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 483 ss.; SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 112 ss.

Da un lato, infatti, l'inopponibilità sembra una categoria da riferire non alla domanda in sé, ma al diritto che tramite la stessa si fa valere e, dunque, non può investire la domanda arbitrale<sup>449</sup>. Dall'altro, seppure la convenzione di arbitrato possa configurarsi come inopponibile al fallimento, non pare neppure che tale inopponibilità possa discendere dalla domanda in concreto proposta, sulla base del diritto che sia stato azionato<sup>450</sup>. Si è visto infatti come l'opponibilità della convenzione arbitrale si trovi a dipendere dal trasferimento del diritto controverso e non, invece, dalla domanda – attiva o passiva – in concreto proposta. Si tratta di concetti che si collocano su piani distinti: la domanda arbitrale, che si pone a valle, non può certo condizionare l'opponibilità della convenzione, che si pone, invece, a monte<sup>451</sup>. Le norme sull'accertamento del passivo, dunque, non sembrano poter influire sulla validità o sulla sopravvivenza della convenzione arbitrale; al contrario, sembrano incidere su un aspetto processuale.

#### **11. (segue): conseguenze di ordine processuale sulla domanda proposta.**

Le conseguenze che si profilano laddove sia proposta una domanda contro il fallito, dunque, nella prospettiva adottata, non incidono sulla convenzione arbitrale. A fronte di un diritto arbitrabile, trasferito al curatore a seguito del fallimento, si sarà in presenza di una convenzione opponibile a quest'ultimo.

---

<sup>449</sup> Sembra, cioè, inopponibile alla massa il diritto di credito contro il fallito; e in conseguenza di tale inopponibilità la domanda sarà inammissibile.

<sup>450</sup> La regola del subentro nel contratto e l'inderogabilità dell'accertamento del passivo riguardano, infatti, profili del tutto distinti. Come specifica infatti anche la giurisprudenza, «il criterio di regolamento è diverso nei due casi. Nel primo si applica una regola di diritto sostanziale, coerente con la premessa che il curatore subentra in un contratto che trova nel patrimonio del fallito [...]. Nel secondo caso si applica una regola tipicamente processuale, attinente al rito, che nel caso in questione condiziona la stessa competenza»: Cass. 24 giugno 2015, n. 13089, in *Dejure*.

<sup>451</sup> Si tratta, dunque, di profili distinti, rispetto ai quali valgono differenti principi; si afferma infatti che «la regola per la quale il curatore che subentra in un contratto stipulato dal fallito, nel quale sia contenuta una clausola compromissoria non può disconoscere tale clausola [...] non è applicabile ai crediti vantati nei confronti di un soggetto sottoposto a procedura concorsuale. Per questi, infatti, vale la regola che la clausola arbitrale non consente di derogare allo speciale, ed inderogabile, procedimento di verifica dello stato passivo»: Cass. 24 giugno 2015, n. 13089, in *Dejure*.

Al contrario, gli effetti si produrranno direttamente sulla domanda proposta. L'azione arbitrale, infatti, potrà a propria volta essere impedita laddove contrasti con le regole previste per l'accertamento del passivo.

Tale «impedimento» ha carattere processuale, e viene a qualificarsi come inammissibilità<sup>452</sup>. Più che incidere sul profilo sostanziale dell'arbitrabilità e dell'opponibilità della convenzione arbitrale, cioè, le disposizioni di cui agli artt. 93 ss. sembrano determinare effetti di carattere processuale, determinando, appunto l'inammissibilità della domanda arbitrale laddove quest'ultima riguardi un credito contro il fallito che, in quanto tale, deve proporsi nelle forme previste per l'accertamento del passivo. Il relativo fondamento sta appunto nella circostanza che soltanto il procedimento endofallimentare consente di vedere soddisfatto il credito, nelle forme concorsuali, sulla massa passiva<sup>453</sup>.

Se è dunque vero che una domanda passiva, laddove proposta contro il fallimento, sarà inammissibile, non sembra però che debba necessariamente incorrere, sempre e comunque, nella medesima sanzione laddove venga proposta contro il fallito, a fini post ed extra fallimentari<sup>454</sup>.

Come si è detto, infatti, l'accertamento del passivo si connota come fase endoconcorsuale, escludendo la proponibilità di una domanda in ogni diversa forma per esplicitare effetti nel

---

<sup>452</sup> Che si tratti di un principio derivante da regole di natura processuale è riconosciuto anche dalla giurisprudenza, che afferma come nel caso cui la convenzione arbitrale sia fatta valere sulla base di una domanda con cui si avanzano pretese contro il fallito, debba farsi applicazione di «una regola tipicamente processuale, attinente al rito», che esclude, appunto, l'arbitrato in favore della competenza del giudice fallimentare: Cass. 24 giugno 2015, n. 13089, in *Dejure*. In tal senso, si afferma che una domanda soggetta al procedimento di accertamento del passivo di cui agli artt. 93 ss. debba essere dichiarata inammissibile se proposta nelle forme ordinarie, o improcedibile se già azionata prima del fallimento; v. Cass. 21 dicembre 2015, n. 25674, ivi; Cass. 12 maggio 2011, n. 10485, ivi; Cass. 3 febbraio 2006, n. 2439, ivi; Cass. 17 febbraio 2011, n. 3918, ivi. Sul punto, v. anche LUISO, *Il tribunale fallimentare*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., II, p. 173.

<sup>453</sup> Si mette infatti in rilievo come tale improcedibilità attenga «al difetto della parte *in bonis* rispetto ad una pronuncia che non potrebbe comunque essere opposta al fallimento»: v. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 476. Sulle problematiche legate a tale accertamento e agli effetti puramente endofallimentari che ne derivano, con riferimento alla nozione di arbitrabilità, si è detto *retro*, cap. 2, par. 9.

<sup>454</sup> In tal senso, seppure in senso dubitativo, si mette anche in rilievo come sia possibile, anche in fase di accertamento, «che curatore e creditore contestato si accordino onde deferire ad arbitri la risoluzione della lite»: v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 532 ss. Tuttavia, si mette anche in rilievo che dovrebbe escludersi la «perdurante legittimazione passiva del fallito» per ottenere l'accertamento dei crediti in via extra o post fallimentari: v. LANFRANCHI, *Fallimento e giudizi pendenti*, cit., p. 488.

concorso. Tuttavia, proprio in quanto un diritto arbitrabile prima del fallimento resta tale anche a seguito dello stesso, non è escluso che la domanda possa essere comunque proposta a fini extrafallimentari. Tale prospettiva si coniuga a quella di cui si è dato conto sulla base della quale l'accertamento del passivo avrebbe ad oggetto un diritto diverso da quello spettante al di fuori del fallimento e qualificabile come diritto al concorso<sup>455</sup>.

Si tratta di valutare le modalità in cui la domanda arbitrale risulta su tali basi proponibile.

Come si è visto, laddove si verta nell'ambito di un giudizio ordinario, le eccezioni in cui è consentita la proposizione di una domanda a fini extrafallimentari è limitata ai casi in cui l'oggetto del giudizio sia estraneo al fallimento; e, dunque, per i beni esclusi ai sensi dell'art. 46 l.fall. oppure a fronte dell'esclusione "sopravvenuta" del rapporto nelle modalità consentite al curatore.

Laddove, di conseguenza, ci sia una tale esclusione di un determinato rapporto, sulla base delle valutazioni di convenienza effettuate dal curatore, la domanda arbitrale, seppure avente ad oggetto crediti contro il fallito, durante il fallimento e ai soli fini extrafallimentari, sembra doversi qualificare come proponibile.

Ci si potrebbe chiedere però se i margini di eccezionalità di un tale giudizio siano più ampi laddove si tratti di una domanda proposta in via arbitrale; e se, dunque, le parti, nella loro libertà negoziale, possano decidere di sottoporre ad arbitrato una domanda passiva, al fine di far valere l'eventuale lodo non certo contro il fallimento, al quale sarà inopponibile, ma nei confronti del fallito personalmente, nel caso di suo ritorno in *bonis*<sup>456</sup>.

---

<sup>455</sup> V. *retro*, cap. II, par. 8.

<sup>456</sup> In tal senso, nonostante si ritenga che la domanda arbitrale avente ad oggetto crediti contro il fallito sia necessariamente inammissibile o il relativo giudizio improcedibile, dovrebbe invece ritenersi possibile che «penda e prosegua il giudizio dichiarativo avente ad oggetto l'accertamento di un credito nei confronti dell'imprenditore fallito, senza, però, che esso possa avere un qualche rilievo nella procedura concorsuale»; da un lato, infatti, «non avrebbe alcun senso immaginare un subentro del curatore nel giudizio arbitrale», dall'altro, tuttavia, «è anche vero che non ha senso immaginare una chiusura di quel giudizio. Starà all'attore scegliere. Egli può rinunciare agli atti e coltivare la sua pretesa solo nel fallimento. Ma, se egli vuole continuare il giudizio arbitrale potrà farlo, sapendo però che il lodo che otterrà sarà opponibile al debitore al di fuori del fallimento, una volta che questo sia tornato *in bonis*»: v BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 6, in part. nota 18. In tal senso, se si ritiene che il «mondo giuridico» della massa fallimentare sia distinto da quello del fallito, «ben sarà possibile per quest'ultimo svolgere un arbitrato per l'accertamento di un suo debito, con lodo ovviamente inopponibile al curatore, ma spendibile nel caso di rientro *in bonis*»: v ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 2-3. Viene infatti prospettato che, se si ritiene che il fallito «mantenga una propria legittimazione a far accertare un suo debito, con

D'altra parte, si mette pure in rilievo che la regola dell'inammissibilità delle domande proposte contro il fallimento trovi delle eccezioni, che si ricavano di riflesso a quanto previsto per il processo ordinario<sup>457</sup>.

I limiti sono ovviamente quelli già specificati secondo cui il lodo non potrebbe essere, in ogni caso, opponibile alla massa ma soltanto al fallito una volta tornato *in bonis*.

## **12. Necessarie precisazioni sugli effetti del fallimento rispetto alla convenzione per arbitrato irrituale.**

Sinora si è parlato di arbitrato senza espressamente riferirsi alla forma rituale o irrituale dello stesso. Nella misura in cui si tratti degli effetti del fallimento sulla convenzione arbitrale, potrebbe sembrare trascurabile la qualificazione dell'eventuale arbitrato che ne scaturisca; l'irritualità, infatti, potrebbe semmai rilevare con riguardo all'arbitrato pendente<sup>458</sup>.

---

decisione inopponibile al curatore, ma spendibile nel caso di ritorno *in bonis*, l'arbitrato dovrà ritenersi ammissibile anche per le situazioni passive»: così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 84. Analogamente, si afferma pure che la procedura arbitrale possa proseguire «per finalità non fallimentari quali, al di fuori del fallimento, nei confronti dell'imprenditore fallito, distinto dalla massa»: v. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, cit., p. 345.

<sup>457</sup> In tal senso, si afferma infatti che possa essere fatta valere, in via di eccezione, la compensazione, nei limiti della pretesa fatta valere dal fallito: SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 474.

<sup>458</sup> Ciò che, tuttavia, deve escludersi laddove si adotti una visione “processuale” dello stesso arbitrato irrituale. In tal senso, si afferma come la riforma abbia comportato una processualizzazione dell'arbitrato irrituale, tanto da risultare oggi definito alla stregua di un “processo privato”, v. BIAVATI, sub *art. 808 ter*, in *Arbitrato*, cit., p. 175 ss.; SASSANI, *Arbitrato irrituale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2007, p. 110 ss.; cfr. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1189 ss., ove si mette in rilievo come le due specie di arbitrato divergano «solo nel tipo di effetti e di rimedi. L'arbitrato libero diviene così piuttosto un *minus* che un *aliud* rispetto all'arbitrato *tout court*»; cfr. ROLFI, *La Suprema Corte e l'arbitrato irrituale: segnali di un ripensamento?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1620 ss.; SANGIOVANNI, *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?*, in *Contr.*, 2008, p. 869 ss. D'altra parte, tale lettura era condivisa da alcuni anche prima della riforma; cfr. FAZZALARI, voce *Arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., 2000, p. 88 ss., il quale mette in rilievo che arbitrato rituale e irrituale si configurino entrambi “come processo di «natura» privatistica”; cfr. ID voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 393 ss. *Contra*, LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 243, per il quale l'arbitrato irrituale «è ancora e solamente quel che era prima, un modo di negoziare una transazione». Sul punto, v. anche CURTI, *L'arbitrato irrituale*, Torino, 2005, p. 20 ss.; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, p. 10 ss.

L'equiparazione dell'arbitrato irrituale a quello rituale nei rapporti tra la convenzione e il fallimento, tuttavia, non è pacifica<sup>459</sup>.

Sulla base di una particolare prospettiva, vengono proposti rispetto all'arbitrato irrituale gli originari dubbi sull'ammissibilità in materia fallimentare; si afferma, infatti, che vi sia una completa incompatibilità tra arbitrato irrituale e fallimento<sup>460</sup>.

Al contrario, ritenendo insussistenti particolari ragioni ostative all'arbitrato, sia pure irrituale, in materia, si tratta di valutare quale sia la disciplina applicabile ai fini dell'opponibilità della convenzione dal quale scaturisca<sup>461</sup>.

In tal senso, secondo un primo punto di vista, le specificità dell'arbitrato irrituale escluderebbero l'applicabilità dell'art. 83-*bis*; si ritiene infatti che l'applicabilità di tale norma alla convenzione arbitrale determini problematiche ulteriori laddove si consideri specificamente il patto per arbitrato irrituale<sup>462</sup>. In tal senso, la portata puramente negoziale dell'arbitrato irrituale determinerebbe infatti la necessaria riconduzione della convenzione arbitrale all'art. 72, con la conseguenza di consentire al curatore, dunque, lo scioglimento<sup>463</sup>.

Per un orientamento, sostenuto soprattutto in giurisprudenza, alla convenzione arbitrale, anche (e soprattutto) per arbitrato irrituale, dovrebbero applicarsi le regole sul mandato collettivo, con la conseguenza di escludere la possibilità di scioglimento laddove sia già intervenuta l'accettazione degli arbitri<sup>464</sup>. Tuttavia, tale prospettiva, per le medesime ragioni in virtù delle

---

<sup>459</sup> Infatti, si mette in rilievo che non manca chi si oppone ad una equiparazione degli effetti del fallimento sulla convenzione arbitrale «in considerazione della natura propria dell'arbitrato irrituale»: v. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss.

<sup>460</sup> V. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 343, per il quale sarebbe «incompatibile con il fallimento ogni arbitrato irrituale».

<sup>461</sup> Di recente, v. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria sottoscritta dalla società fallita, quando era in bonis*, cit., p. 925 ss.

<sup>462</sup> Si mette infatti in rilievo come la valutazione delle sorti della convenzione arbitrale nell'ambito del fallimento sia ancora «più complicato» rispetto all'arbitrato irrituale, dovendo preliminarmente considerare se possa trovare applicazione l'art. 83-*bis*: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, cit., p.108 ss.

<sup>463</sup> In caso contrario, dovrebbe valere la regola generale dell'art. 72: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806 c.p.c.*, p. 108 ss., e, in part., nota 469. Sul punto, v. anche CAVALAGLIO, *Arbitrato libero, giurisdizione ordinaria e verifica fallimentare dei crediti: gli incerti confini*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 445 ss.

<sup>464</sup> È infatti una massima consolidata quella secondo cui il compromesso per arbitrato irrituale «costituendo un atto negoziale riconducibile alla figura del mandato collettivo, o congiunto, e di quello conferito nell'interesse di terzi non è soggetto allo scioglimento nel caso di fallimento del mandante, non operando

quali si è ritenuta insostenibile in via generale, non si ritiene proponibile nemmeno per l'arbitrato irrituale, e ciò proprio in quanto confonde il rapporto tra le parti da quello che lega queste ultime agli arbitri<sup>465</sup>.

Secondo una diversa prospettiva, si afferma invece che l'arbitrato irrituale non sarebbe soggetto alle regole di cui agli artt. 52 ss., né alla *vis attractiva* di cui all'art. 24; in quanto vicenda puramente contrattuale, infatti, rimarrebbe vincolante anche a seguito del fallimento e a prescindere dalla natura – attiva o passiva – della domanda avanzata contro il fallimento<sup>466</sup>.

Nemmeno tale posizione, tuttavia, pare in realtà condivisibile. Da un lato, infatti, non sembra che l'arbitrato irrituale possa sottrarsi alle regole sull'accertamento del passivo; come si è visto, tale procedimento è obbligatorio ed esclude ogni diverso mezzo, giurisdizionale o non, di accertamento del credito. Dunque, laddove la pretesa sia rivolta a far valere un credito contro il fallito, pure la domanda per arbitrato irrituale dovrebbe essere inammissibile e, sulle medesime basi, un eventuale lodo sarebbe inopponibile.

Infatti, la specifica differenza che caratterizza l'arbitrato irrituale rispetto a quello rituale è la natura del lodo, puramente contrattuale anziché dotato degli effetti di una sentenza<sup>467</sup>. Al contrario, non pare che muti la natura della convenzione: con gli accorgimenti che sono stati sottolineati rispetto alla convenzione per arbitrato rituale, infatti, anche quella per arbitrato irrituale si qualifica in termini negoziali e viene ricondotta alle regole sul contratto<sup>468</sup>.

Su tali basi, non pare in realtà che ci siano ragioni per discostarsi dalla disciplina che si ritenga di dover applicare alla convenzione per arbitrato rituale; sembra dunque di poter appoggiare la

---

rispetto ad esso la regola dettata, dall'art. 78 L.F., per il mandato individuale»: v., *ex multis*, Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, cit.; Cass. 8 settembre 2006, n. 19298, cit.; Cass., 17 febbraio 2010, n. 3803, cit.

<sup>465</sup> V. *retro*, cap. I, parr. 1 ss.

<sup>466</sup> Sul punto, v. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss., in cui si mette in rilievo come, secondo un orientamento, all'arbitrato irrituale non si applicherebbe né l'art. 52 né l'art. 24 l. fall. «perché il rapporto tra arbitrato libero e fallimento non equivale a quello tra giudice fallimentare e giudice ordinario o arbitrato rituale, bensì tra giudice fallimentare e amichevole compositore di una lite: la relazione non si pone tra due vicende svolgentisi in sedi diverse, pure espressione entrambe di un'attività identica, bensì tra un'attività giurisdizionale ed un'attività privatistica negoziale, che si conclude con la formazione di un nuovo contratto».

<sup>467</sup> Sul punto, v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, p. 623 ss.

<sup>468</sup> Si tratterebbe infatti di un «vero e proprio contratto», seppure «le specificazioni normative contenute nell'art. 808-ter c.p.c. derogano alla disciplina generale»: v. ALPA, *L'arbitrato irrituale*, cit., p. 327.

tesi che perviene all'equiparazione di arbitrato rituale e irrituale ai fini della determinazione degli effetti del fallimento sulla convenzione arbitrale<sup>469</sup>.

Da tale equiparazione discende l'applicabilità dell'art. 83-*bis* pure alla convenzione per arbitrato irrituale<sup>470</sup>, e, dunque, la sua opponibilità in ipotesi di subentro nel diritto controverso e di sua non vincolatività in caso di scioglimento del rapporto sostanziale o di mancato trasferimento del diritto.

Pure rispetto a tale tipologia di arbitrato, inoltre, la domanda arbitrale non è consentita a seguito dell'apertura del fallimento laddove abbia ad oggetto crediti da far valere contro il fallito, venendo in rilievo, anche in tal caso, le disposizioni di cui agli artt. 52 e 93 ss. l. fall.

Una volta che si sia esclusa l'esperibilità del procedimento arbitrale per le pretese passive vantate contro il fallimento, al contrario, non si trovano nella natura contrattuale del lodo ragioni ostative all'utilizzo dell'arbitrato per le pretese attive del fallimento.

Di conseguenza, nelle ipotesi in cui si è affermata l'opponibilità della convenzione arbitrale per arbitrato rituale, sembrerebbe che, per le medesime ragioni, tali conclusioni possano valere pure per l'arbitrato irrituale.

---

<sup>469</sup> L'equiparazione dell'arbitrato rituale e irrituale rispetto al fallimento è sostenuta come necessaria anche alla luce delle conseguenze che si determinerebbero a fronte di un'errata qualificazione arbitrale; sul punto, v. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss., in cui si rileva che la questione potrebbe indurre «a privilegiare la prospettiva di una unificazione delle due forme di arbitrato», tanto più «nei rapporti con il fallimento», in cui essa è, tra l'altro, «aggravata dal fatto che qui si fanno i conti con una procedura concorsuale che ha un suo sviluppo e che, una volta chiusa, è assai arduo rimettere in discussione», e sembrando che, «ai fini della più corretta prosecuzione del fallimento», sia «opportuno ridurre al minimo i dubbi, capaci astrattamente di minare dall'origine la regolarità della procedura». Nel senso che l'art. 83-*bis* «spieghi i suoi effetti sia in caso di arbitrato libero che di arbitrato irrituale», v. anche RESTAINO, *Clausola arbitrale*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., p. 1144.

<sup>470</sup> In tal senso, «nel superamento dell'acquisita sostanziale equiparazione all'arbitrato irrituale di quello rituale» per effetto della riforma del codice processuale «si è correttamente ritenuta l'applicabilità dell'art. 83-*bis* l. fall. anche all'arbitrato irrituale, per la sua espressione volutamente generica e per le sottese ragioni di tutela della massa»: così PATTI, *I rapporti che rimangono sospesi*, cit., p. 458. Sul punto, v. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, cit., p. 979 ss.

### **13. La convenzione arbitrale nella disciplina del concordato preventivo antecedente alla riforma.**

Se dal profilo degli effetti che il fallimento è idoneo ad esplicare sulla convenzione arbitrale si passa ad osservare quelli che sulla medesima determina il concordato preventivo, ci si ravvede di come a venire in rilievo siano principi del tutto dissimili.

Innanzitutto, merita sottolineare che, anche per il concordato preventivo, a lungo (più che per il fallimento), è mancata una disposizione normativa che considerasse, anche solo marginalmente, la materia.

Infatti, è stata la riforma del 2012, con l'introduzione dell'art. 169-bis, a prevedere una disciplina per i rapporti in corso di esecuzione nell'ambito del concordato preventivo, nel cui ambito è presa in considerazione anche la clausola compromissoria<sup>471</sup>.

In precedenza, a mancare non era soltanto una qualsiasi norma relativa all'arbitrato, ma pure una disciplina per i rapporti pendenti.

Di conseguenza, se talvolta il problema dell'individuazione degli effetti del compromesso sulla convenzione arbitrale veniva affrontato riconducendolo a quello più generale degli effetti sui contratti in corso, tuttavia, poiché anche tale materia era priva di una disciplina specifica, emergeva la necessità di una ricostruzione che si fondasse sui principi generali<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> Sulla nuova norma, v. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 2016, p. 217; ID., *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, in *Fall.*, 2016, p. 854, ove si mette in rilievo come l'art. 169-bis dovrebbe essere valorizzato al fine di trovare «una soluzione unitaria al problema della sopravvivenza della scelta della via arbitrale» anche rispetto al fallimento; cfr. VONA, *La stipula del patto compromissorio e la nomina degli arbitri nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 421; BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1121 ss.; BANA, *Il concordato preventivo: novità e profili critici*, in *Fisco*, 2013, II, p. 1367 ss.

<sup>472</sup> In tal senso, si affermava la necessità di «valutare i vincoli che l'apertura del processo di concordato preventivo» determina rispetto al debitore, che «non toccano né l'amministrazione dei suoi beni, né l'esercizio dell'impresa, che gli sono conservate, secondo l'espressa dizione dell'art. 167, comma 1°, l.f., sia pure sotto la vigilanza del commissario giudiziale e sotto la direzione del giudice delegato»: «l'imprenditore ammesso al concordato preventivo è tenuto soltanto a richiedere le autorizzazioni al compimento degli atti di straordinaria amministrazione, a norma del già menzionato art. 167, comma 2°, l.f.»: così BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, in *Riv. arbitrato*, 1995, p. 674.

