

Guido Canale

L'ARBITRATO DEL CURATORE

Estratto

L'arbitrato del curatore (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza. — 3. Disponibilità sostanziale e disponibilità processuale. — 4. *Segue*: l'indisponibilità processuale. — 5. La convenzione di arbitrato del curatore. — 6. La nomina dell'arbitro e del difensore. — 7. La mancanza e/o i vizi dell'autorizzazione a stipulare la convenzione arbitrale, i rimedi e i loro effetti sul procedimento di arbitrato. — 8. *Segue*: e in tema di nomina dell'arbitro. — 9. Le regole del procedimento arbitrale.

1. *Premessa*. — Un quarto di secolo è trascorso da quando Edoardo Ricci licenziò le sue *Lezioni sul fallimento* ⁽¹⁾: da allora molte cose sono cambiate, il fallimento è stato più volte riformato, ancora oggi costituisce un cantiere aperto e anche l'arbitrato ha visto, dieci anni or sono, una profonda riforma. Tuttavia, quell'opera è sempre attuale, poiché in essa si rinvergono i punti fondamentali che costituiscono l'architrave di qualunque discorso sui rapporti tra arbitrato e fallimento.

La libera scelta del curatore di devolvere una lite in arbitrato non è certo usuale; ma, in un momento storico, nel quale le scelte delle procedure concorsuali sono ormai orientate dal principio della ragionevole durata del processo (che, per quello fallimentare, è fissata in sei anni), l'idea di poter utilizzare il procedimento arbitrale potrebbe trovare nuova linfa per la sua evidente maggiore brevità, sia riferita al giudizio arbitrale in sé ⁽²⁾ sia riferita alla maggior stabilità della decisione degli arbitri, che, come noto, è soggetta ad una impugnazione assai più limitata del giudizio di appello previsto dalle regole dell'ordinario processo di cognizione.

Sino al 2004 non vi era alcuna norma di diritto positivo che regolasse il tema dei rapporti tra arbitrato e fallimento; venne così introdotto l'attuale articolo 83 *bis* l. fall. ⁽³⁾, secondo il quale il procedimento arbitrale viene meno e non può essere proseguito qualora il curatore, ai sensi degli artt. 72 ss. l. fall., si sciolga dal contratto che contiene la clausola compromissoria, in forza della quale l'arbitrato ha avuto inizio. La norma, inserita nella sezione IV della legge fallimentare dedicata alla sorte dei rapporti giuridici preesistenti, non disciplina affatto il

(*) Il presente scritto prende origine dalla relazione tenuta a Milano al convegno *Arbitrato e impresa* nei giorni 8-9 febbraio 2018 organizzato dall'Università Statale di Milano - CRC Studi Giustizia.

⁽¹⁾ E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, Giuffrè, 1992; il secondo volume è invece edito nel 1998.

⁽²⁾ Secondo l'ultimo rapporto Isdaci 2015 (reperibile sul sito www.isdaci.it) la durata media dell'arbitrato amministrato (l'unico del quale è possibile avere i dati) è di 256 giorni; la ricerca ha a base i dati dell'anno 2014, nel quale risultano essere stati avviati 784 giudizi arbitrali.

⁽³⁾ Rimasto immutato nel codice della crisi e dell'insolvenza, all'art. 197 della bozza inviata il 22 dicembre 2017 al Ministro di Giustizia dal presidente della Commissione Rordorf.

rapporto pendente, bensì il processo e, per il vero, soltanto sotto alcuni profili, mentre altri rimangono del tutto aperti. Il legislatore, infatti, si è preoccupato unicamente di normare se e in che misura la procedura fallimentare sia vincolata all'accordo arbitrale (meglio, alla sola clausola compromissoria) esistente e al giudizio innanzi agli arbitri ormai avviato; del tutto carente è, invece, il profilo dell'ammissibilità e dei limiti dell'arbitrato su liti che vedano parte una procedura fallimentare, della sorte e degli effetti del relativo giudizio arbitrale.

