

ARBITRATO, CONCORDATO PREVENTIVO E PROCEDURE CONCORSUALI MINORI *

GUIDO CANALE

Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università del Piemonte Orientale

Abstract: il rapporto tra concordato preventivo e arbitrato presenta problemi particolari e in parte diversi da quelli, più conosciuti, che esistono nel rapporto tra fallimento e arbitrato. Il debitore durante la procedura mantiene l'amministrazione dei propri beni; l'art. 169-bis dell'attuale legge fallimentare fissa la regola, inversa a quella dettata dall'art. 83-bis L. Fall. in caso di fallimento, in base alla quale la clausola arbitrale mantiene efficacia in caso di scioglimento del contratto; qualora il concordato sia con cessione dei beni vi è la nomina del liquidatore e il debitore viene spossessato; infine, è stata introdotta nel nostro ordinamento la figura del concordato in continuità, i cui presupposti sono assai diversi dal concordato c.d. liquidatorio. Tutti questi problemi dovranno poi essere valutati anche alla luce delle disposizioni contenute nel codice della crisi e dell'insolvenza appena promulgato.

The relationship between arrangement with creditors and arbitration raises specific issues, that partially differ from those, more familiar, related to the relationship between bankruptcy and arbitration. During the procedure, the debtor retains the administration of his own assets; art. 169 bis of the current bankruptcy law sets the rule, opposite to that of art. 83 bis in case of bankruptcy, according to which the arbitration clause retains effectiveness in case of termination of contract; if the arrangement with creditors envisages the assignment of the assets to them, a liquidator is appointed and the debtor loses their possession; finally, the institute of arrangement in continuity has been introduced, whose requirements are widely different from those of the arrangement through liquidation. All these issues will need further assessment in the light of the provisions of the code of the crisis and insolvency that has very recently been issued.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza. – 3. Disponibilità sostanziale e disponibilità processuale. – 4. La convenzione di arbitrato. – 5. La mancanza e/o i vizi dell'autorizzazione a stipulare la convenzione arbitrale, i rimedi e i loro effetti sul procedimento di arbitrato. – 6. Lo scioglimento dalla convenzione di arbitrato. – 7. La nomina dell'arbitro e del difensore e la disciplina del procedimento. – 8. Scioglimento dalla convenzione ad arbitrato pendente e suoi effetti: esclusione del problema. – 9. Il liquidatore nominato ai sensi dell'art. 182 L. Fall. e il problema della sua legiti-

* Il presente lavoro è destinato a confluire nel volume *Arbitrato e procedure concorsuali*, opera collettanea diretta da G. Bongiorno e A. Carratta.

timazione. – 10. (*Segue*): il problema e le sue soluzioni alla luce della riforma introdotta dal codice della crisi e dell'insolvenza. – 11. Effetti della nomina del liquidatore sulla convenzione di arbitrato e sull'arbitrato pendente. – 12. Il regime delle spese dell'arbitrato: loro natura privilegiata o prededucibile. – 13. L'arbitrato e il concordato in continuità. – 14. L'arbitrato irrituale e l'arbitrato in materia non contrattuale. – 15. Il piano di risanamento e l'accordo di ristrutturazione.

1. Premessa

Il rapporto tra arbitrato e concordato preventivo, quanto mai complesso, è oggetto di scarso interesse da parte della dottrina, che solo in pochi e recenti casi se ne è occupata¹. Ai consueti problemi che si pongono ogniqualvolta si affronta il rapporto tra arbitrato e fallimento si aggiunge il rilievo che nel concordato preventivo non esiste un generale rinvio alla disciplina del fallimento, richiamata volta per volta e per norme specificamente indicate dal legislatore, sicché, l'applicazione analogica delle (tormentate) soluzioni raggiunte sul rapporto tra arbitrato e fallimento è sovente quanto mai dubbia.

Negli ultimi anni, poi, il concordato preventivo ha in parte mutato natura, presentandosi oggi in due fattispecie del tutto diverse tra loro: da un lato, il concordato comunemente denominato liquidatorio e, dall'altro, quello in continuità, a sua volta suddiviso in continuità diretta e continuità indiretta; e le due fattispecie divergono profondamente sia per finalità sia per disciplina.

La progressiva espansione del fenomeno arbitrale e il contemporaneo maggior ricorso al concordato preventivo, soprattutto a seguito delle riforme della legge fallimentare succedutesi a partire dal 2004, hanno tuttavia imposto il tema all'attenzione degli operatori professionali.

L'idea di dedicare una riflessione al rapporto tra i due istituti è dunque quanto mai opportuna. L'opportunità trova ulteriore sostegno nel rilievo che è stata promulgata, sebbene non ancora in vigore, la riforma complessiva della legge fallimentare², i cui

¹ Oltre alle opere di carattere manualistico, si veda A. BONSIGNORI, *Effetti del concordato preventivo sulla clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 674; E. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 1996, p. 419; M. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 217; A. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 239; C. CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it; B. ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, in www.ilfallimentarista.it; A. NIGRO, *Arbitrato e concordato preventivo, in Arbitrato e procedure concorsuali*, Atti del convegno svoltosi a Roma il 24 marzo 2017 a cura dell'I.S.S.A., Roma, 2018, p. 57; da ultimo, L. GALANTI, *Profili processuali ancora incerti nel sistema dei rapporti tra arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1139.

² Il Codice della crisi e dell'insolvenza promulgato con il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 pubblicato nella *G.U.* 14 febbraio 2019, n. 38.

effetti, sul discorso che si andrà qui di seguito sviluppando, dovranno essere tenuti presenti.

Prima di affrontare il tema sono utili alcune brevi premesse. Innanzitutto, occorre ricordare che il concordato preventivo, al contrario del fallimento, non prevede lo spossessamento del debitore, ma una sua attenuazione secondo le regole fissate dall'art. 167 L. Fall. (oggi art. 94); e, inoltre, al concordato preventivo, quanto meno sino alla pronuncia del provvedimento di omologa, non si applica l'art. 43 L. Fall. (oggi, 143), sicché il debitore mantiene la capacità processuale.

Questo primo principio comporta che nel concordato preventivo ben possa accadere che il debitore si determini a concludere una convenzione di arbitrato (sia in forma di compromesso sia di clausola compromissoria) anche in costanza di procedura.

In secondo luogo, il concordato preventivo non conosce la fase di accertamento dello stato passivo, nel fallimento – come noto – caratterizzata dall'esclusività; non si pongono dunque molti di quei limiti che, in altra sede³, ho definito di disponibilità processuale della lite e che costituiscono un argine invalicabile all'utilizzabilità dello strumento arbitrale.

In terzo luogo, il concordato preventivo maggiormente diffuso è quello liquidatorio con cessione dei beni; in questo caso, alla pronuncia di omologa, che chiude la procedura concordataria in senso stretto, segue la fase di esecuzione dell'accordo concordatario e di liquidazione dei beni costituenti il patrimonio del debitore, della quale manca una compiuta disciplina e che prevede la nomina di un liquidatore, destinato ad essere l'organo funzionale a tutte le operazioni di liquidazione.

Da ultimo, l'art. 169-*bis* L. Fall. (oggi, art. 97), secondo il quale la clausola arbitrale mantiene intatta la propria efficacia in caso il debitore chieda ed ottenga lo scioglimento del contratto cui essa accede, fissa una regola di contenuto opposto a quella dettata, in caso di fallimento, dall'art. 83-*bis* L. Fall. (oggi, art. 192).

All'esame di tutti questi problemi (e dei molti altri che, per brevità, qui non si sono esposti) sono dunque dedicate le riflessioni che seguono.

2. Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza

La riforma complessiva della legge fallimentare contenuta nel Codice della crisi e dell'insolvenza, di recente promulgato, non incide in modo significativo sul tema oggetto del presente scritto. Immutato è l'art. 169-*bis*, oggi art. 97, commi da 8 a

³ Il riferimento è allo scritto *L'arbitrato del curatore*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 17 nel quale sono già contenute alcune delle osservazioni qui svolte, soprattutto nella prima parte dello scritto.

13; immutato è anche l'art. 167, oggi art. 94, cui si aggiunge, senza significative modifiche, l'art. 46. Anche con la riforma il legislatore null'altro dice sui molteplici problemi al nostro esame; ma la considerazione non deve stupire, poiché, anche con riguardo al finitimo tema dei rapporti tra arbitrato e fallimento, il legislatore nulla ha aggiunto a quel poco già contenuto nella attuale disciplina fallimentare.

L'unica norma, di nuova introduzione, che ha rilievo su uno dei profili che verranno affrontati, è l'art. 115⁴, in base al quale il liquidatore giudiziale (nominato, ai sensi dell'art. 114, in caso di cessione dei beni) esercita, o se pendente prosegue, ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti, nonché l'azione sociale di responsabilità⁵.

⁴ Si tratta di una norma più volte modificata nel corso dell'*iter* di approvazione della riforma. L'art. 101, 2° comma, del testo varato dalla Commissione Rordorf prevedeva che alla domanda di accesso al concordato preventivo "si applicasse l'art. 148, 4° comma, sostituendo alla liquidazione giudiziale l'impresa ammessa al concordato preventivo"; l'art. 148, che corrispondeva all'attuale art. 115, non prevedeva però un 4° comma, essendo formato di soli tre commi. Interpretando l'evidente refuso come un richiamo al 3° comma, vi sarebbe stata la previsione che l'apertura della liquidazione giudiziale avrebbe determinato l'interruzione del processo e che il termine per la riassunzione avrebbe iniziato a decorrere dalla dichiarazione giudiziale dell'interruzione.

La versione varata successivamente, nell'ottobre 2018, era sostanzialmente identica, salva la variazione della numerazione e la correzione del refuso essendo qui richiamato l'art. 143, 3° comma.

Successivamente, lo schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 novembre 2018, riportava una modifica significativa, poiché è venuto meno il 2° comma dell'art. 96 e, di conseguenza, il richiamo all'art. 143, 3° comma.

⁵ La Relazione illustrativa così si esprime "L'art. 115 risolve esplicitamente la questione dibattuta circa la legittimazione all'perimento, successivamente all'omologazione, delle azioni restitutorie, recuperatorie e dell'azione sociale di responsabilità attribuendole al liquidatore, sia che queste debbano essere iniziate in corso di procedura sia che siano già pendenti.

La disposizione è coerente con l'art. 2740 c.c. e dunque con la regola della garanzia patrimoniale generica: spetta al liquidatore realizzare, nell'interesse dei creditori, tutte le poste attive comprese nel patrimonio del debitore.

Con particolare riferimento all'azione di responsabilità, viene sterilizzata, nei confronti della massa dei creditori e del liquidatore, l'eventuale esclusione di tale azione, da parte della società proponente (e cioè, per lo più, dei suoi amministratori, che potrebbero anche essere i potenziali responsabili dei danni arrecati al patrimonio sociale), dai beni offerti in cessione, escludendo, *a fortiori*, al fine della proposizione di tale azione, la necessità di una delibera assembleare o di una decisione del collegio sindacale.

Resta tuttavia ferma la legittimazione dei singoli creditori sociali ad esercitare o proseguire l'azione prevista dall'art. 2394 c.c. (e, nelle società a responsabilità limitata, dall'art. 2476, comma 5-bis, c.c.), che è di loro esclusiva pertinenza, per far valere l'inosservanza, da parte degli organi di gestione, degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale. Il danno risarcibile da parte degli amministratori e degli organi di controllo sarà ordinariamente rappresentato, in questo caso, dalla differenza tra quanto ricevuto in sede concordataria e l'originaria prestazione dovuta e non ricevuta".

3. Disponibilità sostanziale e disponibilità processuale

L'art. 806 c.p.c., dopo la riforma del 2006, prevede l'arbitrabilità per le sole controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili; è questo il principio fondamentale che governa la devoluzione ad arbitri di una lite e che costituisce un limite insormontabile⁶, anche se, per il vero, residuale, poiché non è frequente che il debitore in procedura concordataria coltivi liti su diritti indisponibili⁷. Si parla, in questo caso, di indisponibilità sostanziale, vale a dire la (in)disponibilità del diritto sostanziale che costituisce oggetto della decisione arbitrale; e non vi è dubbio che questo limite sussista e si imponga anche al debitore concordatario e alla sua procedura⁸.

Tuttavia, anche in caso di concordato (come in modo assai più esteso accade nel fallimento), sussiste un limite, che può essere individuato nel modello processuale, al quale quella controversia sarebbe soggetta ove esercitata secondo le regole processuali dettate dalla legge fallimentare. In questi casi il diritto oggetto di giudizio è, e rimane, compromettibile; il divieto non deriva dal rapporto sostanziale, bensì dal procedimento, al quale quel diritto è soggetto per il fatto che una parte è stata ammessa alla procedura concordataria.

In generale⁹, questo problema non è usualmente affrontato, poiché l'arbitrato si pone come alternativa all'ordinario processo di cognizione¹⁰; e per lo più il nostro

⁶ Su questo tema, per tutti, cfr. L. SALVANESCHI, *Art. 806*, in *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014, p. 1 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 81 ss.; M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, p. 1 ss.; A. BARLETTA, *La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 979 ss. Secondo M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 295, l'arbitrato si pone come alternativa alla giurisdizione contenziosa di tipo dichiarativo. Da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici aggiornati, si veda E. GABELLINI, *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, passim; A. MOTTO, *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano*, Milano, 2018, p. 253 ss.

⁷ U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. fall.*, 2013, p. 273. Non merita pregio la tesi ancora non molti anni fa sostenuta, con riferimento al fallimento, da Trib. Verona, 6 agosto 2004, in *Giur. merito*, 2005, p. 818, secondo la quale l'intera materia dei diritti della massa creditoria sarebbe indisponibile.

⁸ Il nuovo art. 806 c.p.c., nell'accreditare la disponibilità del diritto come unico criterio di arbitrabilità delle liti, implicitamente esclude che possano essere elaborati limiti ulteriori alla compromettibilità; conf. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 2; sul tema cfr. anche A. MOTTO, *La compromettibilità*, cit., p. 305 ss.

⁹ Come ho già avuto modo di sottolineare in G. CANALE, *L'arbitrato del curatore*, cit., I, nel quale ho già trattato questo profilo.

¹⁰ Come ha sottolineato Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351, con nota di E.F. RICCI, *La funzione giudicante degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arret della Corte costituzionale)*.

ordinamento non conosce riti aventi natura esclusiva. Quando l'ordinamento appresta un rito speciale, caratterizzato da una maggior snellezza o celerità, esso è di norma previsto come alternativo al rito ordinario¹¹; sicché, certo, agli arbitri non si può presentare una domanda caratterizzata dalla specialità del rito, ma non sussiste un limite, essendo sempre consentito – per regola generale – il rito ordinario; il limite, dunque, non sussiste per quei diritti che possono essere tutelati anche con un rito sommario o semplificato, ma soltanto quando quest'ultimo è esclusivo¹².

Nel concordato preventivo (come in linea generale nelle procedure concorsuali) il concetto di indisponibilità va declinato anche sotto il profilo processuale, poiché esiste il limite derivante dalla disponibilità del processo, al quale quel diritto sarebbe soggetto proprio per l'esistenza della procedura concorsuale. Le controversie, per le quali il processo innanzi all'autorità giurisdizionale sia configurato dal legislatore quale mezzo esclusivo per il conseguimento dell'effetto proposto, non sono arbitrabili e così: i procedimenti qualificabili come mezzi di impugnazione¹³ contro atti aventi natura decisoria (ad esempio, il reclamo contro la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato, la pronuncia di revoca all'ammissione alla procedura *ex art.* 173 L. Fall.¹⁴ e l'impugnazione del provvedimento, positivo o ne-

¹¹ Anche quando il rito diverso è esclusivo, come accade per le controversie di competenza del giudice del lavoro, il legislatore ha previsto una disciplina per la loro arbitrabilità, a determinate condizioni, che appaiono dettate più per la tutela del diritto sostanziale del lavoratore che per la salvaguardia della specialità del rito. A prescindere, poi, dal rilievo che, secondo alcuni, il rito del lavoro non sarebbe un procedimento speciale, ma il rito ordinario per le controversie del lavoro, essendo disciplinato all'interno del libro secondo del codice di procedura civile; e anche quando si riteneva che le controversie di lavoro non fossero arbitrabili, ciò accadeva per una pretesa maggior tutela del diritto sostanziale del lavoratore e non certo per la inderogabilità del rito.

