

## **Appunti sul rapporto tra arbitrato rituale e sopravvenuto fallimento di una delle parti.**

di **FRANCESCO TEDIOLI**

pubblicato in *Studium Iuris*, 2006, fasc. 5, pagg. 526-532.

### 1. PREMESSA, QUESITO PRINCIPALE E PROBLEMI PREGIUDIZIALI

Il presente saggio vuole offrire una risposta ad un quesito alquanto specifico ma non infrequente nelle controversie arbitrali: quali siano le conseguenze del sopravvenuto fallimento di una delle parti, che peraltro abbia omesso di difendersi, sul procedimento arbitrale rituale instaurato anteriormente all'apertura della procedura concorsuale<sup>1</sup>. In particolare, quale sia la *sorte* delle domande svolte dal soggetto *in bonis* verso la controparte poi fallita.

La soluzione necessita l'esame di alcune questioni preliminari, la cui rilevanza sarà meglio esplicitata nei paragrafi seguenti: quando si possa considerare pendente il procedimento arbitrale; se esso contempra l'istituto della contumacia e la fattispecie dell'interruzione-riassunzione del processo; se vi sia incompatibilità con le controversie in materia di procedure concorsuali; in caso di risposta affermativa, se essa sia assoluta o dipenda dall'oggetto del giudizio.

### 2. LA PENDENZA DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE

La pendenza del procedimento arbitrale, unitamente alla sua natura rituale o irrituale, sono state considerate, dalla dottrina e dalla giurisprudenza per lungo tempo prevalenti, come determinanti per risolvere i rapporti tra arbitrato e fallimento. Un orientamento più risalente ha escluso tassativamente qualsiasi spazio per metodi di risoluzione alternativi alla giurisdizione ordinaria<sup>2</sup>,

---

1 La materia dei rapporti tra fallimento ed arbitrato è particolarmente complessa e fonte di innumerevoli spunti problematici. Sul punto si segnalano due recenti opere monografiche: VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova 1996 e BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, Padova 2000. Entrambe offrono un ampio panorama di dottrina e giurisprudenza. Di notevole interesse, anche, il parere *pro-veritate* reso dal Prof. Vittorio COLESANTI, *Giudizio arbitrale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1998, p. 166 ss.; TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 625 ss.; PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, *ivi*, 1999, p. 980.

2 PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano 1974, pp. 878 e 1322; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano

con conseguente improcedibilità delle liti avviate prima della dichiarazione di fallimento. E' intervenuto, poi, un secondo indirizzo che ha limitato l'inefficacia ai soli arbitrati non ancora instaurati in quanto l'apertura della procedura concorsuale avrebbe determinato *ex se* l'automatica caducazione della clausola compromissoria sottoscritta dal contraente fallito. Ove, invece, gli arbitri fossero già stati nominati<sup>3</sup> - secondo i sostenitori della cd. tesi *dicotomica*<sup>4</sup> - ovvero ove il collegio fosse già costituito - secondo un diverso indirizzo<sup>5</sup> - il curatore non avrebbe potuto sottrarsi al vincolo arbitrale. Altre pronunce hanno legato la sorte dei patti compromissori a quella dei rapporti pendenti<sup>6</sup> al momento del fallimento, consentendo al curatore di scegliere se subentrare nel rapporto oppure scioglierlo<sup>7</sup>, altre ancora hanno ammesso che la soluzione arbitrale possa operare ove ricorrano controversie che *presentino un mero rapporto di occasionalità con il fallimento*<sup>8</sup>.

---

1982, p. 149; DE SEMO, *Diritto fallimentare* Padova, 1986, p. 250; MORINI, *Arbitrato e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 774. In giurisprudenza: Cass. Civ., 11 giugno 1969, n. 2064, in *Foro it.*, 1969, I, p. 2490; App. Milano, 5 agosto 1958, in *Dir. fall.*, 1958, p. 590. Tale orientamento, in considerazione della natura pubblicistica del fenomeno fallimentare ed in forza dell'art 24 L.F., contemplava la generalizzata competenza funzionale ed inderogabile del Tribunale fallimentare. La giurisprudenza, però, ha pian piano *eroso* la portata della *vis attractiva* del Tribunale fallimentare sino ad affermare che *essa incontra un limite insuperabile in relazione a quelle azioni, già presenti, in nuce, nel patrimonio del fallito anteriormente all'apertura della procedura concorsuale* e che l'imprenditore avrebbe potuto esercitare se non fosse intervenuto il fallimento (Cass. Civ., ord., 21 marzo 2003, n. 4210). Essa, dunque, opera soltanto in presenza di quelle azioni rispetto alle quali il fallimento è *presupposto* e fonte o che, dalla procedura concorsuale *hanno ricevuto una particolare certificazione* (BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il Fallimento* 1993, p. 479).

