

Mauro Bove

ARBITRATO E FALLIMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti dell'arbitrabilità. – 3. Il dibattito intorno al problema della sopravvivenza dei patti compromissori stipulati dal fallito e dei giudizi già pendenti al momento della dichiarazione di fallimento. – 4. *Segue*: il dibattito successivamente alla riforma del 2006. – 5. Prospettiva ricostruttiva. – 6. Prosecuzione del giudizio arbitrale pendente. – 7. La via arbitrale scelta dal curatore.

1. Ormai da diverso tempo è stata abbandonata l'idea che vi sia una sorta d'incompatibilità concettuale tra arbitrato e fallimento. Una simile idea, sostenuta in tempi meno recenti in virtù di una generale coloritura giuspubblicistica della procedura fallimentare¹, è ormai del tutto superata, non solo dalla giurisprudenza pratica e teorica, ma anche testualmente dal diritto positivo. Invero, quando la legge fallimentare prevede, all'art. 25, 1° comma, n. 7), che il giudice delegato, su proposta del curatore, nomina gli arbitri ed ancora, all'art. 35, che il curatore può stipulare patti compromissori, previa autorizzazione del comitato dei creditori, è reso evidente come alla luce del diritto vigente non si possa affermare che la procedura fallimentare sia incompatibile con l'arbitrato².

Il problema pratico più comune emerge a fronte di due domande tra loro connesse. La prima: quand'è che l'amministrazione fallimentare, in persona del curatore, può essere parte di un giudizio arbitrale? La seconda: quali effetti produce la dichiarazione di fallimento in riferimento ad un patto compromissorio già stipulato in precedenza dall'imprenditore poi fallito o in riferimento ad un giudizio arbitrale pendente di cui questi sia parte?

Per rispondere a queste domande bisogna, però, preliminarmente interrogarsi sui limiti in cui l'arbitrato ha spazio in collegamento al fallimento, insomma bisogna verificare come si possa in questo campo tracciare la linea di confine tra controversie arbitrabili e controversie non arbitrabili. Solo trovando la risposta a questa domanda preliminare ha poi senso chiedersi se e come possa mantenere effetti un patto compromissorio stipulato in precedenza dal fallito o un giudizio arbitrale già avviato, perché evidentemente è immaginabile una simile, pretesa, "sopravvivenza" solo se quello o questo abbiano un oggetto tale da potersi concepire un arbitrato in cui sia coinvolta l'amministrazione del fallimento.

Quale ultima tappa, sarà infine dedicata qualche attenzione anche alle modalità per mezzo delle quali il curatore può effettuare la scelta della via arbitrale, ove questa non sia già stata effettuata in precedenza.

2. La domanda che si pone è: tra i conflitti che sorgono dal fallimento o che in qualche modo sono ad esso collegati come si possono distinguere quelli la cui risoluzione è devolvibile anche ad un arbitro da quelli che non possono che essere gestiti dal giudice statale secondo le procedure previste dalla legge?

¹ Sul punto vedi una sintesi delle opinioni in BERLINGUER, *L'arbitrato nelle procedure concorsuali*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali* a cura di G. Alpa, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino 1999, II, 977 ss., spec. 983-984 (in cui si riferisce di questa posizione meno recente della giurisprudenza e della dottrina di totale chiusura per quanto riguarda i rapporti tra arbitrato e fallimento).

² Cfr., fra gli altri, ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato, Commentario diretto da F. Carpi*, Bologna 2007, sub art. 806, 108-109.

Per rispondere a questa domanda bisogna partire da alcuni presupposti essenziali allo studio del fenomeno arbitrale, per poi poter trarre, alla loro luce, delle conclusioni in riferimento alle vicende collegate alla procedura fallimentare.

L'arbitrato è un mezzo alternativo alla giurisdizione statale per la risoluzione delle controversie attinenti all'esistenza e/o al modo di essere di situazioni giuridiche soggettive, con l'unico limite di carattere generale dato dal fatto che dette controversie non abbiano ad oggetto diritti indisponibili³. Da questa semplice affermazione, confermata non solo dalla storia dell'arbitrato, ma anche dalla lettera dell'art. 806 c.p.c., si possono trarre alcuni corollari.

Innanzitutto, si deve trarre l'idea che l'arbitrato può intervenire solo in sostituzione della giurisdizione contenziosa che svolga la funzione dichiarativa, non potendo esso, invece, né sostituire la funzione esecutiva, non avendo l'arbitro alcun potere di utilizzare la forza nei confronti dei consociati, né intervenire nel campo proprio della c.d. giurisdizione volontaria⁴. Ma nell'ambito della giurisdizione contenziosa di tipo dichiarativo il legislatore non pone limiti generali all'arbitrato diversi da quello della sussistenza di diritti indisponibili. Da questo punto di vista, in primo luogo non bisogna confondere la funzione con i riti attraverso i quali la funzione dichiarativa si svolge di fronte al giudice pubblico. Insomma, non ha alcun senso chiedersi se è possibile celebrare un arbitrato in sostituzione dei procedimenti speciali utilizzabili di fronte al giudice statale, perché è ovvio che questi procedimenti speciali, variamente a cognizione sommaria, sono strumenti che possono operare solo all'interno della giurisdizione pubblica. Ma è altrettanto ovvio che, se detti procedimenti speciali sono approntati in funzione della tutela dichiarativa, ossia al fine di giungere all'accertamento dell'esistenza e/o del modo di essere di una situazione giuridica soggettiva, in linea di principio (se non si incide su diritti indisponibili) i privati possono sempre impedirli scegliendo di devolvere agli arbitri le controversie che con essi si sarebbero dovute risolvere⁵.

In secondo luogo, se siamo di fronte ad un'attività di giurisdizione contenziosa di tipo dichiarativo, non si può impedire la devoluzione agli arbitri in nome di peculiari ragioni processuali, tra le quali, in ipotesi, quella per cui la controversia è stata dalla legge attribuita alla competenza inderogabile di un certo giudice statale o anche quella per cui certi incidenti cognitivi sarebbero intimamente collegati a determinate procedure che devono essere inevitabilmente gestite dal giudice statale.

Dal primo punto di vista, è ormai superata l'idea, pur sostenuta in passato, per cui l'arbitrato dovrebbe essere impedito per il fatto che la controversia sia attribuita, nell'ambito della giurisdizione statale, alla competenza funzionale di un dato giudice ordinario o alla giurisdizione di un giudice speciale⁶. Dal secondo punto di vista, non vedo francamente perché, ad esempio, la

³ Vedi, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata*, Padova 2009, p. 1 ss. ed ivi ulteriori riflessioni sulla necessità di non confondere il problema del rapporto tra diritti disponibili e diritti indisponibili col diverso problema del rapporto tra norme derogabili e norme inderogabili.

⁴ Non è che l'arbitro non possa intervenire in sostituzione del rito camerale, quanto piuttosto che egli non può sostituire propriamente la funzione che il giudice sarebbe chiamato a svolgere seguendo quel rito. Insomma, all'arbitro è data in ipotesi la funzione di risolvere controversie su diritti soggettivi, quindi sull'attribuzione di un bene della vita, e non quella di curare interessi. Sarebbe, allora, fuorviante affermare che ove operi il rito camerale non possa avere spazio l'arbitrato, perché il punto vero è che all'arbitro non è attribuibile la funzione propria della giurisdizione volontaria. Insomma, se la legge prevede il rito camerale al fine della cura di interessi, l'arbitrato non ha spazio. Ma se il detto rito è previsto per la tutela dei diritti, allora potrebbe ricorrersi anche ad un arbitro. Sempre che vengano in gioco situazioni giuridiche soggettive disponibili.

⁵ Così, ad esempio, se è ovvio che l'arbitro non può concedere un decreto ingiuntivo, è altrettanto ovvio che la controversia sul credito per la quale si potrebbe instaurare il procedimento per ingiunzione ben potrebbe essere devoluta alla decisione di un arbitro.

⁶ Sul primo aspetto vedi per una sintesi del dibattito CECHELLA, *L'arbitrato*, in *Giur. Sist. Dir. Proc. Civ.* diretta da A. PTOTO PISANI, Torino 1991, 13 ss.; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. I. La nozione di compromettibilità*, Torino 1999, 100 ss. Sul punto vedi anche LUISO, *Diritto processuale civile. IV. I processi speciali*,

giusta affermazione per cui le opposizioni esecutive, siano esse ad oggetto sostanziale, come le opposizioni di cui agli articoli 615⁷ e 619 c.p.c., o ad oggetto processuale, come quelle di cui agli articoli 617 e 512⁸ c.p.c., possono avere un senso solo se collegate alla pendenza di un processo esecutivo, che ovviamente può essere gestito solo dal giudice statale, debba portare con sé anche l'altra, quella per cui le dette opposizioni non potrebbero essere devolute ad un arbitro. Una simile conclusione potrebbe trarsi solo se si ritenesse che i detti incidenti cognitivi siano interni al processo esecutivo, ossia parti di quella attività che serve a realizzare la funzione esecutiva. Ma, poiché, al contrario, è opinione pacifica che con le opposizioni esecutive si innestano sul tronco del processo esecutivo processi dichiarativi strutturalmente autonomi da quello, ancorché ad esso funzionalmente collegati, non si vede perché il giudice privato non dovrebbe poter sostituire l'opera del giudice pubblico⁹. La verità è che quando ci si trova di fronte ad un'attività di giurisdizione contenziosa con funzione dichiarativa, abbia essa ad oggetto una situazione di diritto sostanziale o anche una situazione di diritto processuale¹⁰, in linea di principio è sempre possibile la sua sostituzione con l'arbitrato.