2. *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza.* — La proposta di riforma complessiva della legge fallimentare contenuta nel codice della crisi e dell'insolvenza, di imminente promulgazione, non incide in modo significativo sul tema oggetto del presente scritto. Immutato è l'art. 83 *bis*, oggi art. 197; immutato è anche l'art. 35, oggi art. 137.

Qualche lieve modifica riceve l'art. 25, oggi art. 128: secondo la nuova norma, la nomina dell'arbitro è contraddistinta da due fasi. Nella prima, il curatore propone al giudice delegato l'indicazione dell'arbitro da designare, e nulla vieta, mi pare, che il curatore proponga anche più di un nominativo, una rosa di nomi, all'interno della quale il giudice delegato effettuerà la designazione. Acquisita la designazione del giudice delegato, la nomina dell'arbitro sarà di competenza del curatore.

La modifica è positiva, poiché chiarisce che il potere di nomina è in capo al curatore, vale a dire all'organo che ha la rappresentanza della procedura e, dunque, la titolarità e disponibilità del diritto; l'esercizio del potere del giudice delegato attiene, invece, alla fase antecedente, quella di scelta del soggetto che dovrà ricoprire l'incarico di arbitro. Si tratta di un procedimento articolato in due fasi, che solo ove correttamente posto in essere consente una valida espressione del potere di nomina da parte del curatore.

Nella versione riformata, la norma non contiene più l'inciso "verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge"; la modifica va intesa, da un lato, come attribuzione di responsabilità al curatore, al quale è demandata la relativa verifica e, dall'altro, come chiarimento dei limiti dei poteri del giudice delegato, che sono oggi chiaramente circoscritti al solo esercizio del potere "amministrativo — gestorio" di scelta dell'arbitro, senza alcuna ingerenza nella valutazione, anche di legittimità, della scelta del curatore.

3. *Disponibilità sostanziale e disponibilità processuale.* — L'arbitrato del curatore è qualcosa di assai diverso da quanto oggetto dell'art. 83-*bis* l. fall.. Con questa definizione si intende il giudizio arbitrale che abbia avvio per iniziativa del curatore o nei suoi confronti; e ciò può accadere sia quando il curatore subentri in un contratto che preveda una clausola compromissoria, sia quando il curatore concluda un contratto scegliendo di inserire una convenzione di arbitrato (come, ad esempio, in caso di esercizio provvisorio o, forse il più frequente, nell'ambito di un contratto di affitto d'azienda), sia quando il curatore autonomamente concluda un compromesso per arbitrato.

Il quesito è dunque quello di comprendere quali siano i limiti all'esercizio di questa facoltà del curatore; vale a dire se e quando il curatore possa devolvere agli arbitri una lite.

L'art. 806 c.p.c., dopo la riforma del 2006, prevede l'arbitrabilità per le sole controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili ⁽⁴⁾; è questo il principio fondamentale che governa la devoluzione ad arbitri di una lite e che costituisce un limite insormontabile ⁽⁵⁾, anche se, per il vero, residuale, poiché è assai difficile che l'amministrazione fallimentare si occupi di diritti indisponibili della massa ⁽⁶⁾. 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 curatore ⁽⁷⁾.

Tuttavia, in caso di fallimento sussiste anche un altro 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 dichiarata fallita ⁽⁸⁾.

In generale questo problema non è usualmente affrontato, poiché l'arbitrato si pone come alternativa all'ordinario processo di cognizione ⁽⁹⁾; e per lo più il nostro 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 ordinario ⁽¹⁰⁾; sicché,