- 3 Quando il procedimento è pendente non serve distinguere se il collegio sia già costituito o meno. Tra le due ipotesi non c'è differenza atteso che l'art. 669 *octies* c.p.c. riconduce la pendenza alla notifica dell'atto introduttivo della procedura, con contestuale nomina dell'arbitro.
- 4 CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 555; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, *cit.*, p. 475; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1986, I, p. 285 ss;
- 5 Cass. Civ., 12 gennaio 1956, n. 30, in *Dir. fall.*, 1956, II, p. 57; Cass. Civ., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Il Fallimento* 1993, p. 483, riconducono la permanente validità del patto compromissorio all'accettazione da parte degli arbitri dell'incarico ricevuto (v. nota 10). La teoria non pare corretta in quanto il compromesso e la clausola compromissoria hanno sin dalla loro stipulazione l'effetto di sottrarre la controversia all'autorità giudiziaria, individuando nell'arbitrato lo strumento della sua risoluzione.
- 6 Si tratta di rapporti di natura obbligatoria non ancora compiutamente eseguiti alla data della dichiarazione di fallimento da una o da entrambe le parti. Generalmente, la clausola compromissoria o il patto compromissorio sono contenuti nel contratto che regola la fattispecie.
- 7 Trib. Milano, 24 settembre 1981, in *Il Fallimento* 1982, p. 286; NARDO, *Questioni in tema di arbitrato libero e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 1227, CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, p. 103, BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, *cit.*, pp. 102-3, CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, *cit.*, p. 550-5, condizionano la validità della clausola compromissoria ad una scelta discrezionale del curatore, certo ispirata dalla tutela esclusiva dell'interesse dei creditori.
- 8 Cass. Civ., 25 marzo 1966, n. 786, in *Dir. fall.*, 1966, II, p. 487; Trib. Milano, 28 maggio 1985, in *Il Fallimento* 1986, p. 1083.

Solo recentemente si è riconosciuto che il compromesso (o la clausola compromissoria) per arbitrato, anche irrituale<sup>9</sup>, costituendo un atto negoziale riconducibile alla figura del mandato collettivo (art. 1726 c.c.) o congiunto, e di quello conferito nell'interesse di terzi (art. 1723, 2° comma, c.c.)<sup>10</sup>, non è soggetto allo scioglimento in caso di fallimento del mandante. Infatti, in tale ipotesi, non trova applicazione la regola dettata dall'art. 78 L.F.<sup>11</sup> per il mandato individuale<sup>12</sup>. L'apertura della procedura concorsuale non determina, pertanto, l'inefficacia automatica del procedimento arbitrale<sup>13</sup> ed il fallimento non è incompatibile con la cognizione arbitrale. Ciò trova ulteriore riscontro nel disposto dell'art. 35 L.F. che consente al curatore (previe le dovute autorizzazioni) di stipulare compromessi<sup>14</sup>. D'altra parte non pare di ostacolo il richiamo alla

9 La dottrina (v. *ex multis*, PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 2003, p. 281) ha opposto numerose resistenze ad un intervento del curatore in sede di arbitrato irrituale, proprio perché ha considerato incompatibile con il fallimento il persistere di un mandato volto a comporre una determinata vertenza.

10 La soluzione è criticata da LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 709, la quale da una parte ritiene poco felice l'attribuzione della qualifica di terzo alla controparte contrattuale per il cui comune interesse viene conferito il mandato (*idem*, PROTO, *op. ult. cit.*, p. 982), dall'altra censura l'interpretazione che riversa nella categoria del mandato l'intero contenuto del patto compromissorio. L'A. ritiene che tale orientamento dimentichi che, ai fini dell'emanazione del lodo, sono indispensabili due manifestazioni di volontà, tra di loro autonome. Il patto compromissorio conserverebbe la sua efficacia, nonostante il fallimento, soltanto se si tenesse conto anche dell'accettazione dell'incarico ricevuto da parte degli arbitri e non soltanto della loro nomina. L'A. sembra, comunque, ricondurre la perfezione del patto compromissorio al momento della sua stipulazione. Analoga la posizione di NARDO, *Questioni in tema di arbitrato libero e fallimento*, *cit.*, p. 1226, il quale parla di fattispecie a formazione progressiva, nel senso che ogni adempimento o atto della fattispecie stessa attiene all'efficacia dell'intero procedimento.

