

ARBITRATO E IMPRESA IN CRISI

L'OPPONIBILITÀ DELLE CONVENZIONI D'ARBITRATO AL CURATORE FALLIMENTARE

Simonetta Vincze

1. Il tema, del quale sono stata invitata a parlare in questa occasione, è uno di quelli sui quali ho già avuto modo di riflettere parecchi anni addietro, prima delle riforme della legge fallimentare e prima di quelle che hanno interessato la materia arbitrale e in particolare dell'arbitrato rituale. L'invito a questo convegno è quindi per me una lieta e preziosa occasione per tornare a riflettere su questo tema a distanza di parecchi anni, motivo per cui sono molto grata agli organizzatori.

2. Dovendo occuparmi, come da programma, del tema dell'opponibilità dell'accordo compromissorio stipulato dal fallito prima del fallimento, mi pare opportuno, prima di entrare nello specifico della materia, porre *in limine* alcune precisazioni.

In primo luogo, devo specificare che farò riferimento in via esclusiva all'ipotesi nella quale il rapporto, cui inerisce l'accordo arbitrale, possa entrare a far parte del patrimonio fallimentare: non mi occuperò quindi dell'ipotesi che l'accordo arbitrale acceda a uno di quei rapporti personali, che fuoriescono dal cosiddetto patrimonio fallimentare e che rimangono nella disponibilità del fallito *ex art. 46 l. fall.*

In secondo luogo, nell'affrontare il tema in esame do per certo che l'accordo compromissorio al quale si fa riferimento sia opponibile alla curatela. Quando si parla di opponibilità alla curatela in un determinato rapporto sostanziale o processuale, la prima norma con la quale occorre confrontarsi è l'art. 45 l. fall., e il rinvio

(implicito) che detta disposizione compie sia agli artt. 2914 e 2915 c.c., sia all'art. 2704 c.c. (1). Perché sia opponibile al ceto creditorio — e alla curatela —, l'accordo arbitrale infatti non deve solo essere stato stipulato con forma scritta *ad substantiam*, come impone per il compromesso l'art. 806 c.p.c., e, secondo la migliore dottrina, per la clausola compromissoria l'art. 807 c.p.c. (2), ma devono anche essere già state compiute prima della apertura del concorso le eventuali formalità richieste dal codice civile (e dalle leggi speciali) per rendere opponibile ai terzi il contratto che contiene detto accordo, se parliamo della clausola compromissoria; oppure, se nessuna formalità sia imposta dalla legge a tal riguardo, è comunque chiaro che l'accordo arbitrale per essere opponibile alla procedura deve avere data certa anteriore al fallimento (3).

3. Una volta riconosciuta l'opponibilità dell'accordo arbitrale (o dell'accordo arbitrale unitamente al contratto) al fallimento, si può quindi passare a domandarsi che effetti esso sia in grado di produrre, pendente la procedura, per la curatela: in particolare se esso vincoli o non vincoli il curatore fallimentare alla scelta arbitrale compiuta dalle parti *in bonis*.

Il dato normativo di riferimento nella legge fallimentare, quanto alla procedura di fallimento, sta, come è noto, nell'art. 83 *bis* l. fall., introdotto nel 2006, secondo il quale « se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito ».

Si tratta di una disposizione di grande rilievo, sia perché è l'unica nella quale si fa menzione di una clausola compromissoria

(1) Su questi temi *ex multis* E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, Milano, 1998, 17 ss.

(2) Sul punto L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, 66 anche per altre citazioni.

(3) Su questi temi (in relazione all'ammissione al passivo si ricordano) Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2013, n. 4213, in *Fall.* 2013, 925 ss. con nota di P. Bosticco; Cass., Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Fall.* 2014, 175 ss. con nota di G. Ficarella.

stipulata precedentemente all'apertura del fallimento, sia perché l'ambito di applicazione di detta disposizione si estende anche ad altre procedure concorsuali: essa è, infatti, applicabile anche alla liquidazione coatta amministrativa, grazie all'espresso richiamo contenuto nell'art. 201 l. fall. (alla sezione IV del titolo II capo III del regio decreto n. 267 del 1942), e, per tramite dell'art. 36 del d.lgs. 270/1999, che rinvia per quanto non espressamente disposto dal medesimo alle norme sulla liquidazione coatta amministrativa, a mio avviso, anche all'amministrazione straordinaria (4), pur dovendosi ricordare che in quella procedura vige una disciplina specifica riguardo ai contratti pendenti, che ne prevede come regola generale la continuazione, salva la possibilità del commissario straordinario di sciogliersi (e salva la particolare disciplina scritta nel comma 4 dell'art. 50, d.lgs. 270/1999).