¹² Su questo profilo, per un approfondimento, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 292 ss., nonché E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2016, p. 454. Il punto, dunque, non è se il diritto sia tutelabile con un rito sommario o semplificato (e dunque non ha rilievo la distinzione tra procedimenti sommari perché semplificati o procedimenti sommari perché a cognizione sommaria; sul punto A. CARRATTA, *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir., Annali II-1*, Milano, 2008), ma se quella tutela sia esclusiva o meno. Non vi è dubbio che non potrà essere chiesto agli arbitri di decidere con il procedimento sommario di cognizione previsto dagli artt. 702 ss. c.p.c. o chiedere agli arbitri la pronuncia di un decreto ingiuntivo; ma quel rito è alternativo al processo ordinario di cognizione e innanzi al giudice togato il titolare del diritto può optare per l'uno o l'altro dei procedimenti. Sicché non esiste un limite alla loro arbitrabilità. Il limite esiste unicamente quando il rito alternativo è previsto dal legislatore quale unico mezzo di tutela, come accade, per lo più, per i procedimenti in camera di consiglio; ad esempio, il tema delle gravi irregolarità nella gestione di una società di capitali, disciplinato dall'art. 2409 c.c., tutelabile unicamente con il rito ivi previsto e non nelle forme dell'ordinario processo di cognizione, non costituisce materia arbitrabile (su quest'ultimo profilo cfr. L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 42 ss.).

¹³ Per tutti E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1998, II, p. 331; e di recente L. GROPPOLI, *Sulla potestas judicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Fall.*, 2009, p. 134 ss.

¹⁴ Per il quale vi è anche, ovviamente, l'ostacolo della indisponibilità della lite nonché il rilievo che

gativo, che conclude il giudizio di omologa) e i procedimenti con carattere esclusivo volti alla eliminazione o modifica di atti privi di natura decisoria (come, ad esempio, i rimedi impugnatori contro i provvedimenti del giudice delegato, anche volti alla gestione della procedura).

Per tutte le controversie, che non rientrano nel novero di quelle appena evidenziate, non vi è alcun divieto alla scelta di devolvere la lite ad arbitri, fermo il contenuto dell'art. 806 c.p.c.¹⁵; e in caso di concordato preventivo, al contrario di quanto accade nel fallimento, è bene ribadire che sono arbitrabili le controversie in materia di accertamento dei crediti concorsuali e quelle in materia di distribuzione ai creditori, poiché in assenza di un procedimento con carattere di esclusività, esse sono devolute, per regola generale, al giudice ordinario¹⁶.

4. La convenzione di arbitrato

Individuata l'area oggettiva di compromettibilità dei diritti, il primo problema concerne la conclusione della convenzione di arbitrato.

Il debitore concordatario è il titolare della situazione sostanziale ed è dunque legittimato a concludere una convenzione di arbitrato¹⁷. Tuttavia, il debitore, che abbia presentato domanda di concordato preventivo, deve rispettare il disposto dell'art. 167 L. Fall. (oggi, art. 94), a mente del quale il compromesso è qualificato atto di straordinaria amministrazione, per il quale è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato. In caso di concordato preventivo¹⁸, dunque, come in caso di falli-

l'apertura di un procedimento fallimentare interessa l'ordine pubblico e quindi una situazione indisponibile; così A. CASTAGNOLA, *Arbitrato e fallimento*, in *L'arbitrato: fondamenti e tecnica*, 2006, in www.camerarbitrale.com. Assai minor rilievo ha invece oggi la considerazione che la pronuncia di fallimento incide sullo *status* del fallito, poiché a seguito delle profonde riforme intervenute con la riforma (e quelle conseguenti alla pubblicazione del codice della crisi e dell'insolvenza), le conseguenze sullo *status* dell'imprenditore si possono ormai ritenere sostanzialmente venute meno; su quest'ultimo profilo cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2016, p. 457.

¹⁵ Cfr. M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 302.

¹⁶ A. NIGRO, *op. cit.*, p. 59; L. GALANTI, *Profili processuali ancora incerti*, cit., p. 1142.

¹⁷ Sul tema del legame tra titolarità del rapporto sostanziale e legittimazione a compromettere cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 255 ss.

¹⁸ Non credo meriti condivisione, sulla base del diritto positivo, l'idea di recente sostenuta in dottrina, secondo la quale l'art. 167 L. Fall. sarebbe stato, sul punto, implicitamente abrogato dalla novellazione intervenuta in tema di arbitrato, secondo la quale la convenzione di arbitrato non rientrerebbe più nel novero degli atti di straordinaria amministrazione (C. CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato*, cit.); la specialità della disciplina concorsuale e l'esigenza di tutela delle posizioni della massa dei creditori costituisce un ostacolo insormontabile alla condivisione della soluzione prospettata. Una confer-

mento, vi è una disciplina diversa e più stringente di quella dettata dagli art. 806 c.p.c. e ss., poiché il compromesso è considerato atto di straordinaria amministrazione¹⁹.

Se, invece, il debitore si determina a sottoscrivere un contratto, che contenga una clausola compromissoria, occorre porsi il problema se valga il disposto dell'art. 808 c.p.c., a mente del quale il potere di concludere il contratto comprende sempre il potere di convenire il patto arbitrale e sia dunque derogata la previsione contenuta all'art. 167 L. Fall. (oggi art. 94). L'opinione classica (per lo più sostenuta in riferimento all'art. 35 L. Fall. in merito ai poteri del curatore fallimentare) riteneva che la conclusione di una clausola compromissoria rientrasse tra gli atti di straordinaria amministrazione e che il debitore concordatario necessitasse di apposita autorizzazione; e si interpretava in senso estensivo il termine "compromesso" contenuto all'art. 35 L. Fall. e all'art. 167 L. Fall.²⁰.

Non credo²¹ che l'autorizzazione sia in questo caso necessaria; la norma positiva è chiara nel limitare l'autorizzazione al solo compromesso e non si presta ad una estensione, che sarebbe priva di giustificazione; nel caso della clausola compromissoria, infatti, la scelta di sottrarre le eventuali liti alla giurisdizione togata per affidarla a quella degli arbitri non è affatto svincolata dalla genesi del rapporto sostanziale; essa costituisce uno dei molteplici accordi che il debitore assume in occasione della stipula di un contratto a seguito della relativa negoziazione. Inoltre, credo che l'equivalenza di effetti tra decisione degli arbitri e decisione del giudice sia di ostacolo a qualificare la scelta arbitrale come atto di disposizione del diritto; e mi pare si debba ritenere che il debitore in concordato possa concludere un contratto contenente una clausola compromissoria senza necessità, per questa sola ragione, di autorizzazione.

Vi sono però situazioni nelle quali la sottoscrizione di una clausola compromissoria deve essere autorizzata.

ma in tal senso può essere rinvenuta nel testo del codice della crisi e dell'insolvenza, che sul punto è rimasto immutato, confermando in tal modo la *voluntas* del legislatore.

¹⁹ Secondo la disciplina del codice di rito, intervenuta l'abrogazione del 3° comma dell'art. 807 c.p.c. all'epoca vigente (che prevedeva che al compromesso si applicassero le disposizioni che regolano la validità dei contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione) la capacità di compromettere spetta a chi ha la capacità di disporre del relativo diritto; si tratta del c.d. principio di "neutralità" del patto compromissorio. Per un approfondimento sul tema cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, commentario diretto da CARPI, Bologna, 2016, p. 57 ss.

²⁰ Così ancora di recente E. FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83 bis l.fall. e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato* Studi offerti a Giovanni Verde, Napoli, 2010, p. 369; sul punto S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 49 e nota 67 per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

²¹ Riporto qui quanto già sostenuto, con riferimento al curatore fallimentare, nel mio scritto *L'arbitrato del curatore*, cit., 25.

L'autorizzazione è necessaria se il debitore intenda scegliere un arbitrato di equità ovvero determinare all'estero della sede dell'arbitrato; in entrambi i casi, infatti, l'accordo equivale a un negozio dispositivo del diritto o, quanto meno, ad un atto di straordinaria amministrazione²².

È difficile nutrire dubbio sul primo punto; sebbene il 3° comma dell'art. 829 c.p.c. detti la regola, secondo la quale la violazione della norma di diritto sostanziale non costituisce – salvo diverso ed espresso patto contrario – motivo di impugnazione del lodo, tuttavia il giudizio di equità può portare ad una decisione non sempre coincidente con quella pronunciata secondo diritto. Ed allora, la scelta è atta ad incidere sul diritto sostanziale e come tale deve essere autorizzata.

Sul secondo punto si impone una specificazione: il rilievo essenziale è costituito dalla distinzione tra ciò che può essere deciso soltanto dalle parti e ciò che, in assenza di loro determinazione, è rimesso alla scelta degli arbitri. Ai sensi dell'art. 816 c.p.c. gli arbitri determinano la sede dell'arbitrato in assenza di un patto tra le parti²³; mi pare allora che il debitore, anche non autorizzato, ben possa convenire un patto, i cui effetti potrebbero essere altrimenti decisi dagli arbitri in piena autonomia. Non vi è però dubbio che la fissazione all'estero della sede dell'arbitrato non rientri nei poteri degli arbitri; in questo caso il problema esiste e, a mio avviso, il debitore necessita di autorizzazione, poiché la sottrazione dell'arbitrato e del lodo alla disciplina del nostro ordinamento e le molteplici criticità sottese ad una diversa disciplina²⁴ sono elementi che inducono a qualificare la scelta come atto di straordinaria amministrazione.

L'autorizzazione espressa è anche necessaria ove il debitore intenda concludere una convenzione di arbitrato irrituale; la decisione di sottrarre la lite alle regole decisorie per demandarla ad una soluzione di natura contrattuale appartiene senza dubbio alla amministrazione straordinaria; e una conferma in tal senso può essere ricavata dall'opinione della dottrina, secondo la quale a tale scelta è applicabile – in ambito contrattuale – la disciplina dettata dall'art. 1341 c.c.²⁵.

In conclusione: vi è differenza di disciplina tra compromesso e clausola compromissoria; il debitore necessita dell'autorizzazione del giudice per concludere un compromesso, mentre potrà autonomamente concludere il contratto con relativa

²² S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 54 ss.

²³ Il concetto di sede dell'arbitrato assume particolare rilevanza in relazione a tre importanti aspetti: la sua fissazione sul territorio della Repubblica attribuisce nazionalità italiana all'arbitrato e al lodo (con le precisazioni di cui *infra*); determina in modo indiretto l'insieme delle regole che costituiscono la *lex arbitri*; e, infine, determina la competenza territoriale del giudice ordinario che può svolgere le attività c.d. "ausiliarie" all'arbitrato.

²⁴ Sul tema da ultimo P. MEINER, *I rapporti tra arbitrato commerciale internazionale e ordinamenti giuridici statali*, in *Giur. arb.*, 2018, p. 75 ss.

²⁵ L. SALVANESCHI, *Art. 808 ter*, cit., p. 162 e alla nota 51 ulteriori riferimenti bibliografici.

clausola compromissoria²⁶; in quest'ultimo caso egli dovrà essere autorizzato dal giudice, ai sensi dell'art. 167 L. Fall. (oggi, art. 94), alla conclusione del contratto se il rapporto è di straordinaria amministrazione e, di conseguenza, con tale autorizzazione riceverà l'integrazione dei propri poteri anche per la sottoscrizione della clausola arbitrale²⁷.

5. La mancanza e/o i vizi dell'autorizzazione a stipulare la convenzione arbitrale, i rimedi e i loro effetti sul procedimento di arbitrato

Occorre anche prendere in esame la sorte del compromesso e/o della clausola compromissoria conclusi dal debitore senza la necessaria autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 167 L. Fall. (oggi, art. 94); a prescindere dalle conseguenze per il debitore, che potrebbe essere assoggettato alla procedura di revoca dell'ammissione prevista dall'art. 173 L. Fall. (oggi, art. 106)²⁸, la questione è quali siano gli effetti della mancanza di autorizzazione (ovvero di un suo vizio) sulla convenzione di arbitrato e/o sul giudizio arbitrale avviato. Il secondo comma della norma in questione prevede che gli atti compiuti in assenza di autorizzazione siano inefficaci nei confronti dei creditori anteriori all'apertura della procedura concordataria.

Di recente si è sostenuto che, qualora la convenzione di arbitrato non autorizzata sia conclusa con un creditore anteriore, essa sarebbe valida ed efficace, poiché (i) la disciplina dell'inopponibilità ex art. 167 L. Fall. (oggi, art. 94) sarebbe una prerogativa del solo creditore e non del debitore concordatario, (ii) il creditore anteriore avrebbe rinunciato per fatti concludenti o per *contrarius actus* alla tutela dettata dall'art. 167 L. Fall. (oggi, art. 94) e (iii) ove il lodo sia pronunciato, l'efficacia di quest'ultimo prevarrebbe sull'inopponibilità ex art. 167 L. Fall.²⁹.

²⁶ Cfr. M. BOVE, *Arbitrato*, cit., p. 318; *contra* E. FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, p. 369.

²⁷ M. BOVE, *Arbitrato*, cit., p. 318, nota 43; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato*, cit., p. 5; F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fall.*, 2013, p. 1062; BERTACCHINI, *Doveri, poteri e responsabilità del commissario giudiziale nel "nuovo" concordato preventivo*, in *Impresa*, 2005, p. 1198.

²⁸ Il compimento di atti non autorizzati è, secondo parte della giurisprudenza, sufficiente a fondare la pronuncia di revoca della ammissione e/o apertura della procedura di concordato preventivo; altra parte della giurisprudenza richiede anche che l'atto non autorizzato sia idoneo a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, vale a dire sia dannoso (così Trib. Roma, ord. 9 maggio 2014, in www.ilfallimentarista.it con commento di M. FURNO al quale si rimanda per indicazioni giurisprudenziali).

²⁹ A. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 241.

Un problema simile si pone anche in tema di fallimento, dove l'opinione prevalente³⁰ ritiene che la mancanza di autorizzazione alla stipulazione del compromesso o i vizi che la possano affliggere rendano annullabile l'atto compiuto dal curatore, ad istanza della sola procedura (e, dunque, con una soluzione di tenore esattamente opposto a quella poc'anzi ricordata), in applicazione analogica delle norme dettate dal codice civile a tutela degli interessi degli incapaci; si osserva che nel nostro ordinamento l'annullabilità è la sanzione tipica prevista nei rapporti tra autorizzazione e atto da autorizzare e che, secondo i principi generali, l'atto annullabile esplica i suoi effetti sino alla pronuncia di annullamento richiesta dalla parte legittimata, con ciò applicando l'art. 1441 c.c. Di conseguenza, si è sostenuto che sarebbe preclusa al curatore³¹ la deduzione del vizio *apud arbitros*.

Il ragionamento può essere applicato, per evidente analogia di *ratio*, anche alla procedura concordataria, sebbene la situazione sia in parte diversa per la mancanza di un organo, quale il curatore, dotato di autonoma legittimazione a tutela degli interessi della massa dei creditori.

La convenzione di arbitrato stipulata in assenza di autorizzazione è valida ma inefficace nei confronti della massa dei creditori concordatari; il giudizio arbitrale avviato in base a tale convenzione potrà validamente procedere e giungere a decisione, ma il lodo sarà privo di effetti nei confronti della procedura, che si potrà comportare come se lo stesso non fosse stato pronunciato. I suoi effetti resteranno circoscritti nei confronti del solo debitore per l'eventualità di un suo ritorno *in bonis*³².

Tale regola si applica, a mio avviso, anche se parte della convenzione arbitrale sia un creditore anteriore; la soluzione contraria prima ricordata mi pare, infatti, si ponga in aperto contrasto con il rilievo che la norma prevista dal 2° comma dell'art. 167 L. Fall. non è dettata a tutela di un interesse individuale, ma dei diritti della massa dei creditori del concordato, che costituisce – come noto – una serie aperta di soggetti; la tutela così prevista non costituisce una situazione (i.e., un diritto) disponibile dalle parti e tantomeno dal debitore concordatario o dal singolo creditore, dovendo invece essere qualificata come indisponibile, in quanto posta a tutela dell'interesse generale e dei diritti di tutti i creditori anteriori.

L'inefficacia della convenzione arbitrale può tuttavia essere sanata laddove

³⁰ Come noto vi è stato chi ha ritenuto che l'atto compiuto in difetto di autorizzazione sia afflitto da nullità assoluta (TAMPONI, *L'atto non autorizzato nell'amministrazione dei patrimoni altrui*, Milano, 1992, p. 489) o da inefficacia (CASELLI, *Organi del fallimento*, in *Comm. Scialoja e Branca alla legge fallimentare*, Bologna, 1977, p. 164). Per un approfondimento sia consentito rinviare, ancora una volta a C. PUNZI, (nt. 16), I, p. 470 ss.; S. VINCRE, *op. cit.*, p. 40 e note 49 e 50. In giurisprudenza cfr. Cass. 26 giugno 2015, n. 13242, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, rv 635873; Cass. 17 luglio 1980, n. 4647, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 7.