11 Cfr. Cass. Civ., ordinanza, 17 aprile 2003, n. 6165, con nota di LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, *cit.*, p. 701 ss, che, inoltre, precisa come la clausola arbitrale sia opponibile al curatore qualora egli agisca per il recupero di un credito nascente da un contratto al quale accede una clausola compromissoria e ciò anche se il contratto sia sciolto *ope legis* o per iniziativa del fallimento. In sostanza, allorché il curatore subentri in un contratto che contenga una clausola compromissoria, non può vincolarsi solo in parte al regolamento contrattuale e sottrarsi, invece, a quanto dettato in materia di risoluzione delle controversie. *Idem*, Cass. Civ., 18 agosto 1998, n. 8145, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 1215 ss; Cass. Civ., 14 ottobre 1992, n. 11216; Trib. Bergamo, 26 novembre 1994, in *Gius* 1995, p. 2067; in dottrina BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, *cit.*, p. 477 ss; FUSILLO, *Processo arbitrale e fallimento sopravvenuto*, in *Il Fallimento* 1998, p. 330. *Contra*, Trib. Milano, 15 febbraio 2001, in *Giur. it.* 2001, p. 1439, che, invece, ritiene che il rapporto di mandato si sciogla, con il fallimento, ai sensi dell'art. 78 L.F.; GUGLIELMUCCI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali. Il Fallimento*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, II, Torino 1997, pp. 287-8.

12 In dottrina si è, invece, sostenuto che anche nel mandato collettivo il fallimento di uno dei mandanti determina lo scioglimento del rapporto. L'apertura della procedura concorsuale, in sostanza, viene equiparata ad una giusta causa di revoca, legalmente tipizzata, v. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato*, diretto da Rescigno, Torino 1985, p. 169; Lo CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano 1998, p. 290.

13 BONSIGNORI, *op. cit.*, 51; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, *cit.*, p. 300; CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, *cit.*, p. 555); in giurisprudenza, anche Cass. Civ., 18 agosto 1998, n. 8145, *cit.*, in tema di arbitrato irrituale.

14 Utilizzano questo argomento, tra gli altri: PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fall.*,

*competenza inderogabile* del Tribunale fallimentare, atteso che *la vis attractiva* non si estende anche alle azioni che già si trovano nel patrimonio del fallito all'atto del fallimento. In relazione alle controversie già deferite in arbitri, la procedura coinvolge anche l'amministrazione fallimentare<sup>15</sup>, sia pure con le limitazioni che derivano dalla specialità di rito richieste da alcuni procedimenti<sup>16</sup>.

## 2. CONTUMACIA E PROCEDIMENTO ARBITRALE

Tra gli eventi che determinano l'interruzione del processo, vi è anche il fallimento dell'imprenditore<sup>17</sup>. Se esso viene dichiarato dopo la notifica o il deposito dell'atto introduttivo (a seconda dei casi), ma prima della costituzione in giudizio della parte, il processo (ordinario) è *ipso iure* interrotto (art. 299 c.p.c.). Il curatore si può costituire volontariamente, altrimenti l'altra parte deve provvedere a riassumere il processo, nel rispetto del termine di cui all'art. 163 *bis* c.p.c.

Trasferendo il problema all'ambito in esame, qualora il fallimento della parte<sup>18</sup> sopraggiunga anteriormente al *primo contatto* con l'organo arbitrale, si pone la questione se l'evento determini l'automatica interruzione del giudizio. Una risposta positiva necessita, nel rispetto dell'art. 299 c.p.c., che il procedimento arbitrale sia compatibile tanto con l'istituto della contumacia<sup>19</sup> che con

---

1991, p. 1173; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 477; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, II, *Le materie non compromettibili*, Torino 1999, p. 153; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, pp. 431-460-577.

15 Cass. Civ., 18 agosto 1998, n. 8145, cit.; VINCRE, *op. cit.*, p. 71 ss, 97 ss.; TOTA, *Sulla legittimazione del curatore alla opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nel contraddittorio del solo fallito*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 722, la quale sostiene che, qualora il Fallimento succeda alla parte nel rapporto sostanziale soggetto all'opzione arbitrale (o nella posizione giuridica in giudizio) e, pertanto, vi sia identità oggettiva tra la controversia del fallito e quella del curatore, non vi è ragione per escludere l'opponibilità del processo arbitrale e del lodo alla massa.

16 In sostanza vi è incompatibilità se l'oggetto del giudizio arbitrale incide sulla competenza funzionale ed inderogabile del Tribunale fallimentare, ponendosi in contrasto con l'art. 24 L.F. Oltre all'accertamento di un credito (verificazione dello stato passivo e relative opposizioni), regolato dal procedimento di ammissione allo stato passivo (esaminato al § 4), non possono deferirsi ad arbitri: le controversie oggetto di reclamo ex art. 26 L.F., quelle inerenti diritti soggettivi per le quali è previsto il procedimento camerale, l'impugnazione ex art. 100 L.F., la revocazione ex art. 102 L.F, la rivendicazione mobiliare...

17 SATTÀ-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 2000, p. 401; BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari 2005, p. 258.