Deve invece evidenziarsi fin d'ora — ma tale tema sarà oggetto di una successiva relazione — che una regola differente è posta dall'art. 169 *bis* l. fall. per il concordato preventivo (norma in vigore dal settembre 2012).

Il dettato dell'art. 83 *bis* l. fall. è a ben vedere alquanto "particolare" e sicuramente non esaustivo, perché in modo esplicito dà solo una indicazione *in negativo* della disciplina da applicarsi, per l'ipotesi in cui il contratto, in cui è contenuta la clausola compromissoria, sia « sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione ».

Detta disposizione — sicuramente — non è quindi in grado di risolvere tutti i dubbi che possono sorgere in materia. Ciononostante, grazie alla sua introduzione, il legislatore del 2006 ha avuto il merito di semplificare il quadro di sistema, consentendo, se non altro, di « sbarazzarsi » di alcune tesi tra quelle, assai numerose, che erano state proposte prima della sua introduzione.

Al riguardo si contano, in via di massima approssimazione, ben sette differenti ricostruzioni. Una prima e ormai remota tesi soste-

(4) L'art. 83 *bis* c.p.c. può però essere applicato anche in tal contesto giacché nel d.lgs. n. 270/1999 nessuna disposizione specifica la sorte della convenzione arbitrale nel caso in cui il commissario straordinario decida per lo scioglimento del contratto a norma del comma 1 dell'art. 50, d.lgs. 270/1999.

neva che in mancanza della nomina degli arbitri l'accordo compromissorio non potesse nemmeno considerarsi perfezionato; e fosse perciò sempre irrilevante per il fallimento (5). Altri erano convinti che il compromesso avesse natura strettamente personale e che quindi non potesse mai trasmettersi alla curatela (6). Vi era poi chi propendeva per una incompatibilità assoluta tra il sistema arbitrale e la procedura fallimentare, perché, si riteneva, che quest'ultima produca l'effetto di rendere indisponibili tutti i diritti in essa compresi: la clausola compromissoria stipulata in precedenza si sarebbe dovuta considerare priva di effetti nel successivo fallimento e per il ceto creditorio (7).

All'efficacia della clausola in caso di fallimento, secondo altri, sarebbe invece stato d'ostacolo l'art. 24 l. fall. (8): norma che, come è noto, sancisce la competenza funzionale del tribunale fallimentare, ma, in realtà, solo per le azioni che ne derivano e non per tutte le controversie della curatela.

Una tesi ancora differente, che ha goduto in passato di una notevole notorietà, considerava invece l'accordo compromissorio autonomamente nell'ambito del fallimento. Avrebbe dovuto considerarsi oggetto di una specifica scelta del curatore *ex art. 72 l. fall.*, con possibilità quindi di scioglimento o prosecuzione (9). Scelta, si badi, che non si legava alla sorte del rapporto contrattuale del quale la clausola compromissoria faceva parte, cosicché il curatore

(5) L. MORTARA, *Commentario del codice*, III, Milano, 1923, 70; E. Alvino, *Clausola compromissoria e fallimento*, in *Dir. Fall.* 1965, II, 15 ss. Cass., 12 gennaio 1956, n. 30, in *Giust. Civ.*, 1956, I, 208.

(6) Sotto il codice di commercio, così G. BONELLI, *Del fallimento*, 3^a ed., I, Milano, 1938, 627.

(7) R. PROVINCIALI, *Trattato i diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, 1322; Cass., 11 giugno 1969, 2064, in *Dir. Fall.*, 1970, II, 59

(8) G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 2^a ed., Milano, 1988, 149. L'art. 24 l. fall., secondo la tesi di alcuni, avrebbe posto un ostacolo all'operatività della clausola, non solo in relazione alle cause effettivamente derivanti dal fallimento, ma a tutte quelle che coinvolgono pretese o diritti ricompresi nel fallimento stesso e non derivanti in senso proprio dal medesimo.

(9) E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1959, 554; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, 2^o ed., Milano, 2000, 38 ss.; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso, e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, I, 1986, 302.

avrebbe potuto subentrare nel contratto pendente, ma sciogliersi dalla clausola o dal compromesso.