Fermi restando questi punti di partenza in materia di arbitrato, passando a trattare della arbitrabilità dei conflitti collegati al fallimento il discorso dovrebbe avere una sua linearità.

In primo luogo nulla può essere ricavato dall'art. 24 della legge fallimentare, perché, anche se si volesse abbandonare una lettura restrittiva, secondo la quale sono azioni che derivano dal fallimento solo quelle che hanno come presupposto imprescindibile appunto la dichiarazione di fallimento, e si volesse abbracciare una lettura ampia di essa, attraendo nel suo campo di applicazione ogni controversia che incida sulla formazione dell'attivo o del passivo, resterebbe sempre il rilievo di fondo, già prima enunciato, 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. Di conseguenza, ben può essere che una causa derivi dal fallimento, e quindi sia attribuita in ipotesi alla competenza funzionale del tribunale fallimentare ai sensi del citato art. 24 l.f., e sia tuttavia arbitrabile.

Milano 2009, 344 e, se vuoi, BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. Civ.* 2002, I, 403 ss., spec. 405-406. Sul secondo aspetto, la questione è ormai superata dallo stesso legislatore nel momento in cui ha previsto che si possano devolvere ad arbitri le controversie su diritti soggettivi che sarebbero state altrimenti decise dal giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva (così prima il secondo comma dell'art. 6 della l. 205/2000 ed oggi l'art. 12 del d.lgs. 104/2010, che ha assunto un vero e proprio codice del processo amministrativo)

⁷ Con esclusione del caso in cui si contesti la pignorabilità dei beni.

⁸ Il discorso che si fa nel testo si riferisce ovviamente solo alla fase delle controversie distributive (art. 512 c.p.c.) che si svolge eventualmente a seguito dell'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. avverso l'ordinanza del giudice esecutivo.

⁹ Altro è rilevare l'esigenza di coordinare l'introduzione del giudizio arbitrale con l'introduzione delle opposizioni esecutive, anche in considerazione del fatto che l'arbitro non può certo concedere il provvedimento di sospensione di cui all'art. 615, 1° comma, c.p.c., né quelli previsti dagli articoli 618, 2° comma, e 624 c.p.c. La sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo esecutivo potrà essere chiesta al giudice statale anche prima dell'instaurazione della causa di merito di fronte all'arbitro, passando dalla via tracciata dall'art. 669-ter c.p.c. Dopo il pignoramento, invece, l'opposizione va sempre proposta con ricorso al giudice dell'esecuzione, il quale, dopo aver eventualmente provveduto sull'istanza di sospensione, si spoglierà della causa a favore dell'arbitro, ancorché, come è ovvio, non si avrà tecnicamente una *translatio iudicii*, dovendo l'interessato attivarsi nel termine perentorio assegnato dal giudice dell'esecuzione per instaurare la causa con la proposizione della domanda arbitrale.

¹⁰ Che l'opposizione agli atti esecutivi abbia ad oggetto una questione processuale è opinione pacifica. Qualche dubbio sorge invece rispetto alle controversie distributive di cui all'art. 512 c.p.c. A mio parere esse hanno ad oggetto una situazione processuale quale è il diritto al concorso: vedi BOVE, *La distribuzione*, in BALENA-BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari 2006, 251 ss. Ma non nascondo che l'assunto è controverso: vedi, anche per una sintesi del dibattito, CAPPONI, *L'opposizione distributiva dopo la riforma dell'espropriazione forzata*, in *Corr. Giur.* 2006, 1760 ss.; BARRECA, *Le nuove norme sulle controversie distributive*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.* 2008, 267 ss.; NASCOSI, *Il nuovo volto delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.* 2010, 213 ss. ed ivi ulteriori citazioni.

La stessa irrilevanza, mi sembra, colpisce altri argomenti di origine processuale¹¹. Così quello per cui, tra le liti collegate al fallimento, non sarebbero arbitrabili quelle particolarmente connesse con esso, mentre lo sarebbero quelle meno connesse. O anche quello per cui “ragioni di carattere processuale” impedirebbero l’arbitrabilità di determinate controversie fallimentari, in particolare quando per esse il legislatore prevede la necessità di seguire un peculiare rito processuale ovvero si tratti di impugnare provvedimenti giudiziari. Gli esempi a cui simili affermazioni si applicano sono tratti da una serie di vicende fallimentari di vario tipo, tutte comunque caratterizzate dall’insorgenza di un conflitto. Si pensi così: alla dichiarazione di fallimento, all’opposizione (oggi reclamo¹²) a detta dichiarazione, alla verifica dello stato passivo, al procedimento di riparto dell’attivo, alle situazioni in cui il giudice delegato o il tribunale pronunciano decreto, al reclamo avverso tali decreti.

Queste applicazioni sono ragionevoli ed è condivisibile l’affermazione di sintesi per cui nell’ambiente fallimentare in fondo l’arbitrato può operare solo in una zona residuale¹³. Ma, bisogna rimodulare le motivazioni che si adducono, perché, riprendendo quanto detto sopra, il rilievo per cui al fine di decidere una certa controversia la legge prevede la necessità di seguire di fronte al giudice statale un determinato procedimento speciale ha poca influenza quando poi ci si chiede se quella controversia possa essere o meno decisa da un arbitro. Per delineare i limiti della giustizia privata non bisogna chiedersi quali siano i procedimenti statali sostituibili, quanto piuttosto interrogarsi sulla funzione che, attribuita al giudice statale, può essere in sostituzione attribuita anche al giudice privato. E, come è stato già rilevato, l’arbitro, se può intervenire per sostituire un’attività di giurisdizione contenziosa dichiarativa, non può invece intervenire quando si tratterebbe di sostituire l’attività esecutiva del giudice pubblico o un’attività di giurisdizione volontaria.

Ma, allora, la verità è che tutti gli incidenti cognitivi endofallimentari che sovengono negli esempi fatti 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 essi non sono al servizio dell’accertamento dell’esistenza e/o del modo di essere di una situazione giuridica soggettiva, sostanziale o processuale che sia¹⁴. Qui bisogna stare attenti al senso giuridico dell’espressione “incidente cognitivo”, perché, se è ovvio che il giudice, in ogni attività giurisdizionale che è chiamato a svolgere, sia essa contenziosa (dichiarativa o esecutiva) o meno, debba conoscere i presupposti del provvedimento che deve porre in essere, è anche vero che solo nell’ambito dell’attività che, per ragioni essenzialmente funzionali prima che strutturali, viene qualificata come dichiarativa la cognizione è sia mezzo sia fine: in essa l’accertamento non è compiuto solo al fine di provvedere, ma esso è l’obiettivo (quantomeno minimo) a cui l’attività mira, attuandosi la funzione

¹¹ Sul problema vedi, per tutti, VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova 1996, 8 ss., le cui considerazioni di principio potrebbero mantenere valore anche dopo la riforma del 2006. Ed infatti alcune di esse sono riprese ad esempio da FRASCAROLI SANTI, *L’art. 83-bis l.f. e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Sull’arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli 2010, 367 ss., spec. 373.

¹² Con la riforma del 2006 è stato, quindi, eliminato un grado di giudizio: sul punto vedi, per tutti, SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, in *Riv. dir. Proc.* 2006, 981 ss., spec. 990, il quale peraltro scriveva prima del d.lgs. n. 169 del 2007, quando, sulla base del d.lgs. n. 5 del 2006, l’art. 18 l.f. parlava di “appello” e non di “reclamo”.

¹³ Così VINCRE, *op. cit.*, 12, 23.