Sulla base di una prima interpretazione, infatti, anche nell'ambito del concordato preventivo avrebbe dovuto trovare applicazione la disciplina prevista per i rapporti pendenti nel fallimento<sup>473</sup>.

Tale prospettiva non era risolutiva. Infatti, anche ritenendo di dover applicare le disposizioni di cui agli artt. 72 ss., poi, si poneva il dubbio di quale dovesse essere la disciplina per la convenzione arbitrale, a fronte delle diverse regole concretamente applicabili, dal punto di vista processuale, nell'ambito del concordato.

In tal senso, mentre sotto il profilo soggettivo, il debitore concordatario mantiene la legittimazione processuale, sotto quello oggettivo, l'apertura non determina l'interruzione del giudizio né limita in alcun modo le azioni proponibili. Allo stesso modo, mancano previsioni volte ad introdurre una competenza esclusiva per le liti riguardanti la procedura concordataria. Sulla base di tale disciplina processuale del tutto difforme da quella prevista in ambito fallimentare, dunque, si pone un problema di coordinamento con le disposizioni di cui agli artt. 72 ss. e di trasposizione nella diversa sede concordataria.

#### **14. (segue): e le peculiarità della disciplina.**

Proprio in considerazione della difformità delle regole di base, una diversa prospettiva perveniva ad escludere che potesse trovare applicazione la disciplina prevista in ambito fallimentare. In particolare, la modesta entità degli effetti determinati dall'apertura della procedura di concordato sulla disponibilità del patrimonio del debitore e sul suo potere di amministrazione, ben più limitati di quelli determinati dal fallimento, induceva ad escludere che si potessero estendere le medesime regole dettate agli artt. 72 ss. per i rapporti pendenti<sup>474</sup>. Al contrario, la regola da applicare sarebbe stata quella della normale prosecuzione dei rapporti

---

<sup>473</sup> In particolare, sulla base di un'interpretazione si riteneva che, nonostante la mancanza di un richiamo alle norme fallimentari all'interno dell'art. 169, dovesse valere un principio unitario; sul punto, v. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 1996, p. 419.

<sup>474</sup> Infatti, coerentemente con una «marginalmente ristretta libertà di amministrare i propri beni e di esercitare l'impresa, il debitore non è tenuto a sopportare alcun effetto modificativo o estintivo sui rapporti pendenti, sul genere di quelli che operano nel fallimento», le cui norme «non trovano applicazione nel concordato preventivo, perché costituiscono espressione di principi ad esso estranei»: v. BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, cit., p. 674.

precedenti al concordato; ciò anche rispetto alla convenzione arbitrale, con conseguente permanere della sua vincolatività<sup>475</sup>.

In tale ottica, invero, pure la convenzione arbitrale non avrebbe subito effetti a fronte del deposito della domanda concordataria; la convenzione sarebbe rimasta valida e vincolante a prescindere dall'apertura della procedura di concordato.

Tali principi dovevano poi essere opportunamente coordinati con le differenti regole valide per l'ipotesi di concordato con cessione dei beni, e, dunque, con la previsione della legittimazione cumulativa del liquidatore giudiziale; come si è detto, infatti, a seguito dell'omologazione il liquidatore è il soggetto a cui spetta la liquidazione dei beni. Su tali basi, mentre la titolarità dei beni sarebbe comunque rimasta in capo al debitore concordatario, la relativa disponibilità sarebbe spettata al liquidatore.

Non mancava, inoltre, la prospettiva secondo la quale sarebbe stato necessario distinguere, in termini analoghi a quanto previsto per il fallimento, tra liti attive e passive. In tal senso, mentre per le prime la convenzione arbitrale sarebbe stata in ogni caso vincolante, pervenendo ad escludere un qualsiasi effetto automaticamente caducatorio, al contrario, nell'ipotesi di liti passive che riguardassero beni oggetto di cessione, ne sarebbe derivata l'inefficacia della stessa<sup>476</sup>.

Tuttavia, come si è già affermato nell'ambito del fallimento, anche in mancanza di una previsione normativa doveva escludersi che l'inefficacia della convenzione potesse trovarsi a dipendere dal soggetto contro il quale fosse stata concretamente proposta la domanda, e cioè che

---

<sup>475</sup> A tale conclusione si perveniva anche inquadrando «la clausola compromissoria nello schema negoziale del mandato», sulla base della prospettazione giurisprudenziale, a cui conseguirebbe che «che il concordato stesso non può produrre alcun effetto estintivo su tale negozio, non essendo applicabile l'art. 78 legge fallimentare (norma che, comunque, non sarebbe, come è noto, applicabile nel caso particolare di mandato conferito nell'interesse anche di terzi)»: FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 1996, p. 419.

<sup>476</sup> In tale ottica, «se la controversia oggetto del compromesso o della clausola compromissoria riguardi un debito dell'imprenditore, è recisamente esclusa qualsiasi rilevanza dell'ammissione al concordato preventivo con cessione dei beni del compromesso e della clausola compromissoria»; in ipotesi di controversia attiva, infatti, «dalla quale possa derivare un incremento del patrimonio dell'imprenditore, non vi sarebbe neppure una relazione indiretta fra compromesso o clausola compromissoria, e concordato preventivo». Diversamente, in ipotesi di controversia avente ad oggetto beni oggetto della cessione «sarebbe difficile negare un'inerenza diretta fra accordo arbitrale e concordato: bisognerebbe allora supporre che questa inerenza da sola possa provocare l'inefficacia dell'accordo arbitrale stesso»; sul punto, v. BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, cit., p. 674.

la convenzione venisse automaticamente caducata laddove la domanda fosse proposta contro il debitore concordatario<sup>477</sup>.

### **15. L'introduzione di una norma per la clausola compromissoria.**

In tale contesto normativo, già di per sé idoneo a suggerire la conclusione favorevole alla persistente vincolatività della convenzione arbitrale anche a seguito dell'apertura della procedura concordataria, è intervenuto il legislatore del 2012.

L'art. 169-*bis*, infatti, ha normativizzato la regola della prosecuzione dei rapporti pendenti, rispetto ai quali è conferita al debitore la facoltà di svincolarsi a fronte di apposita autorizzazione<sup>478</sup>.

Con l'introduzione dell'art. 169-*bis*, dunque, le questioni concernenti la sorte della convenzione arbitrale sono state in parte risolte, seppure anche nell'ambito del concordato preventivo la disciplina sia soltanto parziale.

Il primo comma della norma prevede oggi che il debitore, con il ricorso con cui chiede l'ammissione alla procedura, o anche successivamente, possa domandare l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso; richiesta da rivolgere al Tribunale o al Giudice delegato, che provvedono con decreto motivato, sentito l'altro contraente e assunte, ove occorra, sommarie informazioni.

Al comma 3 la norma precisa che lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.

Il legislatore, dunque, nell'ambito del concordato preventivo detta una norma chiara: la clausola compromissoria resta ferma a prescindere dalla sorte del contratto cui accede.

---

<sup>477</sup> La domanda si pone su un piano diverso rispetto a quello della vincolatività della convenzione, potendone derivare, al più, la sua inammissibilità o improcedibilità se previste; vizi che, tuttavia, nell'ambito del concordato preventivo mancano.

<sup>478</sup> Infatti, si mette in rilievo che oggi «il nuovo art. 169-*bis* l.fall. normativizza la regola della prosecuzione del contratto pendente alla data di presentazione del ricorso»: v. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, in *Il fallimentarista*, 2 ottobre 2013, p. 1 ss.

Si tratta di una disposizione che diverge sotto una pluralità di profili da quella prevista rispetto al fallimento. Innanzitutto, diversamente dall'art. 83-*bis*, l'art. 169-*bis* disciplina il profilo degli effetti che l'apertura della procedura determina sulla convenzione arbitrale, anziché quelli sull'arbitrato pendente.

Inoltre, mentre l'art. 83-*bis* sancisce (almeno apparentemente) un principio rivolto alla cessazione dell'arbitrato, nel concordato preventivo la norma è volta a preservare gli effetti della convenzione. Da essa sembrerebbe dunque potersi ricavare un principio di opponibilità della clausola arbitrale, e ciò a prescindere dalla sorte del rapporto sostanziale<sup>479</sup>.

Si è affermato come in tal modo sarebbe stata ribadita anche in ambito concordatario l'autonomia della clausola compromissoria: le vicende che conducono allo scioglimento del contratto, infatti, non si ripercuotono sulla clausola, la quale non perde per ciò stesso la propria vincolatività<sup>480</sup>.

In tal senso, l'art. 169-*bis* non farebbe che confermare in ambito concordatario il generale principio emergente dall'art. 808, comma 2, c.p.c., ai sensi del quale la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce<sup>481</sup>.

## **16. (segue): il tentativo di riconduzione alla regola generale.**

Una volta che si sia escluso che lo scioglimento del contratto-base determini per ciò stesso la caducazione della convenzione arbitrale, ci si deve però chiedere se allo scioglimento di quest'ultima si possa pervenire in via autonoma.

---

<sup>479</sup> In tal senso, vi sarebbe «la piena opponibilità della clausola arbitrale accessoria al contratto autoritativamente risolto o sospeso ai sensi dell'art. 169-*bis* l. fall. – con possibile attivazione anche per le controversie inerenti alla determinazione dell'indennizzo»: CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, in *Il fallimentarista*, 22 luglio 2013, p. 1 ss.

<sup>480</sup> In tal senso, infatti, la convenzione arbitrale preesistente al concordato «resta in piedi e vincola le parti compreso il debitore concordatario», come sarebbe confermato «sia pur ellitticamente, *a contrario*»: v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arbitrato*, 2016, p. 239.

<sup>481</sup> Nell'ambito del concordato, infatti, si sarebbe «inteso nuovamente equiparare la disciplina della clausola compromissoria e del compromesso, stabilendo anche per la prima l'autonomia rispetto al contratto all'interno del quale è inserita»: PENTA, *Concordato preventivo e scioglimento dai rapporti in corso di esecuzione*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 728 ss.

In tal senso, infatti, si è prospettato che dalla clausola compromissoria sarebbe consentito sciogliersi sulla base della stessa norma che consente di svincolarsi in via generale dai contratti<sup>482</sup>; in quanto essa stessa contratto, pure la clausola potrebbe essere sciolta su iniziativa del debitore alla stregua degli altri rapporti pendenti. In tal modo, non sarebbe negata – e, anzi, troverebbe ulteriore conferma – il principio di autonomia.

Dunque, in base alla richiesta del debitore e sulla base del medesimo meccanismo autorizzatorio previsto dalla norma, si potrebbe pervenire allo scioglimento della clausola; e ciò a prescindere dalla sorte del contratto cui accede<sup>483</sup>.

Si è anche escluso che in tal modo possa recarsi un *vulnus* al principio di vincolatività della convenzione arbitrale. Anche rispetto alla clausola, infatti, la volontà unilaterale del debitore concordatario sarebbe temperata dalla valutazione giudiziale<sup>484</sup>.

Si tratta di una conclusione che viene sostenuta sulla base di una serie di elementi<sup>485</sup>.

---

<sup>482</sup> Infatti, «la clausola compromissoria che accede al contratto sostanziale pendente, sciolto o sospeso, può essere sciolta in virtù di un autonomo esercizio del diritto potestativo di cui all’art. 169-bis l.fall. da parte del debitore concordatario, paralizzando dunque la domanda di arbitrato già formulata, fermo il diritto all’indennizzo dell’altro compromittente»: v. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l’operatività della clausola arbitrale*, in *Il fallimentarista*, 2 ottobre 2013, p. 1 ss.

<sup>483</sup> In tal senso, si riconoscerebbe la facoltà di «esercizio, in via autonoma ed espressa, del diritto potestativo del debitore concordatario, ai sensi dell’art. 169-bis l.fall., per far venir meno la vincolatività anche (o solo) della clausola, oltre (eventualmente) quella del contratto sostanziale a cui la stessa formalmente accede»; «il debitore concordatario, infatti, a differenza del fallito, conserva quella autonoma determinazione di volontà in ordine all’opzione dello strumento di tutela per le controversie involgenti il contratto sostanziale»: v. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l’operatività della clausola arbitrale*, in *Il fallimentarista*, 2 ottobre 2013, p. 1 ss.

<sup>484</sup> In tal senso, «la scelta del singolo o, comunque, “privata” risulterebbe dunque, nella specie, “responsabilizzata” dalla prescritta autorizzazione giudiziale che in ogni caso interverrà solo qualora lo scioglimento o la sospensione del contratto processuale rispondano a una logica di funzionale attuazione del piano concordatario, vedendosi diversamente l’altra parte compromittente tutelata dalla normale prosecuzione del rapporto pregresso»; «considerando che l’autorizzazione giudiziale presuppone la conformità della scelta del debitore in relazione al contenuto del piano presentato, nonché la migliore soddisfazione dei creditori nel caso di concordato con continuità aziendale, è giocoforza affermabile che il provvedimento autorizzatorio verrà concesso nella misura in cui il programma concordatario preveda la devoluzione ad arbitri delle controversie riconducibili allo sviluppo della procedura»: v. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l’operatività della clausola arbitrale*, cit., p. 1 ss.

<sup>485</sup> Sul punto, v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239.

Oltre alla natura contrattuale della clausola compromissoria<sup>486</sup>, e al principio di autonomia<sup>487</sup>, infatti, si richiama un elemento letterale emergente dall'art.169-*bis*. Quest'ultimo, laddove prevede che lo scioglimento del contratto non si estenda alla clausola compromissoria, non escluderebbe – e, anzi, intenderebbe implicare – che allo scioglimento si possa addivenire in via autonoma<sup>488</sup>.

Quanto alle concrete modalità operative in cui sarebbe possibile al debitore pervenire allo scioglimento della clausola, si tratterebbe di una vicenda caducatoria fondata su due distinte attività, entrambe necessarie: da un lato, la richiesta di autorizzazione e, dall'altro, il successivo esercizio della facoltà oggetto di autorizzazione, tramite comunicazione all'altro contraente. Di conseguenza, laddove il debitore venga convenuto nel giudizio arbitrale, egli dovrebbe necessariamente provvedere ad eccepire lo scioglimento della clausola fondata sull'autorizzazione, senza invece potersene avvalere soltanto all'esito dell'arbitrato<sup>489</sup>.

### **17. (segue): e la previsione di una disciplina autonoma.**

In realtà, non pare che le considerazioni di cui si è dato conto siano univoche, e neppure che la norma sia così esplicita nel senso visto. Al contrario, sembra che dal dettato normativo una tale

---

<sup>486</sup> In quanto la clausola compromissoria «è un contratto come un altro» e «la sua portata prevalentemente processuale non elide la sostanza economica delle cose», con la conseguente facoltà di scioglimento previa autorizzazione, v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss.

<sup>487</sup> In tal senso, «se la clausola è autonoma ciò vuol dire appunto che da essa ci si può svincolare anche a prescindere dallo scioglimento o meno del contratto cui accede»: v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239.

<sup>488</sup> Tale conclusione, infatti, emergerebbe dall'art. 169-*bis*: «se tale disposizione stabilisce che lo scioglimento del contratto “non si estende” – ed intende chiaramente dire non si estende automaticamente (e non che “non può mai estendersi”) – alla clausola compromissoria, ciò significa che posso chiedere l'autorizzazione a sciogliermi in una dal contratto e dalla clausola compromissoria che vi accede», come pure della sola clausola: v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239.

<sup>489</sup> In tal senso, la «fattispecie scioglimento» emergente dall'art. 169-*bis* «si compone della autorizzazione e del successivo esercizio della autorizzata facoltà mediante comunicazione recettizia all'altro contraente. Il debitore concordatario dovrà dunque comunicare all'attore in arbitrato di essere stato autorizzato a sciogliersi e di volersi sciogliere»; mentre condotte «extravaganti e più o meno scorrette (comunicazione ad orologeria subito prima dell'emanazione del lodo o ad arbitrato avanzato) andrebbero trattate *cum grano salis*, eventualmente mediante il ricorso al sempre più opportuno ma delicato parametro dell'abuso del diritto»: v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239.

conclusione non possa trarsi se non a livello interpretativo, ma che non sia neppure l'unica lettura a cui si può pervenire.

Se infatti può convenirsi che la clausola compromissoria, in quanto contratto, dovrebbe in astratto soggiacere alla medesima disciplina prevista in via generale per i rapporti pendenti, è tuttavia necessario sottolineare altresì che il legislatore ha dedicato alla clausola, pure nell'ambito del concordato preventivo, una previsione espressa e specifica, derogatoria di tale disciplina generale.

La considerazione specifica che la clausola compromissoria ha ricevuto tra i contratti in corso di esecuzione, dunque, pare poter supportare allo stesso modo l'interpretazione contraria, volta alla delineazione di una disciplina speciale, non idonea ad essere integrata con le restanti disposizioni.

Infatti, proprio in quanto il legislatore prevede che la clausola compromissoria non possa sciogliersi nemmeno a fronte dello scioglimento del rapporto sostanziale a cui accede, potrebbe desumersi che abbia implicitamente inteso mantenere ferma, in ogni caso, la vincolatività della stessa; in tale prospettiva, dunque, il debitore non potrebbe sciogliersi unilateralmente dalla clausola nemmeno in via autonoma.

Se infatti il legislatore ha escluso che lo scioglimento del contratto determini altresì lo scioglimento della clausola, sembra potersi leggere una sottesa intenzione volta alla conservazione dei suoi effetti; ciò proprio in quanto la clausola compromissoria è volta a disciplinare una modalità di risoluzione dei conflitti anziché un rapporto a prestazioni corrispettive idoneo ad incidere sulle dinamiche patrimoniali interessate dalla vicenda concordataria.

La conferma di ciò si può trarre alla luce di due argomenti principali.

Innanzitutto, la sovrapposibilità dell'ambito di applicazione dell'art. 169-*bis* rispetto a quello di cui agli art. 72 ss.

In tal senso, si è infatti messo in rilievo come, nonostante l'art. 169-*bis* si riferisca espressamente ai contratti in corso di esecuzione, anziché ai rapporti pendenti, in realtà la nozione

non si distacchi da quella prevista in ambito fallimentare<sup>490</sup>. Tale nozione, come si è visto, è da riferire a contratti a prestazioni corrispettive e non, invece, a quelli introduttivi di una particolare modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale come la convenzione arbitrale<sup>491</sup>.

In secondo luogo, nello stesso senso induce a concludere la lettera dell'art. 169-*bis*, laddove espressamente prevede la possibilità di sciogliersi dai «contratti in corso di esecuzione»; e si è già detto come tale nozione sia di difficile riferibilità alla convenzione arbitrale, che non comporta una vera e propria esecuzione, ma determina soltanto un vincolo negativo delle parti a non rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria. Lo stesso vale per la sospensione, che può essere autorizzata su richiesta del debitore; non si comprende infatti come tale previsione potrebbe valere per la convenzione arbitrale.

Nel medesimo senso si colloca altresì la previsione di un indennizzo a fronte del mancato adempimento. L'art. 169-*bis*, infatti, al comma 2 prevede che «il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento»; non si vede tuttavia quale possa essere il risarcimento conseguente al mancato adempimento per la convenzione arbitrale<sup>492</sup>.

---

<sup>490</sup> È stato lo stesso dettato legislativo a determinare il superamento della tesi minoritaria secondo la quale, in ragione del diverso tenore letterale dell'art. 169 *bis* rispetto all'art. 72, la norma sarebbe stata da applicare anche ai contratti già interamente eseguiti da una delle parti. Sulla portata della nozione, v. AMORESE, *I contratti pendenti nel concordato preventivo alla luce della riforma estiva*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 86; cfr. MARINUCCI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, in *Giur. it.*, 2017, p. 508; DOLMETTA, *Concordato preventivo e contratti «pendenti» (in margine alle modifiche portate all'art. 169 bis l. fall. dal d.l. n. 83/2015)*, in *Fall.*, 2016, p. 395 ss.; AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 359; PETTIROSSI, *Sorte dei «contratti pendenti» nella disciplina del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 103. È stato lo stesso dettato legislativo a determinare il superamento della tesi minoritaria secondo la quale, in ragione del diverso tenore letterale dell'art. 169 *bis* rispetto all'art. 72, la norma sarebbe stata da applicare anche ai contratti già interamente eseguiti da una delle parti: sul punto, v.

<sup>491</sup> V. *supra*, cap. IV, parr. 4 ss.

<sup>492</sup> In tal senso, il problema di determinazione dell'indennizzo è avvertito anche da coloro che affermano la possibilità di sciogliere in via autonoma la clausola: v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239, ove si sottolinea come sia «difficile, perfino mediante scontato ricorso a criteri equitativi e forfettari, quantificare l'indennizzo anzi affermare *tout court* che un indennizzo da mancata operatività del patto di arbitrato sia dovuto».

In termini analoghi a quanto accade in ambito fallimentare, sembra che pure la disciplina prevista per i rapporti pendenti a fronte di concordato preventivo risulti inapplicabile alla convenzione arbitrale; le norme relative ai contratti in corso di esecuzione sono immaginate rispetto a rapporti sostanziali di carattere sinallagmatico, e caratterizzati dunque da prestazioni corrispettive, dai quali certamente esula la convenzione arbitrale.

Ciò non pregiudica ovviamente la possibilità di risoluzione – anche in via automatica – a seguito dell’apertura della procedura, laddove le parti si fossero precedentemente accordate in tal senso<sup>493</sup>, e cioè abbiano previsto la risoluzione della convenzione arbitrale nell’ipotesi di successiva apertura di una procedura concordataria<sup>494</sup>.

La possibilità di uno scioglimento per iniziativa del solo debitore, invece, sulla base del dato normativo emergente dall’art. 169-*bis*, non convince appieno.

### **18. Le ipotesi non previste dal legislatore.**

Ad ogni modo, come si è visto, la disciplina introdotta dall’art. 169-*bis* è parziale; essa, infatti, riguarda la sola clausola compromissoria.

Di conseguenza, anche oggi manca una norma che disciplini gli effetti dell’apertura del concordato preventivo sul compromesso che sia stato sottoscritto dal debitore prima del deposito della proposta concordataria, come pure sulla convenzione arbitrale in materia non contrattuale.

Si possono tuttavia affermare alcuni principi. Innanzitutto, il permanere del compromesso tra gli atti di straordinaria amministrazione, non sembra determinare doverosamente l’inopponibilità alla procedura del compromesso già sottoscritto<sup>495</sup>.

---

<sup>493</sup> Si è infatti sottolineato che «diviene prudentemente ragionevole ipotizzare che la predetta determinazione presupponga un pregresso accordo tra le parti compromittenti, appositamente convenuto anche con riguardo alla quantificazione dell’indennizzo dovuto, quale sorta di “lascia-passare” sicuro per l’accoglimento dell’istanza autorizzatoria»: v. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l’operatività della clausola arbitrale*, cit., p. 1 ss.

<sup>494</sup> A parte l’ipotesi di concordato in continuità, nel qual caso si tratterebbe di una disposizione inefficace. V. sul punto BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239.

<sup>495</sup> Sul punto, v. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 1996, p. 419 ss.

In secondo luogo, si deve coordinare la disciplina prevista per i rapporti pendenti con il compromesso.

Anche a tal proposito pare che le opzioni siano due: l'applicazione al compromesso della generale disciplina prevista per i contratti pendenti, oppure l'estensione di quella prevista per la clausola compromissoria.

Lo stesso vale per la convenzione arbitrale in materia non contrattuale.

In un'ottica di sistema, sembrerebbe coerente individuare, anche nell'ambito del concordato preventivo, una disciplina univoca per le diverse fattispecie di concezione arbitrale; ciò indurrebbe ad applicare, in ogni caso, la regola emergente dall'art. 169-*bis* declinata, nei termini che si sono visti, nel senso della persistente vincolatività della convenzione arbitrale.