Sempre guardando alla clausola compromissoria come ad una pattuizione autonoma e riconducibile nello schema del mandato collettivo (art. 1726 c.c.) o in quello anche nell'interesse dei terzi (art. 1723, secondo comma, c.c.) in giurisprudenza si era invece ritenuto che il curatore non potesse sciogliersi da tale rapporto, non applicandosi a dette ipotesi l'art. 78 l. fall. (nella versione allora in vigore) (10). Si noti che secondo tale ricostruzione il curatore non avrebbe potuto sciogliersi dal vincolo arbitrale, nemmeno se il contratto non fosse più stato in pendenza, secondo la definizione che si ricava dall'art. 72 l. fall., al momento dell'apertura del fallimento o si fosse sciolto vuoi *ex lege*, vuoi per iniziativa del curatore secondo quanto prevedono le norme relative agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Ma deve ricordarsi che altri, al contrario, ponendo l'accento sul carattere fiduciario dell'accordo compromissorio ne hanno escluso l'operatività in ambito fallimentare proprio in virtù dell'art. 78 l. fall., nella parte in cui imponeva (prima della riforma del 2006) lo scioglimento del mandato per il fallimento del mandante (11).

Altri, come anch'io avevo concluso, legavano le sorti della clausola compromissoria e del compromesso in materia contrattuale a quelle del contratto: se il curatore fosse subentrato nel contratto, allora, non potendo scinderne le varie pattuizioni da cui si compone, avrebbe dovuto subentrare anche nell'accordo compromissorio: proposta interpretativa conosciuta come tesi dell'accessorietà della clausola arbitrale al contratto. L'accordo compromissorio non era dunque considerato da questo orientamento oggetto di una scelta autonoma della curatela: si riteneva che seguisse le sorti del contratto pendente secondo le norme fallimentari (12).

(10) Tra le tante Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216; Cass., 17 aprile 2003, n. 6165.

(11) Così ad es. P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 5^a ed., Milano, 1998, 267; Trib. Milano, 15 febbraio 2001, in *Giur.it.* 2001, 1439.

(12) Così ad es. F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 266; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, Se si vuole S. VINCRE *Arbitrato rituale e fallimento* Padova, 1996, 75 ss.

4. Nonostante la varietà di queste tesi, da sempre sul tema vi sono tuttavia dei punti fermi.

Uno di questi è che in ogni caso (quale che sia la tesi che si preferisce riguardo agli effetti della clausola arbitrale nei confronti della curatela) l'accordo compromissorio vede ridotte le sue possibilità di porsi all'origine di un processo arbitrale, a causa dei limiti che discendono dalla previsione di procedure speciali ed esclusive nell'ambito della procedura fallimentare: ipotesi nelle quali l'esclusione della soggezione alla clausola arbitrale è certa indipendentemente dal subentro della curatela nell'accordo e/o nel contratto.

Per questo motivo qualsiasi pretesa creditoria o di rivendica o restituzione di beni mobili o immobili *ex art. 103, l. fall.*, una volta aperto il fallimento, non può seguire la via arbitrale, ma deve essere introdotta secondo le modalità del procedimento di accertamento del passivo fallimentare.

Detta limitazione appare incontestabile, ma ad essa si aggiunge, per mio modo di vedere, un ulteriore motivo di esclusione dell'efficacia dell'accordo arbitrale stipulato dal fallito: quello relativo al diverso oggetto di quei giudizi rispetto a quelli cui può fare riferimento la clausola compromissoria o il compromesso stipulati prima del fallimento (13).

5. Nel 2006 il legislatore, come abbiamo detto, introduce l'art. 83 *bis* l. fall., collocato nell'ambito dei contratti pendenti, che tratta di « clausola compromissoria » nel testo della norma e di « clausola arbitrale » nella rubrica della norma, evidenziando già con ciò una certa approssimazione nella redazione dell'articolo.

Si tratta senza dubbio di una svolta di rilievo nella materia, anche se, come è stato più volte osservato, si tratta di una disposizione che regola in modo specifico la sorte dell'arbitrato pendente e non dell'accordo compromissorio (14): pur essendo collocata

(13) Sul tema si ricordano soprattutto E.F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, *passim*; A. CASTAGNOLA, *Le rivendiche mobiliari nel fallimento*, Milano, 1996, *passim*.

(14) Sul punto, anche per citazioni, L. BACCAGLINI, *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e di autonomia tra i due procedimenti*, Napoli, 2018, 103 s.

nella Sezione IV (del Capo III, Titolo II della legge fallimentare), che si occupa dei rapporti pendenti, e pur facendo riferimento allo scioglimento del contratto secondo le disposizioni della medesima Sezione, in realtà, essa detta una disciplina che riguarda gli effetti del fallimento sulla pendenza del processo arbitrale e non sull'accordo arbitrale già stipulato. Specifica che il curatore, nel caso di processo arbitrale, non può stare nel giudizio arbitrale, se non è subentrato nel contratto pendente che contiene la clausola compromissoria; il che significa, in sostanza, che se il contratto pendente si scioglie l'arbitrato diventa improcedibile (15).