³¹ S. VINCRE, *op. cit.*, p. 42 ss.

³² Soluzione che potrebbe avere rilievo in caso di concordato con continuità, sul quale *infra*, par. 12.

l'autorizzazione sopraggiunga³³; il ricorso al giudice delegato può essere proposto dal debitore concordatario e da qualunque interessato³⁴, sicché anche la controparte del giudizio arbitrale è legittimata all'iniziativa.

Se sopravviene la pronuncia di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato ai sensi dell'art. 173 L. Fall. e la successiva dichiarazione di fallimento, il problema della sorte della convenzione di arbitrato e del giudizio eventualmente già iniziato troverà la sua soluzione nella disciplina del fallimento, alla quale si rimanda.

Se, invece, per ipotesi ciò non avvenisse, allora il debitore potrebbe "ravvedersi" e promuovere idonea e autonoma azione volta alla pronuncia del vizio che affligge la convenzione arbitrale³⁵; ma, innanzitutto, vige il limite fissato dall'art. 819-ter, ult. comma, c.p.c., a mente del quale l'autonoma azione non può essere proposta arbitrato pendente. L'ipotesi è dunque circoscritta alla sola (e residuale) ipotesi che il debitore concordatario assuma tale iniziativa prima dell'inizio del giudizio arbitrale; in questo caso, sebbene vi sia un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra le due azioni ai sensi dell'art. 295 c.p.c.³⁶, gli arbitri non potranno dare corso alla sospensione del giudizio, poiché, secondo la (condivisibile) opinione dominante, i casi disciplinati all'art. 819-bis c.p.c. sono tassativi e non estensibili in via di analogia³⁷. Gli arbitri, dunque, potranno conoscere della questione e risolverla ai fini della pronuncia del lodo, salvo il coordinamento tra i due giudizi secondo il principio delle c.d. vie parallele, che caratterizza oggi, a seguito della riforma del 2006, il rapporto tra il giudizio arbitrale e quello innanzi al giudice togato³⁸.

Il principio generale³⁹ introdotto con la riforma del 2006 riconosce agli arbitri il

³³ La possibilità di una sanatoria successiva non è pacifica già in caso di fallimento con riferimento all'art. 35 L. Fall.; sul punto favorevole è l'opinione di E. REDENTI, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1967, p. 795; S. VINCRE, *op. cit.*, p. 45 e alla nota 60 ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁴ M. BOVE, *Arbitrato*, cit., p. 318; M. FABIANI, *Nuovi equilibri tra gli organi del fallimento e centralità del reclamo ex art. 36 l. fall.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 811 ss.; non vi è invece legittimato il commissario liquidatore, sul cui ruolo cfr. *infra*, par. 9 e nota 67.

³⁵ Il rimedio, tuttavia, può non essere sufficiente, poiché, qualora il giudice delegato ritenga di non autorizzare in sanatoria, non è possibile ottenere anche la declaratoria di invalidità dell'atto concluso, a tal fine essendo necessaria un'autonoma domanda all'autorità giudiziaria; così L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2000, p. 91; FAUCEGLIA, *Art. 35*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da PANZANI, Torino, 2009, II, p. 431.

³⁶ Su questo profilo e sulla possibilità – nel regime precedente la riforma dell'arbitrato del 2006 – di sospendere il giudizio arbitrale per pregiudizialità cfr. S. VINCRE, *op. cit.*, p. 42 e nota 56.

³⁷ L. SALVANESCHI, *Art. 819 e 819 bis*, cit., p. 641 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato*, Studi offerti a Giovanni Verde, Napoli, 2010, p. 843.

³⁸ Per un approfondimento di questo profilo cfr. L. SALVANESCHI, *Art. 817*, cit., p. 591 ss.

³⁹ Anche in questo caso si ripetono le considerazioni già svolte in *L'arbitrato del curatore*, cit.

potere di decidere su ogni questione insorta nel giudizio innanzi a loro o comunque utile alla pronuncia del lodo, senza che l'eventuale non compromettibilità della questione o l'eventuale pendenza di un processo innanzi al giudice togato possa costituire un limite. In questa prospettiva, mi pare dunque che meriti piena condivisione l'idea che anche le questioni attinenti alla "capacità" del debitore concordatario di concludere la convenzione di arbitrato debbano trovare spazio nell'arbitrato medesimo. Si può allora convenire con l'idea che le parti della convenzione arbitrale, sebbene non siano legittimate a chiederne l'annullamento per il difetto di "capacità" del debitore concordatario (a ciò ostando il chiaro disposto dell'art. 1441 c.c.), possano contestarne la validità e richiederne la sanatoria, in quanto titolari di un interesse a che sussistano tutte le condizioni e i presupposti per la valida instaurazione del giudizio arbitrale⁴⁰. La relativa eccezione deve essere sollevata tempestivamente; vige infatti il principio fissato dall'art. 817, 2° comma, c.p.c. in forza del quale la relativa eccezione deve essere sollevata nella prima difesa successiva alla accettazione degli arbitri. Di conseguenza, si potrà parlare della deducibilità del vizio in sede di impugnazione solo ove lo stesso sia stato tempestivamente eccepito nel giudizio arbitrale.

Se, invece, l'autorizzazione esiste, ma il relativo procedimento è afflitto da vizi, mi pare che la soluzione sia diversa; anche in questo caso, non vi è dubbio, vi è spazio per il reclamo al giudice delegato ai sensi dell'art. 36 L. Fall.⁴¹, in assenza del quale l'atto si consolida, con sanatoria dei relativi vizi e conseguente piena efficacia dell'autorizzazione.

6. Lo scioglimento dalla convenzione di arbitrato

Il tema successivo riguarda la possibilità per il debitore di sciogliersi dalla convenzione di arbitrato; in questo caso l'art. 169-*bis* L. Fall. (oggi, art. 97) prevede, con una norma distonica nell'ambito della legge fallimentare, di segno del tutto contrario a quella contenuta all'art. 83-*bis* L. Fall. (oggi, art. 192), che lo scioglimento del contratto non abbia effetto sulla clausola compromissoria nel medesimo contenuta, la quale mantiene intatta la sua efficacia.

Innanzitutto, va subito chiarito che laddove il curatore si trovi di fronte ad un contratto non più in essere tra le parti (perché conclusosi con l'adempimento delle reciproche prestazioni, in esito alle quali residuino contestazioni, ovvero perché già risolto tra le parti prima dell'inizio della procedura), nel quale vi fosse una clausola compromissoria, non

⁴⁰ C. PUNZI, *op. cit.*, p. 476.

⁴¹ L'opinione del tutto prevalente ritiene applicabili in ambito concordatario le norme che governano i rimedi endoprocedimentali nei confronti degli atti del curatore e del giudice delegato previsti in caso di fallimento

può trovare applicazione l'art. 169-*bis* L. Fall. (oggi, art. 97), in assenza del presupposto fattuale della possibilità, per la procedura, di sciogliersi dal vincolo contrattuale⁴².

La norma in questione, nella sua sinteticità, pone molti problemi. Il primo è relativo alla sua ampiezza e se, dunque, possa essere riconosciuta al debitore in concordato la facoltà di sciogliersi dal compromesso. Il problema non è nuovo⁴³, poiché si pone in termini sostanzialmente identici anche in caso di fallimento, atteso il tenore dell'art. 83-*bis* L. Fall. (oggi, art. 192); e l'opinione del tutto prevalente ritiene preferibile, in quella sede, l'interpretazione estensiva, in forza della quale il fallimento può sciogliersi anche dal compromesso e non solo dalla clausola arbitrale, non essendovi ragione per differenziare le soluzioni⁴⁴. Il compromesso e la clausola compromissoria, infatti, hanno sin dalla loro stipulazione, l'identico effetto di sottrarre la controversia all'autorità giudiziaria, individuando nell'arbitrato lo strumento per la sua risoluzione⁴⁵; tale identità di *ratio* induce ad accogliere – in caso di fallimento – la medesima soluzione per entrambe le ipotesi: anche in presenza di un compromesso per arbitri la norma dovrà trovare applicazione ogniqualvolta il curatore si sciogla dal contratto sottostante, che costituisce la ragione per la quale la lite devoluta agli arbitri è sorta⁴⁶.

⁴² Di recente E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato*, cit., p. 10 ss. ha posto il problema in modo parzialmente diverso con riferimento alla analoga disposizione in tema di fallimento: l'art. 83-*bis* L. Fall. troverebbe la sua *ratio* nella considerazione che il curatore rimane terzo rispetto al credito del fallito. Sulla base di questa considerazione di fondo questa dottrina introduce una distinzione in ragione delle diverse situazioni fattuali. Da un lato l'art. 83-*bis* L. Fall. sarebbe inapplicabile in presenza di: a) debiti della massa precedenti allo scioglimento; b) azioni neutre precedenti lo scioglimento (ad. es. l'azione di risoluzione del contratto); c) contratti interamente eseguiti; d) liti tra fallito e terzo sui il fallimento è estraneo; e) rapporti successivi o derivanti dallo scioglimento; f) contratti non eseguiti nei quali il curatore non subentra a processo arbitrale non ancora iniziato; g) rapporti sospesi derivanti da contratti interamente eseguiti. Dall'altro sarebbe applicabile in presenza di: a) contratti non eseguiti nei quali il curatore subentra; b) convenzioni arbitrali non contrattuali.

⁴³ Sul tema, per un riepilogo dei problemi e delle differenti soluzioni negli anni prospettate dalla dottrina, mi permetto rimandare al mio commento sub *art. 83 bis l.fall.*, in O. CAGNASSO-L. PANZANI, *Trattato*, cit., p. 1569 ss.

⁴⁴ Conf. A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 169; F. 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 Giovanni Verde*, cit., p. 357; A. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato*, cit., p. 244; A. NIGRO, *Arbitrato e concordato*, cit., p. 58; G. CANALE, *op. cit.*, I, p. 1570; *contra* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 116, la quale distingue tra compromesso e clausola compromissoria, applicando al primo l'art. 72 L. Fall., che conferisce al curatore il potere di scelta; così anche F. LAMANNA, *La clausola arbitrale pendente*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, II, *Il fallimento*, diretto da A. JORIO-B. SASSANI, Milano, 2014, p. 590.

⁴⁵ Così già G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1980, p. 107; E. REDENTI, *Compromesso*, cit., p. 792.

⁴⁶ N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 485.

In caso di concordato preventivo, inoltre, si è di recente sostenuto⁴⁷ che il debitore potrebbe sciogliersi dalla sola convenzione di arbitrato sia perché ritenuta, in virtù della sua autonomia, un contratto “come un altro” sia in forza di una interpretazione a contrario dell’art. 169-bis L. Fall., poiché il principio ivi fissato non precluderebbe lo scioglimento sia dal compromesso sia dalla (sola) clausola compromissoria.

Non mi pare che la soluzione possa essere condivisa in caso di concordato preventivo; la diversità (rispetto a quanto sostenuto in caso di fallimento) trae origine dal differente dato normativo. In caso di fallimento, infatti, il legislatore ha fissato il principio, secondo il quale lo scioglimento del contratto fa perdere efficacia alla clausola compromissoria; con ciò chiarendo che la *voluntas legis* è quella di “legare” l’accordo arbitrale al contratto nel quale è inserito; e si può dunque ragionevolmente concludere che tale *voluntas* debba trovare applicazione, per le ragioni poc’anzi ricordate, anche al compromesso.

In caso di concordato preventivo, invece, il legislatore ha chiarito (piaccia o non piaccia) che la sua *voluntas* è del tutto diversa; lo scioglimento del contratto non priva di efficacia la clausola compromissoria ed allora mi pare che, proprio per le medesime ragioni, anche se di segno contrario, non vi possa essere spazio per uno scioglimento del compromesso.

Né è accettabile l’idea che il debitore possa sciogliersi solo (o anche) dalla convenzione di arbitrato⁴⁸; il relativo accordo trova ragione e causa nel diverso contratto che regola il rapporto sostanziale tra le parti ed è evidente la volontà del legislatore di mantenere efficace la convenzione anche in presenza dello scioglimento del contratto “base”. È dunque proprio la lettura dell’art. 169-bis L. Fall. (oggi art. 97) a impedire un autonomo scioglimento della convenzione di arbitrato⁴⁹. A ciò si aggiunga che la nozione di rapporti pendenti deve a mio avviso essere riferita a con-

⁴⁷ A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 244. A sostegno di tale tesi s’invoca il principio di autonomia della clausola compromissoria (sul quale E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato*, cit., p. 116; in giurisprudenza Trib. Ravenna, 30 giugno 2001, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1444); il patto compromissorio costituirebbe un accordo autonomo, soggetto alla generale previsione dell’art. 72 L. Fall. Questa soluzione sembra il frutto di un’errata interpretazione del principio di autonomia, poiché in questo modo si finirebbe per consentire di incidere unilateralmente sulle singole clausole contrattuali. Inoltre l’assimilazione dell’accordo arbitrale ad un contratto non mi pare condivisibile, poiché esso non fa sorgere in capo alle parti un’obbligazione avente ad oggetto la cooperazione per la realizzazione della giustizia privata, ma un onere, il cui mancato assolvimento non può che andare a pregiudizio della parte che rimane inerte. Sembra pertanto più corretto ritenere che l’accordo arbitrale, ai sensi dell’art. 1372 c.c., sia vincolante (M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 307).

⁴⁸ Da ultimo, per una ricostruzione delle contrapposte opinioni in ambito concordatario, cfr. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1150 ss.

⁴⁹ Conf. A. FITTANTE, *Concordato preventivo e contratti pendenti in corso di esecuzione: il punto sull’art. 169 bis l. fall.*, in *Ilfallimentarista*, 19 novembre 2014.

tratti, nei quali debbano ancora essere adempiute, in tutto o in parte, prestazioni corrispettive di natura sostanziale, mentre la convenzione arbitrale vincola le parti unicamente ad una diversa modalità di risoluzione delle controversie⁵⁰. Ed infatti, anche chi sostiene l'ammissibilità di uno scioglimento, prende atto della sostanziale impossibilità di applicare la disciplina prevista per il riconoscimento di un indennizzo alla controparte⁵¹; il che mi pare costituisca un ulteriore argomento per escluderne l'applicabilità⁵².

Forse, diversa è l'ipotesi di una convenzione di arbitrato per liti non contrattuali, regolata dall'art. 808-ter c.p.c., caratterizzata dall'assenza di un rapporto contrattuale sottostante e sulla quale rimando alle osservazioni che saranno svolte *infra* al par. 14.

Pertanto, il patto compromissorio, sia esso contenuto in una clausola contrattuale ovvero in una convenzione *ad hoc*, si impone alla procedura concordataria, a condizione che esso sia opponibile secondo i consueti principi; sicché, a prescindere dal rilievo che l'arbitrato sia già pendente⁵³ ovvero debba ancora avere inizio, il curatore dovrà discutere delle questioni relative innanzi agli arbitri⁵⁴.

7. La nomina dell'arbitro e del difensore e la disciplina del procedimento

In tutte le ipotesi, nelle quali il debitore concordatario è vincolato al patto arbitrale, egli è tenuto alle regole di esecuzione del medesimo. Ciò deve essere ribadito poiché, talora, si è affermato che la procedura, pur vincolata al patto, potrebbe sciogliersi dal rapporto con l'arbitro nominato prima dell'inizio della procedura concor-

⁵⁰ In dottrina si è anche sostenuto che la convenzione arbitrale sia un contratto ad esecuzione istantanea ed immediata; cfr. C. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1999, p. 982; L. GALANTI, *Profili processuali ancora incerti*, cit., p. 1153 ss. (e nota 57), cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici; per un inquadramento sistematico cfr. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 353 ss.

⁵¹ A. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato*, cit., p. 245.

⁵² A tacere, infine, della insensatezza di applicare la disciplina della sospensione del rapporto pendente, regolata nella medesima norma; infatti anche M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 293; ID., *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 217 ss. e spec. p. 225, pare negativo sulla possibilità.

⁵³ A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 246 sottolinea infatti, a ragione, che lo scioglimento *ex art. 169-bis* L. Fall. è infatti irrilevante se interviene dopo la notifica della domanda di arbitrato; conf. L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1157.