⁽⁴⁾ Sotto il vigore della precedente normativa, soprattutto negli ultimi anni, la nozione stessa di indisponibilità del diritto e di intransigibilità della controversia, che costituiva il principale (e secondo alcuni unico) ostacolo alla compromettibilità in arbitri di una lite, è stata al centro di un ampio dibattito in tema di arbitrato: ad esempio App. Milano, 13 settembre 2002, in *Riv. arb.*, 2004, p. 105, individua i diritti indisponibili, sottratti al regime di comune e libera arbitrabilità, in quelli per i quali vige un regime di irrinunciabilità, intrasmissibilità e imprescrittibilità, per i quali il legislatore ha sottratto in radice al privato la disponibilità del relativo diritto soggettivo; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2010, 4, sottolinea che «il ricorso all'arbitrato è nei paesi democratici la necessaria e non sopprimibile conseguenza del riconoscimento dell'autonomia privata» e ritiene che l'indisponibilità abbia valore impeditivo ai fini della compromettibilità in arbitri di una controversia soltanto quando concerne l'esistenza di limiti alla rinuncia o dismissione dei medesimi. Con la riforma dell'arbitrato è venuto meno ogni riferimento alla transigibilità della lite, restando l'indisponibilità l'unico limite all'arbitrabilità della controversia. Per qualche ulteriore considerazione e per riferimenti bibliografici al dibattito anteriore alla riforma del 2006 mi permetto rinviare al mio *Antitrust e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1207 ss.

⁽⁵⁾ Su questo tema, per tutti, cfr. SALVANESCHI, *Art. 806, in Arbitrato, in Commentario del codice di procedura civile* a cura di CHIARLONI, Bologna, Zanichelli, 2014, 1 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, Bup, 2016, 81 e ss.; BOVE, *La giustizia privata*, Padova, Cedam, 2009, 1 e ss.; BARLETTA, *La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 979 e ss. Secondo BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2012, 295, l'arbitrato si pone come alternativa alla giurisdizione contenziosa di tipo dichiarativo.

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

⁽⁷⁾ 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. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2014, 2.

⁽⁸⁾ Conf. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di Punzi, Padova, Cedam, 2012, III, 479.

⁽⁹⁾ Come ha sottolineato C. Cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351, con nota di E.F. RICCI, *La funzione giudicante degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arret della Corte costituzionale)*.

⁽¹⁰⁾ 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

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 possano essere tutelati anche con un rito sommario o semplificato, ma soltanto quando quest'ultimo è esclusivo ⁽¹¹⁾.

In caso di fallimento occorre declinare il concetto di indisponibilità anche sotto il profilo processuale, poiché esiste un limite che deriva dalla disponibilità del processo, al quale quel diritto sarebbe soggetto proprio per l'esistenza della procedura fallimentare. Infatti, non tutte le controversie che vedono la procedura fallimentare parte del processo possono essere devolute in arbitrato; pur in mancanza di una incompatibilità "concettuale" ⁽¹²⁾, l'arbitrato in ambito fallimentare ha uno spazio meno ampio ⁽¹³⁾, poiché non è immaginabile che siano arbitrabili quelle controversie, per le quali il processo innanzi alla autorità giurisdizionale sia configurato dal legislatore quale mezzo esclusivo per il conseguimento dell'effetto proposto.

4. *Segue: l'indisponibilità processuale.* — Esistono dunque limiti all'arbitrabilità della lite derivanti da regole di diritto processuale e non solo di diritto sostanziale; tra queste, va subito detto, non rientrano quelle che disciplinano la competenza, anche inderogabile, di un determinato giudice. Da tempo il punto non è controverso in tutti i casi, nei quali si parla di arbitrato quale alternativa al

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.

⁽¹¹⁾ Su questo profilo, per un approfondimento, ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 5), 292 e ss., nonché FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 2016, 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 CARRATTA, *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, *Annali II-1*, Milano, Guffrè, 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 e 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. SALVANESCHI, (nt. 5), 42 e ss.).

⁽¹²⁾ Un tempo, infatti, l'incompatibilità sarebbe derivata da una visione giuspubblicistica della procedura fallimentare; sul tema, per tutti e per un riepilogo delle varie tesi al tempo sostenute, cfr. BERLINGUER, *L'arbitrato nelle procedure concorsuali* in *L'arbitrato. Profili sostanziali* a cura di Alpa, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, Utet, 1999, II, 977 e ss.; CANALE, art. 83 bis l. fall., in *Il nuovo diritto fallimentare*, in *Commentario diretto da Jorio e Fabiani*, Bologna, Zanichelli, 2006, 1357; 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, Jovene, 2010, 370; ID., (nt. 10), 451; SOTGIU, (nt. 8), 470 e ss. In giurisprudenza Trib. Verona, 6 agosto 2004, (nt. 10), ritiene che la materia dei diritti della massa creditoria sia interamente indisponibile

⁽¹³⁾ VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, 9 ss., cui *adde* BOVE, *Arbitrato* (nt. 5), 293.

processo ordinario, mentre in caso di procedura fallimentare vi è stato chi ha individuato un limite all'arbitrabilità nella competenza esclusiva fissata dall'art. 24 l. fall. (14).