18 Il soggetto in questione ha assunto la qualità di parte in quanto destinatario della domanda di arbitrato.

19 L'art. 299 c.p.c. fa riferimento *alla costituzione della parte in cancelleria o all'udienza davanti al giudice istruttore*.

quello dell'interruzione. Conformemente alla prevalente dottrina<sup>20</sup> e giurisprudenza<sup>21</sup>, ritengo che, nel procedimento arbitrale, non si possa configurare una *situazione* di contumacia. Infatti, non è possibile discorrere di attore o convenuto<sup>22</sup> (più corretti sembrano i termini ricorrente-resistente), manca una citazione ed una vera e propria attività di costituzione in giudizio<sup>23</sup> poiché gli arbitri assegnano (dopo l'instaurazione del procedimento) unicamente un termine per svolgere le proprie difese. Si può verificare, invece, l'inerzia della parte che, sottoscritto il compromesso o la clausola compromissoria, si astenga dal partecipare attivamente alla procedura. Se, dunque, l'assenza di una vera e propria situazione contumaciale non esclude l'applicabilità di quelle disposizioni che offrono protezione da sviluppi del processo non previsti o particolarmente pregiudizievoli<sup>24</sup>, certamente impedisce l'operatività dell'art. 299 c.p.c..

### 3. INTERRUZIONE E ARBITRATO

Qualora, invece - nel processo (ordinario) - il fallimento intervenga dopo la costituzione in giudizio, l'evento non ne determina l'interruzione automatica, ma solo dal momento in cui è dichiarato in giudizio dal procuratore o notificato alle altre parti (art. 300 c.p.c.)<sup>25</sup>.

20 VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'Arbitrato rituale*, (a cura di), Torino 2000, p. 55; *idem*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di), Torino 2005, p. 85; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *cit.*, p. 578; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano 1999, p. 25; *contra*, VILLA, *Arbitrato e contumacia*, in *Riv. Arb.*, 2003, p. 375 ss., a favore di una parziale applicazione della disciplina dettata per il giudizio contumaciale ordinario.

21 Cass. Civ., 29 gennaio 1999, n. 787; Cass. Civ., 2 luglio 1998, n. 8697; Cass. Civ., 11 luglio 1992, n. 8469, Cass. Civ., 19 gennaio 1984, n. 465 e la più risalente Cass. Civ., 2 febbraio 1978, n. 459, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1008, con nota critica di FRANCHI, *Sulla contumacia arbitrale ed il riesame nel merito della sentenza arbitrale straniera*.

22 SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, *cit.*, p. 444.

23 SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, *cit.*, p. 448; CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino 1958, p. 882 ss.

24 Ritengo, ad esempio, che si debbano notificare personalmente al contumace gli atti di cui all'art. 292 c.p.c., disposizione comunque applicabile per garantire l'effettività del contraddittorio. In questo senso, VERDE, *Diritto dell'arbitrato* (a cura di), *cit.*, p. 220, il quale sostiene che l'applicazione dell'art. 292 c.p.c. può svincolarsi dal dato formale della mancata costituzione della parte per regolare l'ipotesi sostanzialmente analoga della parte che si astenga dal partecipare fattivamente alla procedura. *Idem*, RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova 2002, p. 585. Credo, inoltre, che vadano comunicati, anche tutti i provvedimenti del collegio. Si spinge oltre VILLA, *Arbitrato e contumacia*, *cit.*, che ritiene applicabili al giudizio arbitrale anche gli artt. 291, comma I, 293 e 294 c.p.c..

25 *Ex multis*, Cass. Civ., 10 maggio 2002, n. 6771, in *Il Fallimento* 2003, p. 374 ss, chiarisce che, in difetto di dichiarazione o notificazione dell'avvenuto fallimento, la sentenza pronunciata nei confronti del fallito non è *inutiliter data*. Il terzo non è tenuto a partecipare alla procedura fallimentare e può avere interesse a coltivare il giudizio per ottenere una sentenza. Tale provvedimento non è radicalmente nullo, ma soltanto inopponibile al fallimento e può, produrre i suoi effetti nei confronti del fallito quando riacquisti la sua capacità.

Si pone nuovamente il problema se l'interruzione operi quando sia pendente il procedimento arbitrale e, conformemente al parere della prevalente dottrina<sup>26</sup>, la risposta è negativa. Nel codice di rito manca, infatti, una disposizione specifica da cui possa ricavarsi che l'istituto si estenda anche all'arbitrato. Anzi, la tesi contraria è avvalorata dall'art. 820, comma III, c.p.c, che, applicabile al fallimento<sup>27</sup>, prevede, in caso di morte della parte, una proroga<sup>28</sup> (di 30 giorni) dei termini per depositare il lodo e nessuna interruzione<sup>29</sup>.