⁵⁴ Di opinione contraria sembra Trib. Udine, 23 agosto 2013, in www.unijuris.it, ma di tale decisione è disponibile la sola massima. Sul tema, per tutti, si veda S. VINCRE, *Scioglimento del compromesso per arbitrato irrituale*, in *Fall.*, 2004, p. 523.

dataria, in forza della pretesa autonomia del contratto di arbitrato, che si conclude tra la parte e l'arbitro di propria nomina.

Il debitore non ha la facoltà di incidere parzialmente sulle pattuizioni contrattuali o sulla sua esecuzione⁵⁵; d'altronde, in seguito alla nomina dell'arbitro e alla sua accettazione, sorge un rapporto – variamente qualificato⁵⁶ – tra l'arbitro e tutte le

⁵⁵N. SOTGIU, *op. cit.*, p. 486, per il quale neppure il curatore non potrebbe decidere di subentrare solo nel contratto e sciogliersi unilateralmente dalla clausola compromissoria; GHIGNONE, *Arbitrato e fallimento*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre adr.*, a cura di BUONFRANTE-GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006, p. 317. In giurisprudenza Trib. Udine, 15 febbraio 2011, in *Merito extra*, n. 2011.77.4; Trib. Terni, 1° febbraio 2011, in *Merito extra*, n. 2011.178.1; Trib. Milano, 19 giugno 2002, in *Riv. dott. comm.*, 2003, p. 351, con nota di F. CASSESE, *Clausola compromissoria e fallimento*.

⁵⁶La tesi prevalente in giurisprudenza ritiene che le parti congiuntamente conferirebbero il mandato a tutti gli arbitri e che il diritto di scelta a ciascuna riservato inciderebbe unicamente sulla individuazione dei soggetti, cui conferire l'incarico. La tesi, per il vero, non è così pacifica e la stessa giurisprudenza di legittimità non aveva esitato, in passato (Cass. 23 gennaio 1964, n. 162, in *Foro it.*, 1964, I, c. 501; e favorevole a questa soluzione sembra C.M. BARONE, nelle osservazioni svolte in nota a Cass. 28.7.1995, n. 8243, in *Foro it.*, 1996, I, c. 620), a ritenere che con la nomina del proprio arbitro ciascuna parte costituirebbe un rapporto di mandato distinto e autonomo con l'arbitro scelto e designato e che non sorgerebbe dunque un unico rapporto tra tutte le parti e tutti gli arbitri. Secondo questa tesi, sarebbe contrario alla realtà ritenere che una parte conferisca l'incarico anche all'arbitro designato dall'altra; solo l'oggetto di ciascun mandato sarebbe comune, cioè quello di decidere una controversia o compiere un accertamento. La tesi del mandato congiunto può essere presa in seria considerazione soltanto per la diversa ipotesi dell'arbitro unico; in questa situazione è infatti comprensibile che l'incarico che le parti conferiscono ad un arbitro scelto di comune accordo possa essere ricondotto al mandato congiunto e non a due distinti mandati. La natura di mandato del rapporto parte-arbitro non è peraltro rimasta esente da censure: in varie occasioni si è infatti sottolineato come debbano essere tenuti distinti l'accordo arbitrale vero e proprio e il sia pur collegato rapporto che le parti instaurano con gli arbitri (per tutti S. VINCRE, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, in *Fall.*, 2004, p. 525, e in particolare, per ampi riferimenti bibliografici, anche alla tesi che qualifica il rapporto parte-arbitri come *locatio operis*, alle note nn. 13 e 14); la clausola per arbitrato, infatti, da un lato, contiene un accordo volto a sottrarre al giudice ordinario la lite che potrà insorgere tra le parti, con l'impegno di queste ultime a devolverla a terzi che la risolvano; dall'altro, vi è il conferimento a questi terzi, individuati o individuabili, dell'incarico di pronunciare la loro determinazione che, di per sé, non esaurisce ovviamente il contenuto della clausola. Ancora va ricordato che autorevole dottrina (F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 111; L. MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 442) esclude la riconducibilità del rapporto parte-arbitro al contratto di mandato, poiché l'arbitro non agisce per conto, cioè nell'interesse, dell'una o dell'altra parte, bensì come giudice *super partes*; e questa dottrina conclude ritenendo che il rapporto vada considerato come prestazione d'opera intellettuale (il negozio di nomina-accettazione sarebbe assimilabile, sul piano causale, alla *locatio operis*, con applicazione della disciplina relativa) [E. FAZZALARI, *Arbitrato (Teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 398; E. REDENTI, *Compromesso*, (*Dir. proc. civ.*), in *NDI*, III, Torino, 1938, p. 790, il quale ritiene che si tratti di un contratto misto avente ad oggetto l'opera professionale con elementi del mandato, poiché l'*opus* finale viene a coincidere con un atto giuridico; da ultimo cfr. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 118]. Se si ritiene che il contratto di arbitrato sia un contratto tipico o assimilabile al contratto

parti del giudizio arbitrale e lo scioglimento del rapporto deve provenire congiuntamente da tutte le parti, rimanendo inefficace quello che provenisse dalla sola parte che aveva provveduto alla nomina⁵⁷.

In presenza di una valida convenzione di arbitrato, il debitore concordatario può dare inizio al giudizio arbitrale, in linea generale, senza necessità di autorizzazione da parte degli organi della procedura. Ciò deve essere ribadito per un duplice ordine di ragioni; in primo luogo perché esiste un isolato precedente della Suprema Corte⁵⁸, ad avviso del quale l'accettazione dell'arbitrato (sia dal lato attivo sia da quello passivo) costituirebbe sempre un atto di straordinaria amministrazione. In secondo luogo perché, anche con riferimento all'instaurazione di un giudizio innanzi al giudice togato, vi è chi ritiene si tratti di un atto che necessita dell'autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 167 L. Fall.⁵⁹.

Sul primo profilo, a prescindere dalla particolarità del caso deciso dalla Corte suprema⁶⁰, la tesi mi pare del tutto inaccettabile. In primo luogo, la convenzione di

d'opera intellettuale, dovrà ritenersi applicabile l'art. 72 L. Fall., con la conseguenza che, in seguito alla dichiarazione di fallimento, esso possa essere sciolto su iniziativa del curatore: egli avrebbe, infatti, l'alternativa fra la conferma dell'arbitro nominato in origine e la nomina di uno nuovo, secondo quanto previsto dall'art. 25 L. Fall. (così M. VANZETTI, sub art. 83 bis r.d. 267/1942, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, p. 436). La sostituzione avverrebbe secondo le modalità di cui all'art. 811 c.p.c. e, in tal caso, ai sensi dell'art. 820 c.p.c. il termine per la pronuncia del lodo dovrebbe essere automaticamente prorogato di 180 giorni.

⁵⁷ Conf. M. BOVE, *op. ult. cit.*, pp. 312 e 316, che in ambito di fallimento sottolinea che il nuovo disposto dell'art. 78 L. Fall., prevede la sopravvivenza del contratto di mandato se a fallire sia il mandante, con inapplicabilità dell'art. 72 L. Fall. alla fattispecie.

⁵⁸ Cass., Sez. lav., 27 luglio 2006, n. 17159, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8 ad avviso della quale "In caso di intervenuta ammissione del debitore al concordato preventivo con cessione dei beni, se il creditore agisce proponendo non solo una domanda di accertamento del proprio diritto, ma anche una domanda di condanna o comunque idonea ad influire sulle operazioni di liquidazione e di riparto del ricavato, alla legittimazione passiva dell'imprenditore si affianca quella del liquidatore giudiziale dei beni, quale contraddittore necessario. Questo principio, che muove dall'esigenza di coordinare la conservazione della legittimazione del debitore con la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato, non può essere esteso alle procedure di arbitrato rituale o irrituale, che si svolgono tra le parti identificate dall'atto negoziale. A tal fine è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato per la decisione del debitore di non avvalersi del potere di opporsi alla procedura arbitrale che sia stata assunta dopo l'apertura della procedura di concordato. Infatti l'atto di accettazione della procedura arbitrale configura strumento idoneo a realizzare la ricognizione di diritti di terzi e va ascritto alla categoria degli atti di straordinaria amministrazione, pur costituendo attuazione di impegni assunti con atti negoziali precedenti". In senso contrario vedi Coll. Arb., 19 maggio 1989, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1990, p. 312.

⁵⁹ Da ultimo sul punto cfr. Cass., 22 ottobre 2018, n. 26646, in *www.ilcaso.it*.

⁶⁰ Nel caso deciso dalla Corte Suprema con la sentenza n. 17159/2006 citata alla nota 57, infatti, la clausola per arbitrato irrituale prevedeva la possibilità per le parti di opporsi alla procedura arbitrale avviata sulla base della clausola compromissoria e quindi era rinvenibile una ulteriore e distinta manifestazione di volontà della parte.

arbitrato vincola le parti e il suo adempimento, come quello di qualsivoglia altro rapporto, costituisce atto di ordinaria amministrazione; in secondo luogo, è il legislatore stesso a predicare che il debitore concordatario, al contrario del curatore in caso di fallimento, non ha facoltà di mutare la scelta, poiché anche qualora decidesse di sciogliersi dal contratto, la convenzione arbitrale manterrebbe intatta la propria efficacia. Infine, accedere a tale soluzione comporterebbe un significativa compressione dei diritti della controparte *in bonis*, che si troverebbe nella irrisolvibile situazione di essere vincolata all'accordo arbitrale ma di non potervi dare corso se il debitore concordatario non fosse autorizzato⁶¹.

Sul secondo profilo, l'inizio di una lite, davanti al giudice o all'arbitro, non necessita di autorizzazione non costituendo, per regola generale, un atto di straordinaria amministrazione⁶²; la straordinarietà, infatti, discende soltanto dalla possibilità che l'atto incida negativamente sul patrimonio concordatario⁶³. Tuttavia, può accadere che l'autorizzazione si renda necessaria; ciò accade quando il debitore voglia ottenere con la lite un effetto sostanziale, per il quale necessiterebbe di autorizzazione qualora fosse compiuto in via negoziale⁶⁴; e l'esempio più immediato è costituito da una domanda *ex art. 2932 c.c.*, con la quale il debitore voglia ottenere l'effetto di alienare un immobile. Non è infatti accettabile l'idea che il processo diventi il mezzo, attraverso il quale venga "aggirato" un limite e/o un divieto posto sul piano sostanziale⁶⁵. Ma, sia chiaro, il problema si pone in modo identico sia qualora il debitore intenda agire innanzi al giudice sia ove agisca innanzi all'arbitro.

Il debitore concordatario può dunque procedere alla nomina del proprio arbitro e dare così inizio alla procedura, senza necessità di alcuna autorizzazione del giudice delegato; si è infatti già ricordato che il debitore permane nella disponibilità dei propri beni per tutto ciò che concerne l'ordinaria amministrazione, all'interno della quale rientra la scelta dell'arbitro e quant'altro necessario per dare inizio all'arbitrato.

Il procedimento arbitrale, che vede quale parte il debitore in procedura, non si segnala per particolari differenze rispetto a quello disciplinato dagli artt. 806 e ss. c.p.c.; l'arbitrato incontrerà limiti o differenze ogniquale volta questi limiti o differenze appartengano già al diritto processuale comune e sussistano anche laddove la

⁶¹ Così A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 244.

⁶² Inoltre, in caso di concordato preventivo, l'iniziativa giudiziale del debitore dovrà anche essere valutata alla luce del piano concordatario, verificando se essa sia stata o meno esposta e prevista nel medesimo.

⁶³ Cass. 22 giugno 2017, n. 15467; Cass. 20 ottobre 2005, n. 20291 entrambe in *DeJure*, nonché la già citata Cass. 22 ottobre 2018, n. 26646.

⁶⁴ In tal senso già R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2250; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1953, p. 1268; A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, cit., p. 204; Cass. 12 gennaio 1988, n. 136, in *Riv. dir. fall.*, 1988, II, p. 423.

⁶⁵ Così già R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 2250.

lite penda innanzi al giudice togato. L'immediato riferimento è alla ammissibilità del giuramento⁶⁶ e della confessione, che già nel fallimento con riferimento al curatore, costituisce un tema, sul quale non vi è unanimità di opinioni⁶⁷; ma la soluzione del problema non risente della scelta arbitrale, identica essendo, quale essa sia, innanzi agli arbitri e innanzi al giudice togato.

8. Scioglimento dalla convenzione ad arbitrato pendente e suoi effetti: esclusione del problema

La radicale diversità dell'art. 169-*bis* L. Fall. (oggi, art. 97) dal contenuto dell'art. 83 L. Fall., oggi art. 192, (per l'analogo caso di scioglimento del contratto contenente la clausola compromissoria) provoca, per coloro che ritengono possibile lo scioglimento dalla convenzione di arbitrato, un ulteriore profilo problematico: se sia possibile lo scioglimento ad arbitrato iniziato e, in caso di risposta positiva, quali ne siano gli effetti sul giudizio arbitrale pendente.

Se si condividono le osservazioni prima svolte, a mente delle quali lo scioglimento dalla convenzione di arbitrato non è consentito in caso di concordato preventivo, il problema non ha ragione di esistere e può dunque essere accantonato.

9. Il liquidatore nominato ai sensi dell'art. 182 L. Fall. e il problema della sua legittimazione

Si è ricordato in apertura che la procedura di concordato non priva il debitore dell'amministrazione del suo patrimonio; ed è pacifico che il debitore, in assenza di una norma del tenore dell'art. 43 L. Fall., conservi la legittimazione per tutte le controversie, sebbene inerenti il patrimonio assoggettato alla procedura⁶⁸. Sul punto

⁶⁶ Per l'ammissibilità del giuramento nell'arbitrato rituale rimando a E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 49 ss.; in senso contrario C. PUNZI, *Disegno*, cit., II, p. 252 ss.; per ulteriori riferimenti S. VINCRE, *op. cit.*, p. 106, nota 163.

⁶⁷ Il problema, infatti, è se il curatore abbia la capacità di prestare confessione e di prestare o deferire un giuramento e sulla sufficienza della autorizzazione; sul tema per un approfondimento e per i necessari riferimenti bibliografici cfr. VINCRE, *op. cit.*, p. 106 e note; in giurisprudenza, per l'ammissibilità del giuramento *de scientia* del curatore cfr. Trib. Agrigento, 15 gennaio 2004, in *Fall.*, 2005, p. 330, con commento (senza titolo) di ZORZI; da ultimo G. BONGIORNO, *Subentro del curatore nella clausola compromissoria e limiti all'ammissibilità dei mezzi di prova*, in *Riv. dir. fall.*, 2018, p. 283 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶⁸ A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico*

non vi è ovviamente differenza tra una lite innanzi al giudice togato e una lite avanti gli arbitri; il debitore concordatario, durante la procedura, potrà proseguire la lite pendente sia innanzi agli arbitri sia innanzi al giudice. In questa fase (vale a dire dal deposito della domanda alla pronuncia del provvedimento di omologa) esiste la figura del commissario giudiziale, il quale ha funzioni di supervisione, controllo e verifica, con esclusione di una sua legittimazione nelle liti del debitore concordatario⁶⁹.

La procedura di concordato si conclude con l'intervenuta definitività del provvedimento di omologa; ma se si parla di un concordato con cessione dei beni (ovvero liquidatorio, secondo la moderna definizione, che, in realtà, ha sino ad oggi costituito la prevalente fattispecie), si apre la fase di esecuzione del concordato; e con la pronuncia di omologa vi è la nomina del liquidatore (oggi prevista dall'art. 114), che, secondo l'opinione preferibile costituisce un organo della procedura⁷⁰, doven-

dell'economia, diretto da GALGANO, Padova, 1997, XXIII, p. 172 ss.; M. FABIANI, *La tutela del creditore concorsuale non concorrente nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1994, p. 615 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *L'accertamento del passivo dell'amministrazione controllata, nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare*, ivi, 1990, p. 968; M. MACCHIA, *L'esecuzione del concordato preventivo*, ivi, 1992, p. 295 ss.; G. LO CASCIO, *Accertamento della natura concorsuale dei crediti nel concordato preventivo e legittimazione del debitore e del liquidatore giudiziale*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2528.