¹⁴ Si noti anche che non basta ad escludere l’operatività di un’attività giurisdizionale contenziosa di natura dichiarativa il fatto che l’incidente cognitivo si risolva nell’impugnativa di un atto dell’autorità. Per fare solo qualche esempio, dà certamente luogo allo svolgimento di un’attività giurisdizionale contenziosa di natura dichiarativa sia l’opposizione agli atti esecutivi di cui all’art. 617 c.p.c. sia l’impugnazione dei provvedimenti amministrativi di fronte al giudice amministrativo. Altro, poi, è interrogarsi sulla possibilità di devolvere queste controversie ad un arbitro, possibilità che è impedita solo se ci si convince di essere di fronte ad oggetti indisponibili. In ogni caso, quale che sia l’idea che si voglia sostenere, la tracciabilità della linea di confine tra arbitrabilità e non arbitrabilità non ha niente a che fare col rilievo che ci si trovi di fronte all’impugnativa di un atto dell’autorità.

dichiarativa appunto nel fissare qual è il diritto nel caso concreto. Ebbene, nell'ambito degli incidenti cognitivi endofallimentari sopra citati gli accertamenti che il giudice è chiamato a svolgere sono solo ed unicamente funzionali all'attuazione del concorso, anche quando essi assumono forme di una qualche complessità, ossia, 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 creditori¹⁵. Se così è, non si vede come l'arbitro potrebbe intervenire in sostituzione del giudice statale, posto che al giudice privato non è dato in astratto il potere di svolgere un'attività esecutiva.

Ci si soffermi, per un momento, sul caso, forse il più spinoso, dell'accertamento dello stato passivo, nell'ambito del quale sembra che vi sia un "accertamento" dei crediti nei confronti del fallito¹⁶. Decisive sono le disposizioni dell'art. 52 l.f., ai sensi del quale dopo la dichiarazione di fallimento ogni credito deve essere "accertato" secondo le norme del fallimento, e dell'art. 96, ul. comma, l.f., ai sensi del quale ogni decisione assunta dal giudice nella verifica del passivo, anche a seguito d'impugnazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo ai sensi dell'art. 99 l.f., produce effetti soltanto ai fini del concorso. Tali disposizioni rendono evidente come, dichiarato il fallimento, questo si atteggi come una sorta di sistema (tendenzialmente) chiuso, che, seguendo forme a volte semplici ed a volte più complesse, quando è necessario risolvere conflitti, punta però nel suo insieme unicamente all'attuazione del concorso e non all'accertamento (con forza di giudicato) della spettanza dei beni della vita. Così accade che per la verifica dei crediti (o dei diritti al concorso) non vi sia più spazio per un eventuale giudizio dichiarativo, statale o arbitrale che sia¹⁷. O meglio, esse rendono evidente come la procedura fallimentare ed eventuali giudizi dichiarativi sui

¹⁵ Dubbio potrebbe essere l'inquadramento della sentenza che dichiara il fallimento o di quella che la conferma in sede di reclamo (cfr. gli articoli 16 e 18 l.f., sui quali si veda ad esempio PUNZI, *La dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. Proc.* 2008, 1501 ss. e DE SANTIS, *Sulla c.d. «degiurisdizionalizzazione» del concorso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme*, in *Riv. dir. Proc.* 2008, 367 ss., spec. 373 ss., che vede nella fase di dichiarazione del fallimento e dell'eventuale reclamo un momento di giurisdizione contenziosa di tipo dichiarativo). Peraltro, anche se qui non si volesse vedere l'esplicitarsi di una funzione del tutto peculiare, qual è quella di dichiarare l'apertura dell'esecuzione concorsuale, dopo averne accertato i presupposti, e, quindi, di adottare provvedimenti conseguenti, quali quelli indicati nel primo comma dell'art. 16 l.f., l'idea che possa essere un arbitro, anziché il giudice dello Stato, a pronunciarsi sembrerebbe palesemente urtare contro l'indisponibilità dell'oggetto della sentenza, che, se vogliamo vedere come espressione di una funzione di giurisdizione contenziosa di tipo dichiarativo, rientra certamente nell'ambito della c.d. tutela costitutiva necessaria. Tuttavia, a me sembra del tutto evidente come questo provvedimento in camera di consiglio, più che svolgere una funzione dichiarativa (rispetto alla quale sarebbe anche arduo stabilirne l'oggetto: sul punto vedi da ultimo FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. Proc.* 2010, 766 ss.), sia anch'esso al servizio puramente e semplicemente dell'esecuzione forzata generale, di cui, accertandone i presupposti di legge, rappresenta il primo momento. E tale rilievo non può essere smentito dall'osservazione della struttura del procedimento, perché la maggiore o minore complessità della struttura di un procedimento (in termini di istruzione probatoria e di attuazione del principio del contraddittorio) non sempre è significativa per stabilire la funzione al cui servizio esso è posto. Tantomeno può avere un peso a questo proposito il rilievo per cui è venuta meno la possibilità di una dichiarazione d'ufficio del fallimento.

¹⁶ Quanto si dirà non subisce variazioni ove si voglia affermare che nel fallimento non si accertano i crediti, quanto piuttosto i diritti al concorso dei vari creditori. Sulla classica disputa vedi variamente RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano 1979, 71 ss.; MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova 1991, 125 ss.; LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano 1979, 240 ss., 261 ss.; CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova 1975, 119 ss.; GARBAGNATI, *Osservazioni sull'efficacia del provvedimento del giudice delegato che ammette od esclude un credito dal passivo fallimentare*, in *Riv. dir. Proc.* 1943, II, 137 ss. A seguito della riforma del 2006 emerge chiaramente che nell'accertamento del passivo vi sia essenzialmente una verifica dei diritti al concorso a puri fini interni alla procedura: sul punto vedi, fra gli altri, SALETTI, *op. cit.*, 1004.

¹⁷ Oltretutto con la riforma del 2006 l'ambito di applicazione dell'art. 52 l.f. si è ampliato rispetto alla legge precedente, recitando la norma: «Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1), nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni di legge».

crediti, statali o arbitrali, corrano su linee parallele che non s'incontrano, fino al punto che è anche 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, nel cui ambito si conosce quel credito solo ai fini della sua attuazione, senza che nulla si accerti nei confronti del debitore¹⁸. E la riprova di ciò sta nel fatto che il debitore-fallito non è neanche legittimato a contestare alcunché ed anzi egli, ove ritenga che sia stato pagato nella procedura fallimentare un credito inesistente, può sempre agire per la ripetizione dell'indebito ai sensi dell'art. 114, 2° comma, l.f., proprio perché nell'esecuzione generale (o collettiva) che egli ha subito i c.d. incidenti cognitivi non erano certo espressione di una funzione dichiarativa¹⁹.

Se tutto quello che è stato detto finora è vero, pare evidente come il domandarsi quand'è che una controversia collegata al fallimento sia arbitrabile o meno significa in realtà chiedersi quali siano gli spazi in cui può operare un'attività giurisdizionale di tipo dichiarativo all'esterno della procedura fallimentare con effetti da prodursi nell'ambito del concorso. In altri termini, in collegamento al fallimento l'arbitrato è concepibile nella misura in cui è concepibile un processo dichiarativo di fronte al giudice statale, ossia l'esplicarsi di un'attività giurisdizionale contenziosa al di fuori della procedura, che dismetta i panni dell'attività esecutiva e acquisti quelli dell'attività dichiarativa ed allo stesso tempo metta capo a pronunce nei confronti dell'amministrazione fallimentare, pronunce che, quindi, esplicano i loro effetti nell'ambito della procedura fallimentare.

Ecco, allora, che si comprende quanto sia residuale lo spazio per l'arbitrato in collegamento al fallimento, una residualità che, oltretutto, dopo l'ampliamento dell'art. 52 l.f., appare oggi ancor più evidente di quanto lo fosse in precedenza²⁰. In pratica, io direi che lo spazio per un arbitrato in questo "ambiente" si apre essenzialmente in riferimento a due gruppi di casi. In primo luogo è possibile che siano devolute ad un arbitro le 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. In secondo luogo non vedo cosa potrebbe impedire di devolvere ad un arbitro le azioni revocatorie, posto che, restando del tutto irrilevante la loro attribuzione, in ipotesi, alla competenza funzionale del tribunale fallimentare, nonché anche il loro inscindibile collegamento alla procedura fallimentare, in esse, se esercitate di fronte al giudice statale, si avrebbe puramente e semplicemente proprio l'esplicarsi di

¹⁸ Tradizionalmente la giurisprudenza ritiene che il giudizio arbitrale avente ad oggetto un credito nei confronti di una parte poi dichiarata fallita debba essere dichiarato improcedibile: vedi, fra le altre, Cass. 4 settembre 2004 n. 17891, in *Dir. fall.* 2005, II, 430. Sul punto vedi anche in dottrina, tra i più recenti, CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*, in *Riv. arbitrato* 1998, 102 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 109 A mio parere in questo caso, se non avrebbe alcun senso immaginare un subentro del curatore nel giudizio arbitrale, perché, ai sensi dell'art. 52 l.f., a seguito della dichiarazione di fallimento, i crediti nei confronti del fallito vanno accertati nel fallimento secondo le relative modalità, 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 questi sia tornato *in bonis*.