Sulla base della conclusione opposta, che determina la riconduzione alla disciplina generale del compromesso e della convenzione arbitrale in materia non contrattuale, si consentirebbe una indiscriminata facoltà di chiedere l'autorizzazione allo scioglimento da parte del debitore. Ne emergerebbe, dunque, una differenza di disciplina rispetto alla clausola compromissoria non giustificabile in ragione dell'unitarietà della fattispecie contrattuale della convenzione arbitrale<sup>496</sup>.

### **19. La particolarità degli effetti del concordato con cessione dei beni.**

Una menzione a parte meritano gli effetti che la procedura concordataria è idonea a determinare sulla convenzione arbitrale in ipotesi di cessione dei beni.

Come si è detto, infatti, rispetto a tale tipologia di concordato il liquidatore giudiziale si presenta come litisconsorte necessario nelle liti idonee ad incidere sul patrimonio da liquidare<sup>497</sup>.

---

<sup>496</sup> In particolare si è messo in rilievo come «l'utilità della permanenza della clausola compromissoria» venga in rilievo, in particolare, rispetto «alle controversie che dovessero sorgere per effetto dello scioglimento o della sospensione, prima fra tutte quelle relative alla determinazione dell'indennizzo dovuto per legge al contraente *in bonis*»: v. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, cit., p. 1 ss.; questione che riguarda indistintamente tutte le ipotesi di convenzione arbitrale e non la sola clausola compromissoria.

<sup>497</sup> V. *retro*, cap. III, par. 19.

Il ruolo processuale del liquidatore è difficile da configurare; come si è visto, si tratta di una legittimazione che si cumula e non si sostituisce a quella del debitore.

Una difficoltà analoga riguarda anche la configurazione sostanziale del ruolo del liquidatore; quest'ultimo, infatti, non si sostituisce al debitore sotto il profilo sostanziale, con la conseguenza di dover pervenire ad una diversa ricostruzione della posizione che il medesimo viene ad assumere rispetto alla convenzione arbitrale.

In particolare, poiché non c'è una successione nel rapporto controverso, non sembrerebbe potersi applicare in questo ambito il principio in base al quale la convenzione arbitrale segue il rapporto a cui si riferisce: qui infatti non c'è alcun trasferimento<sup>498</sup>.

Di conseguenza, in tal caso verrebbe meno la normale vincolatività della convenzione a fronte dell'apertura del concordato. Anzi, quanto meno nelle ipotesi in cui si determina il litisconsorzio necessario con il liquidatore, dovrebbero applicarsi le regole previste nella generale disciplina arbitrale per tale situazione; di conseguenza, sarebbe necessaria l'adesione alla convenzione da parte del liquidatore stesso<sup>499</sup>.

## **20. Alcune conclusioni.**

Sulla base di quanto si è detto in questo capitolo, pare che si possano trarre alcune conclusioni rispetto ai rapporti tra convenzione rapporto arbitrale e fallimento.

Innanzitutto, devono ritenersi superati gli orientamenti volti ad individuare limitazioni sulla base di una presunta incompatibilità dell'istituto arbitrale come pure dell'arbitrabilità; si tratta di concetti, che, come si è visto, non vengono influenzati dal fallimento.

---

<sup>498</sup> Si rileva infatti come sia «molto difficile attribuire una successione sostanziale nella convenzione di arbitrato stipulata prima del concordato»: v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239.

<sup>499</sup> I problemi relativi alla necessità di adesione all'arbitrato del litisconsorte estraneo all'accordo compromissorio e di costituzione del collegio arbitrale sono messi in rilievo da BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss.

Una volta escluso che la convenzione arbitrale possa ritenersi automaticamente caducata, inefficace o inopponibile, la sua disciplina deve essere invece rinvenuta nella legge fallimentare, e, in particolare, nell'art. 83-*bis*, alla luce di un coordinamento con i principi generali.

In tal senso, pare potersi dire che in ambito fallimentare la convenzione arbitrale segua le sorti del diritto controverso a cui si riferisce; di conseguenza, laddove il diritto sia trasferito al fallimento, pure la convenzione arbitrale sarà ad esso opponibile. Al contrario, laddove vi sia scioglimento del rapporto sostanziale, la convenzione arbitrale sarà inopponibile, e l'eventuale domanda arbitrale proposta sulla base della stessa incorrerà nell'inammissibilità.

L'opponibilità della convenzione arbitrale al fallimento, tuttavia, non determina per ciò stesso anche l'ammissibilità della domanda che sulla stessa si fonda. Quest'ultima sarà inammissibile laddove faccia valere un diritto contro il fallito che deve essere accertato secondo il procedimento di accertamento del passivo; salva l'ipotesi in cui una tale domanda sia proposta a fini extra concorsuali, nel qual caso non dovrebbe ritenersi del tutto esclusa la possibilità di deferire la controversia ad arbitri.

Rispetto al concordato preventivo, invece, sembra poter concludere che il principio applicabile sia quello di normale prosecuzione della convenzione arbitrale a prescindere dalla sorte del contratto-base. Resta il dubbio circa l'autonoma possibilità di svincolarsi dalla convenzione, in ragione della sua natura contrattuale e della generale disciplina prevista per i rapporti pendenti.

Ad ogni modo, laddove sia affermata la vincolatività della clausola anche a seguito dell'apertura della procedura, deve escludersi che possano esservi ulteriori delimitazioni quanto a competenza e domande proponibili; infatti, la disciplina del concordato preventivo non impone procedimenti di accertamento del passivo inderogabili. Di conseguenza, laddove la domanda rientri nell'ambito oggettivo coperto dalla convenzione arbitrale, dovrà essere proposta in tale forma, senza che possano rilevare diversi motivi di esclusione del procedimento arbitrale.

## CAPITOLO V

### L'APERTURA DEL CONCORSO AD ARBITRATO PENDENTE

SOMMARIO: 1. L'introduzione di una norma sul processo arbitrale pendente. – 2. L'ambito applicativo della norma: la pendenza dell'arbitrato e del rapporto sostanziale. – 3. (segue): e le ipotesi apparentemente non disciplinate. – 4. La natura della lite. – 5. La regola individuata dall'art. 83-*bis*. – 6. Le conseguenze dell'improcedibilità. – 7. Le regole per l'arbitrato che prosegue. – 8. (segue): l'opponibilità del lodo alla massa. – 9. (segue): e al fallito. – 10. Precisioni sull'arbitrato irrituale pendente. – 11. Effetti del concordato preventivo sull'arbitrato pendente. – 12. (segue): profili soggettivi. – 13. Effetti dell'apertura di una procedura di diritto inglese nelle domande "attive". – 14. (segue): e nelle azioni proposte contro il debitore.

#### **1. L'introduzione di una norma sul processo arbitrale pendente.**

Gli effetti dell'apertura del fallimento sul processo arbitrale pendente sono attualmente disciplinati dall'art. 83-*bis* l.fall.; si tratta proprio dell'(unico) aspetto sul quale il legislatore è intervenuto a dettare una previsione espressa.

Ai sensi della norma, come si è già avuto modo di anticipare, se si scioglie il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito.

In passato, in assenza di una disciplina normativa, la pendenza del procedimento arbitrale era talvolta ritenuta determinante per le sorti dell'arbitrato.

Sulla base di tale prospettiva, infatti, si riteneva che la dichiarazione di fallimento risultasse indifferente laddove il procedimento arbitrale fosse già pendente. Si perveniva dunque a delineare una dicotomia nelle sorti dell'arbitrato; mentre il fallimento avrebbe determinato un effetto caducatorio sulla convenzione arbitrale, diversamente l'arbitrato già instaurato al momento

dell'apertura del fallimento sarebbe stato procedibile. Elemento scriminante si configurava dunque la pendenza del giudizio<sup>500</sup>.

Tale conclusione si fondava sulla regola discendente dall'art. 5 c.p.c.; infatti, una volta iniziato l'arbitrato, e fissata in tal modo la competenza, eventuali mutamenti sopravvenuti si sarebbero configurati come irrilevanti.

Allo stesso modo poteva valorizzarsi lo stato di attuazione della convenzione; in tal senso, qualificando come contratto eseguito la convenzione arbitrale laddove fosse già stato introdotto il giudizio, si sarebbe esclusa l'applicazione della disciplina sui rapporti pendenti<sup>501</sup>.

Tale teoria, già criticata<sup>502</sup>, è stata definitivamente superata dall'art. 83-*bis*. La norma, infatti, prevedendo che il procedimento arbitrale non possa essere proseguito laddove si sciogla il contratto base, abbandona espressamente la teoria dicotomica; le conseguenze della dichiarazione di fallimento prescindono dalla pendenza dell'arbitrato<sup>503</sup>. Al contrario, le sorti del processo arbitrale pendente sono collegate a quelle del rapporto sostanziale; ciò che rileva ai fini della procedibilità dell'arbitrato è la prosecuzione del rapporto a cui si riferisce<sup>504</sup>.

La pendenza del giudizio arbitrale – oggi pacificamente ricondotta alla proposizione della domanda<sup>505</sup> – viene, dunque, a rappresentare una circostanza meramente occasionale; emerge al

---

<sup>500</sup> Salvo poi verificare quando l'arbitrato potesse di fatto dirsi pendente, ciò che veniva collegato alla nomina degli arbitri anziché alla proposizione della domanda di arbitrato. In tal senso, v. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 19 ss., ove si rileva come, in base all'art. 5 c.p.c., l'arbitrato sarebbe stato opponibile al fallimento se al momento della dichiarazione di fallimento vi fosse già stata la nomina del collegio arbitrale. Sul punto, v. anche VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 73.

<sup>501</sup> Infatti, non potrebbe affermarsi «che il patto compromissorio a cui abbia fatto seguito il perfezionamento del rapporto tra le parti e gli arbitri, sia un contratto attuato e come tale intangibile da parte dell'amministrazione fallimentare», infatti, da un lato, in tale ipotesi «la ragione della sopravvivenza del giudizio arbitrale a fronte dell'amministrazione fallimentare non starebbe tanto nella pendenza del giudizio arbitrale in sé, che si ha con la notificazione della domanda, quanto piuttosto nel perfezionamento della sequenza nomina-accettazione nell'ambito della dinamica tra le parti e gli arbitri»; dall'altro, una eventuale attuazione della convenzione «dovrebbe semplicemente rinviare alla realizzazione dello scopo della convenzione stessa, meta che si raggiunge, non certo con la nomina degli arbitri, quanto piuttosto con la pronuncia del lodo»: v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.

<sup>502</sup> Sul punto, v. BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, cit., p. 415; ID., *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 25.

<sup>503</sup> In tal senso, si deve escludere che l'art. 83-*bis* «possa fondare, in ipotesi, un'eventuale scelta del legislatore in favore della c.d. teoria dicotomica»: BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.; ID., *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, in *Fall.*, 2016, p. 854 ss.

<sup>504</sup> In tal senso, v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.

<sup>505</sup> La pendenza, infatti, viene ricondotta alla notificazione della domanda di arbitrato. Mentre in passato si riteneva che l'atto di impulso di parte costituisse una «mera sollecitazione del procedimento di costituzione

contrario una disciplina unitaria degli effetti che il fallimento determina sul procedimento in corso e sulla convenzione arbitrale, collegata alla continuazione del rapporto<sup>506</sup>.

Se la norma delinea in termini chiari la conseguenza da ricollegare allo scioglimento del contratto-base, in termini di improcedibilità<sup>507</sup>, tuttavia risulta necessario, da un lato, delimitare il suo ambito applicativo e, dall'altro, individuare le conseguenze di ordine processuale che derivano da tale sanzione.

## **2. L'ambito applicativo della norma: la pendenza dell'arbitrato e del rapporto sostanziale.**

L'art. 83-*bis* sancisce l'improcedibilità dell'arbitrato pendente in caso di scioglimento del contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria. Come si è anticipato, nonostante la norma si riferisca alla pendenza dell'arbitrato, pare in realtà che l'effettivo presupposto applicativo della sia piuttosto la pendenza del rapporto sostanziale a cui l'arbitrato si riferisce; deve trattarsi, cioè, di un contratto in corso di esecuzione.

---

dell'organo arbitrale», oggi la dottrina è «unanime nel riconoscere che il processo inizi con il primo atto di impulso della parte notificato all'altra, contenente la domanda»: sul punto, v. MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 651; cfr. ID., *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, p. 10 ss.; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 901 ss.; VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 21 ss.; TOMMASEO, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2001, p. 169 ss. Sul punto, v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 498; FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 65.

<sup>506</sup> In tal senso, «il problema della sopravvivenza della via arbitrale scelta dall'imprenditore poi fallito è unico e la sua soluzione prescinde dal trovarsi l'amministrazione fallimentare di fronte ad un giudizio arbitrale già pendente o solo ad una convenzione di arbitrato ancora da attivare. Insomma, non si danno ipotesi in cui potrebbe proseguire il giudizio arbitrale là dove, se non fosse già pendente detto giudizio, cadrebbe, invece, il patto compromissorio»: BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss., escludendo la possibilità di sottrarsi alla scelta arbitrale laddove non venga meno il rapporto sostanziale.

<sup>507</sup> Si mette in rilievo come la norma sancisca un automatismo che può andare a detrimento dello stesso curatore; infatti, a fronte dello scioglimento del contratto sostanziale, il curatore perde il vantaggio di poter approfittare del giudizio arbitrale eventualmente in corso. Questa l'ottica con cui analizza la norma VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 277, per il quale la scelta dello scioglimento del contratto «viene sanzionata con l'improcedibilità che si sostanzia per il fallimento nell'impossibilità di giovare dell'esito positivo di quel giudizio», con conseguente rinuncia «ai vantaggi» determinati dal «giudizio arbitrale». Per l'autore, «è vero che le ragioni creditorie non andranno perdute perché potrà essere comunque promosso un giudizio davanti l'autorità giudiziaria ordinaria ma è del pari vero che ciò comporta per il fallimento una perdita di tempo ed una perdita di denaro», da un lato per la necessità di riproporre *ex novo* il giudizio e, dall'altro, per la maggiore durata del giudizio ordinario.

Il principio del quale la norma è espressione, infatti, è quello per il quale l'improcedibilità è collegata al venir meno dell'oggetto del giudizio<sup>508</sup>.

Su tali basi, infatti, la conclusione che si è tratta è quella dell'applicabilità della norma anche in ipotesi di convenzione arbitrale già sottoscritta al momento della dichiarazione di fallimento ma senza che il giudizio arbitrale sia già stato instaurato.

Allo stesso modo, tale ricostruzione sembra consentire di escludere dall'ambito di applicazione della norma l'arbitrato pendente rispetto ad un contratto-base già eseguito; le disposizioni di cui agli artt. 72 ss., infatti, si riferiscono alla disciplina dei contratti non interamente attuati da entrambe le parti al momento della dichiarazione di fallimento.

In presenza di un contratto già pervenuto alla sua esecuzione, infatti, è esclusa a monte la possibilità di scioglimento alla quale la norma fa conseguire l'improcedibilità.

La conseguenza che sembra potersi trarre è che, in presenza di rapporti compiutamente eseguiti, l'arbitrato eventualmente pendente debba necessariamente proseguire.

Tale precisazione sembrerebbe, in realtà, consentire un'ulteriore considerazione. Nonostante un ulteriore presupposto applicativo della norma sia, altrettanto apparentemente, la pendenza di un arbitrato derivante da una clausola compromissoria, tale circostanza non si configura, in realtà, altrettanto indispensabile. Sulla base di quanto si è esposto, infatti, pare che la disciplina derivante dalla norma debba estendersi al giudizio arbitrale a prescindere dalla tipologia di convenzione – compromesso o clausola compromissoria – sottoscritta dalle parti<sup>509</sup>.

### **3. (segue): e le ipotesi apparentemente non disciplinate.**

La norma, infatti, non tratta dell'arbitrato pendente a fronte di compromesso e convenzione arbitrale in materia non contrattuale.

---

<sup>508</sup> V. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., p. 282; CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 2016, p. 227 ss.

<sup>509</sup> Con riferimento ai contratti già eseguiti, infatti, dovrebbe affermarsi l'inapplicabilità della norma, con la conseguente «impossibilità, per il curatore, di decidere se sciogliersi o subentrare nel contratto»: NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2012, p. 756 ss.

Tuttavia, sulla base di una ricostruzione di sistema pare potersi pervenire all'individuazione di una disciplina complessiva per i rapporti arbitrali pendenti al momento del fallimento.

D'altra parte, una volta che l'arbitrato sia pendente, poco rileva che la sua fonte debba rinvenirsi in una clausola compromissoria o in un compromesso. Si dovrà considerare, invece, l'oggetto del giudizio; laddove quest'ultimo venga meno, il giudizio diventa improcedibile.

In tal senso, appare significativa la circostanza che il legislatore abbia collegato l'improcedibilità dell'arbitrato pendente allo scioglimento del contratto sostanziale cui accede la clausola compromissoria, anziché di quest'ultima.

In effetti, una volta che l'arbitrato sia pendente, le vicende che attengono alla convenzione arbitrale non sono idonee a ripercuotersi direttamente sulla sorte processuale del giudizio, salva la volontà delle parti di svincolarsi dall'arbitrato estinguendo il giudizio.

Al contrario, concentrandosi sullo scioglimento del contratto-base, il legislatore ha preso in considerazione l'ipotesi in cui a venire meno sia l'oggetto sostanziale del processo pendente: lo scioglimento del contratto determina la mancanza dell'oggetto del giudizio.

A partire da tali considerazioni, sembra dunque di poter estendere la disciplina prevista dall'art. 83-*bis* anche all'ipotesi di arbitrato derivante da compromesso<sup>510</sup>.

Rispetto a quest'ultimo non vi è un parallelismo analogo a quello esistente tra contratto-base e clausola compromissoria; tramite il compromesso, infatti, si devolve agli arbitri una controversia già insorta, e non le eventuali future controversie che dal contratto possano emergere.

Tuttavia, laddove la controversia si riferisca a propria volta ad un rapporto pendente, sembra che, se quest'ultimo viene a mancare, si verifichi, negli stessi termini, l'improcedibilità del giudizio; ciò in quanto, pure in tal caso, viene meno l'oggetto di causa<sup>511</sup>.

---

<sup>510</sup> Nel senso che sarebbe «assurdo» individuare sulla base dell'art. 83-*bis* «una qualche differenza a seconda della forma che abbia assunto in concreto la convenzione di arbitrato», v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.

<sup>511</sup> Per «l'assoluta irrilevanza della forma che abbia assunto la convenzione di arbitrato» nonostante la norma tratti della sola clausola compromissoria, in quanto laddove il giudizio perda il suo oggetto si ritiene che «la stessa sorte spetti al giudizio arbitrale fondato su un compromesso», v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss. Nel medesimo senso, si esclude che il «silenzio legislativo» sul patto compromissorio possa «condurre ad una irrazionale ed irragionevole disparità di trattamento fra due procedimenti arbitrali che

Sulla base del medesimo principio, poi, sembra potersi risolvere altresì l'ipotesi di arbitrato pendente in relazione ad una convenzione arbitrale in materia non contrattuale, rispetto al quale la regola dell'improcedibilità non può nemmeno in astratto collegarsi allo scioglimento del contratto, che, per definizione manca<sup>512</sup>.

Nonostante la legge nulla preveda per il compromesso e la convenzione arbitrale in materia non contrattuale, dunque, si ritiene che le conseguenze implicate dall'art. 83-*bis* siano ugualmente applicabili. In tal senso, la norma sembra porre la regola processuale per la quale, a seguito del fallimento, l'arbitrato pendente diventa improcedibile laddove venga meno l'oggetto del giudizio<sup>513</sup>.

Per la stessa ragione, sembrerebbe altresì doversi escludere l'improcedibilità laddove l'arbitrato abbia ad oggetto soltanto indirettamente il rapporto contrattuale che, eventualmente, pervenga al proprio scioglimento.

In particolare, a venire in rilievo sono i giudizi arbitrali che riguardano pretese restitutorie derivanti dal rapporto o, comunque, controversie relative ad un segmento di rapporto già eseguito. In tal caso, infatti, potrebbe ipotizzarsi che, nonostante lo scioglimento del contratto sostanziale di base, poiché l'oggetto della controversia permane, l'arbitrato dovrebbe poter proseguire<sup>514</sup>.

---

sono assolutamente identici; il fatto che l'accordo di rivolgersi ad arbitri si atteggi in forme diverse è un fatto estraneo ed antecedente al giudizio arbitrale», con la conseguenza che «diventa improcedibile anche l'arbitrato originato da un compromesso per una lite relativa ad un contratto dal quale il fallimento si è sciolto»; così VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., pp. 279-280.

<sup>512</sup> Eventualità che «il legislatore ha proprio ignorato», e rispetto alla quale «mancando un contratto di riferimento, non è possibile adottare il criterio del subentro nel contratto»: così APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss.

<sup>513</sup> Si mette infatti in rilievo come, «leggendo la norma *a contrario* emerge che l'arbitrato prosegue se il curatore non si scioglie dal contratto e così se ne può ricavare un principio generale che è quello che l'arbitrato è insensibile al fallimento di una delle parti: un procedimento arbitrale, che nasce da una clausola compromissoria contenuta in un contratto che si è concluso ed ha esaurito i suoi effetti ovvero da un compromesso, o più in generale da una convenzione arbitrale (anche *ex art. 808-bis*), prosegue dopo la dichiarazione di fallimento di una delle parti ed addirittura non si interrompe, a differenza di quanto accade per un processo ordinario»: v. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., p. 282.

<sup>514</sup> Sulla «conseguenza irragionevole» della teoria che prospetta «la necessità di far valere eventuali effetti giuridici residuali (pretese restitutorie del fallimento) di fronte al giudice statale e non di fronte all'arbitro», v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 854 ss.

#### **4. La natura della lite.**

Una delimitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 83-*bis* deriva poi dalla natura della lite pendente.

In tal senso, la norma deve ritenersi implicitamente circoscritta alle liti attive<sup>515</sup>. Infatti, laddove il procedimento arbitrale pendente tragga la sua origine da una domanda fatta valere contro il fallito, ne conseguirebbe l'improcedibilità a monte in ragione del principio di esclusività dell'accertamento del passivo<sup>516</sup>.

In tal senso, l'improcedibilità discendente dall'art. 83-*bis* deve coordinarsi con quella che, analogamente, deriva ai giudizi di accertamento di crediti contro il fallito ai sensi degli artt. 93 ss.

La sanzione processuale che dipende da detto procedimento è direttamente collegata alla domanda proposta, mentre è irrilevante la sorte del rapporto sostanziale pendente; a prescindere, dunque, dalla prosecuzione del contratto-base, l'arbitrato non può proseguire in ragione della necessità di proporre le domande che incidono sul patrimonio del debitore nelle forme dell'insinuazione al passivo.

L'art. 83-*bis* ha quindi una concreta rilevanza soltanto per le liti attive, dal momento che quelle passive sono in ogni caso improcedibili in ragione degli artt. 93 ss. l.fall.

#### **5. La regola individuata dall'art. 83-*bis*.**

L'art. 83-*bis*, inoltre, sancisce una regola chiara soltanto in negativo; la norma prevede che allo scioglimento del contratto-base consegua l'improcedibilità dell'arbitrato<sup>517</sup>.

---

<sup>515</sup> In tal senso, «l'improcedibilità sancita dall'art. 83-*bis*, con riferimento alle liti passive, nulla aggiunge alle regole generali già previste dalla legge fallimentare; la sua portata innovativa si esplica unicamente in relazione alle liti attive che non possono essere coltivate attraverso la prosecuzione del giudizio arbitrale», v. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., pp. 277.