⁶⁹ Per tutti cfr. Cass. 6 aprile 1995, n. 4033, in *DeJure*, "con riguardo alla controversia promossa per far valere una pretesa creditoria nei confronti di imprenditore ammesso al concordato preventivo, la legittimazione passiva spetta all'imprenditore medesimo", "non al commissario giudiziale [...], posto che detta procedura non incide sulla capacità processuale del debitore (salva la facoltà di intervento in causa di detto commissario o liquidatore)"; nonché Cass. 7 luglio 2015, n. 14052, in *DeJure* "nel corso della procedura il commissario giudiziale, non è portatore di specifici interessi da far valere in sede giurisdizionale e non è abilitato all'esercizio di azioni, né in proprio né in veste di sostituto processuale"; di recente per qualche ulteriore considerazione sul tema cfr. Cass. 20 dicembre 2014, n. 4183, in *www.ilfallimentarista.it*. Sul tema cfr. anche M. FABIANI-CARAMELLINO, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di DIDONE, Milano, 2016, p. 1775; L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1158 e ivi, alla nota 71, ulteriori riferimenti, che, giustamente esclude anche l'ammissibilità di un intervento in giudizio del commissario giudiziale.

⁷⁰ Un po' tutte le tesi sono state sostenute in merito alla qualificazione giuridica del liquidatore: (i) vi è stato chi lo considerava un mandatario del debitore (Cass. 9 maggio 1958, n. 1519, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, p. 85); (ii) secondo altri era un mandatario dei creditori (così Cass. 3 aprile 2013, n. 8102, in *DeJure*; G. RAGO, *Concordato preventivo: due questioni in tema di legittimazione passiva*, cit., p. 1212 ss.; cfr. Id., *L'esecuzione del concordato preventivo*, Padova, 1996, p. 153 ss.); (iii) un mandato irrevocabile, conferito anche nell'interesse dei creditori mandatarî (mandato in *rem propriam*) a gestire e liquidare i beni del debitore (Cass., Sez. Un., 27 luglio 2004, n. 14083, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1031; Cass. 28 marzo 1985, n. 2187, in *Foro it.*, 1986, I, c. 172; Cass. 27 giugno 1981, n. 4177, in *Riv. dir. fall.*, 1981, II, p. 463); (iv) infine chi lo qualifica un ausiliario del giudice o un organo della procedura, sottolineando che «la nuova disciplina ha codificato la figura del liquidatore nel soggetto che, per effetto del decreto di omologazione, viene investito, al pari del curatore fallimentare, di un ufficio pubblico costituito allo scopo di provvedere alla liquidazione dei beni ceduti e al soddisfacimento dei creditori»: per tutti G. BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*,

dosi subito escludere l'idea che il liquidatore possa essere considerato un sostituto processuale del debitore o un suo rappresentante; non è un sostituto del debitore poiché nulla chiede a vantaggio del debitore, come invece dovrebbe accadere se ne fosse il sostituto processuale, poiché egli agisce a esclusiva tutela della posizione della liquidazione. Neppure può essere considerato un rappresentante del debitore, mancando l'essenziale *contemplatio domini* e, inoltre, poiché il liquidatore non indirizza la sua attività a vantaggio del debitore⁷¹.

Con la nomina del liquidatore i problemi concernenti la sorte dell'arbitrato (e, ancor prima, della convenzione di arbitrato) si moltiplicano, alcuni essendo di non facile soluzione.

Prima di affrontare il tema specifico, è necessario affrontare una questione preliminare di assoluto rilievo: quella della legittimazione, essendo assai controverso se essa spetti al liquidatore, al debitore ovvero ad entrambi.

La giurisprudenza, di legittimità e di merito, sostiene un po' tutte le tesi. Cercando di riassumere le varie posizioni, si può ricordare che, secondo un primo orientamento, il debitore sarebbe l'unico legittimato passivo in ordine alla verifica dei crediti anche dopo l'omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni; la legittimazione del liquidatore sussisterebbe solo nei giudizi che investono lo scopo liquidatorio della procedura⁷².

Una seconda opinione ritiene che in caso di concordato con cessione dei beni si realizzerebbe una scissione tra titolarità del patrimonio soggetto a concordato (sempre spettante al debitore) e potere di gestione, attribuito, invece, al liquidatore⁷³; il debitore, che permane nella proprietà dei beni, manterrebbe dunque la legittimazione processuale⁷⁴ e il liquidatore sarebbe un litisconsorte necessario nei

cit., p. 768 ss.; S. AMBROSINI, *L'esecuzione del concordato e i provvedimenti in caso di concordato con cessione dei beni*, in *Trattato di diritto fallimentare. Le altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI-F. LUISE-E. GABRIELLI, Torino, 2014, p. 388; da ultimo anche per ulteriori riferimenti bibliografici, L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1160, nota 81.

⁷¹ Per una compiuta esposizione di questa posizione mi permetto rimandare al mio *Il procedimento di liquidazione*, cit., p. 115 ss.

⁷² Cass., Sez. trib., 28 luglio 2017, n. 18823, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, rv 645028-01; Cass. 3 aprile 2013, n. 8102, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 625646; G. RAGO, *Concordato preventivo: due questioni in tema di legittimazione passiva*, cit., p. 1212 ss.

⁷³ M. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 680 ss.; G. BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2012, p. 768 ss.; M. FABIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, in *Società*, 2015, p. 612 ss., e nota 26; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2016, p. 771; L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1161.

⁷⁴ Cass. 4 settembre 2015, n. 17606, in *DeJure*; Cass. 3 aprile 2013, n. 8102, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 625646, secondo la quale "Nella procedura di concordato preventivo con cessione dei beni, diversamente da quanto si verifica nel fallimento, il debitore è l'unico legittimato passivo rispetto alla domanda di accertamento di crediti proposta dopo la sua omologazione, sussistendo la legittimazione

giudizi che riguardano i beni oggetto di cessione⁷⁵; in relazione alle operazioni di liquidazione, infatti, si realizzerebbe una situazione unitaria, idonea ad incidere contestualmente tanto sulla posizione del debitore concordatario quanto su quella del liquidatore⁷⁶, o, comunque, l'impossibilità di scindere il giudizio nei confronti di tali soggetti⁷⁷.

del liquidatore solo nelle controversie che investono lo scopo liquidatorio della citata procedura; tuttavia, pur non essendo il liquidatore legittimato passivo, né litisconsorte necessario del debitore nei suddetti giudizi di accertamento, ove egli vi intervenga, (trattandosi di intervenore adesivo che si inserisce nel processo tra altre persone lasciando invariato l'oggetto della lite nonostante l'ampliamento del numero dei partecipanti) deve necessariamente ipotizzarsi un litisconsorzio processuale nei successivi gradi di giudizio, non esaurendosi in un solo grado l'interesse dell'interventore ad influire con la propria difesa sull'esito dello stesso e configurandosi, diversamente, il rischio di un conflitto di giudizi per effetto della definitività della sentenza resa nei confronti dell'interventore rimasto estraneo ai successivi gradi di giudizio". PATTI, *La legittimazione processuale del debitore nel c.p. con cessione dei beni tra titolarità (mantenuta) e disponibilità (trasferita) del patrimonio*, in *Fall.*, 2001, p. 784, sottolinea che la legittimazione spetti al debitore "in quanto nella cessione dei beni ai creditori, che costituisce una particolare modalità di attuazione del concordato preventivo [...] non si attua il trasferimento di proprietà dei beni ceduti, ma soltanto, in favore degli organi della procedura, della legittimazione a disporre".

⁷⁵ Cass., Sez. Un., 28 maggio 1987, n. 4779, in *DeJure*, secondo la quale in ipotesi di concordato con cessione dei beni, a fronte di domande riguardanti il patrimonio oggetto di cessione, si realizzerebbe un litisconsorzio necessario tra debitore e liquidatore; infatti, mentre titolare resta il debitore, soggetto tenuto all'adempimento è il secondo. In questi casi, dunque, si giustificerebbe la ricorrenza «di una situazione di litisconsorzio necessario, tale da imporre al giudice di disporre, anche di ufficio, l'integrazione del contraddittorio nei confronti della parte pretermessa»; Cass. 29 settembre 1993, n. 9758, in *Riv. dir. fall.*, 1994, II, p. 226; Cass. 15 gennaio 1997, n. 363, in *Fall.*, 1997, p. 959, con nota di NARDECCHIA, *Capacità processuale del debitore e del liquidatore giudiziale*; Cass. 24 aprile 1999, n. 4301, in *Riv. dir. fall.*, 2000, II, p. 776; Cass. 26 luglio 2001, n. 10250, in *Fall.*, 2002, p. 837, con nota di P. CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva del liquidatore nel concordato preventivo con cessione dei beni*. Altra parte della giurisprudenza e della dottrina esclude la sussistenza di un litisconsorzio necessario e ritiene che la legittimazione rimanga al debitore: Cass. 10 giugno 2009, n. 13340, in *DeJure*; Cass. 14 marzo 2006, in *DeJure*; Cass. 4 marzo 2000, n. 2487, in *Giur. it.*, 2000, p. 2092; in dottrina B. QUATRARO, *L'esecuzione del concordato preventivo per cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 79.

⁷⁶ P. CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva*, cit., p. 841 ss. sottolinea che l'unitarietà del rapporto dedotto in giudizio determina, in relazione alla sua idoneità a incidere in modo diretto e inscindibile sia nella sfera giuridica del debitore concordatario, sia nelle operazioni di distribuzione del ricavato, per effetto della dissociazione tra proprietà del patrimonio ceduto (del debitore) e legittimazione a disporre a fini liquidativi (del liquidatore), l'esigenza che la pronuncia che intervenga su tale rapporto sia necessariamente resa in contraddittorio di entrambi i soggetti; conf. E. FRASCAROLI SANTI, *op. ult. cit.*, p. 772.

⁷⁷ P. CATALLOZZI, *Ancora sulla legittimazione passiva*, cit., sottolinea l'esigenza pratica di evitare «conseguenze pregiudizievoli per il ceto creditorio derivanti da un eventuale disinteresse del debitore alla lite, se non, addirittura, da possibili collusioni tra questi e il terzo attore», conf. G. RAGO, *Concordato preventivo: due questioni in tema di legittimazione passiva*, cit., p. 1212 ss.

Una terza opinione ritiene che il liquidatore, pur non essendo legittimato passivo né litisconsorte necessario del debitore nei giudizi relativi alla verifica dei crediti, potrebbe intervenire, quale interventore adesivo⁷⁸, lasciando così invariato l'oggetto della controversia. La legittimazione del liquidatore sussisterebbe soltanto per le controversie che investano lo scopo liquidatorio della procedura, essendo limitata ai soli rapporti obbligatori sorti nel corso e in funzione delle relative operazioni⁷⁹.

Un ultimo orientamento diversifica l'ipotesi del creditore che agisca proponendo una domanda di mero accertamento del credito da quella del creditore che agisca proponendo anche una domanda di condanna o comunque una domanda idonea ad influire sulle operazioni di liquidazione e di riparto del ricavato⁸⁰; a quest'ultima sarebbe assimilabile quella del giudizio avente ad oggetto una condanna al pagamento a favore della liquidazione. In tali casi alla legittimazione dell'imprenditore

⁷⁸ Non esaurendosi in un solo grado l'interesse dell'interventore ad influire con la propria difesa sull'esito della lite e configurandosi un litisconsorzio processuale nei successivi gradi di giudizio; così Cass. 3 aprile 2013, n. 8102, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 625646; Cass. 4 settembre 2015, n. 17606, cit.; F. RASILE-G. ZANOTTI, *Il liquidatore giudiziale nel concordato con cessione dei beni: poteri, legittimazione attiva e passiva, casi pratici*, in *Il fallimentarista*, 16 gennaio 2014, 1 ss. Vi sarebbe la possibilità di un conflitto di giudicati per la definitività della sentenza nei confronti dell'interventore rimasto estraneo ai successivi gradi di giudizio; Cass., Sez. lav., 20 maggio 2004, n. 9643, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5. In senso conforme anche Cass., Sez. lav., 10 settembre 1999, n. 9663, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1951, ed in *Fall.*, 2000, p. 768.

⁷⁹ Cass. 4 settembre 2015, n. 17606, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, rv. 636286; Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2013, n. 5101, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, p. 2704; Cass. 3 aprile 2013, n. 8102, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 625646.

⁸⁰ Cass., Sez. lav., 19 novembre 2001, n. 14472, in *Fall.*, 2002, p. 836; App. Roma, 15 gennaio 2002, in *Fall.*, 2002, p. 839; recentemente la Suprema Corte, con decisione n. 11460 del 10 maggio 2017 (in *Guida dir.*, 2017, 26, p. 86) ha affermato che "Sussiste la piena legittimazione del debitore – ammesso alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni – sia dal lato passivo, in ordine all'accertamento, in via ordinaria, di ogni pretesa creditoria, sia dal lato attivo, in ordine all'esercizio delle azioni relative alle attività cedute. Ciò in quanto con la cessione dei beni ai creditori, che costituisce una particolare modalità di attuazione del concordato preventivo, inquadrabile nell'ambito dell'istituto della *cessio bonorum* regolata dal codice civile, non si attua il trasferimento di proprietà dei beni ceduti, ma soltanto della legittimazione a disporre in favore degli organi della procedura, così risolvendosi in un mandato irrevocabile, perché conferito anche nell'interesse dei terzi creditori, a gestire e liquidare i beni ceduti. In caso di intervenuta ammissione del debitore al concordato preventivo con cessione dei beni, se il creditore agisce proponendo non solo una domanda di accertamento del proprio diritto, ma anche una domanda di condanna o comunque idonea a influire sulle operazioni di liquidazione e di riparto del ricavato, alla legittimazione passiva dell'imprenditore si affianca quella del liquidatore giudiziale dei beni, quale contraddittore necessario. In particolare, qualora la sentenza di omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni nella quale si provveda alla nomina del liquidatore giudiziale intervenga dopo che l'imprenditore sia stato convenuto in giudizio da un creditore con domanda di condanna è necessario provvedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti del liquidatore, onde evitare che la sentenza sia *inutiliter data*".

si affiancherebbe quella del liquidatore giudiziale dei beni, quale contraddittore necessario⁸¹.

Nella giurisprudenza di merito, invece, sembra prevalere l'orientamento che ritiene sussistere un litisconsorzio necessario fra il debitore ed il commissario giudiziale, anche se il giudizio abbia ad oggetto l'accertamento di crediti nei confronti dell'imprenditore ammesso al concordato preventivo⁸².

Infine, vi è chi tende a distinguere tra legittimazione attiva e legittimazione passiva; per quanto riguarda la prima, si ritiene che il liquidatore sia legittimato in concorrenza con il debitore a proporre le azioni volte a recuperare i beni o i diritti compresi nel patrimonio oggetto di liquidazione concordataria⁸³. Per quanto riguarda la legittimazione passiva, invece, si ritrovano, sostanzialmente, le contrapposte tesi che connotano il secondo orientamento prima ricordato.

A vero dire, nessuna di queste opinioni mi pare condivisibile. Qualsivoglia lite sui beni oggetto di cessione influisce, inevitabilmente, sulla liquidazione e sul successivo riparto; ugualmente, qualunque lite che concerna la massa passiva (vuoi il riconoscimento di un credito a fare parte della massa vuoi il riconoscimento di una diversa collocazione o di un diverso grado) influisce a sua volta sulla distribuzione dell'attivo. Proprio perché si tratta di un complesso di beni destinato a una massa di creditori, qualunque variazione dei beni destinati alla soddisfazione dei creditori ovvero qualunque variazione dei creditori destinatari del ricavato è destinata a influire direttamente sulla liquidazione e sul riparto; non vi è, a mio avviso, alcuna lite che non abbia questo effetto. La liquidazione del patrimonio oggetto di cessione costituisce un procedimento, attraverso il quale si attua il principio della responsabilità patrimoniale del debitore; l'istituto è dunque volto a offrire soluzione al medesimo problema, alla cui soluzione sono preordinati sia il fallimento sia l'esecuzione

⁸¹ Cass. 30 luglio 2009, n. 17748, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 9, p. 1245; Cass., Sez. lav., 27 luglio 2006, n. 17159, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8; Cass., Sez. I, 14 maggio 2005, n. 10134, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5; Cass., Sez. lav., 26 luglio 2001, n. 10250, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1478. Nel medesimo senso della necessaria integrazione del contraddittorio con il liquidatore in caso di domanda di condanna anche Cass., Sez. I, 5 aprile 2001, n. 5055, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 712 e Cass., Sez. I, 29 aprile 1999, n. 4301, in *Fall.*, 2000, p. 718.

⁸² Trib. Roma, 27 settembre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 539; Trib. Roma, 29 aprile 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 692; Trib. Torino, 20 aprile 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1546. App. Firenze, Sez. I, 23 dicembre 2004, in *Redazione Giuffrè*, 2008, ha affermato che, in caso d'intervenuta ammissione del debitore al concordato preventivo con cessione dei beni, se il creditore agisca proponendo non solo una domanda d'accertamento del proprio diritto, ma anche una domanda di condanna (o comunque idonea ad influire sulle operazioni di liquidazione e di riparto del ricavato), alla legittimazione passiva dell'imprenditore si affianca quella del liquidatore giudiziale dei beni che, quale mandatario dei creditori, diviene contraddittore necessario.