¹⁹ Né quanto appena detto pare smentito dal primo comma dello stesso art. 114 l.f., nel quale si legge: «I pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto non possono essere ripetuti, salvo il caso dell'accoglimento di domande di revocazione». Invero, questo disposto si riferisce alla stabilità del riparto di fronte agli altri creditori e non alla stabilità di esso a fronte del debitore. Per il debitore, si ripete, vale il secondo comma del citato articolo, che recita: «I creditori che hanno percepito pagamenti non dovuti devono restituire le somme riscosse, oltre agli interessi legali dal momento del pagamento effettuato a loro favore». Ma vedi per una diversa lettura CARRATTA, *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, parte seconda, in *Riv. trim. Dir. Proc. Civ.* 2008, 1271 ss., spec. 1290-1291.

²⁰ Si faccia l'esempio dei c.d. crediti di massa: se in precedenza si poteva ipotizzare l'arbitrabilità delle liti ad essi relative, sul presupposto, peraltro discutibile, che per essi fosse percorribile la via del processo dichiarativo ordinario e non quella dell'insinuazione allo stato passivo (sul punto vedi VINCRE, *op. cit.*, 23 ss.), oggi una simile ipotesi non è per nulla prospettabile, perché anche a questi crediti si riferisce il citato art. 52 l.f.

quella attività giurisdizionale contenziosa con funzione dichiarativa che ben può essere sostituita da un giudice privato.

3. Stabilito ciò che può essere devoluto ad un arbitro coinvolgendo l'amministrazione fallimentare, la scelta della via arbitrale su un oggetto che rientri in quell'area può essere effettuata dalla stessa amministrazione fallimentare oppure può essere stata effettuata prima dall'imprenditore poi fallito. Rinviando ad un momento successivo la trattazione del primo aspetto, occupiamoci del secondo, che è certamente più problematico.

Ci si chiede quale sia il valore, di fronte all'amministrazione fallimentare, di quanto "accaduto" prima della dichiarazione di fallimento²¹, vale a dire se sia ad essa opponibile un patto compromissorio precedentemente stipulato ovvero di un giudizio arbitrale già pendente²².

Ora, se prima della riforma del 2006 della legge fallimentare si dettava una disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti fondata sul metodo casistico senza nulla prevedere in riferimento alla convenzione di arbitrato, con la detta riforma è oggi, per un verso, dettata una norma di carattere generale, essendosi riformulato l'art. 72 l.f. che è intitolato genericamente ai "rapporti pendenti", e, per altro verso, con specifico riguardo alla clausola compromissoria è stata inserita nella legge fallimentare una disposizione, l'art. 83-bis, che, come vedremo, se qualcosa dice, non è però del tutto perspicua. Per poter svolgere un discorso ordinato è allora opportuno ricordare, sia pure sommariamente, quali erano le opinioni che in precedenza si dividevano il campo.

Dovendo, nella totale mancanza di disposizioni esplicite, fondarsi solo su principi generali, le opinioni precedenti, sia in dottrina sia in giurisprudenza, erano le più varie²³. Così, se alcuni

²¹ Se, poi, prima della dichiarazione di fallimento c'è stata la pronuncia di una sentenza, privata o statale che sia (equipara giustamente le due ipotesi VINCRE, *op. cit.*, 113), questa ha effetti nei confronti dell'amministrazione fallimentare negli stessi termini in cui un giudicato ha effetti rispetto ai successori delle parti (se l'amministrazione fallimentare subentra nel rapporto sostanziale, con la conseguenza che essa, subendo l'efficacia diretta della sentenza, privata o statale, può impugnarla con i rimedi, ordinario o straordinari, delle parti) ovvero, a seconda della situazione, rispetto ai terzi. Ciò a prescindere da situazioni particolari, qual è quella, in specie, che si ha a fronte di una pronuncia che abbia accertato crediti nei confronti del fallito. Così, se un credito nei confronti del fallito è stato accertato in un lodo, esso sarà fatto valere nel fallimento ai sensi degli articoli 92 ss. l.f., con l'avvertenza che detto credito sarà senz'altro ammesso se il lodo era definitivo, mentre sarà ammesso con riserva, ai sensi dell'art. 96, 2° comma, n. 3 l.f., in caso di lodo ancora soggetto all'impugnazione per nullità di cui agli articoli 828 ss. c.p.c., con possibilità per il curatore di esperire questa impugnazione. Sull'applicabilità del citato disposto contenuto nell'art. 96 l.f. anche ai lodi (rituali) vedi MONTANARI, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli 2010, 529 ss. Sull'applicabilità del previgente art. 95, 3° comma, l.f. anche ai lodi impugnabili vedi, per tutti, CAVALAGLIO, *Sui rapporti tra clausola compromissoria, processo arbitrale, lodo rituale e giudizio fallimentare di verifica dei crediti*, in *Riv. arbitrato* 1999, 707 ss. ed ivi ulteriori citazioni. In termini dubitativi vedi, invece, ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 118.

²² Nell'affrontare il problema non sembra che possa avere una qualche rilevanza la distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale. A mio parere queste sono figure assai diverse tra di loro sul piano del regime giuridico applicabile. Ma questa diversità non ha alcuna rilevanza a fronte del discorso che stiamo facendo, perché il patto compromissorio è comunque il contratto con cui due parti impediscono l'esplicitarsi della giurisdizione statale su una lite già nata o su una serie di liti future, ponendosi solo in un momento successivo la stipula di un contratto di mandato con gli arbitri. Che poi questo effetto impediente si espliciti a livello di giurisdizione statale in modi tecnicamente diversi è questione che non incide sulla domanda che poniamo nel testo. Insomma, che un patto compromissorio sia di tipo rituale o irrituale, sempre, a seguito della dichiarazione di fallimento di una parte, si pone un identico problema: è esso opponibile all'amministrazione fallimentare? E la risposta a questa domanda non si diversifica a seconda del tipo di arbitrato che le parti abbiano inteso fondare.

²³ Vedi variamente ed anche per una sintesi: VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1956, II, 294 ss.; CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. Proc.* 1959, 526 ss.; ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1964, II, 12 ss.; PIEGROSSI, *Rapporti tra fallimento e arbitrato*, in *La legge fallimentare. Bilancio e prospettive dopo 30 anni di applicazione*, Milano 1975,

proponevano una tesi del tutto restrittiva, secondo la quale, ancorché non utilizzando sempre i medesimi argomenti²⁴, si affermava la caduta di ogni convenzione di arbitrato e l'inopponibilità di ogni giudizio arbitrale pendente all'apertura del fallimento, altri propendevano piuttosto per la necessità di distinguere a seconda che la procedura fallimentare si trovi di fronte ad una convenzione di arbitrato o ad un giudizio arbitrale pendente, affermando la caduta di quella e la sopravvivenza di questo, con la precisazione che la pendenza del giudizio arbitrale si avrebbe con l'accettazione del mandato ad opera degli arbitri, momento in cui, a detta della maggior parte dei fautori di detta teoria, scatterebbe l'operatività del principio della c.d. *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., in virtù del quale, radicata la competenza in capo al giudice adito, qui il giudice privato, eventi successivi potenzialmente sottrattivi di detta competenza (come ad esempio potrebbe essere in astratto la dichiarazione di fallimento) non avrebbero alcun effetto²⁵.

Altri, ancora, cercando la risposta al problema nell'art. 72 l.f., da applicarsi quantomeno in via analogica, ritenevano che il patto compromissorio dovesse essere trattato come un contratto pendente, al quale applicare il principio generale per cui, in mancanza di diverse e specifiche disposizioni di legge, sta al curatore valutare se subentrare o meno. Di conseguenza, si affermava la sospensione dell'efficacia della convenzione di arbitrato in attesa della scelta dell'amministrazione fallimentare, salva la possibilità dell'altro contraente di mettere in mora il curatore per effettuare la scelta. Fino a giungere, infine, alla tesi di chi riconduceva la sopravvivenza della clausola compromissoria alla sopravvivenza del contratto sostanziale collegato a cui il curatore decida di subentrare. Salvo poi a dividersi, nell'ambito dei sostenitori di questa tesi, tra chi ricollegava la permanenza dell'efficacia della clausola compromissoria alla sua valenza di elemento accessorio del contratto e chi, invece, salvando l'autonomia della clausola compromissoria come contratto processuale, connesso, ma distinto dal contratto sostanziale di riferimento, semplicemente non vedeva la ragione per far cadere un contratto vincolante per il fallito a fronte dell'amministrazione fallimentare, ritenendo che, in mancanza di disposizioni specifiche in senso contrario, non possa che valere anche per il detto contratto processuale il principio della vincolatività emergente dall'art. 1372, 1° comma, c.c.²⁶.