<sup>516</sup> In presenza dell'accertamento di un credito verso il fallito, infatti, «il giudizio arbitrale si arresterà definitivamente»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss. In tal senso, l'improcedibilità opera «qualora il giudizio pendente alla data del fallimento abbia ad oggetto l'accertamento di un credito verso il debitore insolvente»: TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Fall.*, 2005, p. 623 ss. Se la pretesa incide direttamente sul passivo, infatti, l'improcedibilità discende dalle norme di cui al capo V; cfr. NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2012, p. 756 ss.

<sup>517</sup> Anzi, nel senso che la norma disciplina «solo in negativo la caduta del giudizio», mentre «non esprime nulla in positivo» BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.

In ragione di tale disposizione, come si è già detto rispetto alla convenzione arbitrale, secondo una prospettiva l'art. 83-*bis* avrebbe introdotto, in ambito fallimentare, un principio di accessorietà della clausola compromissoria rispetto al contratto cui accede, in deroga al generale principio di autonomia<sup>518</sup>. Tale principio, di stretta applicazione in quanto contrastante con la generale autonomia della clausola prevista all'art. 808, comma 2, c.p.c., dovrebbe applicarsi restrittivamente e, dunque, valere per la sola ipotesi negativa espressamente considerata dalla norma<sup>519</sup>.

Tuttavia, non pare che tale ricostruzione sia condivisibile. Anzi, pare che dall'art. 83-*bis* possa ricavarsi, *a contrario*, anche una disposizione in positivo<sup>520</sup>.

Infatti, pure laddove si verta in ipotesi di arbitrato pendente, sembra che l'art. 83-*bis* esprima il principio per il quale l'improcedibilità dell'arbitrato deve collegarsi al venir meno del suo oggetto<sup>521</sup>.

Se tale è il portato della norma, allora pare che, laddove il contratto-base prosegua, dovrebbe proseguire anche l'arbitrato pendente<sup>522</sup>; di conseguenza, dovrebbe escludersi che il curatore, al quale spetta la prosecuzione del giudizio arbitrale sulla base delle regole in tema di legittimazione processuale, possa svincolarsi unilateralmente dal giudizio.

---

<sup>518</sup> Nel senso che anche in caso di arbitrato pendente dovrebbe trarsi un principio di accessorietà dall'art. 83-*bis*, v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 854 ss.

<sup>519</sup> In tal senso, l'art. 83-*bis* fornirebbe solo un'indicazione in negativo: BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 854 ss.; si afferma che la norma «nulla dice in positivo, limitandosi essa solo, in negativo, ad affermare che il giudizio arbitrale pendente non può proseguire ove il contratto sostanziale a cui accedeva il patto compromissorio venga sciolto»: ID., *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.

<sup>520</sup> Infatti, «leggendo la norma *a contrario* emerge che l'arbitrato prosegue se il curatore non si scioglie dal contratto e così se ne può ricavare un principio generale che è quello che l'arbitrato è insensibile al fallimento di una delle parti»: v. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., p. 282.

<sup>521</sup> In effetti, si riconosce altresì che la norma affermi «qualcosa di ovvio: un processo dichiarativo pendente di fronte ai giudici privati non può che chiudersi ove, per così dire, perda il suo oggetto sostanziale»: v. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 854 ss.

<sup>522</sup> Interpretando l'art. 83-*bis* «*a contrario*», «qualora il curatore decida di subentrare nel contratto contenente la clausola compromissoria, il relativo procedimento - già pendente - può senz'altro proseguire»: NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2012, p. 756 ss.

## 6. Le conseguenze dell'improcedibilità.

Quanto alla conseguenza processuale dettata dall'art. 83-*bis*, ci si è chiesti se l'improcedibilità determini propriamente l'estinzione del giudizio oppure, al contrario, una mera sospensione o quiescenza. Non sembra però che possano esservi seri dubbi nel ritenere che a verificarsi sia la vera e propria estinzione del giudizio<sup>523</sup>.

D'altra parte, mentre la sospensione del procedimento arbitrale tende a consentire la regolarizzazione del giudizio in vista della sua prosecuzione<sup>524</sup>, al contrario, a fronte del venir meno del rapporto sostanziale che costituisce l'oggetto del giudizio, quest'ultimo non potrebbe in alcun modo proseguire.

L'improcedibilità non incide sull'attività svolta fino al momento della declaratoria fallimentare, quantomeno laddove si sia tradotta nell'emanazione di un lodo parziale<sup>525</sup>; esso, infatti, potrà passare in giudicato con riferimento alle questioni decise, qualificandosi ad ogni effetto come lodo definitivo rispetto all'oggetto della decisione effettivamente intercorsa<sup>526</sup>.

Maggiori problemi possono invece riguardare gli effetti e la stabilità dell'eventuale lodo non definitivo, che potrebbe essere impugnato soltanto insieme al lodo finale del quale, tuttavia,

---

<sup>523</sup> In tal senso, la conseguenza da individuare sarebbe «quella della estinzione del giudizio arbitrale; questo è stato legittimamente promosso ma è intervenuto un evento che impedisce la sua naturale conclusione»; conclusione a sostegno della quale si porrebbe l'argomento dell'opponibilità al fallito tornato *in bonis*, la mancanza di «fasi di quiescenza al di fuori di quelle stabilite dal codice di rito» e «l'irrazionalità di tener aperto (seppur in una fase *dormiente*) l'arbitrato con gli arbitri che dovrebbero mantenere per un tempo indefinito (e comunque lungo) la loro carica»: v. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., pp. 279-280.

<sup>524</sup> Si mette infatti in rilievo come «non si vuole impedire la prosecuzione del processo, bensì se ne vuole consentire regolarizzazione con le norme sulla capacità processuale, *id est*, si vuole il subentro del curatore al debitore fallito»: TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss.

<sup>525</sup> Infatti, l'estinzione del giudizio arbitrale «non travolge l'attività compiuta fino alla dichiarazione di fallimento, in particolare sopravvive l'eventuale lodo non definitivo o parziale reso *ante* fallimento»; «il lodo che ha deciso una o più (ma non tutte le) domande può essere passato in giudicato alla data di dichiarazione del fallimento e di conseguenza il suo contenuto condannatorio sarà opponibile al fallimento, se invece è ancora impugnabile ovvero è in corso il giudizio di impugnazione la pretesa reale o personale del terzo sarà ammessa con riserva *ex art. 96, co. 3 n. 3, legge fallim.*»: v. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., pp. 279-280.

<sup>526</sup> Rispetto al lodo manca una disciplina e, dunque, «resta all'interprete trovare una soluzione e quella preferibile sembrerebbe essere che l'onere dell'impugnazione scatta una volta che l'arbitrato si sia comunque concluso»: v. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., p. 279. Sul tema v. PUNZI, *op. cit.*, II, p. 504.

l'improcedibilità preclude l'emanazione. Sembra di conseguenza che l'improcedibilità determini la perdita di effetti del medesimo lodo non definitivo<sup>527</sup>.

## 7. Le regole per l'arbitrato che prosegue.

Nel caso in cui invece l'arbitrato prosegua è necessario un ulteriore coordinamento con le regole processuali.

Innanzitutto, anche in tal caso resta ferma l'attività svolta fino al momento di dichiarazione di fallimento<sup>528</sup>.

Laddove poi l'apertura della procedura fallimentare si verifichi mentre l'arbitrato pendente a seguito della proposizione della domanda si trovi ancora nella fase introduttiva, possono verificarsi questioni legate alla costituzione del collegio arbitrale. In tal caso, infatti, laddove i membri del collegio non siano ancora stati nominati, la scelta dell'arbitro eventualmente spettante al fallito si trova ad incombere sul curatore<sup>529</sup>.

---

<sup>527</sup> Analogamente, si escludeva che un lodo di condanna generica passato in giudicato formale al momento del fallimento potesse avere effetti per il procedimento di accertamento del passivo; sul punto, v. l'opinione contraria di CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 110, per il quale «quando si è in presenza di un lodo di condanna generica già passato in giudicato al momento dell'intervenuto fallimento [...] il giudice delegato in sede di verifica del passivo non può procedere *ex novo* ad un ulteriore accertamento dell'esistenza del credito, considerandolo *tamquam non esset*, ma è tenuto - alla luce, da un lato, della riflessione dottrinale sulla natura della condanna generica e, dall'altro, dei principi ricavabili anche dall'art. 95, comma III, legge fall. - ad ammettere al passivo il credito accertato esistente, limitandosi semplicemente a quantificarlo».

<sup>528</sup> In tal senso, si esclude che vi siano limitazioni all'efficacia degli atti compiuti dal fallito nel giudizio arbitrale nei confronti dell'amministrazione fallimentare, «subentrando il curatore nella posizione processuale che aveva il fallito prima della dichiarazione di fallimento», con la conseguenza che «in linea di principio, varrà la scelta della sede dell'arbitrato già concordata dalla parti e resteranno efficaci gli atti istruttori già compiuti»; quanto alla confessione resa dall'imprenditore poi fallito, alla tesi dell'opponibilità in quanto prova legale si contrappone il principio del libero convincimento. Così BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.

<sup>529</sup> In tal senso, se la scelta degli arbitri, non ancora nominati, spettava alle parti «per l'amministrazione fallimentare sta al giudice delegato effettuare la nomina su proposta del curatore»; al contrario, se «gli arbitri erano già stati nominati, il curatore non può sciogliersi dal contratto di mandato ormai perfezionatosi»; infatti, in quanto il rapporto parti-arbitri «è sostanzialmente avvicicabile al contratto di mandato», il curatore non potrebbe sciogliersi unilateralmente. Così v. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss. Merita sottolineare che, secondo una particolare interpretazione, l'art. 83-bis e l'improcedibilità del giudizio arbitrale potrebbe riguardare la sola ipotesi in cui sia già pendente il processo arbitrale ma gli arbitri non siano ancora stati nominati, poiché, in caso contrario, l'arbitrato dovrebbe comunque proseguire. In questo senso v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss., per il quale «partendo dall'idea che l'arbitro non agisce nell'interesse dell'una o dell'altra parte, ma come soggetto chiamato a dirimere con poteri decisori un loro conflitto, onde si tratterebbe di prestazione di un'opera intellettuale nei cui confronti non trovava, né trova, applicazione l'art. 78» si dovrebbe «pervenire alla conclusione che, per il giudizio

Vi è comunque la necessità di un coordinamento con le regole processuali in tema di capacità del fallito.

Come si è detto, infatti, il fallimento priva il debitore della legittimazione, della quale viene investito il curatore. Di conseguenza, si rende necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti di quest'ultimo.

I riflessi che determina sul giudizio arbitrale la perdita di capacità del fallito è priva di regolazione legislativa.

In tal senso, secondo una prospettiva dovrebbe trovare applicazione la disciplina prevista per la perdita di capacità nel processo e, dunque, gli artt. 299 e 300 c.p.c. che ne prevedono l'interruzione. Alla medesima conclusione si perviene laddove si ritenga di dover applicare all'arbitrato l'art. 43 l.fall., quale disciplina speciale in ambito fallimentare e prevalente rispetto alle stesse previsioni arbitrali; anche in tal caso, dal fallimento discenderebbe l'interruzione automatica del processo arbitrale<sup>530</sup>.

Sulla base di una prospettiva contraria, tuttavia, l'interruzione dovrebbe escludersi in quanto sanzione del tutto estranea all'istituto arbitrale.

Da un lato, dunque, non potrebbe trovare applicazione la generale disciplina processuale di cui agli artt. 299 ss.; dall'altro non potrebbe trovare applicazione nemmeno l'art. 43 l.fall. in quanto norma espressamente dedicata al solo processo ordinario<sup>531</sup>.

---

arbitrale il cui stadio si trova in un momento successivo alla costituzione del collegio arbitrale [...] al curatore, essendo precluso lo scioglimento dal contratto di arbitrato, non sarà possibile far caducare il procedimento arbitrale»; ciò conduce a ritenere che la regola emergente dall'art. 83-bis dovrebbe essere circoscritta «alla sola residuale ipotesi di un procedimento arbitrale instaurato con la notifica della nomina di arbitro, ma senza che si sia formato il contratto di arbitrato, non essendo ancora avvenuta l'accettazione degli arbitri». A seguito dell'accettazione, infatti «sorge il rapporto processuale trilatero (a seguito di un mandato collettivo *in rem propriam*) e non sarà più possibile una paralisi del rapporto per una mera iniziativa di una parte», «inizia a decorrere il termine per la decisione» e sorgono «gli obblighi, i diritti e le responsabilità per gli arbitri».

<sup>530</sup> Ritenere che l'art. 43 sia applicabile al fallimento, oltre a non «concedersi che sia proprio pacifico», dovrebbe comunque essere oggetto di una lettura «costituzionalmente orientata» che «scongiuri gli effetti aberranti di una interruzione *ipso iure* (che in certi casi potrebbe pregiudicare gli stessi diritti difensivi del curatore»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss.

<sup>531</sup> Sul punto, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 2 ss.; VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., pp. 282; cfr. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss.

A venire in rilievo, dunque, sarebbe una diversa conseguenza e, in particolare, la sospensione di cui all'art. 816-*sexies* c.p.c.<sup>532</sup>

In tal senso, prima della riforma del 2006, all'interno delle previsioni codicistiche si trovava una scarsa disciplina processuale in relazione alle vicende soggettive in ambito arbitrale; in particolare, si considerava soltanto la morte della parte, alla quale la legge collegava esclusivamente una proroga del termine per pronunciare il lodo<sup>533</sup>.

Con l'introduzione dell'art. 816-*sexies*, invece, si prevede oggi una disciplina più completa, che prende specificamente in esame anche la perdita di capacità. Ai sensi della norma, infatti, se la parte viene meno per morte o altra causa, oppure perde la capacità legale, gli arbitri devono assumere le misure idonee a garantire il contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio e possono sospendere il procedimento. Si prevede inoltre che possano rinunciare all'incarico se le parti non ottemperano alle disposizioni adottate.

Seppure la norma processuale non si riferisca espressamente al fallimento, tuttavia si attaglia perfettamente alla situazione che consegue alla relativa declaratoria; dall'apertura della procedura, infatti, deriva la perdita di capacità del fallito<sup>534</sup>.

Diversamente da quanto si verifica nell'ambito del processo ordinario, del quale si prevede l'interruzione a fronte del venir meno della legittimazione processuale, nell'arbitrato la specifica individuazione della conseguenza che ne debba discendere è attribuita alla discrezionalità degli arbitri: essi devono adottare le misure ritenute idonee a garantire il contraddittorio.

Di conseguenza, dalla perdita di capacità non deriva automaticamente nemmeno la sospensione del giudizio; spetta infatti agli arbitri decidere se il contraddittorio possa essere

---

<sup>532</sup> Nel senso che «trovi applicazione unicamente l'art. 816 *sexies* c.p.c.», v. NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 756 ss.

<sup>533</sup> Così la vecchia versione dell'art. 820, comma 3, c.p.c.; sul punto, v. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss.

<sup>534</sup> Infatti, l'art. 816-*sexies* prevede una «accezione generica in grado di ricomprendere anche il caso *de quo*»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 2 ss.

garantito soltanto sospendendo il processo, oppure predisponendo diverse misure per consentire la prosecuzione<sup>535</sup>.

Potrà dunque accadere che vi sia una costituzione spontanea nel processo arbitrale da parte del nuovo soggetto legittimato, ossia il curatore<sup>536</sup>. In caso contrario, spetterà agli arbitri comunicargli la pendenza del giudizio arbitrale o disporre affinché sia la controparte a provvedere a tale comunicazione, in modo tale da consentire l'assunzione delle decisioni sulla posizione processuale da adottare<sup>537</sup>. Nell'ipotesi in cui poi le parti rifiutino di rispettare le misure previste per la prosecuzione dell'arbitrato, gli arbitri potranno altresì legittimamente rinunciare alla prosecuzione dell'incarico<sup>538</sup>.

#### **8. (segue): l'opponibilità del lodo alla massa.**

Laddove il curatore si costituisca nel processo arbitrale non vi sono dubbi sull'opponibilità del lodo alla massa.

I problemi possono sorgere laddove tale costituzione manchi.

---

<sup>535</sup> Infatti, la norma richiede di adottare misure idonee per garantire la prosecuzione del giudizio «contemplando in capo agli arbitri un potere discrezionale di sospendere l'arbitrato: gli arbitri, quindi, una volta saputo che una parte è fallita saranno tenuti a sospendere il giudizio arbitrale disponendo nel contempo che l'altra parte si attivi ai sensi dell'art. 72, comma 2, perché il curatore dichiari di subentrare o meno nel contratto»: v. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., p. 279.

<sup>536</sup> Infatti, può verificarsi «l'ipotesi in cui il curatore si costituisca spontaneamente, senza soluzione di continuità»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 2 ss.

<sup>537</sup> Infatti, «gli arbitri dovranno predisporre le misure idonee al ripristino del contraddittorio, chiamando direttamente il curatore in giudizio o invitando le parti a farlo», mentre laddove le parti siano invitate a chiamare il curatore ma non vi provvedano, «non per ciò il processo viene meno: gli arbitri potranno discrezionalmente decidere di rinunciare al mandato e peserà nella loro valutazione l'eventualità che il lodo possa spiegare effetti al di fuori del fallimento»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 2 ss. Vi è dunque una «attività propositiva degli arbitri»; così VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., pp. 282. In concreto, «il Tribunale Arbitrale dovrà comunicare - o mandare di farlo alla parte non fallita - la pendenza del procedimento alla curatela. Ciò può avvenire assumendo apposita ordinanza, nella quale dovranno essere indicati in modo esaustivo i dettagli del giudizio arbitrale (adempimenti procedurali svolti e da compiersi, domande formulate dalle parti) ed assegnato al curatore congruo termine per la propria costituzione nel procedimento»: NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2012, p. 756 ss.

<sup>538</sup> Infatti, «se le parti non dovessero ottemperare alle indicazioni degli arbitri, questi possono anche legittimamente rinunciare all'incarico, non potendosi pretendere da essi di giungere alla pronuncia di un lodo annullabile perché assunto in violazione del principio del contraddittorio»: BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.

Si afferma infatti che l'efficacia del lodo si trova a dipendere dalla circostanza che il curatore sia vincolato alla convenzione arbitrale<sup>539</sup>; su tali basi l'opponibilità del lodo alla massa prescinderebbe dall'effettiva partecipazione del curatore all'arbitrato, laddove sia stato comunque messo nelle condizioni di intervenire<sup>540</sup>. Sulla base di una prospettiva contraria, tuttavia, si ritiene che se il curatore non partecipa al giudizio, il lodo non potrebbe che configurarsi inopponibile<sup>541</sup>.

Sembra che pure l'opponibilità del lodo alla massa si trovi a dipendere dal coordinamento con le generali disposizioni processuali in materia e con gli ulteriori principi derivanti dal sistema fallimentare.

Innanzitutto, merita sottolineare che la possibilità di proseguire l'arbitrato a fronte della sua sospensione o delle diverse misure adottate dagli arbitri ai sensi dell'art. 816-*sexies* possa trovare applicazione soltanto laddove l'arbitrato pendente riguardi una lite attiva per il fallimento. Come si è detto, infatti, in caso contrario, laddove si tratti di pretese fatte valere contro il fallito, a venire in rilievo è l'improcedibilità del giudizio, ai sensi degli artt. 93 ss.

L'eventuale lodo emesso a fronte di un giudizio passivo erroneamente proseguito dovrebbe di conseguenza ritenersi inopponibile alla massa, invalido, quando non del tutto *inutiler datum*, in quanto emesso in violazione della regola processuale che ne imponeva l'improcedibilità.

Se ci si trova in presenza di una lite attiva, poi, sembra che l'opponibilità debba essere valutata alla luce del concreto contenuto del lodo.

La questione dell'opponibilità non riguarderà, infatti, tanto l'eventuale lodo favorevole alla massa. Laddove l'arbitrato abbia un esito favorevole per quest'ultima, il curatore ne potrà certamente profittare anche se, in presenza di una mera comunicazione della pendenza, non abbia

---

<sup>539</sup> Laddove vincolato alla convenzione compromissoria, il curatore «sarà soggetto agli effetti del lodo anche quando decida di non costituirsi»: v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 2 ss.

<sup>540</sup> «Rendendo debitamente nota la pendenza del procedimento arbitrale e avvisando il curatore a norma dell'art. 816-*sexies* c.p.c., il lodo reso sarà opponibile al ceto creditorio, anche se il curatore decida di non prendere parte al giudizio»: così NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 756 ss.

<sup>541</sup> Infatti, laddove il collegio decida «di proseguire nel procedimento nonostante l'assenza del curatore, il lodo reso sarà inopponibile alla massa», ma il curatore conserverebbe la possibilità di intervenire *ex art. 816-*quinques* c.p.c.* con la conseguenza che «il lodo sarà, in tal caso, opponibile al ceto creditorio»: NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2012, p. 756 ss.

poi partecipato al giudizio; questo in quanto il contraddittorio può dirsi comunque rispettato. Laddove a mancare sia stata la stessa adozione di misure idonee a garantire il contraddittorio – con violazione, dunque, dell’art. 816-*sexies* –, quale può essere la comunicazione della pendenza e, neppure vi sia, a monte, la stessa conoscenza del fallimento da parte degli arbitri<sup>542</sup>, il lodo sarà viziato, ma ciò non esclude che tale difetto possa essere sanato *ex post* e che, dunque, la massa possa comunque profittare dell’esito favorevole del giudizio.

Più problematica appare invece la valutazione dell’opponibilità del lodo sfavorevole.

Merita innanzitutto sottolineare che la questione dell’opponibilità del lodo negativo per la massa riguarda il l’ipotesi di rigetto di una pretesa avanzata dal curatore, mentre non, in ogni caso, quello l’accoglimento di una pretesa fatta valere contro il fallito; in tal caso, infatti, non verrebbe in rilievo soltanto un problema di difettosa integrazione del contraddittorio ma, a monte, l’improcedibilità del processo ai sensi degli artt. 92 ss.

Laddove invece si tratti di un lodo di rigetto della domanda avanzata dal curatore, nell’interesse della massa e nei confronti di terzi, l’opponibilità del lodo sembra doversi fondare sul rispetto dell’art. 816-*sexies*. In tal senso, il lodo si dovrà configurare come opponibile innanzitutto se il curatore abbia partecipato al giudizio. In caso contrario, a venire in rilievo sono le misure adottate dagli arbitri a garanzia del contraddittorio. In particolare, se la mancata partecipazione del curatore non si sia trovata a dipendere dalla mancata comunicazione del procedimento arbitrale – e, dunque, sia stata garantita la possibilità di partecipare a fronte dell’effettiva adozione di misure idonee ad integrare il contraddittorio – sembra da escludere l’inopponibilità del lodo alla massa. Di conseguenza, si dovrebbe negare pure che la medesima pretesa possa essere fatta valere una seconda volta in un diverso processo. Diversamente, laddove nemmeno sia stata comunicata la pendenza del procedimento arbitrale, in completo spregio

---

<sup>542</sup> Se «il giudizio arbitrale continua senza che possa essere applicato il dettato dell’art. 816-*sexies* c.p.c., perché gli arbitri nulla fanno, e, così, si giunge al lodo nella totale ignoranza degli arbitri e magari anche dell’amministrazione fallimentare», il lodo dovrebbe comunque essere opponibile alla massa; infatti, «non sembra dubbio che questo lodo, in virtù dell’operatività dei principi dettati in materia di limiti soggettivi della cosa giudicata valga anche nei confronti dell’amministrazione fallimentare, la quale ne godrà, se esso è favorevole, e lo subirà se esso è sfavorevole»: BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.

dell'art. 816-*sexies*, allora si configura una violazione del contraddittorio, a cui consegue la nullità del lodo ancora prima della sua inopponibilità<sup>543</sup>, o, comunque, la possibilità di impugnazione per tale ragione<sup>544</sup>.

Su tali basi, si afferma che il curatore potrebbe comunque eccepire l'improcedibilità del giudizio, impugnare il lodo che sia stato comunque emesso, oppure semplicemente contestarne l'opponibilità alla massa<sup>545</sup>.