L'art. 24 l. fall. (oggi art. 36, comma 1, codice della crisi e dell'insolvenza), tuttavia, non costituisce un limite a devolvere in arbitrato le liti attratte nella competenza del foro fallimentare. Quanto meno dal 2006, a seguito della riforma dell'arbitrato, non è più accettabile il limite che in precedenza si riteneva sussistere per le azioni derivanti dal fallimento (quelle che l'art. 24 l. fall. attribuisce alla competenza esclusiva del tribunale fallimentare), poiché le regole sulla competenza (sia essa derogabile o inderogabile, esclusiva o non esclusiva) attengono ai rapporti tra giudici togati e non possono essere automaticamente estese al diverso problema se le parti possano scegliere, invece del giudice togato, un giudice privato (15). Neppure si può ritenere che un problema possa sorgere dal tenore degli artt. 817 e 819-ter c.p.c., che inquadrano il rapporto giudice-arbitro come rapporto di competenza, sia pure *sui generis* (16): sebbene l'art. 24 l. fall. preveda un foro esclusivo per le liti che sorgono dal fallimento, merita piena condivisione l'opinione della dottrina (17), secondo la quale la compromettibilità in arbitri non è preclusa dall'inderogabilità della competenza (18).

(14) ANDRIOLI, *Il fallimento*, Napoli, Jovene, 1995, 320; SATTÀ, *Diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1996, 107 e ss.; LO CASCIO, *La competenza del tribunale fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1202; sul punto, nel senso del testo, cfr. VINCRE, (nt. 13), 26 e alla nota 34 ulteriori riferimenti.

(15) Si era sottolineata la natura per così dire "relativa" della inderogabilità fissata dall'art. 24 l. fall., atteso che nella stessa legge fallimentare era previsto che essa cedesse alla competenza prevista dalle norme ordinarie in caso di controversie reali immobiliari (VINCRE, (nt. 13), 26 ss. e 33 ove ulteriori riferimenti bibliografici, in particolare alle note nn. 43 e 44; anche se giova sottolineare che, a seguito della riforma, questa eccezione è venuta meno, visto il nuovo contenuto dell'art. 24 l. fall., che non prevede più l'eccezione in oggetto); conforme BOVE, *Arbitrato* (nt. 5), p. 293; Id., *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 403; FRASCAROLI SANTI, (nt. 10), 367; per un esame del dibattito a suo tempo esistente cfr. CECHELLA, *L'arbitrato*, in *Giur. sist. dir. proc. civile Proto Pisani*, Torino, Utet, 1991, 13 ss.; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. 1. La nozione di compromettibilità*, Torino, Giappichelli, 1999, 100 ss. Per una diversa visione cfr. VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, Cedam, 1996, 22 e ss.

(16) Per tutti PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2012, I, 193 e ss.; SALVANESCHI, *Art. 817*, (nt. 5), 555 e ss e ivi ulteriori riferimenti.