Il curatore, dunque, subentra automaticamente nella controversia in corso<sup>30</sup> assumendo la posizione del fallito e non può sottrarsi alla decisione degli arbitri<sup>31</sup>.

#### 4. C'E' DAVVERO UNA INCOMPATIBILITÀ ASSOLUTA TRA ARBITRATO E FALLIMENTO?

Abbiamo avuto modo di chiarire<sup>32</sup> che l'incompatibilità tra arbitrato e controversie in materia di procedure concorsuali è solamente relativa e dipende dall'oggetto del giudizio<sup>33</sup>. Il rapporto tra i

26 VINCRE, *op. cit.*, p. 99; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 459; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1968, IV, 2, p. 278; CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, in *Riv. Arb.*, 1999, p. 106.

27 BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 489; VINCRE, *op. cit.*, p. 100; FUSILLO, *Processo arbitrale e fallimento sopravvenuto*, cit., p. 329; ANDRIOLI, voce *Fallimento* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 374; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'Arbitrato rituale*, a cura di Verde, Torino 2000, p. 55, *idem*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di), cit., p. 85.

28 La proroga è finalizzata a consentire il subingresso nel giudizio del successore (TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 628).

29 FAZZALLARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, p. 62; PUNZI, Voce *Arbitrato: I) Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur.* 1995, p. 37. In giurisprudenza, v. Cass. Civ., 28 maggio 2003, n. 8545 (ma in *obiter dictum*); Coll. Arb. Genova, 29 gennaio 1998, in *Riv. Arb.*, 1999, p. 105.

30 CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, p. 100 ss.; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 489. Parzialmente difforme l'opinione di VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 55, il quale ritiene che il processo debba proseguire con il fallito, benché la pronuncia sia poi opponibile al curatore, il quale ha l'onere di impugnarla per nullità onde evitare che la stessa divenga definitiva nei suoi confronti.

31 TOTA, *Sulla legittimazione del curatore alla opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nel contraddittorio del solo fallito*, cit., p. 722, pare convinta del subingresso del curatore nella clausola arbitrale. Rimane perplessa in ordine all'applicabilità dell'art 43 L.F. all'arbitrato ed in ordine all'*efficacia del lodo nei confronti del fallimento anche quando il curatore non sia stato parte del processo arbitrale*. Del pari, l'A. ammette l'automatico subingresso del fallimento nel procedimento arbitrale (senza necessità di intervento o *in jus vocatio*) ove lo stesso sia succeduto nel diritto controverso. Infine, qualora tra il diritto controverso e la posizione giuridica del curatore vi sia un nesso di dipendenza o pregiudizialità, l'A. ritiene che gli effetti del lodo si estendano, per efficacia riflessa, alla massa.

32 L'unico ostacolo alla possibilità di riconoscere un indiscriminato ricorso alla procedura arbitrale, in materia fallimentare, è rappresentato da ragioni squisitamente processuali. Si veda la nota *sub. 14*, ove abbiamo elencato alcuni procedimenti, caratterizzati dal rito camerale o sommario, che non consentono di azionare clausole compromissorie esistenti o proseguire arbitrati già pendenti.

33 LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 25; VERDE, *Diritto dell'arbitrato* (a cura di), cit., p. 83;

due istituti viene, ora, affrontato con specifico riferimento all'*arbitrabilità* delle questioni inerenti l'accertamento di crediti vantati da un terzo, nei confronti dell'asserito debitore, poi fallito.

La giurisprudenza di legittimità ritiene che l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri sia, in ogni caso (sia in presenza di un arbitrato rituale<sup>34</sup> che irrituale), paralizzato dal prevalente effetto, prodotto dal fallimento, dell'avocazione dei giudizi aventi ad oggetto l'accertamento di un credito verso l'impresa sottoposta alla procedura concorsuale, allo speciale procedimento di verifica dello stato passivo, inderogabilmente ed esclusivamente demandato all'ufficio fallimentare<sup>35</sup>.

Questo principio risponde all'esigenza di concentrare avanti 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. Ciò essenzialmente per assicurare il concorso necessario di tutti i creditori concorrenti, un loro contraddittorio potenziale (più *esteso* nell'eventuale fase di cognizione) e per realizzare, nel *simultaneus processus*, la *par condicio creditorum*<sup>36</sup>. Si comprende, allora, perché tali obiettivi, attese le finalità pubblicistiche del procedimento di accertamento, non possano essere soddisfatti in sede di cognizione arbitrale<sup>37</sup> e cioè, in un giudizio privato il cui *dictum* si configura quale atto di autonomia privata<sup>38</sup>. Domande di accertamento di un

---

NARDO, *Questioni in tema di arbitrato libero e fallimento*, cit., p. 1215.