Ciononostante, come si è già evidenziato, l'art. 83 *bis* l. fall. è di assoluto rilievo ai fini della questione qui in esame, perché dà comunque delle indicazioni importanti: ci consente comunque di porre alcuni punti fermi riguardo alla sorte di detti accordi, quanto meno per quanto riguarda l'ambito dei rapporti pendenti al momento del fallimento.

In particolare, in virtù di questa disposizione, mi pare lecito affermare che il legislatore del 2006 abbia voluto accogliere la tesi della accessorietà della clausola compromissoria rispetto al contratto cui inerisce, quanto meno, per così dire, sul versante degli impedimenti: vale a dire, spiegandoci che quando viene meno il contratto pendente, che contiene la clausola compromissoria in virtù della quale si è attivato il procedimento arbitrale, questo non può proseguire.

Grazie a detta disposizione abbiamo, tuttavia, quanto meno un indizio che conforta l'idea per la quale, in assenza di regole differenti o di impedimenti derivanti dal sistema, tale regola debba valere anche "in positivo": che, in caso di subentro, il curatore non potendo scindere le varie pattuizioni che nel loro insieme formano il contratto, subentri anche nella clausola. È questa la conclusione cui spesso si è giunti in dottrina, dopo il 2006 (16). Ma correttezza

(15) Sul punto e per l'applicazione dell'art. 43 l. fall. A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Studi sull'arbitrato offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 177.

(16) Così ad es. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, in *Società*, 2016, 84 s; G. CANALE, *Clausola arbitrale*, in O. Cagnasso L. Panzani (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, I,

di detta interpretazione *a contrario* dell'art. 83 *bis* si trova esplicitamente affermata anche in una nota ordinanza delle Sezioni unite (nel caso Ryanair) (17), dove si precisa come proprio in virtù dell'art. 83 *bis* l. fall. debba « ritenersi che 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 ».

Detto orientamento non è tuttavia unanimemente seguito in giurisprudenza e in dottrina: sul punto vi è infatti ancora una certa varietà di opinioni (18).

Si deve qui ricordare soprattutto una recente ordinanza della Cassazione dell'ottobre 2017 (19), nella quale (in motivazione) si

Torino, 2006, 1572 ss.; A. DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in G. Schiano di Pepe (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Torino, 2007, 210; F. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria sottoscritta dalla società fallita quando era in bonis*, in *Giur.it.*, 2017, 925 ss.; e, se si vuole, S. VINCRE, *Compromesso e clausola compromissoria*, in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 329 ss.

(17) Cass., Sez. Un., Ord., 26 maggio 2015, n. 10800, dove si legge « Questa interpretazione trova conferma a contrario nel disposto dell'art. 83 *bis* l. fall., dato che, se il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito nel caso di scioglimento del contratto contenente la clausola compromissoria, deve, pertanto ritenersi che 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. ».

Sul punto è inoltre particolarmente chiara è inoltre una sentenza del Trib. Terni, 7 febbraio 2011, in *Pluris*, dove si afferma chiaramente: « Sebbene la norma dell'art. 83 *bis*, l. fall. — R.D. n. 267/1942 — affermi la natura accessoria della clausola compromissoria con riferimento alla sola ipotesi presa in considerazione dalla stessa, vale a dire quella di un giudizio arbitrale pendente e di scioglimento del contratto su iniziativa del curatore ai sensi dell'art. 72, l. fall., sulla scorta di tale previsione si deve pervenire alla conclusione secondo la quale 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 e di cui pure chieda l'adempimento. »

(18) Tra le decisioni più recenti si può ricordare Trib. Roma, 31 ottobre 2011, in *Pluris*, dove si afferma che la clausola arbitrale contenuta in un contratto concluso dal fallito nel quale sia subentrato il fallimento non è a questo opponibile in difetto di espressa accettazione della clausola da parte dello stesso fallimento.

(19) Cass., 23 ottobre 2017, n. 25054.

specifica come l'art. 83 *bis* l. fall. si limiti in realtà a regolare l'ipotesi in cui sia già pendente l'arbitrato e non altro: qualora in pendenza di arbitrato sia dichiarato il fallimento di una delle parti del contratto cui accede la clausola compromissoria, il relativo procedimento diviene « improseguibile », ove il rapporto negoziale sia sciolto secondo le disposizioni di cui agli artt. 72 ss. l. fall., ma detta disposizione non trova, applicazione in differenti ipotesi.