(17) La giurisprudenza ha sempre ritenuto che l'esistenza un foro esclusivo integrasse un limite alla compromettibilità della controversie: si parlava infatti di limiti ulteriori all'arbitrabilità delle liti, di origine squisitamente giurisprudenziale. Rispetto a questa posizione, la dottrina ha sempre sostenuto che la stipula di un patto compromissorio rappresentasse un deroga a tutto l'ordine giurisdizionale e, come tale, fosse in grado di superare la previsione di un foro esclusivo. Sul tema si veda Trib. Verona, 28 febbraio 1991, in *Fallimento*, 1991, 1189; Trib. Milano, 28 maggio 1985, in *Fallimento*, 1986, 1083; Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. merito*, 1989, I, 596. In dottrina cfr. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Riv. dir. fall.*, 1986, I, 289; CASELLI, *Degli organi preposti al fallimento*, in *Comm. Scialoja Branca alla legge fallimentare*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il foro italiano, 1977, 59 ss.; RUFFINI, in AA.VV., *Codice di procedura civile commentato*, diretto da CONSOLO, Milano, Ipsoa, 2010, III, sub art. 806, 1531; BOVE, *La giustizia* (nt.5), 22; GIACOBBE-D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, Ipsoa, 2009, 48; E. F. RICCI, (nt.2), 331; VINCRE, (nt. 13), 26. In senso conforme all'inesistenza di un limite ricavabile dall'art. 24 l. fall. cfr. Trib. Udine, 14 febbraio 2011, in *Redazione Giuffrè*, 2011; da ultimo, esclude che limiti alla compromettibilità della lite possano derivare dall'inderogabilità della competenza Cass., 23 febbraio 2006, n. 3989, in *Guida dir.*, 2006, 18, 74.

(18) Dopo la riforma del diritto fallimentare, l'art. 24 prevedeva al secondo comma, l'applicazione del rito camerale, elemento che costituiva un ulteriore ostacolo per la compromettibilità di tali azioni. Tale norma, come noto, è però stata abrogata nel 2007, per effetto dell'intervento correttivo, sicché oggi le controversie derivanti dal fallimento sono soggette al rito ordinario di

Il primo e più importante limite all'arbitrabilità esiste per tutte quelle liti, nelle quali il processo innanzi al giudice togato è configurato quale mezzo esclusivo per il conseguimento dell'effetto proposto⁽¹⁹⁾, nel nostro caso costituito dalla realizzazione del concorso fallimentare tra i creditori. In queste ipotesi il modello processuale prescelto dal legislatore non è disponibile, essendo necessario per il conseguimento del fine richiesto.

Il limite alla disponibilità processuale esiste dunque, innanzitutto, per quei procedimenti con i quali i creditori tendano ad ottenere una pronuncia avente ad oggetto un loro credito nei confronti del debitore, da far valere nel concorso⁽²⁰⁾. In questa ipotesi l'esclusività del procedimento di formazione dello stato passivo impedisce qualunque altra forma di giudizio; e, per la stessa ragione, identico limite vale per le domande di restituzione e rivendica di beni mobili e immobili e per le domande tardive, anch'esse vincolate alla specialità del rito⁽²¹⁾, nonché per i crediti prededucibili, che devono anch'essi essere verificati con le modalità dell'accertamento del passivo ai sensi dell'art. 111-*bis* (oggi, 227 del codice della crisi e dell'insolvenza).

Il limite, invece, a mio avviso non esiste quando il terzo faccia valere il suo diritto solo nei confronti del fallito (o sia quest'ultimo ad agire contro il terzo⁽²²⁾), con un procedimento volto alla pronuncia di un lodo inopponibile alla massa, ma utile ed efficace nei confronti del fallito in caso di suo rientro *in bonis*⁽²³⁾; né mi paiono convincenti le ragioni opposte di recente, desumibili dalla disciplina della esdebitazione⁽²⁴⁾.

Neppure possono essere devoluti in arbitrato quei procedimenti che possono essere qualificati come mezzi di impugnazione⁽²⁵⁾ contro atti aventi natura decisoria (ad esempio, il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento⁽²⁶⁾ e

cognizione. In senso conforme al testo ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 7), 2; *Id.*, *sub. art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, commentario diretto da CARPI, Bologna, Zanichelli, 2016, 131; FRASCAROLI SANTI, (nt. 12), 371; *Id.*, (nt.10), 459; PUNZI, (nt. 16), 229; BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, Padova, Cedam, 2000, 51; GROPPOLI, *Sulla potestas judicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Fallimento*, 2009, 134 e ss. Il primo a sostenere l'irrelevanza e inapplicabilità dell'art. 24 l. fall. è stato CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 537.