### **9. (segue): e al fallito.**

Ci si potrebbe però chiedere se, in presenza di un lodo inopponibile alla massa, si possano comunque determinare effetti nei confronti del fallito a fronte del suo eventuale ritorno *in bonis*.

Si afferma infatti che, a fronte della prosecuzione dell'arbitrato nei confronti del fallito, si determinerebbe l'opponibilità del lodo a quest'ultimo, una volta tornato *in bonis*<sup>546</sup>. Tale tesi si coordina con quella che prevede la perdita soltanto relativa della capacità del fallito, la quale dunque presupporrebbe un'eccezione da parte del curatore<sup>547</sup>.

Tuttavia, non sembra che a fronte dell'inopponibilità del lodo al curatore si possa ritenere che il lodo sia opponibile al fallito. Invero, quand'anche il fallito abbia partecipato al giudizio, tuttavia

---

<sup>543</sup> Non si tratterebbe di un lodo nullo ma solo inopponibile al fallimento «applicandosi qui il principio secondo cui i titoli, siano essi di natura contrattuale o giudiziaria, 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 questo sia tornato *in bonis*» per TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss.

<sup>544</sup> Si afferma infatti che se il lodo è stato pronunciato in violazione del principio del contraddittorio «non avendo avuto l'amministrazione fallimentare la possibilità di subentrare nel giudizio», «si dovrà pur riconoscere al curatore il potere di impugnarlo per violazione appunto del detto principio del contraddittorio (art. 829, comma 1, n. 9 c.p.c.), anche, eventualmente, oltre il termine di un anno di cui all'art. 828, comma 2, c.p.c., appoggiandosi, in ipotesi, sul supporto dell'art. 153, comma 2, c.p.c.»: così BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss.

<sup>545</sup> V. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss.

<sup>546</sup> Nel senso della validità del lodo verso il fallito tornato *in bonis*, v. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss.

<sup>547</sup> Se manca l'eccezione del curatore e il giudizio arbitrale prosegue, proprio in quanto «l'incapacità processuale del fallito non è assoluta, ma relativa al rapporto con la massa dei creditori», infatti, il lodo dovrebbe produrre effetti «una volta tornato *in bonis* il fallito»; così APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss.

si tratterebbe di una partecipazione viziata. A fronte della mancanza di capacità processuale del fallito, infatti, il lodo sarebbe stato emesso nei confronti di una parte non legittimata.

Si è detto che il difetto di legittimazione rappresenta un vizio sanabile. Tuttavia, l'eventuale sanatoria determinerebbe la possibilità per il lodo di esplicare effetti nei confronti del soggetto legittimato; dunque, del curatore, e non del fallito. Infatti, il lodo emesso nei confronti di un soggetto non legittimato, una volta sanato, esplicherà i suoi effetti nei confronti del soggetto processualmente capace.

I principi di cui si è dato conto riguardano, ovviamente, i rapporti compresi nel fallimento. Per i rapporti esclusi (in via originaria o sopravvenuta, nei termini di cui si è dato conto<sup>548</sup>), il fallito conserva la legittimazione processuale, senza che si possano verificare vizi di capacità.

Di conseguenza il procedimento arbitrale pendente potrà proseguire senza necessità di provvedere ad ulteriori adempimenti processuali.

#### **10. Precisazioni sull'arbitrato irrituale pendente.**

La norma, come già si è anticipato, si rivolge all'arbitrato pendente senza riferirsi alla sua natura e senza distinguere tra arbitrato rituale o irrituale.

La lettura che si ritiene di poter fornire è, tuttavia, quella di un'applicazione generalizzata del principio che ne deriva.

Sulla base delle considerazioni svolte, infatti, si ritiene che gli effetti sul giudizio pendente siano i medesimi a prescindere dalla natura del giudizio: se il principio espresso dalla norma è quello in base al quale il processo non può proseguire laddove venga meno il suo oggetto, ciò prescinde dalla natura dell'arbitrato, e discende dalla stessa impossibilità di pervenire ad una decisione a fronte di una controversia che si fonda su un rapporto non più esistente<sup>549</sup>.

---

<sup>548</sup> V. *retro*, cap. III, parr. 5 ss.

<sup>549</sup> Si mette infatti in rilievo come un'altra «incompletezza» della norma riguardi la mancata specificazione del fatto che la relativa disciplina riguardi «la perseguibilità dell'arbitrato rituale o di quello irrituale o di tutt'e due»; sottolineandosi però come sembri «pacifico» il riferimento «sia all'uno sia all'altro, che del resto si distinguono solo sul piano degli effetti, mentre, in relazione alle esigenze che il legislatore della

L'equiparazione tra arbitrato rituale e rituale rispetto agli effetti determinati dal fallimento, però, non è pacifica<sup>550</sup>.

Secondo una particolare prospettiva, infatti, l'arbitrato irrituale, in ragione della sua natura puramente contrattuale, non sarebbe soggetto alle regole di cui agli artt. 52 ss., né alla *vis attractiva* di cui all'art. 24. Di conseguenza, il rapporto tra fallimento e arbitrato libero non sarebbe in alcun modo equiparabile a quello tra fallimento e arbitrato rituale<sup>551</sup>.

Tuttavia, da un lato si è dato conto dell'irrelevanza delle norme sulla competenza ai fini dell'individuazione delle regole applicabili ai rapporti tra arbitrato e fallimento. Dall'altro, a prescindere dalla natura del giudizio arbitrale in sé considerato, non sembra che nemmeno l'arbitrato irrituale possa sottrarsi alle regole sull'accertamento del passivo; come si è visto, tale procedimento è obbligatorio ed esclude ogni diverso mezzo di accertamento del credito.

Di conseguenza, pure laddove sia pendente un arbitrato irrituale, sembra che si debbano applicare i medesimi principi di cui si è dato conto, emergenti dall'art. 83-*bis*, vincolandone le sorti a quelle dell'oggetto dell'arbitrato medesimo

Sembra dunque che pure rispetto all'arbitrato pendente si possa affermare l'equiparazione quanto agli effetti determinati dal fallimento<sup>552</sup>.

---

riforma ha inteso salvaguardare, non fa alcuna differenza che la clausola abbia ad oggetto un arbitrato rituale o un arbitrato irrituale»: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss.

<sup>550</sup> Sul punto, v. CAVALAGLIO, *Arbitrato libero, giurisdizione ordinaria e verifica fallimentare dei crediti: gli incerti confini*, in *Riv. arb.*, 2001, 439.

<sup>551</sup> V. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss.

<sup>552</sup> In tal senso si pone anche una lettura procedimentale dell'istituto; sul tema, si rimanda alla nota. 458. Sul punto, v. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 623 ss., in cui si privilegia «la prospettiva di una unificazione delle due forme di arbitrato» anche per ragioni di certezza del diritto e ritenendo «opportuno ridurre al minimo i dubbi, capaci astrattamente di minare dall'origine la regolarità della procedura». Nel senso che l'art. 83-*bis* «spieghi i suoi effetti sia in caso di arbitrato libero che di arbitrato irrituale», v. anche RESTAINO, *Clausola arbitrale*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., p. 1144, nonché PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, cit., p. 979 ss. Sul tema v. anche SUDIERO, *Arbitrato irrituale, estinzione della società e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 637 ss.

## 11. Effetti del concordato preventivo sull'arbitrato pendente.

Se dagli effetti determinati dal fallimento sul rapporto pendente ci si sposta sul versante di quelli derivanti dal concordato preventivo, ci si ravvede che manca una disposizione analoga a quella prevista all'art. 83-*bis*<sup>553</sup>.

Nell'ambito del concordato, infatti, non è presente una norma espressamente dedicata alla disciplina degli effetti sull'arbitrato pendente. Manca altresì un rinvio alla disciplina prevista dal fallimento, con la conseguenza di rendere inapplicabile l'art. 83-*bis*<sup>554</sup>.

L'unica disposizione che in ambito concordatario interviene sul punto è l'art. 169-*bis* che disciplina, come si è visto, gli effetti del concordato sulla convenzione arbitrale.

D'altra parte, come è stato messo in rilievo, tale norma accoglie un principio che è opposto a quello previsto in sede fallimentare, con la conseguenza che un coordinamento non sarebbe nemmeno possibile<sup>555</sup>.

Appurato dunque che l'unica norma specifica applicabile in questo ambito è quella emergente dall'art. 169-*bis*, si deve considerare l'ulteriore contesto normativo in cui esso si colloca al fine di individuare la disciplina applicabile al processo arbitrale pendente.

Innanzitutto, nell'ambito del concordato non è richiamato l'art. 43, con la conseguenza che, da un lato, non si verifica la perdita della capacità processuale del debitore concordatario<sup>556</sup> e, dall'altro, l'apertura della procedura non determina l'interruzione dei giudizi in corso<sup>557</sup>.

---

<sup>553</sup> Diversamente, merita darsi conto di come si ritenga che l'art. 83-*bis* si applichi anche alla liquidazione coatta amministrativa e all'amministrazione straordinaria: v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss.

<sup>554</sup> Infatti, «non esiste per il concordato un rinvio generale alla disciplina fallimentare e perciò alle norme e principi che regolano il rapporto fra arbitrato e fallimento»; così BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239.

<sup>555</sup> Si mette in rilievo come anzi il legislatore avrebbe «dettato a scampo di equivoci [...] una esplicita disposizione di segno diametralmente opposto»: v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239.

<sup>556</sup> Poiché non vi è un rimando alla disciplina della legittimazione processuale del fallito, ne «consegue che la capacità processuale del debitore non è posta in discussione»: v. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, cit., in *Fall.*, 1996, p. 419.

<sup>557</sup> V. VONA, *La stipula del patto compromissorio e la nomina degli arbitri nelle procedure concorsuali*, cit., p. 421 ss.

Tale mancanza si riflette nell'inapplicabilità dell'art. 816-*sexies*; poiché non viene meno la capacità della parte, non si rende nemmeno necessaria l'adozione di misure per reintegrare il contraddittorio.

Alla luce di ciò, e in conformità alla conservazione degli effetti arbitrari, espressamente previsto dall'art. 169-*bis* con riferimento alla convenzione, si dovrebbe concludere che anche il processo arbitrale pendente prosegua, senza che nessuna conseguenza determini in proposito l'apertura della procedura.

Rispetto al concordato preventivo, infatti, si esclude che la clausola compromissoria si possa sciogliere ad arbitrato in corso.

A tal fine si richiamano i principi già visti in ambito fallimentare: sia quello della *perpetuatio iurisdictionis*, sia la presenza di una convenzione già eseguita in presenza di un processo arbitrale pendente<sup>558</sup>.

Quest'ultima prospettiva rilevarebbe, in ambito concordatario, al fine della possibilità di richiedere l'autorizzazione allo scioglimento, per la quale è necessario che il contratto sia in corso di esecuzione; al contrario, laddove già eseguito, la facoltà di sciogliersi dal rapporto risulterebbe in ogni caso preclusa.

Ad ogni modo, anche a prescindere dall'argomento fondato sulla già intervenuta esecuzione del contratto, si deve escludere che il procedimento arbitrale possa risultare in alcun modo inficiato a fronte dell'apertura della procedura di concordato. La facoltà di chiedere l'autorizzazione allo scioglimento dalla convenzione arbitrale, infatti, dovrebbe essere in ogni caso esclusa laddove il giudizio sia in corso; o meglio, l'eventuale scioglimento della convenzione arbitrale non potrebbe comunque influire caducando l'arbitrato che sia già

---

<sup>558</sup> In tal senso, v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss., ove si rileva, tra l'altro, che «se il debitore concordatario ha attivato la clausola o ha risposto alla altrui domanda di arbitrato accedendo a quest'ultimo, il contratto compromissorio è già eseguito con riferimento a quella lite. È come se fosse un contratto a consegne ripartite. Ci si può sciogliere da esso *pro futuro* (e cioè in relazione ad altre liti derivanti dal medesimo contratto principale cui la convenzione di arbitrato accede), ma non si può "ripetere" l'esecuzione compiuta, così come il debitore concordatario attraverso lo scioglimento *ex art. 169-bis* non può pretendere di ripetere le prestazioni eseguite».

pendente<sup>559</sup>. Una volta che sia in corso il processo, infatti, le vicende della convenzione non sono più idonee a riflettersi sul giudizio.

A tal fine appare scriminante la pendenza del giudizio. Un conto è, infatti, affermare che il debitore abbia chiesto l'autorizzazione allo scioglimento prima della proposizione della domanda arbitrale<sup>560</sup> e, ciò nonostante, sia stato convenuto in giudizio dalla controparte; nel qual caso, si dovrà eccepire la già intervenuta autorizzazione allo scioglimento<sup>561</sup>.

Laddove, invece, la domanda arbitrale sia già stata proposta e, dunque, l'arbitrato sia pendente, non pare che il debitore possa ancora chiedere l'autorizzazione allo scioglimento; e ciò in quanto, una volta che sia stato instaurato il giudizio, le vicende della convenzione sono indifferenti alla sua prosecuzione<sup>562</sup>.

Tuttavia, proprio in ragione di tale argomentazione emerge come la medesima conclusione debba valere per la convenzione, confermando le conclusioni di cui si è dato conto nel capitolo precedente. Infatti, a meno di voler introdurre in ambito concordatario l'applicazione della teoria dicotomica – sulla base della quale gli effetti dell'apertura della procedura divergono a seconda che il giudizio arbitrale sia già in corso – dopo averla definitivamente espunta dal fallimento, deve escludersi che pure per la convenzione arbitrale valga una tale libertà di scioglimento.

---

<sup>559</sup> In base alla «*perpetuatio iurisdictionis* lo scioglimento *ex art. 169-bis* (efficace sempre *pro futuro*) è però irrilevante se intervenuto dopo la notifica della domanda di arbitrato ad opera del compromittente diverso dal debitore concordatario»: BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss. In tal senso, si esclude la possibilità di sottrarre «la *potestas iudicandi* degli arbitri già costituiti», con la conseguenza che l'esito «dello scioglimento a favore del debitore concordatario del contratto di arbitrato, costruito su un rapporto soggettivamente complesso, diverrà semplicemente l'inopponibilità alla procedura concorsuale del lodo non ancora pronunciato e, comunque, fintanto che lo stesso non divenga incontrovertibile»: ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, cit., p. 1 ss.

<sup>560</sup> V. *infra*, cap. IV, par. 13 ss.

<sup>561</sup> In tal senso, v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss., per il quale la fattispecie «scioglimento del contratto *ex art. 169-bis* si compone della autorizzazione e del successivo esercizio della autorizzata facoltà mediante comunicazione recettizia all'altro contraente», con la conseguenza che il debitore concordatario dovrà «comunicare all'attore in arbitrato di essere stato autorizzato a sciogliersi e di volersi sciogliere»; condotte «extravaganti e più o meno scorrette (comunicazione ad orologeria subito prima dell'emanazione del lodo o ad arbitrato avanzato) andrebbero trattate *cum grano salis*, eventualmente mediante il ricorso al sempre più opportuno ma delicato parametro dell'abuso del diritto».

<sup>562</sup> Ciò che deriva, d'altra parte, dalla cognizione degli arbitri sulla stessa validità della convenzione arbitrale.

## 12. (segue): profili soggettivi.

Se dunque l'arbitrato è pendente quando sia instaurata la procedura di concordato, il processo prosegue; e, in particolare, prosegue tra le parti originarie<sup>563</sup>.

Come si è detto, infatti, il concordato preventivo non determina riflessi sul profilo soggettivo della legittimazione processuale né pone limitazioni alla capacità del debitore che, dunque, continua a stare nel processo validamente.

Non sembra nemmeno che, al fine di determinare l'opponibilità del lodo ai creditori, si renda necessario l'intervento del commissario giudiziale<sup>564</sup>; come si è visto, infatti, quest'ultimo non ha un ruolo processuale sostitutivo di quello del debitore, né ha una legittimazione processuale nei giudizi che interessano la procedura.

Sembra dunque che l'unica ipotesi in cui si verifica la necessità di integrare il contraddittorio sia quella di concordato con cessione dei beni.

In tale modalità concordataria, come si è visto<sup>565</sup>, il liquidatore giudiziale si presenta quale litisconsorte necessario nelle liti idonee ad incidere sul patrimonio da liquidare.

Si mette però anche in rilievo che non si verifica una sostituzione del debitore; quest'ultimo, infatti, conserva a propria volta la legittimazione al procedimento arbitrale pendente<sup>566</sup>.

---

<sup>563</sup> Sul punto, v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263 ss., in part. nota 4, ove si sottolinea che «eventuali giudizi, compresi quelli arbitrali, che dovessero vedere come parte un soggetto in concordato preventivo, continueranno a svolgersi tra le parti originarie e secondo le regole di competenza applicabili *ab origine*».

<sup>564</sup> Del commissario giudiziale, ad ogni modo, non viene esclusa l'ipotesi di un intervento volontario nel giudizio arbitrale, previa autorizzazione del giudice delegato: v. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, cit., p. 419 ss.

<sup>565</sup> V. *infra*, cap. IV, par. 19.

<sup>566</sup> Così si afferma che «il soggetto in concordato con cessione di beni che abbia già formulato domanda di arbitrato non dovrebbe essere sostituito dal commissario liquidatore nel proseguo del procedimento arbitrale, quand'anche quest'ultimo abbia ad oggetto beni ricompresi nella procedura», v. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, cit., p. 1 ss.

Il ruolo processuale del liquidatore è difficile da configurare; come il liquidatore non si sostituisce sotto il profilo sostanziale al debitore<sup>567</sup>, allo stesso modo, sul piano processuale viene in rilievo una legittimazione di carattere cumulativo.

In particolare, è per le liti idonee ad incidere sulle operazioni di liquidazione che il liquidatore si configura propriamente come litisconsorte necessario. Di conseguenza, se si è in presenza di un arbitrato pendente, si pongono i problemi che derivano dalla presenza di un giudizio arbitrale a più parti.

Da un lato, in presenza di un litisconsorzio necessario, trova applicazione l'art. 816-*quinques*, comma 2, in virtù del quale è sempre ammesso l'intervento del litisconsorte necessario.

Dall'altro, ai sensi dell'art. 816-*quater*, è necessario che tutte le parti coinvolte nel giudizio siano vincolate dalla convenzione arbitrale e, allo stesso tempo, siano rispettate le regole stringenti previste per la costituzione del collegio arbitrale<sup>568</sup>.

In presenza di un concordato con cessione dei beni, dunque, sarà necessario che il liquidatore intervenga dell'arbitrato al fine di rendere il lodo validamente emesso, oltre che opponibile<sup>569</sup>.

Merita infine sottolineare che, nell'ipotesi di concordato con cessione *pro soluto*, immediatamente liberatoria per il debitore, la legittimazione del liquidatore si configurerebbe in termini eccezionali; non si tratterebbe, infatti, di una legittimazione cumulativa rispetto a quella del debitore, ma esclusiva. Il liquidatore, dunque, si configurerebbe come unico

---

<sup>567</sup> Poiché non c'è una successione nel rapporto controverso, risulta difficile applicare in questo ambito il principio che la convenzione arbitrale segue il rapporto a cui si riferisce: qui infatti non c'è un trasferimento.

<sup>568</sup> L'art. 816-*quater*, infatti, prevede che, qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione d'arbitrato, ciascuna possa convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se la convenzione d'arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina; in caso contrario, laddove si versi in ipotesi di litisconsorzio necessario, si determina l'improcedibilità dell'arbitrato.

<sup>569</sup> Si mette in rilievo come si pongano in tal caso le problematiche relative all'adesione del liquidatore, in qualità di litisconsorte estraneo alla convenzione arbitrale, nonché di costituzione del collegio. Sul punto, v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss.

soggetto legittimato al processo arbitrale in virtù di un fenomeno successorio a titolo particolare<sup>570</sup>.

Se la cessione *pro soluto* si verifica in pendenza dell'arbitrato, dunque, la disciplina applicabile sarebbe quella della successione a titolo particolare nel diritto controverso; situazione per la quale l'art. 816-*quinquies* richiama anche per l'arbitrato l'art. 111 c.p.c. Di conseguenza, se nel corso del processo arbitrale si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie, con possibilità per il successore a titolo particolare di intervenire o di essere chiamato, come pure di estromissione se le altre parti vi consentono. In ogni caso, la sentenza pronunciata spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare e dal medesimo è pure impugnabile.

### **13. Effetti dell'apertura di una procedura di diritto inglese nelle domande "attive".**

Un ultimo profilo di confronto rispetto all'ordinamento inglese vorrebbe riguardare gli effetti che si determinano sull'arbitrato a fronte dell'apertura di una procedura concorsuale.

In particolare, ad essere presa in considerazione sarà la vincolatività dell'*arbitration agreement* e la sorte del procedimento arbitrale pendente; situazioni che possono essere trattate congiuntamente in quanto disciplinate in modo non dissimile dal diritto inglese, ove le differenze riguardano, piuttosto, la circostanza che il procedimento sia stato instaurato dal debitore o contro di lui.

In particolare, nel diritto inglese la convenzione arbitrale resta vincolante anche a seguito della morte di una delle parti<sup>571</sup>, e si è visto come, invece, l'effetto che discende dalla *Bankruptcy* non

---

<sup>570</sup> In ipotesi di concordato con cessione *pro soluto* immediatamente traslativa. Infatti, in questo caso si verifica un fenomeno successorio a titolo particolare, con applicazione dell'art. 111 c.p.c., richiamato dall'art. 816-*quinquies*; v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss.

<sup>571</sup> La *section 8* dell'*Arbitration Act* del 1996, infatti, esclude che, salvo diversa volontà delle parti, l'accordo arbitrale sia sciolto in caso di morte di una di esse: «Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement is not discharged by the death of a party and may be enforced by or against the personal representatives of that party». Tradizionalmente, la regola di *common law* era contraria; v. sul punto M. J. MUSTILL- S. C. BOYD, *Commercial Arbitration*<sup>2</sup>, London, 2001, p. 267: «[a]t common law an arbitration agreement and a submission of a dispute to arbitration were both brought to an end by the death of one of the parties. That rule was reversed by the Arbitration Act 1934». Non si tratta, comunque, di una previsione obbligatoria (*mandatory*), con la conseguenza che la scelta viene rimessa alle parti; v. M.

sia nemmeno equiparabile a tale evento, dal momento che non ne discende l'estinzione o la perdita di capacità del soggetto giuridico. In ipotesi di insolvenza individuale<sup>572</sup>, dunque, la vincolatività dell'accordo arbitrale viene conservata anche dopo la *Bankruptcy*.

Tuttavia, tale vincolatività deve coordinarsi con le specifiche disposizioni concernenti i poteri dell'organo preposto alla gestione del procedimento.

A seguito di *Individual insolvency*, l'attribuzione dei poteri processuali di azione spetta al *trustee*: oltre a detenere un generale potere di compromettere le controversie in arbitri<sup>573</sup>, egli può anche decidere di non sottoporsi ad un giudizio arbitrale, così svincolandosi dalla clausola<sup>574</sup>. Se l'insolvenza non determina un'automatica perdita di validità dell'accordo arbitrale, tuttavia al *trustee* è attribuita la discrezionalità di disconoscere il contratto in cui è contenuto, laddove ritenuto non vantaggioso (*unprofitable*) per la massa fallimentare<sup>575</sup>. Le sorti dell'accordo arbitrale, dunque, dipendono dal *trustee*: quest'ultimo resta vincolato dalla clausola solo se adotta il contratto in cui è contenuta<sup>576</sup>.

---

RUTHERFORD-J. SIMS, *Arbitration Act 1996: A Practical Guide*, Glasgow, 1996, p. 57: «parties can choose whether or not to adopt, adapt or dispense with it»; cfr. R. MERKIN, *op. cit.*, 87, il quale rileva come «it is now open to the parties to agree that death is to have an automating terminating effect on the arbitration agreement».

<sup>572</sup> V. G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 125: «in principle, the agreements remain effective».