A me pare, invece, che tale lettura dell'art. 83 *bis* l. fall. sia eccessivamente limitativa. Quand'anche si ritenga che non abbia valore precettivo (in positivo) anche per l'ipotesi specifica in cui il curatore sia subentrato nel contratto che contiene la clausola arbitrale prima dell'inizio dell'arbitrato, mi pare infatti che dal tenore della disposizione e, soprattutto, dal contesto in cui essa si colloca, non possa che risultare rafforzata la tesi della c.d. accessorietà della clausola al contratto cui inerisce: tesi che in ogni caso trova fondamento nei principi generali.

6. L'articolo in esame dà peraltro delle indicazioni interessanti anche in relazione ad altri profili che attengono al tema.

Mi pare infatti che grazie all'art. 83 *bis* l. fall. sia smentita la correttezza di quella tesi, soprattutto giurisprudenziale, secondo la quale il curatore non potrebbe mai sottrarsi alla convenzione d'arbitrato una volta nominati gli arbitri e così come non potrebbe mai sciogliersi dal rapporto contrattuale instaurato dal fallendo con questi prima della apertura della procedura fallimentare.

L'art. 83 *bis* l. fall., per vero, nulla dice in proposito, tuttavia, se a norma di detta disposizione l'arbitrato pendente non può proseguire nell'ipotesi di mancato subentro nel contratto, è evidente che questa stessa disciplina si debba applicare (in detta ipotesi) anche al rapporto con gli arbitri, vale a dire: se l'arbitrato non può proseguire (in virtù di quanto prevede l'articolo in esame), ne discende come corollario — a mio avviso — che non possa proseguire nemmeno il rapporto con gli arbitri.

Va ricordato, tuttavia, che sul punto è stata proposta da autorevole dottrina una interpretazione differente (20). Si è infatti

(20) U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, 263.

sostenuto che la norma in esame sarebbe applicabile solo in una ben precisa ipotesi: quando l'arbitrato si possa considerare pendente, perché sia già avvenuta la notifica della nomina dell'arbitro, ma questi non abbia ancora accettato. Al contrario, nel caso in cui sia già intervenuta l'accettazione, non sarebbe più possibile paralizzare il "rapporto trilatero" instauratosi, essendo il medesimo suscettibile nell'art. 78 l. fall., che come è noto prevede (ora) la possibilità di scioglimento del rapporto solo per il caso di fallimento del mandatario.

Ma, a mio avviso, l'art. 83 *bis* l. fall. né impone, né consente detta lettura: secondo questa disposizione l'arbitrato pendente non può proseguire, se non c'è subentro nel contratto; e ciò, per coerenza del sistema, porta a ritenere che in tal caso anche il rapporto con gli arbitri debba venire meno (21).

Tuttavia nella giurisprudenza di merito spesso si afferma tuttora che il compromesso per arbitrato, anche irrituale, costituendo un atto negoziale riconducibile alla figura del mandato collettivo, o congiunto, e del mandato conferito nell'interesse anche 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. fall.. » (22). Così ragionando non solo si trascura il dettato dell'art. 83 *bis* l. fall., ma si sovrappongono, a mio avviso, impropriamente due accordi distinti: quello compromissorio, che impegna le parti alla devoluzione della o delle controversie agli arbitri, e il conseguente "mandato" all'arbitro.

7. Ciò detto, occorre peraltro ancora precisare quale possa essere l'ambito delle liti per le quali è consentita la devoluzione agli arbitri, quando il curatore subentri nel contratto cui inerisce l'accordo arbitrale.

Come si è detto, poiché l'art. 83 *bis* l. fall. regola in modo espresso solo l'ipotesi in cui il curatore *non* subentri nel contratto

(21) Sul punto si vedano le osservazioni di L. BACCAGLINI, *Fallimento e arbitrato rituale*, cit., 108 s.

(22) Trib. Torino 10 febbraio 2016, in *Giur. it.* 2017, 924, con nota di F. Corsini.

pendente, ma nulla dice esplicitamente in merito alle ipotesi nelle quali egli invece subentri nel contratto, per giungere a definire il catalogo delle controversie in relazione alle quali la clausola arbitrale mantiene effetto anche per la curatela, occorre ricostruire il sistema, non solo in forza di una interpretazione *a contrario* della norma, ma anche in virtù di altri principi della materia.

Sotto questo profilo si pongono, infatti, rilevanti e differenti ordini di limiti.