34 Si ricorda che, solo recentemente, la Suprema Corte ha *ripensato* la natura giuridica dell'arbitrato rituale. Quest'ultimo viene, ora, assimilato a quello libero o irrituale, ne condivide l'identica valenza negoziale e se ne distingue in virtù della sola attitudine ad una pronuncia suscettibile di *exequatur* da parte del giudice ordinario e, come tale, idonea a divenire titolo esecutivo (Cass. Civ., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, seguita da molte altre pronunce, *ex multis* Cass. Civ., sez. un., 30 agosto 2002, n. 12714; Cass. Civ., sez. un., 18 aprile 2003, n. 6349).

35 Si tratta di un principio generale, applicabile anche al di fuori dell'arbitrato, previsto dall'art. 52 L.F. che rimanda alle norme stabilite dal capo V. Perciò il creditore deve proporre domanda di ammissione al passivo con conseguente verifica, da parte del giudice delegato, dell'esistenza, entità e collocazione del credito. In giurisprudenza: Cass. Civ., sez. un., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Giur. it.*, 2004, p. 964. *Idem*, Cass. Civ., 11 giugno 1969, n. 2064, in *Foro it.*, 1969, I, p. 2490. Principio ribadito da Cass. Civ., sez. un., 21 novembre 2002, n. 16429 ed applicabile anche ai crediti prededucibili. Così, anche, la dottrina prevalente: VINCRE, *op. cit.*, p. 26; VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale* (a cura di), Torino 1997, p. 68; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 25; RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano 1997, I, p. 331; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 232; BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 50; COLESANTI, *Giudizio arbitrale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1988, I, p. 166; VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova 1995, p. 43; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 477. Per un'esplicita affermazione dell'irrelevanza, ai presenti fini, della distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale, v. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2001, p. 457.

36 Così, Cass. Civ., sez. un., 6 giugno 2003, n. 9070, con nota di MONTANARI, *Fallimento e giudizio arbitrale su crediti nella prospettiva della concezione negoziale dell'arbitrato rituale*, in *Corr. giur.* 2004, p. 322 ss; Cass. Civ., 4 settembre 2004, n. 17891.

37 Sia essa rituale che irrituale: Cass. Civ., 16 giugno 2000, n. 8231; Cass. Civ., sez. un., 6 giugno 2003, n. 9070.

38 Principio valido anche in tema di arbitrato rituale, *ex multis*, Cass. Civ., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 254, con nota di RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*; in

credito, di risarcimento del danno, di compensazione di crediti con debiti<sup>39</sup> e, comunque, volte alla declaratoria che il soggetto, poi fallito, è tenuto al pagamento di somme, vanno dichiarate tutte improcedibili<sup>40</sup>. Il giudizio può continuare, solo ove l'istante lo richieda espressamente, al fine di preconstituirsì un titolo opponibile nei confronti del fallito una volta che questi sia tornato *in bonis*<sup>41</sup>. In assenza di una specifica domanda, gli arbitri devono dichiarare l'improseguibilità<sup>42</sup> anche provvedendovi d'ufficio<sup>43</sup>, perchè il fallimento svolge i suoi effetti sul rito con cui si procede, determinando la carenza sopravvenuta della loro *potestas judicandi*<sup>44</sup>. L'improcedibilità, infatti, non va confusa con l'interruzione che, invece, deriva dalla perdita di capacità processuale del fallito e, pertanto, opera senza necessità che la dichiarazione di fallimento sia acquisita nelle forme di cui all'art. 300 c.p.c.

D'altro canto, il procedimento arbitrale prosegue limitatamente ad eventuali altre domande che non abbiano per oggetto l'accertamento di un credito, quali ad es. la risoluzione di un contratto, la

---

*Giust. civ.*, 2001, I, p. 761, con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del cd. "arbitrato rituale"* e successivamente confermata da numerose altre pronunce, quali Cass. Civ., 25 giugno 2002, n. 9289 e Cass. Civ., 4 settembre 2004, n. 17891.