637 ss.; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. Fall.*, 1986, I, 285 ss.; PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. Fall.* 1991, I, 1173 ss.; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento* 1993, 477 ss.; BERLINGUER, *L'arbitrato nelle procedure concorsuali* cit., 983 ss.; BONSIGNORI, *Compromesso, clausola compromissoria e fallimento*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, IV, Milano 1993, 345 ss.; Id., *Arbitrati e fallimento*, Padova 2000, 1 ss.; FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano 2001, 388 ss.; VERDE, *La convezione di arbitrato*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato* a cura di G. Verde, Torino 2005, 71 ss., spec. 80 ss.; TIZI, *Fallimento e giudizi arbitrali pendenti su crediti*, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 430 ss.

²⁴ Si andava dal richiamo alla *vis attractiva* dell'art. 24 l.f. o dall'idea della coloritura del tutto pubblicistica della procedura fallimentare, che di fatto mettevano in crisi l'arbitrato *tout court*, all'idea per cui la convenzione di arbitrato, quale contratto strettamente personale, non potrebbe sopravvivere al fallimento di uno dei contraenti, fino alla specificazione per cui questo carattere di stretta personalità sarebbe proprio del compromesso e non anche della clausola compromissoria, dovendo questa, al contrario, sopravvivere in caso di sopravvivenza del rapporto sostanziale di riferimento.

²⁵ Peraltro, a volte faceva capolino un'attenuazione dei detti principi, ammettendosi la possibilità per l'amministrazione fallimentare di avvalersi della convenzione di arbitrato in base ad una valutazione di utilità, a prescindere dal fatto che al momento della dichiarazione di fallimento pendesse già il giudizio arbitrale.

²⁶ In fondo, anche se non esplicitamente, è al principio da ultimo citato che si deve ricondurre la giurisprudenza meno risalente, secondo la quale la convenzione di arbitrato non perde effetti per la dichiarazione di fallimento, anche se questa si preoccupa, invece, di escludere l'applicabilità del previgente art. 78 l.f., che prevedeva la scioglimento del mandato per il fallimento di una delle parti. Così Cass. 8 settembre 2006 n. 19298, in *Giust. Civ. rep.* 2006, v. *Compromesso e arbitrato*, 4 e Cass. 17 aprile 2003 n. 6165, in *Giust. Civ.* 2004, II, 2408 affermano che, essendo la convenzione di arbitrato un mandato collettivo stipulato anche nell'interesse di terzi, esso non può sciogliersi con l'apertura del fallimento, non valendo per esso appunto la detta norma contenuta nella previgente legge fallimentare. Ma è evidente come in relazione alla questione che abbiamo di fronte, ossia se sopravviva o meno alla dichiarazione di fallimento l'efficacia di una convenzione di arbitrato, non abbia alcun rilievo la norma (peraltro oggi mutata, come

4. Con la riforma del 2006 nella legge fallimentare vengono introdotte, per quanto ci riguarda, tre fondamentali novità.

La prima: l'art. 72 viene intitolato, non più al contratto di vendita, ma genericamente ai rapporti pendenti, fissandosi in esso il principio generale per cui se un contratto non è ancora eseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo. Aggiungendosi che il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

La seconda: viene introdotto un art. 83-*bis*, in cui testualmente si dispone che 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".

La terza: viene riscritto il previgente art. 78 in riferimento al mandato disponendosi che il contratto di mandato si scioglie, non più per il fallimento di una delle parti, ma solo per il fallimento del mandatario.

A fronte di questo rinnovato quadro normativo gli interpreti si sono soffermati essenzialmente sul citato art. 83-*bis*, ricavando da esso, in virtù del suo tenore letterale e, si aggiunge, anche in virtù di quanto sarebbe ricavabile *a contrario*, il principio per cui la clausola compromissoria seguirebbe le sorti del contratto sostanziale a cui accede. Per cui, si dice: se il curatore subentra in questo, subentra anche nella clausola compromissoria, altrimenti, sciogliendosi dal contratto sostanziale, egli si scioglie anche dalla detta clausola.

Insomma, secondo gli interpreti più recenti, 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. Ad esso il legislatore del 2006 avrebbe risposto escludendo ogni autonomia del patto compromissorio rispetto al rapporto sostanziale a cui accede²⁷.

A mio parere queste letture vulnerano il principio di autonomia del patto compromissorio sulla base di una norma, qual è quella contenuta nell'art. 83-*bis* l.f., il cui scarno contenuto non può certo portare a quella conclusione. Del resto, al più si potrebbe negare il detto principio in riferimento alla clausola compromissoria e non anche al compromesso. Ma, se sarebbe assurdo,

vedremo) che nella legge fallimentare si occupa della pendenza di un rapporto di mandato, perché nella convenzione di arbitrato non vi è alcun mandato, ponendosi questo successivamente nel perfezionamento del rapporto tra le parti e gli arbitri.

²⁷ DIMUNDO, in *Il diritto fallimentare riformato* a cura di G. Schiano di Pepe, Padova 2007, 290 ss.; CANALE, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio coordinato da M. Fabiani, I, Bologna 2006, sub art. 83-*bis*, 1345 (il quale specifica che non si può distinguere tra clausola compromissoria e compromesso: il patto compromissorio, quale che sia la sua forma, sopravvive se sopravvive il rapporto sostanziale a cui si riferisce, altrimenti viene meno); ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 116-117 (la quale, invece, distingue tra compromesso e clausola compromissoria, applicando a questa l'art. 83-*bis* l.f. ed a quello il principio ricavabile dall'art. 72 l.f., che dà al curatore il potere di scelta); FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, 377; DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione di arbitrato stipulata dal fallito, alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli 2010, 357 ss. (il quale fa due precisazioni: a) in linea di principio il patto compromissorio è opponibile al fallimento; b) si potrebbe contestare la legittimità della scelta di scioglimento dal contratto ad opera del curatore, ma detta contestazione va sollevata a fronte del tribunale fallimentare); CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde cit.*, 169. Legge in modo limitativo l'art. 83-*bis* VELLANI, *L'art. 83-*bis* l. fall. e l'art. 15 regolamento CE n. 1346 del 2000*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde cit.*, 861 (il quale ritiene che la norma non si occupi né del caso in cui la scelta della via arbitrale sia fondata su compromesso né del caso in cui all'apertura del fallimento non penda ancora il giudizio arbitrale).

come rilevano a ragione gli interpreti, immaginare che nella lettura dell'art. 83-bis l.f. si possa fare una qualche differenza a seconda della forma che abbia assunto in concreto la convenzione di arbitrato, evidentemente la vulnerazione o meno del principio di autonomia della clausola compromissoria qui poco c'entra.

La verità è che, purtroppo, nonostante l'ampio dibattito che si era sviluppato sulla tematica che ci occupa, non si può dire che il legislatore del 2006 abbia chiarito i problemi che erano sul tappeto, problemi che in fondo, lungi dal dover essere risolti in base ad imprescindibili ragioni logico-sistematiche, esigerebbero solo chiare scelte di diritto positivo. Ma queste chiare scelte non sono ad oggi ancora state fatte e l'interprete deve arrangiarsi con i pochi dati normativi che ha a disposizione.

5. Volendo cercare di dare una risposta al quesito intorno alla sopravvivenza della scelta della via arbitrale effettuata dall'imprenditore prima della sua dichiarazione di fallimento, direi che si debba preliminarmente partire da alcuni rilievi, per così dire, in negativo.

Innanzitutto, a mio parere, non sembra che l'art. 83-bis l.f. possa risolvere il problema, perché questa 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. Insomma, detta norma impone la caduta del giudizio arbitrale, che, per così dire, abbia "perso" il suo oggetto, essendo venuto meno il rapporto sostanziale su cui fino alla dichiarazione di fallimento esso era incentrato.

Se questa, e solo questa, è la ragione della norma, ne conseguono altri rilievi.

In primo luogo, ne consegue l'assoluta irrilevanza della forma che abbia assunto la convenzione di arbitrato. Anche se l'articolo in commento cita solo il caso della clausola compromissoria, è ovvio che, disciplinando esso la sorte di un giudizio che abbia "perso" il suo oggetto, la stessa sorte spetti al giudizio arbitrale fondato su un compromesso.

In secondo luogo, si deve ritenere che l'art. 83-bis l.f. non possa fondare, in ipotesi, un'eventuale scelta del legislatore in favore della c.d. teoria dicotomica, ossia di quella idea, sostenuta in epoche passate, secondo la quale si dovrebbe distinguere a seconda che l'amministrazione fallimentare si trovi di fronte ad una convenzione di arbitrato o ad un giudizio arbitrale pendente, certamente salvando questo ed al più facendo cadere quella. Invero, se detta norma disciplina solo in negativo la caduta del giudizio arbitrale che abbia "perso" il suo oggetto, evidentemente essa non esprime nulla in positivo, in particolare essa non fonda l'accettazione del principio per cui, posta la sopravvivenza del rapporto sostanziale, si debba affermare anche la sopravvivenza del giudizio arbitrale, ossia l'opponibilità della scelta della via arbitrale all'amministrazione fallimentare una volta che essa sia stata attuata nella pendenza del giudizio arbitrale.