⁸³ Trib. Milano, 17 dicembre 2012, in *www.ilfallimentarista.it*, con nota di A. RESTUCCIA, *Esecuzione forzata dopo l'omologa del concordato, limiti alla risoluzione per inadempimento e tutela dei creditori*.

forzata per espropriazione. Ed infatti, devo confessare che le osservazioni a suo tempo svolte sul tema⁸⁴ mi paiono ancor'oggi, a distanza di anni, convincenti.

Alla procedura di liquidazione dei beni ceduti si applicano, innanzitutto, le regole dettate dal codice civile agli artt. 1977 e ss. c.c. per la cessione dei beni ai creditori⁸⁵ nonché le regole protettive previste per i creditori in sede di espropriazione individuale e, per quanto possibile, quelle dettate a tutela dei creditori in sede di espropriazione concorsuale.

Sulla base di questo assunto di fondo, è innanzitutto possibile rilevare che, nella cessione dei beni, l'art. 1979 c.c. fissa il principio, secondo il quale l'amministrazione dei beni ceduti e l'esercizio di tutte le azioni a carattere patrimoniale relative ai beni stessi spetta ai creditori cessionari; in secondo luogo, l'applicazione delle regole proprie della espropriazione individuale e concorsuale consente di affermare che la lite nei confronti della procedura ha un oggetto diverso da quella verso il debitore, con l'inevitabile, ulteriore, conseguenza che la sorte della lite con la procedura concordataria può essere diversa da quella della lite nei confronti del debitore concordatario⁸⁶.

La lite sull'oggetto della procedura (vale a dire sul patrimonio attivo oggetto di cessione) non coinvolge il rapporto sostanziale tra il terzo e il debitore; essa ha infatti ad oggetto la legittimità della pretesa espropriativa della procedura e non la titolarità del diritto in contesa; la relativa sentenza si impone ai soli titolari del rapporto deciso (e cioè la procedura di liquidazione e il terzo), senza avere effetti diretti nei confronti del debitore concordatario⁸⁷. Stando così le cose, la legittimazione deve essere riconosciuta al solo liquidatore, quale titolare del diritto in contesa, nei confronti del quale la sentenza avrà effetti.

Quando si parla di liti aventi ad oggetto una pretesa creditoria del terzo, con la quale egli chieda di essere soddisfatto nell'ambito della liquidazione concordataria (o con un diverso grado), si discute di liti che hanno ad oggetto un diritto diverso da quello vantato dal medesimo terzo nei confronti del debitore: si è ormai usi definire

⁸⁴ Per una più compiuta esposizione del mio pensiero mi sia consentito rimandare a *Il procedimento di liquidazione dei beni ceduti nel concordato preventivo*, Padova, 1996, capp. III e IV, al quale rimando anche per un inquadramento sistematico della fase di liquidazione e, di conseguenza, delle norme ad essa applicabili.

⁸⁵ Non vi è dubbio che la cessione dei beni disciplinata dal codice civile non ha alcun riguardo ai problemi particolari che sorgono quando il debitore è un imprenditore; ma da lungo tempo la dottrina ha sottolineato la sostanziale equivalenza, sotto il profilo funzionale, tra pignoramento e cessione dei beni; sul tema cfr. V. ANDRIOLI, *Raffronti tra cessione dei beni ai creditori e espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 478; G. VERDE, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, *passim*.

⁸⁶ Tesi la cui più compiuta esposizione si deve a E.F. RICCI, nelle opere citate alla nota 88 che segue.

⁸⁷ Anche in questo caso per una compiuta esposizione mi permetto rimandare al mio *Il procedimento di liquidazione*, cit., p. 110 ss.

questa diversa situazione come diritto al concorso⁸⁸. Ebbene, devono – a mio avviso – trovare applicazione i medesimi principi che regolano le analoghe liti in caso di fallimento; pertanto, la legittimazione va riconosciuta in via esclusiva al liquidatore, poiché egli può proporre domande in aperto contrasto con gli interessi del debitore e la sua pretesa non subisce, necessariamente, la medesima sorte che avrebbe subito la pretesa del debitore nella lite promossa dal (o nei confronti del) terzo⁸⁹.

Sebbene la tesi che riconosce un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra debitore concordatario e liquidatore sia affermata, con periodicità, dalla suprema Corte, a me pare che non meriti condivisione; così ragionando, infatti, si pone sullo stesso piano il rapporto tra il debitore e il terzo e quello tra il liquidatore e il medesimo terzo, con l'ineliminabile conseguenza che la decisione avrebbe ad oggetto entrambi i rapporti e esplicherebbe i propri effetti diretti nei confronti sia del liquidatore sia del debitore; il che, come si è poc'anzi esplicitato, non è.

Infine, l'idea che il liquidatore possa intervenire ai sensi dell'art. 105, 2° comma, c.p.c. con un intervento adesivo dipendente può essere coltivata soltanto laddove si ritenga che il liquidatore sia soggetto agli effetti riflessi della decisione resa nei confronti del solo debitore⁹⁰; ma per coloro i quali, come me⁹¹, ritengono che la

⁸⁸ Sul tema per tutti si veda E.F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, pp. 45 e 68; ID., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1073 ss.; ID., *Lezioni sul fallimento*, II, Milano, 1998, p. 110. Ma in senso contrario, ritenendo che anche il credito sia oggetto di decisione cfr., per tutti, L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, 1979, p. 56 ss. e p. 240 ss.; ID., *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, p. 82 ss.; ID., *Nuovi orientamenti della Cassazione sulla natura e sull'oggetto della verifica del passivo nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1984, I, p. 210 ss.; ID., voce *Fallimento: IX) Accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1988, p. 4 ss.; e dello stesso autore, dopo la riforma della legge fallimentare *Civile giurisdizione e procedure concorsuali*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 877 ss.

⁸⁹ L'unico precedente edito conforme a quanto qui sostenuto risulta essere Cass. 18 dicembre 1991, n. 13626, in *Fall.*, 1992, p. 470.

⁹⁰ È infatti noto che la dottrina prevalente conferisce la possibilità di intervenire ai sensi dell'art. 105, 2° comma, c.p.c. ai terzi soggetti agli effetti riflessi della sentenza emessa sul rapporto pregiudizievole, tra i quali rientrano i titolari di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza con quello oggetto di decisione; la letteratura in argomento è assai vasta e per una prima indicazione bibliografica, oltre a tutte le opere di carattere manualistico, mi permetto rimandare a C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 438, nota 44, cui *adde* V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 616; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, p. 269; A. CHIZZINI, *Intervento in causa*, in *Dig. disc. priv.*, X, Torino, 1991, p. 144; ID., *L'intervento adesivo*, Padova, 1993, I, p. 187; G. COSTANTINO, *Intervento nel processo, diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XVII, p. 1 ss.

⁹¹ Anche in questo caso per una compiuta esposizione mi permetto rimandare al mio *Il procedimento di liquidazione*, cit., p. 130 ss.

procedura di liquidazione non sia soggetta agli effetti riflessi, l'ammissibilità dell'intervento viene ad essere preclusa.

Nessun dubbio, invece, può sussistere quando la proposta di concordato per *cessio bonorum* preveda una cessione immediatamente traslativa dei beni del debitore; in questi casi, essendovi l'immediata liberazione del debitore, il liquidatore giudiziale è legittimato a stare in giudizio in via esclusiva (con estromissione definitiva del debitore concordatario)⁹².

10. (Segue): il problema e le sue soluzioni alla luce della riforma introdotta dal codice della crisi e dell'insolvenza

Il Codice della crisi e dell'insolvenza è intervenuto, almeno in parte, sul tema; si è prima ricordato, al par. 2, che il legislatore della riforma ha introdotto l'art. 115, con il quale si prevede che il liquidatore giudiziale (nominato, ai sensi dell'art. 114, in caso di cessione dei beni) eserciti, o se pendente prosegua, ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti, nonché l'azione sociale di responsabilità⁹³. In tutti questi casi, dunque, la legittimazione è attribuita in via esclusiva al liquidatore; e se la domanda è già pendente, innanzi al giudice o all'arbitro, al liquidatore competerà la sua prosecuzione⁹⁴.

La legittimazione ad iniziare e/o proseguire tutte le azioni volte a conseguire la disponibilità dei beni, deve essere riferita, quanto meno a mio avviso, non solo alle azioni volte al recupero della mera disponibilità, bensì a tutte le azioni che abbiano ad oggetto la composizione del patrimonio attivo oggetto di cessione, anche se abbiano ad oggetto non solo la disponibilità del bene ma anche la sua titolarità. Una distinzione sul punto sarebbe davvero incomprensibile, sicché anche le azioni di terzi, volte a sottrarre un cespite al patrimonio attivo oggetto di cessione

⁹² A. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, cit., p. 239 ss.

⁹³ In quest'ultimo caso con una previsione di contrario tenore a quello che appariva essere l'orientamento della giurisprudenza, sul quale, da ultimo, cfr. Trib. Bologna, 16 agosto 2016, in www.ilcaso.it. L'ipotesi dell'azione di responsabilità è, forse, uno dei casi nei quali più frequentemente al liquidatore si imporrà la clausola arbitrale, ogniqualvolta essa sia contenuta nello statuto della società, atteso che secondo la più recente giurisprudenza essa si impone anche al curatore fallimentare (Trib. Milano, 5 marzo 2018, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

⁹⁴ Ovviamente, la norma attribuisce la legittimazione al liquidatore per tutte le liti, a prescindere dalla posizione di attore o di convenuto che quest'ultimo assuma; affermazione ovvia, ma che deve essere ribadita poiché nel passato recente, come prima esposto (par. 10) ha introdotto una distinzione tra le situazioni di legittimazione attiva e quelle di legittimazione passiva.

dovranno essere iniziate e/o proseguite nei confronti del liquidatore.

Una prima conferma in tal senso proviene dalla espressa previsione che compete al liquidatore anche ogni azione volta al recupero dei crediti facenti parte del patrimonio oggetto di cessione, con una dizione che comprende, mi pare in modo inequivocabile, anche quelle concernenti la titolarità del credito. Una seconda conferma proviene dalla attribuzione al liquidatore della legittimazione ad esercitare l'azione di responsabilità, anche senza la preventiva delibera dell'assemblea, poiché l'ampia previsione comprende, anche in questo caso, la sussistenza del diritto fatto valere.

Vi è poi un argomento a mio avviso decisivo a sostegno del riconoscimento della legittimazione in via esclusiva al liquidatore; in caso di concordato liquidatorio, per effetto del provvedimento di omologa cessa lo spossessamento attenuato previsto dall'art. 167 L. Fall. (oggi, art. 94) e la disponibilità (i.e., ogni potere dispositivo) dei beni è trasferita al liquidatore. Un effetto del tutto analogo a quello dettato in caso di fallimento e, oggi, di liquidazione giudiziale, nella quale, sebbene al curatore sia trasferita la disponibilità esclusiva dei beni e non la loro proprietà, tutte le controversie aventi ad oggetto la composizione della massa attiva sono nella titolarità del curatore.

La soluzione legislativa è pienamente in linea con le ragioni che mi avevano condotto alla medesima soluzione già con la disciplina previgente e non mi pare dunque necessario spendere ulteriori parole a sostegno.

L'esistenza del problema del subentro del liquidatore lite pendente è dunque evidente, poiché in tutti questi casi la legittimazione in capo al debitore viene meno per effetto della pronuncia di omologa contenente la nomina del liquidatore.

Il legislatore non ha, invece, preso in considerazione il tema della legittimazione nelle liti aventi ad oggetto la formazione della massa passiva; in questo caso il problema si pone, dunque, in modo del tutto analogo a quanto ricordato nelle pagine che precedono con riferimento alla disciplina dettata dalla legge fallimentare del 1942⁹⁵. A sostegno di tutte le considerazioni svolte, che mi hanno condotto a ritenere che anche in queste liti la legittimazione compete in via esclusiva al liquidatore, sovviene anche l'argomento poc'anzi svolto sulla identità di effetti, anche su questo profilo, tra la sentenza di fallimento (oggi di apertura della liquidazione giudiziale) e il provvedimento di omologa di un concordato liquidatorio; infatti, il legislatore

⁹⁵Nel lungo percorso che ha portato alla promulgazione del codice della crisi e dell'insolvenza vi è stata a lungo la previsione contenuta all'art. 96, 2° comma, che richiamava l'art. 143, 3° comma, dispone l'interruzione di tutti i processi nei quali sia parte l'imprenditore in concordato preventivo, sin dalla presentazione della domanda di concordato; il che mi pareva una piena conferma di quanto qui sostenuto, poiché l'interruzione del giudizio sarebbe stata priva di significato ove non fosse volta a garantire la prosecuzione del giudizio nei confronti di un diverso soggetto, vale a dire la procedura. Dal che mi pareva traibile una ulteriore conferma alla affermazione che anche i giudizi che avessero ad oggetto pretese incidenti sulla massa passiva avrebbero dovuto essere riassunti nei confronti della procedura e non più del debitore concordatario.

ha mantenuto la vigenza della norma protettiva fissata dall'art. 43 L. Fall. (oggi, art. 145), che prevede il principio, secondo il quale le formalità per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data di apertura della procedura di concordato preventivo, sono senza effetto nei confronti dei creditori; in questo modo il legislatore conferma che trovano applicazione le norme protettive del ceto creditorio tipiche dell'espropriazione individuale e collettiva e che la massa dei creditori deve essere considerata terza rispetto al debitore concordatario. Chiara la conseguenza: la pretesa del creditore, che avrebbe trovato accoglimento nei confronti del debitore, potrà andare incontro a reiezione nei confronti della procedura ogniqualvolta il titolo non sia opponibile ai terzi, come, ad esempio, per il mancato rispetto delle previsioni contenute all'art. 2704 c.c.

Il Codice della crisi e dell'insolvenza, nella versione definitiva, ha visto eliminata la previsione, contenuta nei progetti via via succedutisi nel tempo, di una interruzione del processo pendente⁹⁶; si pone dunque il problema di come disciplinare la perdita di legittimazione del debitore concordatario e la sua attribuzione al liquidatore, quanto meno in tutte le liti chiaramente individuate all'art. 115. In assenza di una norma apposita, deve trovare applicazione la disciplina generale e così, innanzi al giudice togato dovrà trovare applicazione l'art. 300 c.p.c., mentre, per quanto qui rileva, in sede arbitrale si dovrà applicare l'art. 816-*sexies* c.p.c.

11. Effetti della nomina del liquidatore sulla convenzione di arbitrato e sull'arbitrato pendente

La attribuzione della legittimazione al liquidatore, quale ne sia l'ampiezza, pone molteplici problemi; il primo concerne la sorte della lite che debba iniziare successivamente alla pronuncia dell'omologa e alla nomina del liquidatore, laddove la controversia dovrebbe essere devoluta in arbitrato per effetto di una convenzione sottoscritta dal debitore o a lui opponibile⁹⁷.

In questo caso mi pare che la soluzione sia differente a seconda che la convenzione di arbitrato sia antecedente al deposito della domanda ovvero successiva.

Nel primo caso, infatti, la convenzione sottoscritta dal debitore è inefficace nei confronti del liquidatore; occorre una adesione di quest'ultimo al patto arbitrale, in mancanza della quale la lite non potrà essere dedotta in arbitrato. Nel secondo,

⁹⁶ Cfr. nota 4 che precede, sottolinea che l'apertura della procedura di concordato non provoca l'interruzione dell'eventuale giudizio pendente V. VONA, *La stipula del patto compromissorio e la nomina degli arbitri*, in *Riv. dir. fall.*, 2013, p. 421.

⁹⁷ Il caso forse più frequente è quello relativo ad una clausola statutaria in caso di arbitrato societario (cfr. Trib. Milano, 5 marzo 2018, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

laddove la convenzione sia stata sottoscritta a procedura concordataria iniziata (i.e., ad avvenuto deposito della domanda), mi pare che la clausola si imponga anche al liquidatore; secondo l'opinione che mi pare preferibile, il provvedimento di omologa retroagisce alla data di presentazione della domanda di concordato⁹⁸ e, inoltre, gli atti legittimamente compiuti dal debitore in corso di procedura si impongono anche al liquidatore. Sicché, in questo caso, la lite potrà essere dedotta in arbitrato nei confronti del liquidatore, quale parte in senso sostanziale, che sarà colui che dovrà provvedere alla nomina dell'arbitro e a tutti gli incombeni successivi.