⁽¹⁹⁾ VINCRE, (nt. 13), 8, sottolinea l'inammissibilità dell'arbitrato quando il legislatore delinea come esclusivi dei procedimenti, come accade per il rito camerale; ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 7), 2 secondo la quale in queste ipotesi "il rito permea di sé il diritto sostanziale, in un tutt'uno" nonché *Id.*, (nt. 5), 292 e ss.; FRASCAROLI SANTI, (nt. 12), 373.

⁽²⁰⁾ È il diritto al concorso, sul quale, per tutti, E.F. RICCI, *Formazione del passivo e decisione sul credito*, Milano, Giuffrè, 1979, *passim*

⁽²¹⁾ Sul tema della specialità del rito e sulla sua prevalenza su qualsiasi questione di competenza cfr. Cass., 3 febbraio 2006, n. 2439 in *Fallimento*, 2006, 847.

⁽²²⁾ BOVE, *Arbitrato* (nt. 5), 293; ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 7), 3.

⁽²³⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 7), 3; BOVE, *Arbitrato* (nt. 5), 293; SOTGIU, (nt. 8), 498.

⁽²⁴⁾ DE SANTIS, *Gli organi preposti al fallimento, Il tribunale fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di JORIO e SASSANI, Milano, Giuffrè, 2014, I, 690, nota 168; *Id.*, *Sulla c.d. "degiurisdionalizzazione" del concorso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 379.

⁽²⁵⁾ Per tutti E.F. RICCI, (nt. 2), II, 331; e di recente GROPPOLI, (nt. 18), 134 e ss.

⁽²⁶⁾ Per il quale vi è anche, ovviamente, l'ostacolo della indisponibilità della lite nonché il rilievo che l'apertura di un procedimento fallimentare interessa l'ordine pubblico e quindi una situazione indisponibile; così 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

l'impugnazione dello stato passivo ⁽²⁷⁾) e, anche quando l'atto da impugnare non abbia natura decisoria, ma il procedimento volto alla sua eliminazione o modifica abbia pur sempre carattere esclusivo (come, ad esempio, i rimedi impugnatori contro i provvedimenti del giudice delegato, anche volti alla gestione della procedura) ⁽²⁸⁾.

Da escludere, anche, l'arbitrabilità delle domande aventi natura cautelare, come quelle previste dall'art. 15, penultimo comma, l. fall. (oggi artt. 58 e 59 del codice della crisi e dell'insolvenza), vista la carenza di poteri cautelari degli arbitri e quelle concernenti procedimenti esecutivi; e così anche le eventuali controversie in tema di riparto ⁽²⁹⁾.

Da ultimo, il limite esiste anche per quei procedimenti ⁽³⁰⁾, con i quali si vuole ottenere una decisione, idonea ad acquisire l'autorità del giudicato, sulla radicale inefficacia di atti giuridici ⁽³¹⁾ o sulla loro nullità ⁽³²⁾.

Quanto prima ricordato consente, infine, di condividere l'idea dell'inesistenza di alcun limite alla compromettibilità derivante dalle procedure endofal-

intervenute con la riforma (e quelle, *in itinere*, con la c.d. riforma Rordorf), le conseguenze sullo status dell'imprenditore si possono ormai ritenere sostanzialmente venute meno; su quest'ultimo profilo cfr. FRASCAROLI SANTI, (nt. 10), 457.