Ed, anzi, da quest'ultimo punto di vista, io direi che si possono aggiungere altre affermazioni in negativo, riprendendo in chiave critica l'idea, in precedenza sostenuta, secondo la quale la sopravvivenza del giudizio arbitrale a seguito della dichiarazione di fallimento potrebbe spiegarsi o in virtù dell'art. 5 c.p.c. o in virtù del principio per cui quella pendenza rappresenterebbe l'attuazione del patto compromissorio o, se si vuole, la costituzione di un mandato, nel rapporto tra le parti e gli arbitri, che dovrebbe rimanere insensibile alla dichiarazione di fallimento.

Circa il primo argomento a me sembra che, se l'art. 5 c.p.c. rappresenta una delle applicazioni del principio chiovendiano per cui il tempo necessario per celebrare un giudizio non deve andare a danno della parte che ha ragione, evidentemente esso debba trovare, in linea di principio²⁸, la sua

²⁸ La precisazione nel testo è doverosa, perché, senza voler qui aprire un discorso troppo complesso, si deve pur tenere presente che la giustizia privata trova il suo fondamento in un contratto, le cui vicende patologiche possono ben ripercuotersi sul giudizio arbitrale pendente. Così l'eventuale estinzione della convenzione di arbitrato travolge il

applicazione anche nel campo della giustizia privata. Ma, il punto è che la dichiarazione di fallimento non rappresenta un fatto che in astratto sottrarrebbe la *potestas iudicandi* agli arbitri già investiti del giudizio, perché, presupponendo di trovarsi nell'ambito di quelle controversie che sono arbitrabili anche in collegamento al fallimento, evidentemente qui non sovviene uno di quei mutamenti di cui tratta l'art. 5 c.p.c., che trova, invece, applicazione quando ad esempio interviene una legge che sottragga all'arbitrabilità una lite che in precedenza era devolvibile agli arbitri. Né, ammettendo che eventuali fatti estintivi del patto compromissorio possano ripercuotersi sul giudizio arbitrale pendente, sembra che si possa ravvisare nella dichiarazione di fallimento uno di quei fatti estintivi da cui in ipotesi doversi parare, non essendovi alcun appiglio normativo in tal senso.

Passando, poi, al secondo argomento, esso è inconsistente, anche se oggi potrebbe sembrare, al contrario, che se ne potrebbe trovare un ulteriore fondamento nell'art. 78 l.f., che, come è già stato ricordato, prevede oggi la sopravvivenza del contratto di mandato ove a fallire sia il mandante. Ma il punto è, o almeno così a me sembra, che detta norma, pur a volerla applicare al rapporto tra le parti e gli arbitri²⁹, nulla dice in ordine alla sopravvivenza della scelta della via arbitrale a fronte dell'amministrazione fallimentare, limitandosi essa semplicemente a disporre che, se quella scelta sopravvive per altra ragione, allora l'amministrazione fallimentare deve attenersi alla nomina già in precedenza effettuata dall'imprenditore, senza poter nominare un arbitro diverso.

Peraltro, volendo allargare la prospettiva, non si può neanche affermare 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. Innanzitutto, se così fosse, allora 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. Ma il punto è che, quand'anche si voglia parlare di una "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. Per cui, al più, seguendo questa logica, nella sequenza nomina-accettazione che fonda la costituzione del rapporto tra parti ed arbitri si avrebbe solo una parziale attuazione del patto compromissorio, con la conseguenza che, rimanendo sempre nell'ambito della stessa logica, resterebbe intatto il problema della sua opponibilità all'amministrazione fallimentare, la cui soluzione dovrebbe comunque cercarsi altrove.

Se tutte queste affermazioni in negativo sono convincenti, si ha almeno un risultato certo: 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. In verità la sopravvivenza della scelta in favore della via arbitrale effettuata dall'imprenditore poi fallito dipende sempre e solo dalla sopravvivenza della convenzione di arbitrato, non essendovi ragioni peculiari attinenti al giudizio in sé che militino comunque a favore della sua opponibilità all'amministrazione fallimentare. Detta affermazione a me sembra abbastanza certa, anche se essa non è certo esplicitata nella legge fallimentare.

Ed, allora, se è evidente che la scelta della via arbitrale cade se cade il rapporto sostanziale a cui essa si riferiva, a prescindere dalla circostanza che penda o meno il giudizio arbitrale al momento della dichiarazione di fallimento, residua la domanda: quella scelta sopravvive certamente

giudizio arbitrale, senza che l'art. 5 c.p.c. possa rappresentare un limite a ciò. Sulle fattispecie di estinzione del patto compromissorio vedi, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata* cit., 45 ss.

²⁹ Cosa secondo me doverosa, come emergerà anche dal prossimo paragrafo.

o sopravvive a certe condizioni o comunque cade se, al contrario, il rapporto sostanziale a cui si riferiva resta in vita a fronte dell'amministrazione fallimentare?

Facendo a meno di idee preconcepite ed attenendosi al solo diritto positivo, l'interprete ha qui due possibili scelte.

Si potrebbe ritenere che, presupposta la sopravvivenza del rapporto sostanziale a cui accede, la scelta della via arbitrale in precedenza effettuata dall'imprenditore poi fallito sia opponibile al fallimento semplicemente sulla base dell'art. 1372 c.c., non ravvisandosi alcuna ragione che potrebbe consentire all'amministrazione fallimentare di sottrarsi al contratto che chiamiamo convenzione di arbitrato. Qui, si ripete, poco senso avrebbe mettere in campo l'idea per cui verrebbe meno il principio di autonomia del patto compromissorio, perché quella sopravvissuta efficacia avrebbe una ragione autonoma, che prescinde dal vincolo al contratto sostanziale. E la ragione autonoma starebbe nell'impossibilità per l'amministrazione fallimentare di liberarsi dalla soggezione alla scelta della via arbitrale, sempre ovviamente che ciò abbia un senso, ossia un oggetto, non essendo venuto meno il rapporto sostanziale di riferimento. Un vincolo, poi, che prescinderebbe sia dalla forma assunta dalla convenzione di arbitrato sia dalla fase in cui si trovi l'esperienza della vicenda, essendo irrilevante la già incardinata pendenza o meno del giudizio arbitrale.

Ma l'interprete potrebbe anche valorizzare il tenore generale che ha oggi, dopo la riforma del 2006, assunto l'art. 72 l.f., norma di principio e residuale sulla sopravvivenza dei rapporti pendenti a seguito della dichiarazione di fallimento, norma che distingue a seconda che il contratto pendente sia già stato compiutamente eseguito ovvero sia stato parzialmente eseguito o del tutto non eseguito. Nelle due ultime eventualità la legge dà al curatore un potere di scelta, in base evidentemente ad una valutazione di opportunità, anche corroborata dal comitato dei creditori. Si potrebbe, allora, ritenere che anche a fronte della convenzione di arbitrato, che penda o meno già il giudizio arbitrale, potrebbe emergere la necessità di detta valutazione autonoma, per cui il curatore ben potrebbe, ad esempio, subentrare nel contratto sostanziale e non anche nel connesso patto compromissorio, a prescindere dalla forma da esso assunto.

La scelta non è semplice, perché, come è già stato evidenziato, i dati normativi non sono univoci. Ma, se, come appare logico, la valutazione preliminare spetta alla seconda delle opzioni interpretative enunciate, a me sembra che siano più le ragioni per dubitare dell'applicabilità dell'art. 72 l.f. alla convenzione di arbitrato in sé che non quelle contrarie.

Si potrebbe affermare che le parole utilizzate dall'art. 72 l.f. vadano intese in termini ampi. Così, in particolare, si potrebbe ritenere che detta norma, quando parla di esecuzione del contratto, voglia riferirsi, non necessariamente ad adempimenti in senso stretto, quanto piuttosto, più genericamente, all'attuazione del programma negoziale, insomma alla realizzazione dello scopo del contratto. Ma, anche a voler forzare la mano in questo senso, resterebbe sempre da spiegare come si può aggirare il concetto di assunzione di "tutti i relativi obblighi", di cui pur tratta l'articolo in parola, quando in esso si immagina un curatore che scelga di subentrare nel contratto sotto osservazione. Invero, il patto compromissorio non è un contratto sostanziale, bensì processuale, per cui da esso non deriva alcun rapporto obbligatorio tra le parti, ma solo effetti processuali, fondando esso, in negativo, l'eccezione di patto compromissorio di cui all'art. 819-ter c.p.c., che porta alla pronuncia di una sentenza di rigetto in rito nell'ambito del processo statale instaurato inavvedutamente nonostante la scelta della via arbitrale, ed, in positivo, l'efficacia vincolante della (futura) sentenza privata. Inoltre, se da un certo punto di vista l'effettività del patto compromissorio è garantita, non dalla nascita di un rapporto obbligatorio avente come contenuto l'obbligo di non agire di fronte ad un giudice statale, bensì dalla detta eccezione di patto compromissorio, da altro punto di vista non ha consistenza immaginare la nascita da esso di un ulteriore obbligo di cooperazione al fine di rendere possibile l'attuazione della giustizia privata, essendo più verosimile l'utilizzazione della figura dell'onere, visto che l'eventuale inerzia di una parte, ad esempio nella

nomina dell'arbitro che le spetta, può danneggiare solo la parte inerte, avendo l'altra ogni strumento di legge per rimediare facendo a meno della cooperazione dell'altra³⁰.