Può anche accadere che la lite arbitrale sia pendente al momento della nomina del liquidatore; e può accadere che la nomina del liquidatore avvenga in presenza di una lite (i) pendente, iniziata prima dell'apertura della procedura e (ii) pendente, ma iniziata dopo il deposito della domanda di concordato, anche con riserva.

Con l'entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza il problema, visto l'art. 115, si porrà in tutte le liti aventi ad oggetto la composizione della massa attiva o quanto meno, per chi non condivida quanto poc'anzi sostenuto, per quelle espressamente individuate dalla norma in oggetto. Con riferimento alle liti aventi ad oggetto la massa passiva il problema si porrà in modo identico per chi condivide le osservazioni prima svolte. In quest'ultimo caso, tuttavia, il giudizio arbitrale potrà proseguire nei confronti del solo debitore (così come avviene per una lite nei confronti del fallito⁹⁹), ma il relativo lodo sarà privo di effetti nei confronti del liquidatore, terzo estraneo. Se, invece, si vuole che il lodo si imponga anche al liquidatore, occorre provocarne l'ingresso nel giudizio *apud arbitros*.

In tutti i casi, nei quali occorre prevedere la partecipazione del liquidatore all'arbitrato si apre immediatamente il tema della sua adesione al patto arbitrale, in assenza della quale una sua partecipazione al giudizio è preclusa, poiché il liquidatore non è un sostituto processuale o un rappresentante del debitore e non vi è spazio per ragionare di una sua successione nel diritto¹⁰⁰. In altre parole, il tema della applicabilità della disciplina contenuta all'art. 816-*quinquies* c.p.c., poiché la salvezza dell'arbitrato pendente passa necessariamente dalla adesione del liquidatore alla convenzione di arbitrato, con l'accettazione delle altre parti e il consenso degli arbitri, salva – ancora una volta – la prosecuzione del giudizio arbitrale con effetti nei soli confronti del debitore concordatario.

⁹⁸ Come sempre, per una compiuta esposizione, ancora una volta mi permetto rimandare al mio *Il procedimento di liquidazione*, cit., p. 148 ss.

⁹⁹ Di diverso avviso è A. CARRATTA, *La sorte dell'arbitrato e del lodo dopo la dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. fall.*, 2019, fasc. 1, p. 83 ss. secondo il quale a seguito del fallimento la perdita di capacità processuale del fallito sarebbe piena ed assoluta con riferimento alle controversie patrimoniali su diritti ricompresi nel fallimento.

¹⁰⁰ Esclude che vi sia un fenomeno di successione a titolo particolare nel diritto controverso anche in caso di fallimento A. CARRATTA, *La sorte dell'arbitrato*, cit., p. 103.

In entrambi i casi vi è, poi, il problema della applicabilità, al caso specifico, della disciplina contenuta all'art. 816-*sexies* c.p.c.¹⁰¹.

Per chi, invece, è di diverso avviso, quanto meno per liti non espressamente prevista dall'art. 115, occorre distinguere: il problema non ha ragion d'essere per tutti coloro che, aderendo al primo degli orientamenti sopra indicati, ritengono che, in linea generale, la legittimazione permanga in via esclusiva in capo al debitore concordatario; in questo caso, infatti, il giudizio arbitrale proseguirà nei confronti del debitore concordatario e la decisione si imporrà anche al liquidatore. Per chi predilige, invece, il secondo orientamento ricordato al paragrafo che precede, l'attribuzione della qualità di litisconsorte necessario al liquidatore pone un problema di grande complessità, sostanzialmente analogo a quello poc' anzi ricordato.

La partecipazione all'arbitrato di un litisconsorte necessario pretermesso (sebbene sopraggiunto all'instaurazione dell'arbitrato, ma proprio per questa ragione non firmatario della convenzione di arbitrato) pone molti problemi già affrontati in dottrina con soluzioni non univoche¹⁰²; ma anche chi predilige una soluzione più aperta e volta alla preservazione della lite arbitrale, condivide l'idea che l'ingresso del litisconsorte pretermesso sia consentito soltanto laddove egli aderisca al patto arbitrale, vi sia il consenso degli arbitri e l'accettazione delle altre parti del giudizio¹⁰³. In difetto l'arbitrato è improcedibile.

Al fine di provocare una presa di posizione del liquidatore (e delle altre parti) sul punto, credo debba trovare applicazione l'art. 816-*sexies* c.p.c., condividendo sul punto la ricostruzione di quest'ultimo recentemente prospettata dalla dottrina¹⁰⁴.

¹⁰¹ Sul quale *infra*, nota 102.

¹⁰² La prima questione si pone in ordine alla circostanza che il litisconsorte necessario pretermesso sia o meno firmatario del patto arbitrale; nel primo caso, infatti, il problema è, almeno in parte, più semplice e si attesta principalmente sul profilo della formazione del collegio giudicante (su questo tema, oggetto di numerosi contributi della dottrina cfr., per tutti, B. SASSANI, *Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 943 ss.; C. CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 841 ss.; A. BRIGUGLIO, *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, in *Riv. dir. proc.* 2012, p. 1533 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 816 quater c.p.c.*, cit., p. 476 ss.); Coll. Arb., 7 febbraio 2011, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 943 ss.). Nel secondo caso, l'arbitrato incontra un problema pressoché insormontabile, salvo soluzioni di natura patteggiata: così L. SALVANESCHI, *Arbitrato con pluralità di parti*, cit., p. 272 ss.

¹⁰³ Sul tema cfr. anche V. COLESANTI, *Notarelle controcorrente in tema di arbitrato e litisconsorte non compromittente*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 791 ss.; B. SASSANI, *Di modificazioni della domanda, diritti autodeterminati e litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 883 ss.; C. CONSOLO, *Diritti autodeterminati e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1398 ss.

¹⁰⁴ Per tutti e per riferimenti bibliografici cfr. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., sub art. 816 *sexies* c.p.c., cit., p. 534 ss.; e anche GHIRGA, *Fatti interruttivi del processo e arbitrato*, in *Sull'arbitrato*, cit., p. 402; mi pare condivida questa soluzione, anche in caso di fallimento ad arbitrato pendente, A. CARRATTA, *La sorte dell'arbitrato e del lodo dopo la dichiarazione di fallimento*, cit.

È evidente che vi è qui un vero e proprio *vulnus* all'arbitrato in presenza di una procedura di concordato preventivo con cessione dei beni; ma l'applicazione dei principi che governano questa procedura concorsuale non consente una diversa soluzione.

12. Il regime delle spese dell'arbitrato: loro natura privilegiata o prededucibile

Prima di concludere vi è un ultimo profilo: il regime delle spese da sostenersi per arbitri e difensori, poiché si discute se esse abbiano natura prededucibile o concorsuale privilegiata. Non vi è dubbio che esse abbiano natura prededucibile in tutte le situazioni, nelle quali l'arbitrato sorga nei confronti del debitore concordatario o per sua iniziativa; il problema esiste, dunque, soltanto per le situazioni, nelle quali l'arbitrato penda già al momento della domanda di concordato¹⁰⁵. In queste ultime, credo sia preferibile la soluzione che ne riconosce la natura prededucibile, poiché il debitore e la procedura concordataria fanno propria l'attività già svolta e se ne avvantaggiano¹⁰⁶.

13. L'arbitrato e il concordato in continuità

Il discorso svolto sino ad ora ha avuto ad oggetto il concordato liquidatorio; tuttavia, si è ricordato in apertura che negli ultimi anni il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento la figura del concordato in continuità¹⁰⁷, che si differenzia pro-

¹⁰⁵ Momento al quale vanno fatti risalire gli effetti conservativi della procedura, a prescindere che si tratti di una domanda di concordato piena o con riserva.

¹⁰⁶ In questo senso S. VINCRE, *op. cit.*, p. 109 ss., alla quale si rimanda per una più ampia motivazione della tesi; in senso contrario E. MARINUCCI, *I crediti prededucibili nel fallimento*, Padova, 1998, p. 29, ad avviso della quale gli oneri sostenuti prima dell'ingresso del curatore nel processo avrebbero natura privilegiata e non prededucibile.

¹⁰⁷ Su questo istituto si veda: M. ARATO, *Il piano di concordato con continuità aziendale*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., III, p. 3543 ss.; ID., *La conservazione dell'attività di impresa come nuovo principio fondante del diritto concorsuale italiano*, *ibidem*, p. 3284; F. ROLFI-R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, Torino, 2015, *passim*; S. AMBROSINI, *Il piano di concordato. Continuità aziendale e cessione dei beni*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, IV, p. 97 ss.; L. BOTTAI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: profili applicativi e prime prassi*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, a cura di AMBROSINI, Bologna, 2017, p. 208 ss.

fondamente, per finalità e per disciplina, dal consueto concordato liquidatorio e che, alla luce della riforma introdotta dal Codice della crisi e dell'insolvenza, dovrebbe divenire la figura centrale e prevalente dell'istituto del concordato. Occorre dunque verificare se le soluzioni prima proposte debbano essere modificate per quest'ultima figura di concordato.

Come noto, il concordato in continuità può essere attuato in forma di continuità diretta o indiretta¹⁰⁸. Con la prima si individua la fattispecie, nella quale l'imprenditore propone di sistemare la propria insolvenza (o situazione di crisi) con un accordo con i propri creditori, all'esito del quale egli continuerà la propria attività imprenditoriale così risanata. Con la seconda si intende una fattispecie assai diversa: quella, nella quale l'attenzione del legislatore si è posta sull'azienda (e non sull'imprenditore) e nella quale il "salvataggio" dell'azienda o di un suo ramo avviene attraverso la sua circolazione a terzi, che proseguiranno nell'attività così risanata¹⁰⁹.

In caso di continuità diretta mi pare che poco vi sia da aggiungere a quanto esposto, con riferimento al concordato in generale, nelle pagine che precedono; e, in assenza di qualunque effetto "espropriativo" del patrimonio del debitore, la convenzione di arbitrato rimarrà vincolante e l'arbitrato eventualmente pendente potrà essere proseguito, senza che vi sia alcuna differenza con l'ipotesi che sia pendente una lite innanzi al giudice togato.

In caso di continuità indiretta, invece, il problema si pone in termini diversi, poiché può accadere che il rapporto sostanziale, al quale accede la convenzione di arbitrato, circoli unitamente all'azienda o a un suo ramo. Si pone così il tema, noto, della circolazione della convenzione di arbitrato unitamente al contratto al quale essa accede; il tema da tempo ha destato l'interesse di dottrina e giurisprudenza che, per lo più, si pongono su posizioni distoniche. Se, da un lato, la dottrina prevalente¹¹⁰ ritiene che la clausola compromissoria circoli unitamente al contratto cui essa accede, la giurisprudenza di legittimità¹¹¹ ha sovente prediletto la soluzione contraria;

¹⁰⁸ Distinzione oggi espressamente prevista all'art. 84 del codice della crisi e dell'insolvenza; sul tema, da ultimo, Trib. Genova, 26 novembre 2018, in www.ilfallimentarista.it.

¹⁰⁹ Il 2° comma dell'art. 84 della riforma prevede che la continuità indiretta sia subordinata al mantenimento o alla riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno il 50% della media di quelli in forza nei due anni antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione.

¹¹⁰ P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 29; L. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 100 ss.; ID., *Arbitrato*, sub art. 808, cit., p. 103 ss., cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici; in senso contrario M. BOVE, *Processo arbitrale e terzi*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 784 ss.

¹¹¹ Cass. 3 giugno 1985, n. 3285, in *Dir. mar.*, 1986, p. 407; Cass. 16 febbraio 1993, n. 1930, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2333, con nota di BUCCINI, *Cessione del contratto e compromesso arbitrale*; in senso contrario cfr. Cass. 21 giugno 1996, n. 5761, in *Riv. arb.*, 1996, p. 669, con nota di CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*.

non è questa la sede per affrontare il tema¹¹² e pertanto mi sia consentito limitarmi a dichiarare la mia convinta adesione alla tesi che predilige la circolazione della clausola compromissoria unitamente al contratto, rimandando agli studi specifici più recenti per una sua ampia e compiuta motivazione¹¹³. Nel caso specifico, poi, la soluzione mi pare ancor più agevolmente sostenibile, poiché non si tratta della cessione di un singolo contratto ma della cessione di un complesso aziendale o di un suo ramo, all'interno del quale è compreso il contratto, al quale accede la convenzione di arbitrato; si tratta, dunque, di una modificazione soggettiva che non incide sul singolo rapporto contrattuale, ma sull'intera azienda (o su una sua parte), nella quale l'effetto successorio si produce *ope legis*, con riguardo a tutti i rapporti contrattuali inerenti l'azienda ceduta e prescinde del tutto dalla volontà, espressa o tacita, delle parti paciscenti e neppure richiede il consenso del contraente ceduto (il tutto a differenza di quanto previsto dall'art. 1406 c.c. in caso di cessione del contratto)¹¹⁴. L'idea che l'acquirente possa incidere sulla singola pattuizione all'interno di un contratto, nel quale succede di diritto unitamente al complesso dei beni aziendali, mi pare del tutto priva di sostegno.

Può tuttavia accadere che l'arbitrato sia già pendente al momento nel quale si realizza il trasferimento di azienda comprensivo del contratto o del rapporto sottostante, dal quale è sorto il giudizio arbitrale. A me pare che in questo caso debba trovare applicazione l'art. 111 c.p.c.: il giudizio prosegue nei confronti dell'alienante e la decisione arbitrale si imporrà anche all'acquirente¹¹⁵, che potrà essere evocato in giudizio ovvero intervenire, in entrambi i casi quale parte in senso sostanziale e senza che sia necessario né l'accordo delle parti né il consenso degli arbitri.

¹¹² Che, oltretutto, negli ultimi anni si è arricchito di un profilo ulteriore: sul finire del secolo scorso, infatti, la giurisprudenza di legittimità ho iniziato ad affermare che vi sarebbe un trattamento differenziato tra il cessionario del credito e il debitore ceduto; al primo sarebbe precluso avvalersi della convenzione di arbitrato, il secondo, invece, se ne potrebbe avvalere; Cass. 17 dicembre 1998, n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2979; Cass. 19 settembre 2003, n. 13893, in *Foro it.*, 2004, I, c. 638; Cass. 21 novembre 2006, n. 24681, in *Foro it. Mass.*, 2016. In senso contrario Coll. Arb., 6 aprile 2001, in *Riv. arb.*, 2001, p. 519 ss., con nota di L. SALVANESCHI, *La cessione del credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*; per ulteriori riferimenti e per un approfondimento della questione cfr. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, sub art. 808, p. 105 ss.

¹¹³ L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., sub art. 808 c.p.c., p. 101 ss. e spec. p. 108 ss.

¹¹⁴ In senso conforme Cass. 28 marzo 2007, n. 7652, con nota di F. ROCCHIO, *Circolazione della clausola compromissoria e cessione d'azienda*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1229.

¹¹⁵ Per un approfondimento L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., sub art. 816 quinquies, p. 527 ss. cui si rinvia per i necessari approfondimenti bibliografici; adde C. CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 867; R. MURONI, *La successione nella res litigiosa nell'arbitrato rituale interno con profili di internazionalità: analisi retrospettiva dell'ultimo comma del nuovo art. 816 quinquies cod. proc. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 903 ss.

14. L'arbitrato irrituale e l'arbitrato in materia non contrattuale

Il nostro ordinamento conosce due forme di arbitrato: quello rituale e quello irrituale¹¹⁶. A seguito della riforma dell'arbitrato del 2006 è oggi sostanzialmente pacifico che il lodo rituale ha effetti di sentenza, mentre l'arbitrato irrituale ha mantenuto la propria specificità; sicché è aperto il problema di comprendere se le soluzioni prima prospettate, sul rapporto tra arbitrato e concordato preventivo, siano applicabili all'arbitrato irrituale ovvero se quest'ultimo debba trovare proprie soluzioni¹¹⁷.

L'opinione prevalente, in dottrina e giurisprudenza, riteneva che l'arbitrato irrituale non fosse giudizio, ma rientrasse nell'ambito contrattuale, al quale si doveva fare ricorso per rinvenire i principi da applicare; e così si escludeva radicalmente la possibilità di rinvenire nel codice di procedura civile, vuoi per analogia vuoi per applicazione estensiva, la fonte per regolamentare le situazioni proprie dell'arbitrato irrituale¹¹⁸.