Innanzitutto, come abbiamo già ricordato in precedenza e come più volte la Cassazione ha precisato (23), occorre escludere che possano essere oggetto di devoluzione agli arbitri, obblighi per il cui accertamento sia previsto in via esclusiva ad un rito speciale, come è per la fase di verifica dello stato passivo fallimentare e dello stato delle restituzioni e delle rivendiche. Si tratta infatti di un rito esclusivo e funzionale alla concorsualità che non può essere sostituito da un giudizio arbitrale. Ciò, peraltro, da un lato, come hanno precisato anche le Sezioni unite già 2004 (24), non comporta il necessario trasferimento di tutte le domande nell'ambito della verifica fallimentare, sicché la clausola potrà continuare a produrre i suoi effetti in relazione alle liti che riguardano altri profili del contratto, nel quale il curatore sia subentrato; dall'altro lato, secondo la tesi da me preferita, l'esclusività dell'accertamento del passivo non dovrebbe impedire alla parte *in bonis* di proporre nel corso del procedimento arbitrale l'eccezione di compensazione (25).

Sul punto è tuttavia d'obbligo usare il condizionale: vi sono

(23) Così ad es. Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9070; Cass. 4 settembre 2004, n. 17891.

(24) Cass., Sez. Un., 12 novembre 2004, n. 21499.

(25) Conseguenza che si può trarre in via generale dal consolidato orientamento della giurisprudenza riguardo al giudizio davanti al giudice statale, ma cui dà ulteriore forza l'art. 817 *bis*, laddove afferma la competenza degli arbitri a "conoscere" dell'eccezione di compensazione nei limiti del valore della domanda, anche quando il controcredito non è compreso nella convenzione d'arbitrato. Sul tema della compensazione nel fallimento si ricorda E.F. RICCI, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*, in *Giur. comm.*, II, 1980, 346 ss., e più di recente, anche per citazioni M. VANZETTI, *Compensazione e processo fallimentare*, Milano, 2012, *passim*.

infatti di alcune sentenze recenti della Cassazione, nelle quali si sostiene la necessità di verifica fallimentare anche nell'ipotesi in cui si voglia eccepire in compensazione il credito al curatore, attore in un'azione di condanna in sede ordinaria (26).

Rileva peraltro sul punto anche quanto emerge dall'*iter* di riforma della legge fallimentare, dove, sebbene la legge delega si sia chiaramente espressa circa la necessità della previa ammissione al passivo del creditore che eccepisce la compensazione (27) (e così era stato previsto in una delle numerose presentazioni dell'articolato della c.d. riforma Rordof), nelle ultime versioni dell'articolato, che sono state rese pubbliche, detta previsione è sparita.

7.1. In secondo luogo, occorre interrogarsi circa i limiti di applicabilità dell' 83 *bis* l. fall. in relazione al tipo di accordo arbitrale che ci si trova di fronte al momento del fallimento. Il dubbio sorge perché, come si è detto, nella rubrica dell'art.83 *bis* l. fall. si cita la "clausola arbitrale", mentre il testo dell'articolo fa espresso riferimento solo alla "clausola compromissoria".

Per comprendere esattamente quale sia la portata precettiva di questa norma, dobbiamo dunque cercare di precisare se la disciplina ivi descritta sia applicabile anche all'ipotesi in cui l'accordo arbitrale assuma la forma del compromesso, nonché all'ipotesi in cui il curatore si trovi di fronte ad una convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale *ex art. 808 bis c.p.c.*

Quanto alla prima ipotesi, mi pare che non vi sia motivo di porre distinzioni rispetto a quanto previsto per la clausola compromissoria, quanto meno tutte le volte in cui il compromesso sia stato stipulato in relazione alle controversie che sorgono da un determinato contratto. È vero che in tal caso si tratta di una pattuizione autonoma e successiva rispetto al contratto, ma è altresì indubbio che in questo caso il compromesso svolge la stessa funzione della clausola compromissoria in relazione al contratto: motivo per cui

(26) Così di recente Cass. 3 agosto 2017, n. 19424.

(27) Art.7, comma 8, l 19 ottobre 2017, n. 155 Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. (17G00170) (GU Serie Generale n. 254 del 30-10-2017).

mi pare che anche in questo caso si debba applicare il principio dell'accessorietà dell'accordo arbitrale al contratto (28).

Diversa è invece, a mio avviso, l'ipotesi in cui vi sia al momento del fallimento una convenzione d'arbitrato, che abbia un oggetto non contrattuale (così come prescrive l'art. 808-*bis* c.p.c.), stipulata prima del fallimento.