39 Cass. Civ., 25 novembre 1986, n. 6930. *Contra*, Cass. Civ., 16 giugno 2000, n. 8231; Cass. Civ., 10 marzo 1992, n. 2902; Coll. Arb. Milano, lodo 10 settembre 2004, in *Riv. arb.*, 2005, p. 149 ss., con commento di LIPPONI, *Verifica fallimentare dei crediti e arbitrato: un rapporto non più tormentato*. A parere degli arbitri, l'accertamento del credito del soggetto *in bonis* sarebbe possibile ai soli fini della compensazione con un controcredito del soggetto fallito. Poichè, *la compensazione di un controcredito può essere chiesta anche nel giudizio (ordinario o arbitrale) che la procedura concorsuale abbia instaurato verso il terzo in bonis...* tale compensazione, *peraltro*, sarebbe possibile, se il controcredito del terzo *in bonis* è fatto valere (solo) in via di eccezione e non di domanda (altrimenti improcedibile). In altre parole, se l'amministrazione concorsuale chiede agli arbitri (come è obbligata a fare) l'accertamento di un credito nei confronti del terzo *in bonis*, quest'ultimo può far valere, in via di eccezione, la compensazione del proprio controcredito, senza necessità di passare attraverso l'accertamento del passivo (con riferimento al giudizio ordinario: Cass. Civ., 3 settembre 1996, n. 8053 e Cass. Civ., 21 febbraio 1983, n. 1302).

40 La regola, come detto, opera in presenza di qualunque giudizio ordinario, avente ad oggetto l'accertamento di un credito nei confronti della massa passiva (v. *ex multis*, Cass. Civ., 23 aprile 2003, n. 6475) e rende la questione sulla natura del giudizio arbitrale alquanto vuota di significato (TISCINI, *op. cit.*, p. 626).

41 PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *cit.*, p. 436. In applicazione del medesimo principio, qualora la sentenza dichiarativa di fallimento sia stata pronunciata prima dell'emanazione del lodo, quest'ultimo se pur inopponibile alla massa, non è *inutiliter datum* dal momento che potrà essere fatto valere nei confronti del soggetto tornato *in bonis* (Cass. Civ., 28 maggio 2003, n. 8545, in *Riv. arb.*, 2004, p. 713 ss.). *Idem*, CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze sulla verifica del passivo*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 104 ss.

42 Cass. Civ., 4 settembre 2004, n. 17891, in *Il Fallimento* 2005, p. 623 ss.

43 Cass. Civ., 2003, n. 6475, chiarisce che la questione dell'improcedibilità, non soggiacendo alla preclusione prevista dall'art. 38, comma I, c.p.c., può essere dedotta o rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (conf., Cass. Civ., 4 settembre 2004, n. 17891).

44 CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, *cit.*, p. 106.



verifica dei vizi o ritardi lamentati. In tali ipotesi, l'amministrazione fallimentare subentra<sup>45</sup> nel rapporto del fallito, rimanendo pienamente efficace per il curatore la clausola compromissoria dal primo stipulata<sup>46</sup>. Bisogna, infine, dare conto di una recente giurisprudenza<sup>47</sup> che ritiene indispensabile, perché il lodo possa essere considerato opponibile alla massa, che le domande non improcedibili vengano espressamente riproposte nei confronti del fallimento<sup>48</sup>. La Suprema Corte fonda le proprie argomentazioni sul rispetto del principio della domanda e di quello dispositivo che impedirebbe agli arbitri di sostituirsi alla parte in tale incombenza. Diversa e preferibile è l'opinione della dottrina<sup>49</sup>, che ritiene necessario, per garantire il rispetto del contraddittorio, non un provvedimento di integrazione *ex art. 102 c.p.c.* (peraltro, neppure nel potere degli arbitri), ma una sorta di *litis denunciatio* che consenta al curatore di *stare in giudizio* in luogo del fallito, posto che non gli è dato rifiutare gli effetti del lodo.

## 5. POSTILLA

Ultimata la redazione del presente saggio, il Governo ha emanato due decreti legislativi in attuazione delle deleghe, previste dalla legge per la competitività, che hanno modificato la disciplina del processo di cassazione, riformato l'arbitrato e parzialmente ridisciplinato le procedure concorsuali. Si rendono, pertanto, necessarie alcune notazioni che offrano una prima *lettura* della novella.

---

45 Emblematica è l'opinione di VERDE in, *Diritto dell'arbitrato* (a cura di), *cit.*, p. 87, il quale, correttamente, sostiene che: *posto che il processo arbitrale non è pregiudicato dal sopravvenuto fallimento e che il curatore ne è automaticamente "risucchiato" all'interno, l'unico problema è quello di garantire il rispetto del contraddittorio.*

46 VINCRE, *op. cit.*, 81; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, *cit.*, p. 87; Coll. Arb. Milano, lodo 10 settembre 2004, *cit.*, p. 150. In questa categoria dovrebbero essere ricomprese anche le azioni del fallimento a tutela di un proprio credito o diritto verso terzi, purché non assoggettate ad un rito speciale.