La natura contrattuale dell'arbitrato irrituale avrebbe imposto – secondo l'opinione prevalente prima della riforma della legge fallimentare del 2004 (e di quella dell'arbitrato del 2006) – di risolvere la questione della sua sorte, in caso di procedura concorsuale di una delle parti, con l'applicazione delle regole sui rapporti contrattuali pendenti; e la discussione era limitata, per lo più, all'ipotesi di fallimento. Non vi era, peraltro, univocità di interpretazione; da un lato, si affermava

¹¹⁶ La questione è stata particolarmente controversa e grande era il suo rilievo sotto il vigore della previgente normativa, in ragione dell'ampio dibattito che negli ultimi anni ha interessato il tema della natura e degli effetti della decisione degli arbitri rituali, dove a seguito della presa di posizione della Suprema Corte (Cass. 13 aprile 2001, n. 5527, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2909; Cass. 30 agosto 2002, n. 12714, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1608. Salvi, ovviamente, gli effetti derivanti dal decreto del Tribunale ai sensi dell'art. 825 c.p.c.; in argomento cfr. NARDO, *Questioni in tema di arbitrato libero e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 1215; A. BONSIGNORI, *Arbitrato irrituale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 129) sembrava ormai prevalere l'idea di una sostanziale identità di effetti tra il lodo pronunciato dagli arbitri rituali e quello pronunciato dagli arbitri irrituali. Si è già posto in evidenza che la recente riforma dell'arbitrato ha definitivamente risolto la questione, chiarendo che la decisione degli arbitri rituali ha la stessa natura e gli stessi effetti di quella resa dal giudice togato.

¹¹⁷ Il tema si propone in modo sostanzialmente analogo anche nei rapporti tra arbitrato e fallimento; su questo punto mi permetto rimandare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, al mio *Clausola arbitrale*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Trattato diretto da L. PANZANI e O. CAGNASSO, Torino, cit., p. 1563 ss.

¹¹⁸ La letteratura sul tema è vastissima; per un primo riferimento cfr. C. PUNZI, *I) Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 127; E. FAZZALARI, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 404; G. ALPA, *L'arbitrato – profili sostanziali*, I, cap. 4, *L'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale*, Torino, 1999, p. 235 ss.; da ultimo per qualche ulteriore riferimento, M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. processuale*, 1999, p. 688 ss. Per un esempio tipico dell'approccio "contrattualista" al problema, cfr. Cass. 22 maggio 1963, n. 1321, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 840 (ma *contra* App. Bologna, 27 aprile 1962, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1359).

che la clausola compromissoria per arbitrato irrituale sarebbe divenuta inefficace per effetto del fallimento di una parte contraente¹¹⁹, mentre, dall'altro, si riteneva che ove il fallimento fosse stato dichiarato dopo l'apertura del procedimento arbitrale irrituale, non avrebbe potuto trovare applicazione l'art. 78 L. Fall., trattandosi, nel caso di specie, di un mandato collettivo¹²⁰ conferito anche nell'interesse del mandatario¹²¹.

Innanzitutto, occorre prendere atto che l'art. 78 L. Fall., a seguito della sua modifica, non costituisce più un sostegno per queste tesi, neppure in caso di fallimento; oggi, infatti, il contratto di mandato si scioglie solo più in caso di fallimento del mandatario e non del mandante (e la disciplina contenuta nell'art. 183 del Codice della crisi e dell'insolvenza è immutata). Inoltre, la giurisprudenza più recente si sta consolidando sul principio che il compromesso e la clausola compromissoria per arbitrato irrituale non si sciolgono per effetto della dichiarazione di fallimento di una delle parti¹²².

In caso di concordato preventivo manca una norma del tenore di quella dettata dall'art. 78 L. Fall. (oggi, 183) e il problema si presenta così del tutto aperto; il quesito è dunque se l'art. 169-bis L. Fall. (oggi, 97) e le soluzioni prima proposte siano applicabili all'arbitrato irrituale. A me pare che – in linea di principio – non vi siano ragionevoli motivi per escludere questa soluzione; così come a identica soluzione sono giunto per il caso di fallimento¹²³. L'arbitrato irrituale è un istituto, per il cui tramite le parti deferiscono a terzi l'incarico di risolvere la controversia tra loro insorta¹²⁴; e

¹¹⁹ Trib. Milano, 15 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2001, c. 1439; Coll. Arb., 11 aprile 1995, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 123, con nota di A. BONSIGNORI, *Arbitrato irrituale e fallimento*. Per un esame delle varie tesi cfr. NARDO, *Questioni in tema di arbitrato*, cit., 1999, II, p. 1216. Da ultimo sul tema, M. CURTI, *L'arbitrato irrituale*, Torino, 2005, p. 120.

¹²⁰ G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1993, p. 477 e spec. 483; Cass. 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 10.

¹²¹ Cass. 17 aprile 2003, n. 6165, in *Fall.*, 2004, p. 523, con nota di S. VINCRE, *Opponibilità ed efficacia*, cit., e in *Riv. arbitrato*, 2004, p. 701, con nota di LIPPONI, *op. cit.*, p. 701; Cass. 8 agosto 1998, n. 8145, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 247, con nota di LAPENNA, *Dichiarazione di fallimento e accordi arbitrali anteriormente stipulati dal fallito*.

¹²² Cass. 17 febbraio 2010, n. 3803, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, p. 225; Cass. 8 settembre 2006, n. 19298, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9; Cass. 14 ottobre 2009, n. 21836, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 10, p. 1447; App. Torino, 2 luglio 2010, in *Foro padano*, 2011, 1, p. 82 (che qualificano il rapporto quale mandato collettivo o conferito anche nell'interesse di terzi).

¹²³ Mi permetto rinviare al già ricordato *Clausola arbitrale*, cit., p. 1563 ss.

¹²⁴ Non vi può infatti essere dubbio che l'arbitrato irrituale sia processo e giudizio al fine di risolvere una controversia (E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. processuale*, 1968, p. 458), sempre essendovi il verdetto di un terzo su una disputa esistente tra altri (E.F. RICCI, *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. processuale*, 1977, p. 449). Il problema di una distinzione tra i due tipi di arbitrato ha ragion d'essere solo quando il discorso ha ad oggetto il tema degli effetti di tale decisione. Insomma, due sono i piani del discorso:

la differenza si attesta e si circoscrive nei differenti effetti della decisione che verrà assunta dagli arbitri, ferma restando la natura procedimentale di quanto avviene innanzi agli arbitri stessi. La dizione dell'art. 169-*bis* L. Fall. (e dell'art. 97) e le ragioni di tutela della massa che vi sono sottese, mi pare autorizzino l'idea di una sua applicazione ad entrambe le ipotesi, ponendosi così in assonanza con quell'interpretazione sempre più unitaria dei due istituti¹²⁵, fatta salva la loro differenziazione sul piano degli effetti.

Se si condividono queste riflessioni, si può allora ritenere sostanzialmente assimilabile la posizione della procedura concordataria a quella fallimentare, sia in presenza di una clausola compromissoria o di un compromesso per arbitrato irrituale stipulati prima dell'apertura della procedura e sia in presenza di un procedimento arbitrale irrituale pendente.

Con riguardo alle controversie di natura extracontrattuale, preliminarmente si può fissare un principio: la disciplina, anche in questo caso, sarà identica sia in caso di compromesso sia in caso di clausola compromissoria, dal momento che l'effetto di entrambi è il medesimo: sottrarre, fin dal momento della loro stipula, la controversia alla competenza del giudice ordinario per attribuirla agli arbitri¹²⁶.

quando si parla degli effetti della decisione degli arbitri liberi non si può non convenire con l'idea che l'arbitrato irrituale abbia stretta natura negoziale, nella quale la determinazione degli arbitri non acquisisce mai natura di decisione, restando invece confinata in quella di integrazione di una volontà contrattuale delle parti; si veda anche MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, cit., 1991, p. 492, secondo il quale «le parti vogliono dal collegio arbitrale o dall'arbitro singolo, non una composizione della lite in via transattiva, ma un giudizio di diritto o di equità, sulle loro ragioni o torti». Ferma questa distinzione, si deve condividere quell'orientamento che negli ultimi anni ha favorito la c.d. processualizzazione dell'arbitrato irrituale [sul tema fondamentali rimangono i due studi di T. CARNACINI, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 629; E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 445; in argomento cfr. anche F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 396; C. CECHELLA, *Arbitrato libero e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 896; F. TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 743; C.M. BARONE, *Considerazioni sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato irrituale*, in *I processi speciali (Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi)*, Napoli, 1979, p. 55].

¹²⁵ L. MONTESANO, *Negozio e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. processuale*, 1984, p. 221; ID., *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 449; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 398; cfr. anche G. TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, *ibidem*, p. 459, secondo il quale è fondamentale la distinzione – proposta da Montesano – tra arbitrato-transattivo e arbitrato-giuridizio; e con riguardo a quest'ultimo, anche se irrituale, sarebbero applicabili tutte le norme dettate dal codice per l'arbitrato rituale (salvo quelle relative alla pronuncia di esecutività); per osservazioni ulteriori sul punto cfr. anche L. LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 211.

¹²⁶ Secondo un diverso orientamento, il compromesso dovrebbe essere considerato come un autonomo contratto, non rilevando il suo carattere accessorio rispetto alla controversia sostanziale, come tale sottopo-

La convezione arbitrale che abbia ad oggetto un rapporto extracontrattuale, ai sensi dell'art. 808-*bis* c.p.c. si differenzia perché manca un rapporto contrattuale, cui l'esistenza della convenzione possa essere collegata. Si potrebbe ritenere che, in tal caso, possa trovare applicazione l'art. 169-*bis* L. Fall. (oggi, 97) e che, pertanto, il debitore sia libero di sciogliersi unilateralmente dalla convenzione¹²⁷. Tuttavia, a me pare che il compromesso e la clausola compromissoria non possano essere avvicinati a contratti dai quali sorgono delle obbligazioni; e la non ancora intervenuta nomina degli arbitri non è – a mio avviso – equiparabile al mancato adempimento di una obbligazione.

15. Il piano di risanamento e l'accordo di ristrutturazione

Prima di concludere, occorre ancora spendere qualche osservazione in merito alle procedure concorsuali ulteriori, negli ultimi anni introdotte nel nostro ordinamento.

Nessun problema pone il piano di risanamento attestato ai sensi dell'art. 67 L. Fall. (oggi art. 56 del Codice della crisi e dell'insolvenza); quest'istituto è privo di effetti, sostanziali e processuali, sul patrimonio del debitore e sulla disponibilità dei relativi diritti¹²⁸, sicché la convenzione di arbitrato e l'eventuale arbitrato già pendente non subiranno alcun effetto o conseguenza dalla attestazione di un piano di risanamento.

A identica conclusione si deve anche pervenire in presenza di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis* L. Fall.¹²⁹ (oggi, artt. 57 e ss. del Codice

sto al regime di cui all'art. 72 L. Fall., tale per cui sarebbe il curatore a decidere liberamente se darvi attuazione o sciogliersi; così N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 484.

¹²⁷ Così, in caso di fallimento, sostengono GHIGNONE, *Sub art. 83 bis l. fall.*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altri a.d.r.*, a cura di A. BUONFRANTE-C. GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006, pp. 317 e 460. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato*, cit., p. 13, ritiene invece applicabile l'art. 83-*bis* L. Fall.

¹²⁸ Su questo istituto si veda P. DEMARCHI ALBENGO, *I piani attestati ex art. 67 l. fall.*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., III, p. 3169 ss.; M. FABIANI, *Le soluzioni stragiudiziali per affrontare la crisi*, in *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, p. 422 ss.; S. AMBROSINI, *I piani di risanamento: profili giuridici*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, cit., p. 847; L. STANGHELLINI-ZORZI, *Il piano di risanamento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2017, V, p. 527 ss.

¹²⁹ In tema cfr. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., III, p. 3220 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, IV, p. 464 ss.; S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2016, *passim*; M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, p. 440; LUCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: una procedura negoziale*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della*

della crisi e dell'insolvenza); quest'ultimo – come noto – è un istituto che si fonda su un accordo con tanti creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti (o del solo 30%, in caso di accordo di ristrutturazione agevolato, ai sensi dell'art. 60 della riforma) e sulla relazione di un professionista che ne attesta l'attuabilità. Il contenuto dell'accordo con i creditori aderenti è liberamente determinabile¹³⁰, mentre si deve assicurare l'integrale pagamento, nei termini fissati dalla legge, ai creditori non aderenti¹³¹. L'accordo di ristrutturazione è privo di qualsivoglia effetto in ordine alla capacità del debitore e al suo potere di amministrare, sia in via ordinaria sia in via straordinaria, il proprio patrimonio e in ordine alla sua capacità processuale.

L'art. 182-*bis*, 6° comma, L. Fall. (oggi, art. 54) dispone unicamente il divieto per i creditori, per titolo o causa anteriore, di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari individuali nonché, ai sensi del 3° comma della medesima norma, anche l'acquisto di titoli di prelazione; il divieto può essere anticipato, anche alla fase delle trattative e prima della conclusione dell'accordo, su istanza del debitore; ma nulla è disposto in ordine alle liti pendenti, anche innanzi al giudice togato, che dunque possono iniziare o essere proseguite senza risentire effetto alcuno¹³².

Gli effetti dell'accordo così raggiunto, una volta che sia omologato e pubblicato a registro imprese, attengono unicamente alla sfera dei rapporti con i creditori aderenti, poiché gli atti, i pagamenti e le garanzie compiuti in esecuzione dell'accordo

crisi e disciplina bancaria, cit., p. 677 ss.; M. SPIOTTA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: profili sostanziali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2017, V, p. 237 ss.; I. PAGNI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: profili processuali*, *ibidem*, p. 347 ss.

¹³⁰ In dottrina si discute sulla qualificazione giuridica di tale accordo, proprio per l'assenza di uno schema minimo prefissato e per la loro atipicità (E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare*, cit., p. 793).

¹³¹ La tesi prevalente riconosce all'accordo di ristrutturazione una natura privatistica: si tratterebbe di un accordo tra privati che, se concluso nel rispetto di determinate regole di procedimento, produce gli effetti particolari previsti dalla legge. Depongono a favore di questa impostazione sia la giurisprudenza che la dottrina prevalenti (Lo Cascio, Jorio, Ambrosini). Tra le ragioni per cui l'accordo si ritiene privato si annoverano le seguenti: l'accordo non determina l'apertura del concorso dei creditori sul patrimonio dell'impresa, non vi è l'obbligo di rispettare la par condicio tra i creditori e non è nominato alcun organo che rappresenta la massa dei creditori, non ha una efficacia vincolante verso tutti i creditori, ma solo nei confronti degli aderenti. È minoritaria la tesi che riconosce all'accordo una natura concorsuale, considerandolo una sorta di concordato preventivo «minore» o semplificato (come si desume anche dalla collocazione della norma tra le disposizioni relative al concordato) (Trib. Milano, 21 dicembre 2005; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare*, cit., p. 784).

¹³² Il divieto, con un discorso che vale anche con riferimento al concordato preventivo, è estraneo alle azioni di accertamento e di condanna, dalle quali non potrebbe derivare un pregiudizio alla *par condicio creditorum*; così Cass. 8 giugno 2009, n. 1318 in *DeJure*; L. GALANTI, *op. cit.*, p. 1143, nota 16 nonché A. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato*, cit., p. 240, il quale sottolinea che il divieto in questione nulla ha a che fare con l'arbitrato.

sono esenti da revocatoria nell'eventuale successivo fallimento; i creditori non aderenti devono essere pagati o ricevere l'adempimento entro il termine di centoventi giorni dalla scadenza del loro debito o se scaduto dalla data di efficacia dell'accordo. E se il creditore non aderente è parte di una lite con il debitore concordatario, il suo (eventuale) pagamento potrà avvenire alla definizione della lite; in sede di accordo di ristrutturazione si porrà il tema della sua previsione nell'ambito della situazione patrimoniale asseverata tramite apposito fondo o riserva.

In conclusione: l'accordo di ristrutturazione non ha alcun effetto sulla capacità e sui poteri del debitore di amministrare il proprio patrimonio e ancor meno sulla sua capacità e legittimazione processuale.

Chiara dunque la conseguenza sul tema al nostro esame: l'accordo di ristrutturazione non ha alcun effetto sulla convenzione di arbitrato ovvero sull'arbitrato già pendente alla data di deposito della domanda *ex art. 182-bis L. Fall.*; l'arbitrato potrà iniziare o proseguire nei confronti del debitore concordatario senza che vi sia alcuna differenza¹³³.

¹³³ Ovviamente vi potranno essere modifiche derivanti dalla volontà delle parti successivamente, come potrebbe accadere che il creditore della prestazione aderisca all'accordo di ristrutturazione.