<sup>573</sup> Potere previsto, come anticipato, dalla *Schedule 5*.

<sup>574</sup> In particolare, la *section 349A, Arbitration agreements to which bankrupt is part*, che si applica in presenza di un accordo arbitrale precedente all'insolvenza, prevede che, se il *trustee* adotta il contratto, la stessa convenzione arbitrale può essere eseguita da o contro di lui, in caso contrario, l'arbitrato presuppone il consenso della corte: «If the trustee in bankruptcy adopts the contract, the arbitration agreement is enforceable by or against the trustee in relation to matters arising from or connected with the contract»; «If the trustee in bankruptcy does not adopt the contract and a matter to which the arbitration agreement applies requires to be determined in connection with or for the purposes of the bankruptcy proceedings— (a) the trustee with the consent of the creditors' committee, or (b) any other party to the agreement, may apply to the court which may, if it thinks fit in all the circumstances of the case, order that the matter be referred to arbitration in accordance with the arbitration agreement». Quindi, «the subsequent bankruptcy of a party to an arbitration agreement does not invalidate the clause, but it will be enforceable by or against the trustee if the trustee adopts the contract»: V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, cit., p. 189.

<sup>575</sup> «The bankruptcy of a person who had earlier entered into an arbitration agreement does not have an automatic discharging effect upon the contract to which the arbitration agreement relates or upon the arbitration agreement itself»: R. MERKIN, *op. cit.*, p. 88; J. HARGROVE -V. LIBORIO, *op. cit.*, p. 49.

<sup>576</sup> «Once the trustee has adopted the arbitration agreement, it is binding and enforceable»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., pp. 126- 127; «an arbitration agreement prior to bankruptcy will not be respected without the trustees' consent»: C. LIEBSCHER, *op. cit.* p. 171.

Tali principi si applicano anche in ipotesi di arbitrato pendente: dato che il *trustee* resta vincolato dalla clausola arbitrale se adotta il contratto in cui è contenuta, in tal caso anche l'arbitrato precedentemente iniziato dal debitore potrà proseguire<sup>577</sup>.

Nel caso di disconoscimento del contratto, invece, la controparte può rivolgersi alla corte competente che, considerate le circostanze, può comunque consentire il deferimento della controversia ad arbitri<sup>578</sup>; e si ritiene che lo stesso possa fare il *trustee* che intenda procedere ad arbitrato nonostante lo scioglimento del contratto<sup>579</sup>. Inoltre, la dottrina mette in rilievo che, sebbene manchi una norma che disponga in tal senso, ragioni di opportunità possono indurre il *trustee* a richiedere l'autorizzazione della corte nelle ipotesi in cui intenda proseguire con (o sottoporre una controversia a) un giudizio arbitrale<sup>580</sup>.

Analoghi principi valgono in caso di *Corporate insolvency*, in cui la vincolatività di un accordo arbitrale pregresso si scontra con la circostanza che il potere di iniziare e portare avanti una

---

<sup>577</sup> «Where a bankrupt had become party to a contract containing an arbitration agreement before the commencement of his bankruptcy, his trustee may choose whether to adopt the contract or not»: v. S. S. MILLER - E. BAILEY, *Personal Insolvency, law and practice*, cit., p. 790 ss. In particolare, nelle ipotesi in cui «the bankrupt is interested as claimant in an arbitration pending at the commencement of the bankruptcy», «[w]hen a claim arises under a contract that contains an arbitration agreement, if the trustee decides to pursue the claim under the contract which the bankrupt has commenced, his decision would amount to a decision to adopt the contract and, since the arbitration agreement is enforceable against him, he must continue to pursue the claim by way of the arbitration». Al contrario, come mettono in rilievo gli autori, «where the bankrupt is the respondent in an arbitration pending at the commencement of the bankruptcy» «there is unlikely to be any good purpose served by the trustee's adopting any contract containing the arbitration agreement pursuant to which the dispute was referred».

<sup>578</sup> «Where the trustee has decided not to adopt the arbitration agreement prior to bankruptcy [...], an application to the English High Court must be made in order to obtain the courts' permission. As a precondition for the application, either the creditors' committee or the bankrupt party's counterparty to the arbitration agreement has to state its consent»: C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 171. «If the Court gives its permission for disputes involving the estate to be referred to arbitration, the trustee is bound to observe the earlier arbitration agreement»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 127.

<sup>579</sup> «If the trustee has not adopted the contract [...] either the trustee with the consent of the creditors' committee or any other party to the agreement may apply to the court which may, if it thinks fit in all the circumstances of the case, order that the matter be referred to arbitration in accordance with the arbitration agreement»: v. S. S. MILLER - E. BAILEY, *Personal Insolvency, law and practice*, cit., p. 793.

<sup>580</sup> Ci si chiede, in tal senso, se il *trustee* per deferire una controversia ad arbitri necessiti dell'approvazione del comitato dei creditori o della corte. «It is suggested that the prudent trustee should do so, in order to secure his right to the costs of the arbitration from the estate. But whether it is necessary for him to do so, is not wholly clear»; «the better view is that the trustee should obtain sanction before making a reference to arbitration», mentre «the other party ought to be able to enforce the arbitration agreement, without seeking the leave of the court, because it forms part of a contractual scheme which the trustee has adopted since the commencement of the bankruptcy. But the point is not free from doubt»: S. S. MILLER - E. BAILEY, *Personal Insolvency, law and practice*, cit., pp. 792-793.

controversia arbitrale spetta all'organo nominato all'interno del procedimento (il liquidatore nel procedimento di *Winding up*, l'*administrator* e l'*administrative receiver*), in analogia a quanto previsto per le azioni giudiziali<sup>581</sup>.

In tal senso, nel procedimento di *Winding-up*, il potere di agire in giudizio in nome e per conto della società è attribuito al liquidatore<sup>582</sup>; si ritiene che tale potere riguardi anche l'arbitrato<sup>583</sup>. Quello spettante al liquidatore è, appunto, un potere, e non già un dovere: egli, infatti, non può essere obbligato dalla controparte a sottostare o a continuare il procedimento arbitrale<sup>584</sup>.

Poteri analoghi spettano all'*adminstrator* e al *receiver*, con la conseguenza che la prosecuzione dei procedimenti giudiziali si trova a dipendere da una decisione in tal senso: tra i poteri attribuiti a tali organi è espressamente previsto anche quello di deferire ad arbitri ogni questione<sup>585</sup>.

In ipotesi di *Corporate insolvency*, inoltre, si ritiene che l'*agreement* non sia più vincolante laddove lo stesso ente giuridico venga meno. Ciò si verifica non mentre il procedimento

---

<sup>581</sup> In tal senso, «the term “any action or legal proceeding” clearly includes arbitration»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 130 ss.

<sup>582</sup> V., come anticipato, la *Schedule 4, Powers of Liquidator in a Winding Up*, la quale prevede, tra i poteri esercitabili *with Sanction*, alla *part I, section 2*, il «Power to make any compromise or arrangement with creditors or persons claiming to be creditors, or having or alleging themselves to have any claim (present or future, certain or contingent, ascertained or sounding only in damages) against the company, or whereby the company may be rendered liable»; e, nella *part II*, «Powers Exercisable without Sanction in Voluntary Winding Up, with Sanction in Winding Up by the Court», *section 4*, il «Power to bring or defend any action or other legal proceeding in the name and on behalf of the company». In tal senso, «[o]nce a compulsory winding-up order has been made, the court's permission to proceed with existing legal proceedings must be obtained [...]. Furthermore, even before the court has made a winding-up or bankruptcy order, the court has discretion to order a stay of arbitral proceedings where a petition is pending but no order has been made or where a bankruptcy petition has been presented»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 129; J. SUTCLIFFE-J. ROGERS, *op. cit.*, p. 277; C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 172.

<sup>583</sup> V. HARGROVE -V. LIBORIO, *op. cit.*, p. 47.

<sup>584</sup> In tal senso, viene valorizzata la discrezionalità del liquidatore e l'assenza di alcun tipo di obbligo: «the liquidator is not bound to arbitrate. He may decide that a matter is better dealt with in court proceedings»; «a contracting party is not in a position to force a liquidator in a voluntary winding up to refer any dispute involving the company being liquidated to arbitration»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., pp. 127 e 149. V. anche J. SUTCLIFFE- J. ROGERS, *op. cit.*, p. 277 ss.

<sup>585</sup> Come previsto alla *Schedule 1 dell'Arbitration Act*, intitolata «Powers of Administrator or Administrative receiver», la *section 5* prevede il «Power to bring or defend any action or other legal proceedings in the name and on behalf of the company» e la *section 6* prevede specificamente il «Power to refer to arbitration any question affecting the company». In proposito, v. C. LIEBSCHER, *op. cit.*, p. 172. «Usually (but not always, it depends on the terms of the debenture under which he or she is appointed), an administrative receiver can initiate or defend any proceedings (including arbitral proceedings) in the company's name and on its behalf [...], unless these have been excluded by the terms of the debenture, include a power to refer any matter “affecting the company” to arbitration. An administrator has the same power»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 129.

concorsuale è pendente, ma una volta che sia cessata *liquidation*; con l'estinzione dell'ente, infatti, si ritiene che l'*agreement* perda ogni valore<sup>586</sup>.

#### **14. (segue): e contro il debitore.**

Considerando, infine, le vicende attinenti al procedimento arbitrale contro il debitore, eventualmente già in corso al momento in cui si verifica l'insolvenza, esse sono caratterizzate da un generale principio di *stay*, che preclude tanto l'ammissibilità di un'azione quanto la procedibilità di un giudizio già instaurato.

Dall'apertura di un procedimento concorsuale discende infatti il divieto di iniziare azioni legali contro il debitore e la sospensione dei procedimenti pendenti. Ciò vale tanto per il giudizio in generale, quanto di quello arbitrale in particolare: infatti, anche laddove sia prevista in riferimento alle sole azioni giudiziali, la sospensione viene riferita anche all'arbitrato<sup>587</sup>.

In particolare, nell'ipotesi di *Individual insolvency*, a seguito della proposizione di una domanda di fallimento, la corte può disporre lo *stay* dei giudizi, impedendo ai creditori di agire o procedere; mentre la sospensione è prevista in via automatica (con un *automatic stay*) a seguito del *bankruptcy order*<sup>588</sup>. L'*automatic stay* non investe tutti i crediti vantati contro il fallito, ma

---

<sup>586</sup> «Once a company has ceased to exist, any arbitration to which is a party comes to an end»: A. TWEDDALE-K. TWEDDALE, *A practical approach to Arbitration Law*, London, 1999, p. 86 e 95. Sul punto, v. M. HWANG-R. C. MUTTAH, *Arbitration in company matters*, in *I.B.L.J.*, 2001, 5, p. 555 ss.: «hen a company is dissolved, there is authority for the proposition that an arbitration agreement entered into by the company ends»; cfr. anche G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 127, per i quali «on the winding-up of a company, an arbitration agreement previously made by it becomes a nullity since the corporate person no longer exists».

<sup>587</sup> Infatti, «any pending proceedings against that entity are automatically stayed. Importantly, it is commonly accepted that such a stay of “proceedings” or “legal process” extends to arbitral proceedings»: J. DOUG, *op. cit.*, p. 132; J. HARGROVE -V. LIBORIO, *op. cit.*, p. 47.

<sup>588</sup> Secondo quanto disposto dalla *section 285, Restriction on proceedings and remedies*, in presenza di una domanda giudiziale la corte può sospendere i diversi procedimenti pendenti, e alla sospensione può provvedere anche la corte davanti alla quale pende il procedimento: «At any time when proceedings on a bankruptcy petition are pending or an individual has been adjudged bankrupt the court may stay any action, execution or other legal process against the property or person of the debtor or, as the case may be, of the bankrupt» (par. 1); «Any court in which proceedings are pending against any individual may, on proof that a bankruptcy petition has been presented in respect of that individual or that he is an undischarged bankrupt, either stay the proceedings or allow them to continue on such terms as it thinks fit» (par. 2). Di conseguenza, i creditori non possono far valere le proprie pretese nei confronti del fallito se non una volta che sia intervenuta la *discharge*: «After the making of a bankruptcy order no person who is a creditor of the bankrupt in respect of a debt provable in the bankruptcy shall— (a) have any remedy against the property or person of the bankrupt in respect of that debt, or (b) before the discharge of the bankrupt, commence any

soltanto quelli che possono essere oggetto di prova all'interno del procedimento concorsuale (*provable debts*)<sup>589</sup>; anche per tali crediti vi è, tuttavia, la possibilità di ottenere un'autorizzazione da parte della corte, che consenta di procedere nonostante il fallimento<sup>590</sup>.

Anche con riferimento agli *Individual voluntary arrangements* si prevede un generale principio di *stay* dei procedimenti contro il debitore, sia a seguito dell'approvazione dell'accordo<sup>591</sup>, sia anche precedentemente ad esso<sup>592</sup>. Infatti, la corte può disporre un *interim order* che ha l'effetto di escludere domande di bancarotta e la possibilità di iniziare o continuare altri procedimenti contro il debitore<sup>593</sup>; allo stesso modo, può provvedere a ordinare il blocco delle azioni in via provvisoria quando un'istanza per l'*interim order* è pendente<sup>594</sup>. Ancora, nell'ipotesi di *Debt relief order* è previsto che il creditore non possa iniziare o continuare procedimenti legali volti alla tutela individuale del proprio credito<sup>595</sup>.

---

action or other legal proceedings against the bankrupt except with the leave of the court and on such terms as the court may impose» (par. 3).

<sup>589</sup> Sul punto, v. S. S. MILLER - E. BAILEY, *Personal Insolvency, law and practice*, cit., pp. 784 e 793: gli autori specificano come il *leave* della corte sia necessario per «commence any action or other legal proceeding against the bankrupt» soltanto rispetto ai *provable debts*: «only applies to a person who is a creditor of the bankrupt in respect of a provable debt». Dunque, «no creditor of the bankrupt in respect of a provable debt shall have any remedy against the property or person of the bankrupt in respect of that debt».

<sup>590</sup> Tale autorizzazione si fonda sulla considerazione del credito vantato e, in particolare, se si tratti di un credito che sarebbe coperto dalla *discharge* del debitore a seguito della chiusura della *Bankruptcy*. Sul punto, v. S. S. MILLER - E. BAILEY, *Personal Insolvency, law and practice*, cit., p. 784: «Leave will ordinarily be given where the claim is in respect of a liability from which the bankrupt will not be released by his discharge»; di conseguenza, «if the judgment concerns a claim which is neither provable in the bankruptcy nor a debt from which the bankrupt is discharged, the claimant, if he obtains judgment, will be entitled to enforce the judgment, in so far as he can against by assets which the bankrupt has retained as not forming part of the estate or against any assets subsequently acquired by the bankrupt».

<sup>591</sup> Infatti, dopo l'approvazione dell'*arrangement* al *creditors' meeting*, ogni creditore che è a conoscenza dell'incontro è vincolato a prescindere dalla sua partecipazione o dal suo voto. In tal senso, «No such creditor may then proceed with any action or execution against the debtor»: v. S. S. MILLER - E. BAILEY, *Personal Insolvency, law and practice*, cit., p. 788.

<sup>592</sup> Il debitore, infatti, è protetto dall'esercizio di azioni sia se i creditori accettano la proposta di *arrangement*, sia in vista dell'accordo, a seguito di *interim order*.

<sup>593</sup> V. la *section 252*, intitolata «Interim order of court», la quale prevede che «during the period for which it is in force», «(a) no bankruptcy petition relating to the debtor may be presented or proceeded with [...] and (b) no other proceedings, and no execution or other legal process, may be commenced or continued [...] against the debtor or his property except with leave of the court».

<sup>594</sup> La *section 254*, «Effect of application» dispone che, pure mentre è pendente la domanda, «the court may [...] stay any action, execution or other legal process against the property or person of the debtor».

<sup>595</sup> In tal senso dispone la *section 251G*, «Moratorium from qualifying debts», la quale prevede che, durante il periodo di moratoria, il creditore «to whom a specified qualifying debt is owed», «(a) has no remedy in respect of the debt, and (b) may not— (i) commence a creditor's petition in respect of the debt, or (ii) otherwise commence any action or other legal proceedings against the debtor for the debt» tranne che «with the permission of the court and on such terms as the court may impose».

Anche nell'ipotesi di *Corporate insolvency* è previsto l'*automatic stay* delle azioni contro la società (anche se non registrate<sup>596</sup>).

Con riferimento al procedimento di *Winding-up by the court*, si prevede che a seguito di un ordine di *winding-up* nessuna azione e nessun procedimento possa essere cominciato o proseguito contro la società o i suoi beni, tranne che con l'autorizzazione della corte<sup>597</sup>; l'effetto è, dunque, quello di vincolare tutti i creditori all'utilizzo della procedura concorsuale anziché ricorrere a (o procedere con) un giudizio ordinario in via individuale<sup>598</sup>. Allo stesso modo la corte può disporre a seguito della proposizione di una domanda di *winding up*<sup>599</sup>; tuttavia, è discussa la sorte del procedimento iniziato tra la proposizione della domanda e l'*order* della corte<sup>600</sup>.

---

<sup>596</sup> Gli stessi principi si applicano alle società non registrate: anche per queste ultime, infatti, la *winding up* determina lo *stay* dei procedimenti: v. la *section 227*, «Power of court to stay, sist or restrain proceedings».

<sup>597</sup> La *section 130*, «Consequences of winding-up order», dispone che «When a winding-up order has been made or a provisional liquidator has been appointed, no action or proceeding shall be proceeded with or commenced against the company or its property, except by leave of the court and subject to such terms as the court may impose». Il giudizio della corte nel consentire il giudizio contro il debitore è di carattere assolutamente discrezionale, sebbene si debba tenere in considerazione l'eventuale pregiudizio arrecato agli altri creditori e la possibilità di proporre vantaggiosamente la domanda all'interno della procedura. In tal senso, v. A. KEAY-P. WALTON, *Insolvency law, Corporate and Personal*<sup>3</sup>, Bristol, 2012, pp. 295-296: «In determining whether to grant leave the courts have an absolute discretion»; «courts will examine whether there is a good cause of action, whether the action will affect the orderly winding up of the company and whether any action would prejudice the other creditors», «leave will not be granted where the proposed action raises issues which are able to be dealt with in the liquidation proceedings». Sullo *stay*, v. J. DOUG, *op. cit.*, p. 132; D. MILMAN, *Corporate insolvency in 2015: the ever-changing legal landscape*, in *Co.L.N.*, 2015, 369, p. 1 ss.; D. CAPPER, *Insolvency and the Human Rights Act 1998: early Northern Ireland perspectives*, in *Insolv. L.*, 2001, 3, p. 119 ss., e, in part., 126 ss.; J. BOWLING, «Pay now and argue later - or I'll wind you up»: *the Insolvency Act 1986 vs. the Construction Act 1996.*, in *Const. L.J.*, 2010, 26, VIII, p. 601 ss.

<sup>598</sup> In tal senso, «the provision is intended to oblige all claimants to submit to the procedural scheme established in winding up». La *ratio* della sospensione è che «it is not appropriate for the liquidator to be harassed by the litigants»; inoltre, ci sono ragioni di celerità ed economicità, maggiormente garantite dalla procedura concorsuale rispetto ad un giudizio ordinario promosso individualmente: «[i]t is less expensive and more orderly if any claims against the company can be dealt with in the usual way that is used for the proving of claims»: v. A. KEAY-P. WALTON, *Insolvency law*, cit., p. 294.

<sup>599</sup> In tal senso, v. la *section 126*, «Power to stay or restrain proceedings against company», prevede che i creditori possano fare domanda alla corte affinché disponga lo *stay*: «At any time after the presentation of a winding-up petition, and before a winding-up order has been made, the company, or any creditor or contributory, may [...] apply to the court in which the action or proceeding is pending for a stay of proceedings therein, and [...] apply to the court having jurisdiction to wind up the company to restrain further proceedings in the action or proceeding»; «the court to which the application is so made may (as the case may be) stay, sist or restrain the proceedings».

<sup>600</sup> «The status of an arbitration proceedings or even an award made between the date of filing of the petition and the winding up order is not clear»: M. HWANG-R. C. MUTTAH, *Arbitration in company matters*, cit., pp. 555 ss.

Nell'ipotesi di *Voluntary winding-up* manca una norma analoga; la prassi è, comunque, quella di consentire che una domanda di sospensione possa essere presentata dal liquidatore, con la conseguenza che, anche in tal caso, la relativa decisione è rimessa alla corte<sup>601</sup>.

Norme analoghe valgono, poi, in ipotesi di *Company voluntary arrangements*<sup>602</sup>: infatti, nessun procedimento può essere iniziato o proseguito contro la società se non con l'autorizzazione della corte.

Lo *stay* opera pure nei procedimenti di *company rescue*: così, nell'ipotesi di *Administration*<sup>603</sup>, in cui lo *stay* per i procedimenti contro il debitore perdura fintanto che la società è in amministrazione<sup>604</sup>. Anche in tal caso, dunque, si rende necessaria l'autorizzazione della corte<sup>605</sup>, che si fonda normalmente sulla considerazione delle interferenze che l'azione esperita determinerebbe rispetto all'*Administration*; in particolare, tale giudizio considererà se, nonostante l'azione, l'*Administration* possa raggiungere il suo scopo, eventualmente anche operando un bilanciamento (*balancing exercise*)<sup>606</sup>. Gli stessi principi si applicano all'arbitrato<sup>607</sup>.

---

<sup>601</sup> «While there is no equivalent in voluntary winding up to section 130(2) the practice is for the court, upon the application by the liquidator under section 112(1), to exercise its power of staying actions and proceedings after commencement of voluntary winding up, in order to effect the same result»: A. KEAY-P. WALTON, *Insolvency law*, cit., pp. 296-297.

<sup>602</sup> Come previsto dalla *Schedule A1*, «During the period for which a moratorium is in force for a company [...] no other proceedings and no execution or other legal process may be commenced or continued, and no distress may be levied, against the company or its property except with the leave of the court and subject to such terms as the court may impose».

<sup>603</sup> La *Schedule B1*, prevede che «No legal process (including legal proceedings, execution, distress and diligence) may be instituted or continued against the company or property of the company except— (a) with the consent of the administrator, or (b) with the permission of the court».

<sup>604</sup> «For as long as a company is in administration, a statutory stay of all proceedings, [...] is put in place», «[t]he administrators, once appointed, take possession of the company's assets and take on responsibility for the overall management of the company's business, assets, and affairs.»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 125.

<sup>605</sup> «A statutory stay is imposed on the appointment of an administrator which prevents any legal process being instituted or continued against the company except with the consent of the administrator or with the permission of the Court»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., pp. 128- 129.

<sup>606</sup> La corte valuta se l'azione «is unlikely to impede the achievement of the purpose of the administration, permission should normally be granted» oppure «will carry out a balancing exercise, weighing the legitimate interests of the applicant against those of the company's other creditors»; «[i]f permission is not granted, the court may apply conditions such as giving directions to the administrator»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., pp. 128-129.

<sup>607</sup> Infatti, se sono i creditori a voler dare inizio a un procedimento arbitrale, essi devono farne richiesta all'amministratore o richiedere l'autorizzazione alla corte. In tal senso, «once an administration order has been made in respect of a company, no creditor of the company may commence or continue any form of proceedings (including arbitral proceedings) against the company without first having obtained the

Non ci sono impedimenti, invece, con riferimento all'*Administrative receivership*; in tale ipotesi, infatti, mancano disposizioni che impongano lo *stay* per le azioni giudiziali, e si ritiene che lo stesso valga anche per i giudizi arbitrali. Di conseguenza, si afferma che i creditori possono iniziare (o continuare) un procedimento arbitrale anche senza l'autorizzazione dell'*administrative receiver*<sup>608</sup>; nonostante ciò, si considera che un impedimento possa comunque derivare dall'espresso rifiuto dell'*administrative receiver* di sottoporsi al giudizio arbitrale<sup>609</sup>.