47 Cass. Civ., 28 maggio 2003, n. 8545, in *Riv. arb.*, 2004, p. 717, che, enunciando il principio di diritto esclude che *le ripetute comunicazioni, da parte degli arbitri, della pendenza della lite al curatore, possano avere effetto sostitutivo delle domande in questione.*

48 Il fallimento viene considerato terzo e non (parte sostanziale, quale) successore a titolo particolare del fallito, talché viene abilitato a svolgere opposizione di terzo *ex art. 404 c.p.c.* avverso il lodo. La soluzione è parzialmente criticata da MONTANARI, *Decisioni pronunciate nei confronti del solo fallito e opposizione di terzo del curatore*, in *Il Fallimento* 2004, p. 746. Più corretta pare la posizione di DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, *cit.*, p. 300, il quale ritiene che il curatore non possa considerarsi terzo per ogni azione promossa dal fallimento o contro di esso. Lo sarà solo per le azioni che sorgono dal fallimento, non per quelle che trova nel patrimonio del fallito o in quelle, già pendenti, nelle quali subentra, assumendo la veste di avente causa.

49 VERDE, *Diritto dell'arbitrato* (a cura di), *cit.*, p. 88.

Il D.Lgs 22 dicembre 2005 ha *riscritto* l'art. 820 c.p.c., eliminando, tra le ipotesi di proroga del termine per depositare il lodo, *la morte di una delle parti* ed ha regolato gli effetti di tale evento nell'art. 816 *sexies*. Alla morte della parte, viene, ora, equiparata ogni altra causa di perdita della capacità legale (ad es. il fallimento) e *la gestione* di tale fenomeno è lasciata alla più ampia discrezionalità degli arbitri. L'articolo, di nuova creazione, prescrive, con assoluta genericità, che gli arbitri *assum(a)no le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio*.

Nel caso specifico del fallimento di una delle parti, il precetto va collegato con il *nuovo* art. 83 *bis* L.F. (introdotto dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in vigore dal 17 luglio 2006) che testualmente recita: *se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito*. Ciò significa che gli arbitri devono, d'ufficio, dichiarare l'estinzione del procedimento laddove il contratto da cui sorge la loro *potestas iudicandi* si sciogla per effetto del fallimento. Nell'ipotesi in esame, assume profondo rilievo anche l'art. 72 L.F, totalmente riscritto dal D.lgs. 5/2006, che, ora, regola *i cosiddetti rapporti pendenti*. Al comma V, è, tra l'altro, previsto:.....*se il contraente (in bonis) intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V*. In sostanza, la nuova disposizione prevede che gli arbitri debbano dichiarare improcedibili non solo le domande di condanna al pagamento di una somma, ma anche quelle *pregiudiziali*, che per giurisprudenza costante, non erano assoggettate allo speciale rito fallimentare di ammissione allo stato passivo.

Sembrerebbe, pertanto, residuare pochissimo spazio agli arbitrati, se non nei (rari) casi di azioni intraprese dalla parte poi dichiarata fallita in forza di un contratto non sciolto per effetto della dichiarazione di insolvenza.

In tali ipotesi potrebbe (ancora) operare la soluzione del subingresso automatico del curatore nel procedimento in corso, con *litis denunciatio* ad opera degli arbitri. La formula suggerita sembra rispettare il principio del contraddittorio attraverso la comunicazione della pendenza della controversia, l'assegnazione al curatore di un congruo termine per articolare le proprie difese e

prendere parte attiva nel giudizio. Non ritengo, invece, che il precetto di cui all'art. 816 *sexies* c.p.c. possa essere invocato per dichiarare l'interruzione del procedimento. Infatti, neppure la nuova disciplina contempla la contumacia, la costituzione in giudizio e l'interruzione, offrendo, anzi, agli arbitri un'opzione incompatibile: la sospensione del procedimento. Va detto, infine, che la legge tace o, comunque, è assolutamente vaga in ordine a taluni aspetti pratici: a quale adempimento l'istituto, di applicazione peraltro discrezionale, sia funzionale; se gli arbitri debbano fissare la successiva comparizione avanti a sé; quali, infine, siano le conseguenze della mancata osservanza del loro ordine. Gli arbitri dovrebbero ricorrere alla sospensione del procedimento nel caso in cui onerino una delle parti a dare notizia della lite. Se la parte non ottempera alle disposizioni così impartite per la prosecuzione del giudizio, il collegio potrebbe (solo) *rinunciare all'incarico* (art. 816 *sexies* c.p.c.). Se pur con molte perplessità, ritengo, infatti, che la sospensione del procedimento per morte, estinzione o perdita di capacità della parte sia istituito a se stante rispetto all'ipotesi generale di cui all'art. 819 *bis* e, pertanto, non ne possa mutuare la sanzione dell'estinzione automatica del giudizio. Pertanto, gli arbitri dovrebbero già fissare, con il provvedimento di sospensione, l'udienza avanti a sé, senza necessità di una specifica istanza di parte. Diversamente argomentando non sarebbe, infatti, possibile per loro rinunciare all'incarico ricevuto.

**AVV. FRANCESCO TEDIOLI**