In tal caso, confesso che la tentazione di guardare alla convenzione d'arbitrato come ad un contratto autonomo in pendenza (con conseguente possibilità di scelta del curatore tra subingresso o scioglimento *ex art. 72 l. fall.*) è forte. Tuttavia, ancora una volta, a mio avviso, questa idea deve essere respinta. Non mi pare infatti che, in via generale, dall'accordo arbitrale sorgano delle vere e proprie obbligazioni in relazione alle quali si possa parlare in via autonoma di una *pendenza* della convenzione d'arbitrato: dall'accordo arbitrale non sorgono obbligazioni che devono essere adempiute e tutto si riduce alla sottrazione della lite all'autorità giudiziaria.

Per quanto riguarda l'ipotesi in esame, in realtà, il problema che si pone per il subentro del curatore, non riguarda in realtà in modo specifico la convenzione arbitrale in sé, ma la possibilità di configurare il subentro del curatore nel rapporto giuridico pendente: è impossibile, a mio avviso, concepire la pendenza del rapporto, per come ciò si deve intendere nell'ambito della disciplina fallimentare (29), quando siamo di fronte a un rapporto non contrattuale. Manca quindi *in radice* la possibilità di subentro nel rapporto "principale" cui accede la convenzione arbitrale e cui fa riferimento l'art. 83 *bis* l. fall.

Si tratta peraltro di verificare, come diremo tra poco, se, prescindendo dall'art. 83 *bis* l. fall., il curatore possa dirsi vincolato anche in relazione ad un accordo compromissorio che non riguardi un rapporto in pendenza, ma è comunque chiaro che nell'ipotesi

(28) Se si vuole S. VINCRE, *Compromesso e clausola compromissoria*, cit., 323.

(29) Sul tema la letteratura è assai ampia. Si veda *ex multis* L. GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *La legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini Commentario Sciajola-Branca, Bologna-Roma, 1979.

ora in esame non si può considerare ricompresa in detta disposizione.

8. Quanto alla possibilità o necessità del subentro del curatore nell'accordo arbitrale stipulato dal fallito, si pongono infatti nel fallimento anche altri problemi, la cui soluzione non può essere demandata all'art. 83 *bis* l. fall. Così come non potrà essere demandata all'art. 192 del nuovo Codice della crisi d'impresa, che ha contenuto identico alla norma ora in vigore, se e quando entrerà in vigore (30).

Come si è già accennato, nonostante l'ampia lettura dell'art. 83 *bis* l. fall. che viene dai più proposta, rimane infatti irrisolto il quesito circa la sorte dell'accordo arbitrale stipulato dal fallendo, quando il contratto (cui esso accede) non si possa definire "in pendenza" al momento del fallimento. Intendo riferirmi soprattutto all'ipotesi in cui il contratto sia — come si usa dire in materia — "esaurito" al momento dell'apertura della procedura.

In questi casi, come si è sottolineato in dottrina, ci troviamo di fronte a diritti e a debiti o, in senso più generale, a diritti e a obblighi che entrano a far parte del patrimonio fallimentare.

Mi pare quindi che la soluzione al quesito che ci siamo posti non possa trovarsi, se non cercando di dare risposta a un altro quesito di ordine generale: vale a dire, se in detta situazione possa configurarsi una vera e propria successione della curatela rispetto al fallito, se quindi possa configurarsi una successione della curatela nel medesimo diritto o obbligo del fallito.

Si tratta, come è noto di un tema sul quale da sempre si discute e che non può in questa sede essere approfondito come meriterebbe. Mi limito pertanto a dire che sul punto trovo tuttora convincente la tesi sostenuta anni addietro dal Prof. Edoardo Ricci: tesi

(30) L'art. 192, rubricato « Clausola arbitrale », si prevede infatti nuovamente, senza alcuna altra aggiunta, che « ..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 ».

per la quale il curatore in queste ipotesi è sempre un soggetto terzo (31).

Se si segue questa tesi, non si può configurare un'ipotesi di successione della curatela nel diritto del fallito, né nell'obbligo del medesimo: fuori dalle ipotesi previste dagli artt. 72 e seguenti l. fall., il diritto che fa valere il curatore è differente da quello del fallito, e così pure è differente l'obbligo di cui risponde la curatela, come testimoniano in particolare gli artt. 44 e 45 l. fall.

Per questo stesso motivo è altresì errato qualificare il curatore come il sostituto processuale del fallito: egli non fa valere in nome proprio un diritto altrui, ma agisce o resiste in giudizio facendo valere una situazione propria della curatela (32).