---

administrator's permission of the court»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., p. 129; cfr. J. DOUG, *op. cit.*, p. 132.

<sup>608</sup> «There is no statutory stay in administrative receiverships, so arguably a creditor could commence arbitration proceedings without the permission of the administrative receiver»; «therefore arbitration proceedings can be commenced against a company in administrative receivership»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., pp. 128-129.

<sup>609</sup> Infatti, «the administrative receiver could refuse to submit to arbitration, despite an express obligation to do so in the underlying contract»: G. BURN-E. GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, cit., pp. 128-129.

## CONCLUSIONI.

Al termine del presente lavoro, si vorrebbe ripercorrere brevemente le conclusioni di maggior rilievo che sono state tratte.

Il primo risultato che si è raggiunto, all'interno del capitolo I, è il riconoscimento di un generale principio di compatibilità tra arbitrato e procedure concorsuali attualmente alla base dell'ordinamento.

A fronte dell'originario dubbio sulla sussistenza di uno «spazio» per l'arbitrato nel sistema concorsuale, si è infatti pervenuti ad una crescente valorizzazione dello strumento arbitrale, che deve ritenersi oggi non solo assolutamente compatibile con il sistema concorsuale, ma, anzi, strumento privilegiato per la risoluzione delle liti anche in questo ambito. Tale sembra, d'altra parte, il portato necessitato dall'adozione di una prospettiva sovranazionale, alla luce della più recente normativa unionista, da ultimo sfociata in uno strumento – la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo del Consiglio del 22 novembre 2016 – che individua come via preferenziale per la risoluzione dei conflitti in materia di insolvenza procedure di stampo privatistico. Questa progressiva presa di coscienza è stata, da ultimo, recepita anche dal nostro legislatore, che, con la proposta di riforma organica pendente al Senato ha, per la prima volta, introdotto un meccanismo di stampo stragiudiziale con un'applicazione generalizzata nell'ambito delle procedure di insolvenza.

La «degiurisdizionalizzazione» pare dunque aver investito anche il sistema concorsuale.

Su tali basi, pure l'utilizzo dello strumento arbitrale non può che essere visto con particolare favore.

Una volta affermata la sussistenza di un principio di compatibilità arbitrale che pervade l'intero sistema, anche concorsuale, il secondo esito ha riguardato, nel capitolo II, l'individuazione delle liti che concretamente possono essere devolute ad arbitri nella materia in

oggetto. Ad essere presi in esame sotto questo profilo sono stati, dunque, i confini dell'arbitrabilità.

La tesi che si è ritenuto di sostenere è stata quella contraria alla visione di un'arbitrabilità soltanto «residuale» in ambito concorsuale; al contrario, si è pervenuti ad affermare che la nozione di arbitrabilità concorsuale partecipa a quella più generale vigente nell'ordinamento, e fondata allo stesso modo sull'art. 806 c.p.c.

Seppure la trasposizione di tale concetto possa risultare complicata in ragione dei profili indiscutibilmente pubblicistici connessi alle procedure di insolvenza, tuttavia si è dato conto di come tali caratteri influenzino soltanto marginalmente i confini della nozione.

Da un lato, infatti, si è verificata la mancanza, nella legge fallimentare, di una previsione specifica che disciplini l'arbitrabilità, come pure di divieti espressi che possano circoscriverne l'estensione. Dall'altro, si è constatato che l'apertura di una procedura concorsuale non può determinare l'indisponibilità di un diritto.

Ciò vale certamente per il concordato preventivo, dal quale discende soltanto uno spossessamento c.d. attenuato, che non influisce sulla disponibilità dei diritti; né in un senso assoluto e oggettivo, rilevante ai fini dell'arbitrabilità, né in senso soggettivo, poiché il debitore continua a poter disporre del suo patrimonio.

Si è però ritenuto di poter trarre conclusioni non dissimili anche per quanto riguarda il fallimento. Infatti, si è escluso allo stesso modo che dalla relativa declaratoria si determini una limitazione delle controversie arbitrabili; allo spossessamento – in tal caso pieno – del debitore consegue soltanto una indisponibilità soggettiva, operante nei confronti del fallito. Il fallimento, invece, non muta la natura dei diritti, da disponibili a indisponibili.

Nella prospettiva adottata, le limitazioni rinvenibili al novero delle controversie arbitrabili sono sembrate da ricollegare ai principi generali della materia anziché ad una deroga dei medesimi.

Così si è concluso per il procedimento che conduce alla declaratoria di fallimento, la cui non arbitrabilità dipende dall'insussistenza di un diritto disponibile, in ragione di quanto previsto, dunque, dall'art. 806 c.p.c.

Lo stesso vale per il procedimento di accertamento del passivo. Sulla base della lettura fornita, infatti, tale procedimento ha ad oggetto il diritto al credito concorsuale, configurato come diritto indisponibile, intrinsecamente collegato al concorso e connotato da una dimensione pubblicistica; un diritto, peraltro, inesistente al di fuori del fallimento e, dunque, accertabile soltanto nelle modalità ad esso connesse e per finalità puramente endofallimentari.

Sotto il profilo soggettivo, nel capitolo III, si è invece analizzato chi sia il legittimato a partecipare all'arbitrato a seguito dell'apertura di una procedura concorsuale.

In tal senso, si è concluso che la legittimazione ad essere parte nel procedimento arbitrale non è che una particolare declinazione della legittimazione processuale, con la conseguenza di dover analizzare i riflessi determinati dall'apertura di una procedura concorsuale sui profili della *legitimatio ad causam e ad processum*.

Tale analisi ha condotto a riconoscere che, rispetto ai procedimenti arbitrali che si collocano nell'ambito del fallimento, parte in senso formale è il curatore, seppure il fallito, in quanto titolare dei rapporti compresi nella procedura, resti parte in senso «sostanziale». La perdita di capacità processuale del fallito, qualificata in termini assoluti, si è però circoscritta rispetto alle controversie su beni non compresi nel fallimento; nozione che, a propria volta, si è ritenuto di poter estendere non soltanto alle liti concernenti i beni esclusi dal fallimento *ex lege*, ai sensi dell'art. 46 l. fall., ma anche a quelli esclusi «in via sopravvenuta», in ottemperanza alle disposizioni di legge.

Diversamente, nell'ambito del concordato preventivo, in quanto l'apertura della procedura non determina la perdita della capacità processuale, non si verifica alcuna scissione tra *legitimatio ad causam e ad processum*; parte legittimata al procedimento arbitrale resta dunque il debitore concordatario. La linearità di tale ricostruzione ha trovato, però, una deroga, rispetto al concordato con cessione dei beni in cui, viceversa, si verifica una frattura tra titolarità del patrimonio soggetto

alla procedura e potere di gestione, attribuito al liquidatore. Tale ricostruzione ha condotto ad attribuire a quest'ultimo la necessaria qualifica di contraddittore rispetto ai giudizi che attengano ai beni da liquidare, con le complicazioni che ne conseguono sotto il profilo del litisconsorzio in sede arbitrale.

Una volta esauriti quelli che sono stati definiti profili «statici», relativi alle questioni preliminari dello studio della materia, e passando a quelli «dinamici», ci si è soffermati ad esaminare le regole di concreta operatività procedimentale dei rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali.

In tale ottica, nei capitoli IV e V, ci si è soffermati sugli effetti che l'apertura di una procedura concorsuale determina sulla convenzione arbitrale e sul procedimento arbitrale pendente, tentando una rielaborazione unitaria del sistema.

Quanto alla declaratoria di fallimento, si è ritenuto che detti effetti possano essere accomunati a partire dalla disciplina emergente dall'art. 83-*bis*, seppure riferita espressamente al solo profilo del procedimento arbitrale pendente nascente da una clausola compromissoria.

Di conseguenza, se rispetto all'arbitrato pendente si è affermato che l'improcedibilità dettata dalla norma sia da ricollegare alla perdita dell'oggetto del giudizio, si è considerato di poter trasporre una regola analoga anche nell'ambito della convenzione arbitrale già sottoscritta, ma rispetto alla quale l'arbitrato non sia ancora in corso.

Invero, in ragione dei profili di specialità implicati da tale tipologia contrattuale, da un lato se ne è sostenuta la difficoltà di riconduzione al concetto di «rapporto pendente» di cui all'art. 72 l.fall.; dall'altro, alla medesima esclusione è sembrato di potersi pervenire sulla base di una considerazione sistematica della disciplina dei contratti in corso di esecuzione. D'altra parte, come si è visto, l'art. 83-*bis* rappresenta una trasposizione in ambito fallimentare del principio di successione nel rapporto arbitrale, al quale consegue l'opponibilità al fallimento.

Da tale profilo si è distinto, però, quello dell'eventuale proposizione di una domanda arbitrale che, pur se fondata su di una convenzione opponibile, abbia ad oggetto l'accertamento di un credito contro il fallimento, in quanto tale inammissibile. Allo stesso modo, a fronte di una

medesima domanda, già proposta al momento della dichiarazione di fallimento, si determina l'improcedibilità del giudizio arbitrale; a venire in rilievo è, infatti, il prevalente effetto discendente dagli artt. 92 ss. per i giudizi aventi ad oggetto crediti contro il fallito.

Laddove, invece, l'arbitrato sia procedibile, sono state considerate le regole sulla legittimazione processuale. In tal senso, la perdita di capacità processuale che investe il debitore, richiede un necessario coordinamento con l'art. 816-*sexies* al fine di consentire l'ingresso nel giudizio del curatore e l'opponibilità del lodo.

Un'analogha propensione all'individuazione di una regola unitaria si è manifestata rispetto al concordato preventivo. In tal senso, la regola impositiva della prosecuzione della convenzione arbitrale anche a seguito dello scioglimento del contratto-base, dettata rispetto alla clausola compromissoria, si è ritenuta valida anche per le diverse tipologie di convenzione arbitrale, prospettandosi semmai il dubbio concernente la possibilità di uno scioglimento autonomo a fronte della richiesta debitoria di autorizzazione.

Se tale è stata l'interpretazione che si è ritenuto di poter fornire rispetto alla disciplina applicabile alla convenzione arbitrale, la regola della prosecuzione si è affermata a maggior ragione per l'arbitrato pendente. D'altra parte, in ambito concordatario mancano gli aspetti problematici – legati allo spossessamento del debitore e all'interruzione dei giudizi – sussistenti invece rispetto al fallimento, con la conseguenza che la prosecuzione del giudizio arbitrale pare coordinarsi anche con gli effetti più blandi derivanti dall'apertura della procedura. A fronte di quest'ultima, infatti, se si determina la legittimazione del liquidatore nell'ipotesi di cessione dei beni, con le implicazioni procedurali che ne derivano in tema di litisconsorzio, non si limita però la capacità del debitore di essere parte arbitrale.

## BIBLIOGRAFIA

AIELLO, *Il concordato «con riserva»: evoluzione normativa e questioni interpretative*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2880 ss.;

ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935;

ALPA - VIGORITI, *L'arbitrato rituale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013;

ALPA, *L'arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013, p. 332 ss.;

ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, in *Dir. fall.*, II, 1965, p. 12 ss.;

AMATORE, *Atti autorizzabili ai sensi dell'art. 161, comma 7, l. fall.*, in *ilFallimentarista*, 8 agosto 2013;

AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi*, in *Fall.*, 2014, p. 1322 ss.;

AMBROSINI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato e i contratti in corso di esecuzione*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, IV, Torino, 2014, p. 306 ss.;

AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 359 ss.;

AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005;

AMORESE, *I contratti pendenti nel concordato preventivo alla luce della riforma estiva*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 86 ss.;

ANDOLINA, *Appunti sulla vicenda giurisdizionale dei crediti, pendente il processo di fallimento*, in *Giur. it.*, 1958, I, p. 360 ss.;

ANDRIOLI, *Appunti sul giudizio di verifica dei crediti nel fallimento*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 1 ss.;

ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*<sup>3</sup>, IV, Napoli, 1964;

ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli 1979;

ANDRIOLI, voce *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. giur.*, XVI, Milano, 1967, p. 382 ss.;

ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir.priv.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 373 ss.;

ANSALDI, *Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento e Registro ministeriale*, in *Contratti*, 2015, p. 625 ss.;

APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 263 ss.;

APICE, *Obblighi dell'imprenditore e crisi dell'impresa*, in *Fall.*, 1996, 10 ss.;

APICE-MANCINELLI, *Diritto fallimentare: normativa e adempimenti*, Torino, 2008;

ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, in *Ilfallimentarista*, 2 ottobre 2013;

ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino 1963, p. 721 ss.;

ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 531 ss.;

AZZOLINA, *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali ineseguiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 335 ss.;

AZZOLINA, *Il fallimento*<sup>2</sup>, Torino, II, 1961;

AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 1953;

BACCAGLINI, *Mera produzione della sentenza dichiarativa di fallimento ed interruzione del processo pendente*, in *Fall.*, 2003, p. 374 ss.;

BADINI-CONFALONIERI, *Legittimazione processuale del debitore*, in *Fall.*, 2001, p. 779 ss.;

BALENA, *Diritto processuale civile*, Bari, 2007;

BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss.;

BANA, *Il concordato preventivo: novità e profili critici*, in *Fisco*, 2013, II, p. 1367 ss.;

BASILONE, *La revocatoria ordinaria nel fallimento in bilico tra legittimazione «esclusiva» del curatore e persistente legittimazione del creditore in caso di inerzia dell'organo concorsuale*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, p. 456 ss.;

BATTAGLIA, *Actio pauliana e sopravvenuto fallimento: l'esclusione della (concorrente) legittimazione del creditore individuale e la legittimazione "sostitutiva" nelle azioni di massa. Un problema di scambi e binari?*, in *Dir. fall.*, 2009, p. 3 ss.;

BELLÈ, *I provvedimenti cautelari e conservativi a tutela del patrimonio e dell'impresa*, in *Fall.*, 2011, p. 5 ss.;

BELLÈ, *Nuove frontiere della tutela cautelare prefallimentare*, in *Fall.*, 2012, p. 716 ss.;

BELLOMI, *La legittimazione processuale residuale del fallito*, in *Fall.* 2016, p. 564 ss.;

BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1999, p. 10 ss.;

BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013;

BERTACCHINI, *Doveri, poteri e responsabilità del commissario giudiziale nel "nuovo" concordato preventivo*, in *Impresa*, 2005, p. 1198 ss.;

BETANCOURT, *Rethinking public policy and alternative dispute resolution: negotiability, mediability and arbitrability*, in *Arbitration*, 2012, p. 20 ss.;

BETTAZZI, *L'efficacia e gli effetti della riforma della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Fall.*, 2014, p. 163 ss.;

BETTAZZI, *Sanatoria retroattiva del difetto di capacità processuale del curatore*, in *Fall.*, 2004, p. 686 ss.;

BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, Bologna, 2016;

BIAVATI, sub *art. 808 ter*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, diretto da Carpi, Bologna, 2016, p. 175 ss.;

BLAVI, *The role of public policy in international commercial arbitration*, in *Arbitration* 2016, p. 8 ss.;

BONELLI, *Del fallimento*<sup>3</sup>, Milano, I, 1938;

BONFATTI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento: dieci anni di giurisprudenza*, Milano, 1981;

BONFATTI-CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013;

BONGIORNO, *I nuovi poteri del tribunale fallimentare dopo la riforma del sistema normativo concorsuale*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, I, Torino, 2010, p. 153 ss.;

BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*<sup>2</sup>, Padova, 2000;

BONSIGNORI, *Compromesso, arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1996, p. 413 ss.;

BONSIGNORI, *Del concordato fallimentare*, in, *Commentario della legge fallimentare*, a cura di Scialoja – Branca, Bologna, 1977, p. 452 ss.;

BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992;

BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, in *Riv. arbitrato*, 1995, p. 674 ss.;

BONSIGNORI, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1986, 317 ss.;

BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1997, XXIII, p. 172 ss.;

BONSIGNORI, voce *Fallimento*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1990, p. 373 ss.;

BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 901 ss.;

BORN, *International Commercial Arbitration*<sup>2</sup>, I, The Hague, 2014;

BOSTICCO, *Evoluzione del concordato dopo il decreto sviluppo*, in *Fall.*, 2014, p. 707 ss.;

BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, in *Fall.*, 2016, p. 861 ss.;

BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Judicium*, p. 1 ss.;

BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 218 ss.;

BOWLING, “*Pay now and argue later - or I’ll wind you up*”: *the Insolvency Act 1986 vs. the Construction Act 1996.*, in *Const. L.J.*, 2010, 26, VIII, p. 601 ss. ;

BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1993, 477 ss.;

BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1121 ss.;

BOZZA, *L'accertamento del passivo nella procedura di liquidazione giudiziale*, in *Fall.*, 2016, p. 1063 ss.;

BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2012, p. 768 ss.;

BOZZA, *La natura del procedimento di accertamento del passivo*, in *Fall.*, 1990, p. 887 ss.;

BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fall.*, 2005, p. 1208 ss.;

BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, in Mistelis-Brekoulakis, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 165 ss.;

BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arbitrato*, 2016, p. 239 ss.;

BURN-GRUBB, *Insolvency and arbitration in English law*, in *Int. A.L.R.*, 2005, 8, IV, p. 125 ss.;

CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in *Il diritto dell'arbitrato*, a cura di Rubino Sammartano, Padova, 2010, p. 1523 ss.;

CALIFANO, *L'interruzione del processo civile*, Napoli, 2004;

CANALE, *Orientamenti e disorientamenti nelle prime interpretazioni giurisprudenziali sul nuovo concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2006, p. 566 ss.;

CANALE, sub art. 83 bis, in, *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, p. 1345 ss.;

CANDIAN, *Il processo di fallimento*<sup>2</sup>, Padova, 1939;

CANDIAN, *Legittimazione processuale e negoziale del fallito*, in *Dir. fall.*, I, 1964, p. 538 ss.;

CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 532 ss.;

CAPPER, *Insolvency and the Human Rights Act 1998: early Northern Ireland perspectives*, in *Insolv. L.*, 2001, 3, p. 119 ss.;

CARAVELLA, *La tutela, anche conservativa, dei diritti e il concordato preventivo*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, p. 238 ss.;

CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. Fall.*, 2015, p. 573 ss.;

CARNACINI-VASETTI, voce *Arbitri*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937;

CASSANDRO, *Gli effetti per i creditori*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, III, Torino, 2011, p. 224 ss.;

CARMELLINO *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Esec. forzata*, 2013, p. 2 ss.;

CARNACINI-VASETTI, voce *Arbitri*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937;

CARNELUTTI, *Arbitrati ed arbitri*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 129 ss.;

CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, p. 1929 ss.;

CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*<sup>5</sup>, Roma, 1956;

CARNELUTTI, *Natura del processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 216 ss.;

CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, I, 1936;

CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1145 ss.;

CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 110 ss.;

CASELLI, voce *Fallimento*, III, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 3 ss.;

CASORIA- RUSSO, *Effetti del fallimento su mandato e clausola compromissoria*, in *Impresa*, 2004, p. 1 ss.;

CATTANEO, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2002, p. 643 ss.;

CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 2016, p. 227 ss.;

CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, p. 1021 ss.;

CATALDO, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporti processuali ed interruzione dei giudizi nella riforma della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2007, p. 1431 ss.;

CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2002, p. 841 ss.;

CAVALAGLIO, *Arbitrato libero, giurisdizione ordinaria e verifica fallimentare dei crediti: gli incerti confini*, in *Riv. arbitrato*, 2001, p. 445 ss.;

CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova, 1975;

CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, XI, Padova, 2009, p. 353 ss.;

CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, in *Il fallimentarista*, 22 luglio 2013;

CECCHHELLA, *Il giudizio*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di Vassalli-Luiso-Gabrielli, II, 2014, p. 116 ss.;

CECCHHELLA, *Sostituzione processuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998;

CERRI, *Legittimazione a stare in giudizio da parte dell'assuntore del concordato fallimentare e natura del danno da perdita della capacità di guadagno futuro: due questioni sottoposte al vaglio della Suprema Corte*, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 12 ss.;

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, II, Napoli, 1936;

CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965;

CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1189 ss.;

CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 44 ss.;

CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1107 ss.;

CONSOLO, *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 412 ss.;

CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il "vecchio" rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, p. 253 ss.;

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2010;

CONSOLO-MARINELLI, *La Cassazione e il duplice volto dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 678 ss.;

CONSOLO-MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di merito e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1448 ss.;

CORAPI-BENINCASA, *Considerazioni comparatistiche sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 249 ss.;

CORDERO MOSS, *Arbitration and private international law*, in *Int. A.L.R.*, 2008, 11, IV, p. 155 ss.;

CORDOPATRI, *Il processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 344 ss.;

CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria sottoscritta dalla società fallita, quando era in bonis*, in *Giur. it.*, 2017, p. 925 ss.;

COSSIGNANI, *Dichiarazione di fallimento e interruzione dei processi*, in *Fall.*, 2009, p. 955 ss.;

COSTA, *Gli effetti del fallimento sul fallito*, in *Il fallimento*, diretto da Ragusa Maggiore e Costa, II, Torino, 1997, p. 5 ss.;

COSTA, voce *Legittimazione processuale*, in *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1963, p. 763 ss.;

CURATOLA, *Le materie arbitrali*, in *Appunti di diritto dell'arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di Iudica, Torino, 2012;

CURTI, *L'arbitrato irrituale*, Torino, 2005;

CUZZERI-CICU, *Del fallimento*, Torino, 1927;

D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*. in *Riv. società*, 2015, p. 5 ss.;

D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, p. 1163 ss.;

DALFINO, *Difetto di rappresentanza, assistenza, autorizzazione; nullità della procura al difensore*, in *Foro. it.*, 2009, p. 287 ss.;

DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002;

DE FERRA, *Degli effetti del fallimento per il fallito*, in *Legge fall. comm.*, diretto da Bricola-Galgano-Santini, Bologna-Roma, 1986;

DE FERRA, *Effetti del fallimento per il fallito*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1986, p. 32 ss.;

DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1986, I, p. 285 ss.;

DE GASPERI, *Considerazioni in tema di legittimazione vicaria del fallito*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 617 ss.;

DE MAIO, *Il fallimento*, Roma, 1950;

DE MARTINI, *Attività negoziale e attività processuale del fallito*, in *Dir. fall.*, 1971, p. 218 ss.;

DE SEMO, *Diritto fallimentare*<sup>4</sup>, Padova, 1967;

DE SANTIS, *Le azioni civili che derivano dal fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di Buonocure e Bassi, II, Padova, 2010, p. 40 ss.;

DE SANTIS, *Le azioni che derivano dal fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino, 2009, p. 486 ss.;

DE SANTIS, *Le Sezioni Unite e il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Società*, 2013, p. 435 ss.;

DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fall.*, 2013, p. 1062 ss.;

DI BIASE, *Ancora sulla legittimazione processuale del fallito*, in *Dir. fall.*, 1980, p. 604 ss.;

DI GRAVIO, *La legittimazione processuale del fallito dopo la chiusura del fallimento per insufficienza dell'attivo, come arma impropria contro i creditori ammessi e non soddisfatti*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 449 ss.;

DI LAURO, *Legittimazione del curatore*, in *Dir. fall.*, 1976, p. 444 ss.;

DI PIETRO, *General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention*, in Mistelis-Brekoulakis, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 90 ss.;

DIDONE, *Processo ordinario di cognizione e fallimento*, Milano, 1996;

DIDONE, *La dichiarazione tardiva di credito nel fallimento*, Milano, 1991;

DOLMETTA, *Concordato preventivo e contratti «pendenti» (in margine alle modifiche portate all'art. 169 bis l. fall. dal d.l. n. 83/2015)*, in *Fall.*, 2016, p. 395 ss.;

DOUG, *Insolvency and arbitration: an arbitral tribunal's perspective*, in *Arbitration*, 2012, 78, II, p. 123 ss.;

FABIANI, *Consecuzione fra pignoramento e concordato preventivo liquidatorio*, in *Foro it.*, 2001, I, p. 238 ss.;