Ma, allora, appare veramente arduo immaginare che il patto compromissorio possa essere oggetto di un'autonoma valutazione da parte del curatore, per decidere se subentrarvi o meno. Intendiamoci: io non credo che sarebbe irragionevole un legislatore che lasciasse all'amministrazione fallimentare una simile scelta, perché è evidente che anche in riferimento ad un contratto processuale, qual è la convezione di arbitrato, potrebbero esservi spazi per valutare l'opportunità economica di subentrarvi o meno. Il punto è solo di diritto positivo. Se non si trova un appiglio normativo che consenta di attribuire una simile scelta al curatore, evidentemente delle due l'una: o si trova una qualche norma che sancisce l'inefficacia del patto compromissorio a seguito della dichiarazione di fallimento oppure valgono pur sempre i principi generali tratti dal codice civile, in particolare l'art. 1372 c.c.

Ora, posto che nessuna norma sancisce la caduta della scelta della via arbitrale in precedenza effettuata dall'imprenditore poi fallito, non vedo come l'amministrazione fallimentare potrebbe svincolarsi da essa. E, si ripete, nulla conta il fatto che il giudizio arbitrale già penda o meno al momento dell'apertura del fallimento né quale sia la forma che il patto compromissorio abbia assunto. Tutto ciò, s'intende, sempre che, come abbiamo già precisato in precedenza, il patto compromissorio non abbia "perso" il suo oggetto, essendo venuto meno il rapporto sostanziale di riferimento e sempre che la controversia di riferimento resti arbitrabile dopo la dichiarazione di fallimento³¹.

6. Nella misura in cui il giudizio arbitrale pendente già col fallito debba proseguire nei confronti dell'amministrazione fallimentare si pone il problema del come questa subentri in luogo di quello³².

Secondo una certa tesi qui si applicherebbe integralmente l'art. 43 l.f., che esprimerebbe due principi indissolubilmente legati tra loro. Il primo: che nelle controversie in corso al momento della dichiarazione di fallimento subentrerebbe il curatore al posto del fallito. Il secondo: che la modalità per attuare un simile subentro dovrebbe necessariamente passare attraverso l'istituto dell'interruzione³³.

Ma francamente, se la prima affermazione è indiscutibile, perché non si vede come potrebbe immaginarsi la prosecuzione di un giudizio pendente ad opera del fallito in modo opponibile al fallimento, non è condivisibile la seconda affermazione, per il semplice fatto che l'interruzione non è istituto applicabile all'arbitrato. Né si può accampare a sostegno della tesi contraria il rilievo per cui l'art. 43 l.f. andrebbe letto in modo inscindibile, perché nulla impone una simile inscindibilità ed anzi è evidente che il terzo comma del citato art. 43 l.f., nel riferirsi all'interruzione del processo, può avere spazio di applicabilità, e non potrebbe essere altrimenti, solo in un "ambiente" nel quale opera di per sé l'istituto dell'interruzione, non potendo certo il solo art. 43 l.f. fondare l'applicabilità di un istituto nell'ambito di un giudizio nel quale esso non è previsto come operante³⁴.

³⁰ Su questi aspetti vedi, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata*, 33 ss.

³¹ Il riferimento è ovviamente a quelle pretese che dopo l'apertura del fallimento devono essere fatte valere all'interno del fallimento. Vedi le precisazioni fatte nel secondo paragrafo.

³² Ovviamente resta fuori dal discorso che si sviluppa nel testo il caso in cui il giudizio arbitrale pendente riguardi un credito nei confronti del fallito, ipotesi nella quale non avrebbe alcun senso immaginare un subentro del curatore, posto che, ai sensi dell'art. 52 l.f., a seguito della dichiarazione di fallimento i crediti nei confronti del fallito vanno accertati nel fallimento. Su detto caso vedi accenni *supra* nel § 2, testo e nota 18.

³³ CASTAGNOLA, *op. cit.*, 170 ss.

³⁴ Che l'istituto dell'interruzione non operi nel giudizio arbitrale ed in particolare non operi nel caso di specie, ossia a fronte del fallimento di una delle sue parti, è opinione abbastanza diffusa. Vedi prima della riforma del 2006 VINCRE, *op. cit.*, 97 ss. e dopo detta riforma VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2010, 123 e, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata*, 128-129 (Castagnola mi accusa di non motivare la mia tesi, ma in realtà la motivazione che avevo

Resta allora quale unica ipotesi di lavoro praticabile l'applicabilità al nostro caso dell'art. 816-*sexies* c.p.c.³⁵, per cui, lungi dall'aversi un'interruzione del giudizio arbitrale ai sensi delle norme che disciplinano l'interruzione del processo statale, qui non richiamabili, starà agli arbitri assumere le misure necessarie per attuare il subentro del curatore al fallito³⁶. Alla luce della citata norma gli eventi che avrebbero portato all'interruzione il processo statale devono essere considerati dagli arbitri dal punto di vista del possibile *vulnus* al principio del contraddittorio, affinché essi assumano i provvedimenti che ritengono opportuni, fino al limite, possibile ma non necessario, dell'arresto (sospensione) del giudizio ove le parti abbiano bisogno di tempo per attuare le disposizioni degli arbitri stessi. Fermo restando che, 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.

Stabilita la modalità del subentro del curatore al fallito nel giudizio arbitrale pendente, restano altri problemi da risolvere.

Il primo problema riguarda la costituzione del tribunale arbitrale. Se gli arbitri devono ancora essere nominati e il patto compromissorio prevedeva la nomina ad opera delle parti, per l'amministrazione fallimentare sta al giudice delegato effettuare la nomina su proposta del curatore (art. 25, 1° comma, n. 7 l.f.). Se, invece, gli arbitri erano già stati nominati, il curatore non può sciogliersi dal contratto di mandato ormai perfezionatosi³⁷. Posto che il rapporto parti-arbitri, ancorché con tutta una serie di precisazioni derivanti dalle sue peculiarità e dalla disciplina specifica contenuta nel codice di rito, è sostanzialmente avvicicabile al contratto di mandato, io credo che il curatore non possa sciogliersi da esso per due ragioni. Innanzitutto in virtù del principio generale per cui il mandato si instaura tra tutte le parti e gli arbitri, per cui non si vede come il curatore, subentrato nella posizione di una sola tra le parti, potrebbe unilateralmente liberarsi dal contratto di mandato già in precedenza perfezionatosi. In secondo luogo per una ragione specifica che emerge dall'art. 78 della legge fallimentare, che, come è già stato accennato in precedenza, se in sé non spiega la sopravvivenza del giudizio arbitrale pendente, che si fonda sulle ragioni viste nel paragrafo precedente, fonda, però, il vincolo del curatore al contratto di mandato che già in precedenza era stato stipulato con gli arbitri, compreso quello nominato dall'imprenditore poi fallito.

Per quanto riguarda poi l'efficacia, nei confronti dell'amministrazione fallimentare, degli atti in precedenza compiuti nel giudizio arbitrale da parte del fallito, nulla fa pensare che si possa

addotto, e che qui ripeto, si fonda proprio su un principio generale: che nel giudizio arbitrale le c.d. vicende anomale, che determinano nel processo statale la sospensione, l'interruzione o l'estinzione, sono disciplinate in modo peculiare dalle norme che il codice di rito detta appunto per l'arbitrato).

³⁵ CASTAGNOLA, *op. cit.*, 174 adduce quale ulteriore argomento in favore della sua tesi il rilievo per cui l'art. 816-*sexies* c.p.c. non potrebbe applicarsi perché dovrebbe necessariamente cedere il passo alla norma specifica di settore contenuta nel terzo comma dell'art. 43 l.f., che appunto disciplinerebbe il caso specifico degli effetti della dichiarazione di fallimento sul giudizio arbitrale pendente. Ma questo argomento in realtà è solo una ripetizione, sotto altra forma, dell'idea dell'inscindibilità delle disposizioni contenute nel citato art. 43 l.f., a fronte della quale insorge sempre la stessa critica: come si può ritenere applicabile all'arbitrato una disposizione che parla di un istituto, l'interruzione, che all'arbitrato non è applicabile in termini generali?