Se così si è disposti a pensare, tutte le volte in cui ci troviamo di fronte ad un rapporto esaurito non possiamo quindi descrivere la situazione come ad un subingresso del curatore nel diritto o nell'obbligo discendenti dal contratto, che fanno capo al fallito, e, di conseguenza, non possiamo ipotizzare una successione nella clausola compromissoria relativa a quei diritti e a quegli obblighi. Il che, peraltro non esclude che il curatore possa decidere di subentrare nell'accordo arbitrale, se debitamente autorizzato.

Preciso subito, tuttavia, che questa tesi non viene seguita da molta parte della giurisprudenza e della dottrina, che spendono differenti argomenti per affermare la vincolatività della clausola per il curatore anche in relazione a dette ipotesi (33).

Soprattutto in giurisprudenza, più volte si è affermata la rilevanza « non già il dato cronologico, di un eventuale antecedente scioglimento di quel contratto rispetto al momento dell'esercizio dell'azione recuperatoria, bensì il dato logico, dell'inerenza di

(31) Tra i tanti scritti dello studioso si ricordano sul tema E.F. RICCI, *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 1021 ss; Id., *Lezioni sul fallimento*, II, Milano, 1998, 113 ss.

(32) E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, cit., 195 ss.

(33) Sul tema si veda di recente e per citazioni L. BACCAGLINI, *Fallimento e arbitrato*, cit., 115 ss.

quella pretesa ai rapporti discendenti dal contratto ed afferenti al periodo di vigenza dello stesso » (34).

Si sostiene infatti che in questi casi il curatore trovi questa pretesa o questo obbligo nel patrimonio del fallito, e che la *causa petendi* dell'azione (del curatore) sia quello stesso contratto che contiene la clausola: perciò il curatore anche in tal caso sarebbe vincolato alla scelta arbitrale compiuta dal fallendo (35).

Spesso ai fini della conservazione dell'accordo arbitrale anche in dette ipotesi viene anche utilizzato l'art. 78 l. fall., precisandosi come « Il compromesso per arbitrato, anche irrituale, costituendo un atto negoziale riconducibile alla figura del mandato collettivo, o congiunto, e del mandato conferito nell'interesse anche 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. fall. » (36).

Ma, come ho già detto, a me non pare che questi orientamenti siano convincenti.

Vi sono però anche altri motivi che indicano alla stessa conclusione. Nella sua controversia il curatore « non deduce nel processo il diritto del fallito contro tale terzo, ma la propria pretesa espropriativa della quale afferma la legittimità » (37). Il diritto che il curatore trova nel patrimonio fallimentare entra nel processo da questi intrapreso, ma come una questione pregiudiziale da conoscere *incidenter tantum*: non è l'oggetto di detto giudizio. E allo

(34) Così Cass., 17 aprile 2004, n. 6165, in *Fall.*, 2004, con nota di S. Vincere.

(35) Sul punto, ad es., Trib. Padova, 10 febbraio 2016 « La clausola arbitrale è opponibile al curatore del fallimento, qualora egli agisca per il recupero di un credito nascente dal contratto nel quale è inserita una clausola compromissoria. »

Al riguardo è altresì interessante una sentenza del Tribunale di Milano, sez. impresa, del 15 settembre 2016, dove si afferma « L'azione del curatore ex art. 146 l. fall. cumula le due diverse azioni di responsabilità sociale e verso i creditori, ma dette azioni mantengono i loro distinti presupposti e regimi. Pertanto la clausola compromissoria che devolve in arbitrato l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori è opponibile anche al curatore che agisce ex art. 146 l. fall. »: anche se non c'è subentro nella clausola.

(36) Trib. Torino 10 febbraio 2016, *op.loc.cit.* Così anche in Cass., Sez. Un., ord. 25 giugno 2015, n. 10800, già citata in precedenza.

(37) E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, cit., 196.

stesso modo si deve concludere per le pretese che le parti possono far valere nel fallimento: contro il curatore non si fa valere il medesimo diritto che si farebbe valere contro la parte *in bonis*. si parla a questo proposito del diritto al concorso, e dell'accertamento dell'illegittimità della pretesa espropriativa (38). Sicché, a mio avviso, in questi casi il curatore non dovrebbe mai considerarsi vincolato alla scelta arbitrare compiuta dal fallito.

Se si conviene sulla terzietà della curatela rispetto al fallito e sul differente oggetto delle controversie in ambito fallimentare, la soluzione mi pare obbligata: in queste ipotesi il curatore non è vincolato alla scelta arbitrare effettuata dal fallito.

(38) Su questi temi si rinvia soprattutto agli scritti di Ricci e Castagnola già citati in precedenza.