FABIANI, *Decreto di esecutorietà dello stato passivo e accertamento negativo del credito*, in *Fall.*, 1997, p. 1084 ss.;

FABIANI, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una «lettura difensiva»*, in *Fall.*, 2016, p. 569 ss.;

FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 766 ss.;

FABIANI, *La tutela del creditore concorsuale non concorrente nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1994, p. 615 ss.;

FABIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, in *Società*, 2015, p. 612 ss.;

FABIANI, *Per la chiarezza di idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, p. 175 ss.;

FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1051 ss.;

FABIANI, *Sub art. 24*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, Bologna, 2006;

FABIANI-CARMELLINO, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di Didone, II, Milano, 2016, p. 1784 ss.;

FINOCCHIARO, *Concordato preventivo, divieto di azioni esecutive individuali e tutela dall'aggiudicatario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 619 ss.;

FARINA P., *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 62 ss.;

FARINA P., *Misure cautelari ed istruttoria prefallimentare. Un contributo per la ricostruzione della disciplina stabilita dall'art. 15, comma 58, della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2013, p. 294 ss.;

FAZZALARI, *Arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino, 2000, p. 88 ss.;

FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 393 ss.;

FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997;

FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2000, p. 704 ss.;

FERRARA JR.- BORGIOLI, *Il fallimento*<sup>4</sup>, Milano, 1989;

FERRI, *La legittimazione del curatore fallimentare: poteri e limiti*, in *Fall.*, 2007, p. 1031 ss.;

FERRI - BELLOMI, *La capacità processuale del fallito nell'inerzia del curatore*, in *Fall.*, 2013, p. 952 ss.;

FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fall.*, 2016, p. 1032 ss.;

FLETCHER, *The law of insolvency*<sup>4</sup>, London, 2012;

FLORIO, *Brevi considerazioni sull'interruzione dei processi a causa del fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 472 ss.;

FORNACIARI, *Natura, di rito o merito, della questione circa l'attribuzione di una controversia ai giudici statali oppure agli arbitri*, in *Corr. giur.*, 2003, 461 ss.;

FRADEANI, *Eccezione d'arbitrato e fallimento, tra vecchi e nuovi problemi interpretativi*, in *Giur. it.*, 2012, p. 463 ss.;

FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, in *Foro it.* 2013, I, c. 2701 ss.;

FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 1996, p. 419 ss.;

FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di Panzani, IV, Torino, 2014, p. 649 ss.;

FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*<sup>2</sup>, Padova, 2016;

GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942;

GENOVIVA *La chiusura del fallimento nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2007, p. 6 ss.;

GHIRGA, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 234 ss.;

GIORGETTI, *La capacità processuale del fallito nei giudizi litisconsortili con il fallimento*, in *Fall.*, 2003, p. 1083 ss.;

GOZZI, *Difetto di rappresentanza o assistenza della parte e sanatoria in grado di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 748 ss.;

GRIFFINI, *Le proposte concorrenti di concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2017, p. 230 ss.;

GRIMALDI, *Clausola arbitrale*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Caiafa, I, Padova, 2011, p. 583 ss.;

GROPOLI, «Indisponibilità» dell'accertamento del passivo: rifless sull'arbitrato, in *Fall.*, 2016 p. 316 ss.;

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2015;

GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in *Commentario Scialoja Branca, Legge fallimentare*, a cura di Bricola-Galgano-Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, p. 26 ss.;

GUGLIELMUCCI, *L'accertamento del passivo nell'amministrazione controllata, nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare*, in *Fall.*, 1990, p. 968 ss.;

GUIOTTO, *Gli organismi di composizione della crisi*, in *Fall.*, 2012, p. 1101 ss.;

HANOTIAU, *The law applicable to the issue of arbitrability*, in *I.B.L.J.*, 1998, p. 756 ss.;

HANOTIAU, *What law governs the issue of arbitrability?*, in *Arb. Int'l*, 1996, 12, IV, p. 391 ss.;

HARGROVE - LIBORIO, *Arbitration and insolvency: English and Swiss perspectives*, in *Arbitration*, 2009, p. 49 ss.;

HUNTER, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, London, 2004, p. 164 ss.;

HWANG- MUTTAH, *Arbitration in company matters*, in *I.B.L.J.*, 2001, 5, p. 555 ss.;

JANNUZZI, *Autorizzazione tardiva al curatore del fallimento a stare in giudizio*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 759 ss.;

JORIO, *La riforma fallimentare: pregi e difetti delle nuove regole*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 706 ss.;

JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, p. 354 ss.;

JORIO, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fall.*, 2015, p. 1070 ss.;

KALEY, *The impact of public policy in international commercial arbitration*, in *Arbitration*, 1999, p. 326 ss.;

KEAY-WALTON, *Insolvency law, Corporate and Personal*<sup>3</sup>, Bristol, 2012;

KRÖLL, *Arbitration and Insolvency Proceedings – selected problems*, in Mistelis – Lew, *Pervasive Problems in International Arbitration*, The Hague, 2006, p. 36 ss.;

LA CHINA, *L'arbitrato*<sup>4</sup>, Milano, 2011;

LANFRANCHI, *Fallimento e giudizi pendenti*, in *Dir fall.*, I, 1993, p. 488 ss.;

LANFRANCHI, *La verifica del passivo*, Milano, 1979, 275 ss.;

LANFRANCHI, *Processi di cognizione pendenti e accertamento del passivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 440 ss.;

LATELLA, *La cessione delle azioni “di pertinenza della massa” nella realizzazione concorsuale dell'attivo*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 24 ss.;

LAZIC, *Cross-border Insolvency and Arbitration*, in Kröll-Mistelis-Perales Viscasillas- Rogers, *International arbitration and international commercial law*, p. 343 ss.;

LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, The Hague, 1998;

LEVY, *Insolvency in arbitration*, in *Int. A.L.R.*, 2005, p. 28 ss.;

LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003;

LIEBMAN, *La contestazione dei crediti nel fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, p. 209 ss.;

LIEBSCHER, *Insolvency and arbitrability*, in Mistelis-Brekoulakis, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 165 ss.;

LIGUORI, *L'accertamento del passivo nel fallimento*, in *Dir. fall.* 1968, I, p. 253 ss.;

LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. arbitrato*, 2004, p. 705 ss.;

LO CASCIO, *Accertamento della natura concorsuale dei crediti nel concordato preventivo e legittimazione del debitore e del liquidatore giudiziale*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2528 ss.;

LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2013;

LO CASCIO, *Procedure esecutive e concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, p. 1218 ss.;

LO CASCIO, *Sulla procedibilità delle azioni esecutive individuali sui beni offerti dal terzo*, in *Fall.*, 1999, p. 409 ss.;

LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015;

LUISO, *Gli organi preposti alla gestione della procedura*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, Torino, 2014, II, p. 174 ss.;

LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006;

LUPOI M. A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1393 ss.;

LUPOI M. A., *Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1339 ss.;

MACAGNO, *Conservazione degli effetti del pignoramento nella sequenza esecuzione forzata, concordato preventivo e fallimento: la risposta affermativa della S.C.*, in *Fall.*, 2016, p. 680 ss.;

MACCHIA, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, p. 295 e ss.;

MANDRIOLI, *Delle parti*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 2, Torino 1973, p. 888 ss.;

MANDRIOLI, *Difetto di legittimazione processuale, sanatoria e onere della notificazione al contumace*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 239 ss.;

MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*<sup>24</sup>, I, Torino, 2015;

MANTILLA-SERRANO, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, in *Arb. Int'l*, 1995, p. 69 ss.;

MARCHINI, *Surrogazione e sostituzione processuale nel fallimento*, in *Fall.*, 1995, p. 948 ss.;

MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002;

MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 51 ss.;

MARINUCCI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, in *Giur. it.*, 2017, p. 508 ss.;

MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il «Decreto sviluppo»: Legge Fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 426 ss.;

MAROBPIO, *Effetti del fallimento per il debitore*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Caiafa, I, Padova, 2011, p. 328 ss.;

MARVASI, *Clausola arbitrale (o compromissoria) e compromesso*, in *Appunti di diritto dell'arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di Iudica, Torino, 2012;

MARZOCCHI, *I provvedimenti cautelari nell'istruttoria prefallimentare: i limiti agli effetti anticipatori*, in *Fall.*, 2010, p. 1182 ss.;

MAZZOCCA, *La posizione del curatore con particolare riferimento all'accertamento dei crediti nonché alle inopponibilità relative alla precedente esecuzione individuale*, in *Dir. fall.*, 1981, II, p. 577 ss.;

MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>3</sup>, Napoli, 1996;

MENCHINI-MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di Vassalli-Luiso-Gabrielli, II, 2014, p. 381 ss.;

MERKIN, *Arbitration law*, London, 2004, p. 81 ss.;

MILLER - BAILEY, *Personal Insolvency, law and practice*<sup>4</sup>, London, 2008;

MILMAN, *Corporate insolvency in 2015: the ever-changing legal landscape*, in *Co.L.N.*, 2015, 369, p. 1 ss.;

MINUTOLI, *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, II, Torino, 2016, p. 2429 ss.;

MINUTOLI, *Nuovi rapporti tra gli organi fallimentari, legittimazione processuale del curatore e nomina dei legati del fallimento*, in *Fall.*, 2007, p. 673 ss.;

MINUTOLI, sub art. 24, in *La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico*<sup>3</sup>, a cura di Ferro, Padova, 2014;

MISTELIS, *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, Alphen aan den Rijn, 2009;

MONTANARI, *Appunti sul processo di fallimento*, Torino, 2015;

MONTANARI, *Chiusura “anticipata” del fallimento ai sensi dell’art. 118, comma 1, n. 4, l. fall?*, in *Fall.*, 2016, p. 1250 ss.;

MONTANARI, *Dell’accertamento del passivo e dei diritti mobiliari di terzi, Le procedure concorsuali*, a cura di Tedeschi, I, 2, Torino, 1996, p. 1484 ss.;

MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, 1991;

MONTANARI, *La novità della chiusura del fallimento in pendenza di cause*, in *Giur. it.*, 2017, p. 230 ss.;

MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 634 ss.;

MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 761 ss.;

MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1923;

MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 651 ss.;

MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, p. 10 ss.;

MUSTILL-BOYD, *Commercial Arbitration*<sup>2</sup>, London, 2001;

NAPOLITANO, *L’impatto dell’art. 43, comma 3, legge fallim. sulle cause in corso alla data della dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 184 ss.;

NARDECCHIA, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 185 ss.;

NATOLI, *La legittimazione processuale del fallito*, in *Foro pad.*, 1951, I, p. 1225 ss.;

NEGRI, *Sulla sanatoria del difetto di rappresentanza*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1681 ss.;

NICITA, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Apice, Torino, 2010, I, p. 441 ss.;

NICODEMO, *Effetti del fallimento*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., Agg.*, Torino, 2008, p. 174 ss.;

NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2012, p. 756 ss.;

OKEKEIFERE, *Public policy and arbitrability under the UNCITRAL Model Law*, in *Int. A.L.R.*, 1999, p. 71 ss.;

PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fallimento*, 2007, p. 1037 ss.;

PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 271 ss.;

PAJARDI - PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>7</sup>, Milano, 2008, p. 290 ss.;

PANETTA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola arbitrale*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 979 ss.;

PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Società*, 2013, p. 565 ss.;

PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, p. 1013 ss.;

PANZANI, *La tutela dei diritti nella liquidazione fallimentare*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, scritti in onore di G. Lo Cascio*, a cura di Fabiani e Patti, Milano, 2006, p. 190 ss.;

PASQUARIELLO, *Il «diritto» di fallire del piccolo imprenditore*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 665 ss.;

PATINI, *Perdita della capacità processuale del fallito*, in *Fall.*, 2001, p. 652 ss.;

PENTA, *Concordato preventivo e scioglimento dai rapporti in corso di esecuzione*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 728 ss.;

PENTA, *Il creditore «contestato»: una deroga al divieto di azioni esecutive*, in *Fall.*, 2015, p. 1330 ss.;

PERRINO, *Concordato fallimentare con assuntore, cessione delle azioni revocatorie ed inconsapevolezza dello stato di insolvenza*, in *Fall.*, 2007, p. 775 ss.;

PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, *Giur. comm.*, 2009, I, p. 680 ss.;

PETTIROSSI, *Sorte dei «contratti pendenti» nella disciplina del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 103 ss.;

PICARDI, *La dichiarazione di fallimento*, Milano, 1974;

PLENTEDA, *Il blocco delle esecuzioni, delle prescrizioni e decadenze e dell'acquisto dei diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2004, p. 182 ss.;

QUATRARO-DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali: profili procedurali*, I, Milano, 2014;

QUERZOLA, *Tutela cautelare, curatore, azioni di responsabilità: riflessioni minime*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 197 ss.;

PACCHI, sub art. 43, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, I, Torino, 2010, p. 590 ss.;

PATTI, *I rapporti che rimangono sospesi, Il fallimento e le altre procedure concorsuali*<sup>2</sup>, diretto da Panzani, Torino, 2012;

PATTI, *La legittimazione processuale del debitore nel c.p. con cessione dei beni tra titolarità (mantenuta) e disponibilità (trasferita) del patrimonio*, in *Fall.*, 2001, p. 784 ss.;

PATTI, *Scioglimento di preliminare e giudizio pendente ex art. 2932 c.c.: quale legittimazione del fallito dopo la chiusura del fallimento?*, in *Fall.*, 2008, p. 1168 ss.;

PERRINO, *Concordato fallimentare con assuntore, cessione delle azioni revocatorie ed inconsapevolezza dello stato di insolvenza*, in *Fall.*, 2007, p. 775 ss.;

PERRINO, *Gli effetti della chiusura del fallimento sul giudizio pendente di revocazione dei crediti ammessi*, in *Fall.*, 2008, p. 1419 ss.;

PICARDI, *La dichiarazione di fallimento*, Milano, 1974;

PIPIA, *Del fallimento*, Torino, 1931;

PLENTEDA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da Apice, I, Torino, 2016;

POLI, *Gli effetti del concordato in bianco, ovvero costi ed opportunità del nuovo istituto*, in *ilFallimentarista*, 17 maggio 2013;

PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, p. 1077 ss.;

PROTO, *Abilitazione personale del fallito e legittimazione processuale*, in *Fall.*, 2009, p. 28 ss.;

PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1999, p. 982 ss.;

PROTO, *Il controllo preventivo del giudice delegato sull'attività processuale del curatore prima e dopo la riforma fallimentare*, in *Fall.*, 2007, p. 1417 ss.;

PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 395 ss.;

PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 2014;

PROTO PISANI, *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 446 ss.;

PROTO PISANI, voce *Parte nel processo*, in *Enc. del dir.*, XXXI, Milano 1981, p. 926 ss.;

PROVINCIALI, *Determinazione dell'ufficio fallimentare sui rapporti pendenti all'atto del fallimento*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1964, p. 238 ss.;

PROVINCIALI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1977;

PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>2</sup>, Milano 1951;

PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974;

PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, II, 1974;

PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1 ss.;

PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, Padova, I, 2012;

PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963;

PUNZI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1 ss.;

QUERZOLA, *Tutela cautelare, curatore, azioni di responsabilità: riflessioni minime*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 193 ss.;

RAGO, *Concordato preventivo: due questioni in tema di legittimazione passiva*, in *Fall.*, 1999, p. 1212 ss.;

RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Padova, 1996, p. 153 ss.;

RAGO, *La decorrenza degli effetti ex art. 168 della presentazione del ricorso*, in *Fall.*, 1999, p. 1340 ss.;

RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, I, 1974;

RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*<sup>2</sup>, Padova, 1994,

RAGUSA MAGGIORE, *Natura di giurisdizione contenziosa dell'accertamento del passivo fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1972, I, p. 548 ss.;

RAGUSA MAGGIORE, *Passivo (accertamento del)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, XXXII, p. 181 ss.;

RAGUSA MAGGIORE, *Sulla legittimazione passiva nei rapporti non compresi nella massa fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1992, p. 649 ss.;

RAJAK, *Company Rescue and Liquidation*<sup>3</sup>, London, 2013, p. 59 ss.;

RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 146 ss.;

RASILE-ZANOTTI, *Il liquidatore giudiziale nel concordato con cessione dei beni: poteri, legittimazione attiva e passiva, casi pratici*, in *Il fallimentarista*, 16 gennaio 2014;

RECCHIONI, *Competenza del tribunale fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Cavallini, I, Milano, 2010, p. 471 ss.;

REDENTI, *Diritto processuale civile*<sup>3</sup>, Milano, 1985;

REDENTI, voce *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, pp. 708 ss.;

REDFERN-UZELAC, *(In)Arbitrability and Exclusive Jurisdiction*, in Kröll-Mistelis-Perales Viscasillas-Rogers, *International arbitration and international commercial law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 462 ss.;

RESTAINO, *Clausola arbitrare*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2010;

RICCI G. F., *Diritto processuale civile*<sup>6</sup>, Torino, 2016;

RICCI G. F., *Accertamento del passivo nel fallimento ed errori duri a morire*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 493 ss.;

RICCI E.F., *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1988;

RICCI E.F., *La Cassazione insiste sulla natura “negoziale” del lodo. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 1239 ss.;

RICCI E.F., *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259 ss.;

RICCI E. F., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 557 ss.;

RICCI E.F., *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 1021 ss.;

RICCI E. F., *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1998;

RICCI E.F., *Sull'efficacia del lodo arbitrare dopo la legge 9-2-1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 635 ss.;

RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del “fallimento del contrattualismo concorsuale”*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 715 ss.;

ROCCO DI TORREPADULA, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da Jorio-Fabiani, Bologna, 2010, p. 217 ss.;

ROLFI, *La protezione anticipata nel concordato preventivo alla luce del «decreto sviluppo»*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, a cura di Fimmanò, Milano, 2012, p. 220 ss.;

ROLFI, *La Suprema Corte e l'arbitrato irrituale: segnali di un ripensamento?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1620 ss.;

RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*<sup>6</sup>, I, Padova, 2010;

RUFFINI, sub art. 806, in Consolo, *Codice di procedura civile*, 2013, Milanofiori Assago, p. 1470 ss.;

RUSSO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento (la fase c.d. prefallimentare)*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, coordinato da Apice, I, Torino, 2010;

RUTHERFORD-SIMS, *Arbitration Act 1996: A Practical Guide*, Glasgow, 1996;

SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudici dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 384 ss.;

SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nel rapporto tra arbitro e giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2013, p. 1151 ss.;

SANGIOVANNI, *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?*, in *Contr.*, 2008, p. 869 ss.;

SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006;

SANZO, «Vis attractiva» del tribunale fallimentare e compensazione: la persistenza dell'effetto deviante dei precedenti giurisprudenziali, in *Giur. it.*, 1991, p. 61 ss.;

SASSANI, *Arbitrato irrituale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2007, p. 110 ss.;

SATTA, *Accertamento incidentale*, in *Enc.dir.*, I, Milano, 1958, 243 ss.;

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971;

SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, p. 44 ss.;

SATTA, *Diritto fallimentare*<sup>3</sup>, Padova, 1996;

SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952;

SATTA, voce *Capacità processuale civile*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 131 ss.;

SATTA, voce *Capacità processuale (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 130 ss.;

SCALERA, *Sulla legittimazione processuale del fallito*, in *Dir. fall.*, 1980, p. 215 ss.;

SCARSELLI, *L'accertamento sommario del passivo fallimentare*, Milano, 1991;

SHORE, *The United States' Perspective on "Arbitrability"*, in Mistelis-Brekoulakis, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 165, p. 69 ss.;

SOTGIU, *Clausola arbitrale, Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di Caiafa e Romeo, I, 2014, p. 608 ss.;

SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di Punzi, III, Padova, 2012, p. 478 ss.;

SPADARO, *Casi di chiusura*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 83 ss.;

SPADARO, *Concordato fallimentare inadempito e legittimazione del curatore ad agire nei confronti del terzo garante o assuntore*, in *Fall.*, 2017, p. 283 ss.;

SPIOTTA, *Il curatore*, Bologna, 2006;

STAUNOVO POLACCO, *Concordato con riserva*, in *ilFallimentarista*, 6 giugno 2016;

SUTCLIFFE-ROGERS, *Effect of party insolvency on arbitration proceedings: pause for thought in testing times*, in *Arbitration*, 2010, 76, II, p. 279 ss.;

TANICO, *Gli effetti del fallimento nei confronti del debitore: gli effetti personali e patrimoniali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, I, Torino, 2012, p. 249 ss.;

TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, p. 79 ss.;

TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, in *Fall.*, 2008, p. 861 ss.;

TARZIA, *Processi pendenti e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 67 ss.;

TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 195 ss.;

TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 1389 ss.;

TERENGI, *Pignoramento individuale e concordato preventivo*, in *Fall.*, 2001, p. 534 ss.;

TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Fall.*, 2005, p. 623 ss.;

TOMEI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1974, p. 67 ss.;

TOMMASEO, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2001, p. 169 ss.;

TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1989, p. 1 ss.;

TRAVAGLINO, *La «fattibilità» del concordato preventivo*, in *Corr. merito*, 2013, p. 4 ss.;

TRENTINI, *Fattibilità economica del piano e controllo del tribunale dopo l'approvazione: la Cassazione ribadisce che il controllo spetta ai creditori*, in *Fall.*, 2015, p. 165 ss.;

TROIANO, *Subentro del curatore nei giudizi pendenti e dichiarazione di fallimento*, in *Fall.*, 2002, p. 820 ss.;

TURRONI, *Liquidazione coatta amministrativa invalida, fallimento invalido e processi pendenti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, p. 1545 ss.;

TWEDDALE A.-TWEDDALE K., *A practical approach to Arbitration Law*, London, 1999, p. 86 ss.;

VALERINI, *La translatio iudicii opera anche nei rapporti tra giudice e arbitro*, in *Dir. giust.*, 2013, p. 984 ss.;

VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore: aspetti processuali e sostanziali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 229 ss.;

VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, in *L'arbitrato, Studi vari coordinati in sistema*, Milano, 1959 p. 321, nonché in *Dir. fall.*, 1957, II, p. 294 ss.;

VELLA, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in *Fall.*, 2015, p. 435 ss.;

VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 84 ss.;

VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010;

VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 21 ss.;

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*<sup>5</sup>, Torino, 2015;

VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contratto e Impr.*, 2013, p. 1203 ss.;

VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996;

VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, II, p. 923 ss.;

VOCINO, *Il fallito nel suo processo*, in *Dir. fall.*, 1972, I, p. 249 ss.;

VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 272 ss.;

VONA, *La stipula del patto compromissorio e la nomina degli arbitri nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 421 ss.;

YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, in Mistelis-Brekoulakis, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 48 ss.;

ZANICHELLI, *Chiusura del fallimento, processi pendenti e mutamento della domanda*, in *Fall.*, 2003, p. 213 ss.;

ZANICHELLI, *Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori*, in *Tratt. proc. conc.*, diretto da Jorio-Sassani, II, Milano, 2014, p. 36 ss.;

ZANICHELLI, *La contrastata legittimazione processuale del fallito*, in *Fall.*, 2003, p. 1076 ss.;

ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006;

ZIINO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e «divieto» di azioni esecutive*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 736 ss.;

ZIINO, *Le recenti disposizioni sulla "chiusura provvisoria" del fallimento in attesa della definizione di giudizi pendenti*, in [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it), 25 marzo 2016, p. 1 ss.;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su successione e arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 4 ss.;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, in *Società*, 2016, p. 92 ss.;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla convenzione arbitrale nel diritto successorio*, in *Riv. arbitrato*, 2006, p. 1127 ss.;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Parti e difensori nel processo riformato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 227 ss.;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi all'accertamento)*, Bologna, 2011;

ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 806, 807, 808 c.p.c.*, in *Arbitrato*<sup>3</sup>, diretto da Carpi, Bologna, 2016.