³⁶ CASTAGNOLA, *op. cit.*, 174 pone anche in dubbio che con la dichiarazione di fallimento si determini uno dei presupposti dell'art. 816-*sexies* c.p.c., in particolare rilevando che col fallimento l'imprenditore non perde la capacità legale. Ma è evidente come con la dichiarazione di fallimento il fallito perda la capacità di disporre dei suoi beni, cosa che non può non riconoscere lo stesso Castagnola, altrimenti non troverebbe applicazione neanche il primo comma dell'art. 43 l.f.

³⁷ Prima della riforma del 2006 era discutibile se il curatore fosse vincolato alla scelta dell'arbitro già effettuata dal fallito oppure se se ne sciogliesse certamente (in applicazione del previgente art. 78 l.f., che prevedeva lo scioglimento del mandato per il fallimento di una delle parti) o ancora, in virtù dell'applicazione di un presunto principio generale, in ipotesi valevole per tutti i rapporti pendenti non nominati dalla legge fallimentare, potesse scegliere tra scioglimento e prosecuzione. Vedi sul tema BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimenti cit.*, 81-82.

limitarla in qualche modo, subentrando il curatore nella posizione processuale che aveva il fallito prima della dichiarazione di fallimento. Così, in linea di principio, varrà la scelta della sede dell'arbitrato già concordata dalla parti³⁸ e resteranno efficaci gli atti istruttori già compiuti in precedenza.

Né un qualche problema specifico può sorgere quando nel giudizio arbitrale sia stata resa una confessione da parte dell'imprenditore poi fallito. Qui le opinioni si sono in passato divise tra coloro che hanno ritenuto senz'altro opponibile la confessione, quale prova legale, all'amministrazione fallimentare e coloro che, invece, in questo caso hanno fatto scadere la confessione a prova liberamente valutabile³⁹. A mio parere il problema non sussiste perché, più in generale, nel giudizio arbitrale non valgono le regole che disciplinano l'istruzione probatoria nel processo statale, salvo i principi dell'ordine pubblico processuale, quali quello della terzietà del giudice e quello del contraddittorio⁴⁰. Di conseguenza, in esso non è neanche riproducibile la dicotomia tra prove legali e prove libere, fondandosi il giudizio arbitrale sul puro principio del libero convincimento.

Residua un'ultima domanda: cosa accade se agli arbitri non è reso noto che una parte è fallita? Il giudizio arbitrale continua senza che possa essere applicato il dettato dell'art. 816-*sexies* c.p.c., perché gli arbitri nulla sanno, e, così, si giunge al lodo nella totale ignoranza degli arbitri e magari anche dell'amministrazione fallimentare.

Questo lodo è opponibile al fallimento? Io credo di sì⁴¹.

Si faccia il caso di una lite c.d. attiva, in cui l'imprenditore poi fallito abbia fatto valere un diritto nei confronti della sua controparte⁴². Questo giudizio, nella totale ignoranza dell'avvenuto fallimento dell'attore, può giungere ad un lodo di accoglimento della domanda ovvero di rigetto. A me 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.

Ma, in questo secondo caso residua il fatto che detto lodo è stato pronunciato in violazione del principio del contraddittorio, non avendo avuto l'amministrazione fallimentare la possibilità di subentrare nel giudizio. Ed, allora, si dovrà pur riconoscere al curatore il potere di impugnarlo per violazione appunto del detto principio del contraddittorio (art. 829, 1° comma, n. 9 c.p.c.), anche, eventualmente, oltre il termine di un anno di cui all'art. 828, 2° comma, c.p.c., appoggiandosi, in ipotesi, sul supporto dell'art. 153, 2° comma, c.p.c.

7. A fronte di una lite connessa al fallimento che sia arbitrabile la scelta della giustizia privata, non effettuata in precedenza dall'imprenditore poi fallito, può essere effettuata dall'amministrazione fallimentare, scelta che, anzi, può riguardare, non solo un rapporto sostanziale preesistente, ma anche un rapporto sostanziale nato dopo l'apertura del fallimento. La via per attuare una simile scelta è delineata in termini generali dall'art. 35 l.f., in virtù del quale la

³⁸ Ma resta sempre la possibilità per le parti di ripensarci. Se una parte è stata sostituita dall'amministrazione fallimentare si pone la domanda: il curatore può modificare la determinazione della sede, in accordo con l'altra parte, senza l'autorizzazione del giudice delegato? In mancanza di appigli normativi da trarre dall'art. 25 l.f., propenderei per una risposta negativa. Vedi sul punto, prima della riforma del 2006, VINCRE, *op. cit.*, 102 ss., che, invece, optava per la risposta contraria.

³⁹ Sul punto vedi VINCRE, *op. cit.*, 105-106.

⁴⁰ Così, anche per gli arbitri vale, oltre al principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, il divieto di scienza privata: vedi per un più ampio discorso, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata* cit., 118 ss.

⁴¹ Diversamente VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato* cit., 123-124.

⁴² Non ci stanchiamo di ripetere che l'ipotesi in cui, al contrario, il giudizio arbitrale instaurato prima della dichiarazione di fallimento abbia ad oggetto un credito nei confronti del fallito è da trattare in modo del tutto diverso, emergendo qui la necessaria applicabilità dell'art. 52 l.f. e non essendo minimamente prospettabile un possibile subentro dell'amministrazione fallimentare nel giudizio arbitrale pendente.

convenzione di arbitrato⁴³ può essere stipulata dal curatore previa autorizzazione del comitato dei creditori ed anche, se la lite ha un valore superiore ai cinquantamila euro, previa informativa del curatore al giudice delegato⁴⁴.

Avverso la concessione o il diniego della detta autorizzazione è ammesso reclamo ai sensi dell'art. 36 l.f. al giudice delegato per violazione di legge ad opera del fallito o di ogni altro interessato⁴⁵.

Se, poi, il patto compromissorio è stipulato dal curatore senza la prevista autorizzazione, i rimedi immaginabili sono due: uno endofallimentare ed uno esterno al fallimento. Innanzitutto il fallito e ogni altro interessato possono esperire il reclamo ai sensi del citato art. 36 l.f., facendo valere la detta omissione. In secondo luogo è sempre possibile far valere l'invalidità della convenzione di arbitrato, *sub specie* di vizio di capacità, quindi ad istanza del solo curatore⁴⁶, secondo le norme di diritto comune che si ritrovano innanzitutto nel codice di procedura civile, che contemplano sia la possibilità di sindacare l'esistenza di un valido patto compromissorio in via principale in un ordinario processo dichiarativo⁴⁷ sia la possibilità, più usuale, di sollevare una simile questione incidentalmente nell'ambito del processo instaurato sul diritto sostanziale controverso, e ciò mediante il rilievo di un'eccezione processuale d'incompetenza del giudice adito, che è disciplinata dall'art. 819-ter c.p.c. ove la causa penda di fronte al giudice statale ovvero dall'art. 817 c.p.c. ove la causa penda di fronte all'arbitro, con conseguente possibilità di coltivare la questione in quest'ultimo caso in sede d'impugnativa del lodo alla luce dell'art. 829, 1° comma, n. 1 c.p.c.

⁴³ L'art. 35 l.f. parla solo di compromessi, ma è stato detto che non si vede la ragione per non applicare detta norma più in generale ad ogni tipo di patto compromissorio: così, fra gli altri, FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, 369. Prima della riforma del 2006 VINCRE, *op. cit.*, 37 ss. aveva sostenuto l'applicabilità dell'art. 35 l.f. (vecchio testo) al solo compromesso, per poi, però, attribuire alla clausola compromissoria lo stesso regime, ma non in virtù del citato art. 35, bensì in virtù del previgente art. 25 n. 6 l.f., che prevedeva in generale la necessaria autorizzazione al curatore da parte del giudice delegato per compiere atti di straordinaria amministrazione, sul presupposto che in questa categoria rientrasse la clausola compromissoria. A mio parere nell'odierno quadro normativo l'unica norma della legge fallimentare che viene in gioco è il riformulato art. 35 secondo il tenore già indicato nel testo, norma che, se può immaginarsi come applicabile anche al di là dei compromessi in senso proprio, non può, però, far venire meno il principio contenuto nell'ultimo inciso dell'art. 808 c.p.c., per cui il curatore, se ha in ipotesi il potere di stipulare un contratto sostanziale, ha per ciò solo anche il potere di inserirvi una clausola compromissoria. Vedi sul punto in termini dubitativi ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 112.

⁴⁴ Per riferimenti al previgente testo dell'art. 35 l.f. vedi, per tutti, VINCRE, *op. cit.*, 36 ss.

⁴⁵ Vedi in generale sull'art. 36 l.f., fra gli altri, FABIANI, *Nuovi equilibri fra gli organi del fallimento e centralità del reclamo ex art. 36 l. fall.*, in *Riv. trim. Dir. Proc. Civ.* 2007, 811 ss.

⁴⁶ Insomma si tratta di mera annullabilità: cfr, ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 112.

⁴⁷ Eventualità oggi ricavabile, mediante un ragionamento *a contrario*, dall'ultimo comma dell'art. 819-ter c.p.c.