⁽²⁷⁾ BONSIGNORI, (nt. 18), 63; FRASCAROLI SANTI, (nt. 10), 459; VANZETTI, sub art. 83 bis r.d. 267/1942, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, 434. Sul tema molte sono le decisioni giurisprudenziali, soprattutto con riferimento alla necessaria fase della formazione dello stato passivo; per tutte cfr. Cass., Sez. un., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Giur. it.*, 2004, 964 e, con riferimento alla procedura di amministrazione straordinaria, Cass., 17 febbraio 2011, n. 3918, in *Foro it.*, 2012, 2, 558. In generale, sulla nozione di esclusività del procedimento di formazione del passivo fallimentare, si veda FABIANI, *Domande riconvenzionali, fallimento e reciprocità di posizioni processuali*, in *Fallimento*, 2001, 887; ID., *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, in *Fallimento*, 1990, 899; cui adde GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2000, 195 e 217 ss.; GIORGETTI, *Gli accertamenti incidentali nella decisione sul passivo fallimentare*, in *Foro it.*, 1998, I, 1268; PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, Cedam, 1992, 59; ANDRIOLI, *Accertamento del passivo fallimentare e processi di cognizione pendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, 70; E. F. RICCI, (nt.2), II, 224; MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, Padova, Cedam, 1991, 268, al quale si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici. Per l'arbitrabilità del giudizio di opposizione allo stato passivo cfr. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2006, 171.

⁽²⁸⁾ Il limite sussiste anche per i procedimenti che costituiscono fasi interne o giudizi incidentali di più ampi processi di carattere in senso ampio esecutivo o comunque preordinati all'attuazione della responsabilità patrimoniale; il pensiero corre alle opposizioni all'esecuzione, nelle sue varie forme e alla contestazione tra creditori disciplinata all'art. 512 c.p.c.; in senso contrario vedi però BOVE, *Arbitrato* (nt.5), 296.

⁽²⁹⁾ Il curatore provvede al deposito del piano di riparto e ogni contestazione deve essere fatta valere mediante reclamo al giudice delegato contro gli atti del curatore; sul punto GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2011, 260.

⁽³⁰⁾ Ai quali si aggiungono, ovviamente quelli per i quali è previsto l'intervento necessario del P.M.

⁽³¹⁾ VINCRE, (nt. 13), 11, che, alla nota 9, ricorda come sia prevalente l'opinione favorevole alla possibilità di promuovere un'azione ordinaria volta a fare accertare la radicale inefficacia di un provvedimento, sia esso una sentenza sia esso un atto diverso, tra i quali vanno compresi gli atti interni a procedimenti di attuazione della responsabilità patrimoniale. La arbitrabilità di queste liti sarebbe preclusa dal rilievo che la decisione se un atto di autorità giurisdizionale abbia o meno conseguito i suoi effetti tipici deve essere rimessa al giudice togato; per qualche riflessione sul tema cfr. Trib. Verona, 28 febbraio 1991, in *Fallimento*, 1991, 1189.

⁽³²⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 7), 4.

limentari che fanno ricorso al rito monitorio ⁽³³⁾; quest'ultimo costituisce un rito alternativo, caratterizzato da maggior snellezza e celerità, ma privo di un carattere di esclusività, ben potendo il diritto soggettivo sostanziale essere oggetto di un giudizio ordinario e, quindi, di cognizione arbitrale. È arbitrabile la pretesa ove il curatore preferisca il giudizio arbitrale al rito monitorio; ma, è ovvio, se il curatore sceglie il rito monitorio, il giudizio di opposizione non sarà arbitrabile, poiché non si può devolvere agli arbitri il sindacato su un provvedimento del giudice (delegato).

5. *La convenzione di arbitrato del curatore.* — Per tutte le controversie, che non rientrano nel novero di quelle prima evidenziate, non vi è alcun divieto alla scelta di devolvere la lite ad arbitri, fermo il contenuto dell'art. 806 c.p.c. ⁽³⁴⁾. Si tratta, dunque, di tutte quelle liti che vedono il curatore quale creditore di una prestazione ⁽³⁵⁾, il cui adempimento arricchirebbe l'attivo della procedura, le azioni revocatorie, di simulazione, tutte quelle che sorgano da contratti nei quali il curatore è subentrato e, infine, quelle che sorgano da contratti stipulati dalla procedura fallimentare. In questi casi assumono rilievo l'art. 25, che, fra i poteri del giudice delegato, contempla al n. 7 quello di nominare, su proposta del curatore, gli arbitri, una volta verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge e l'art. 35, a mente del quale la stipula di compromessi da parte del curatore richiede la previa autorizzazione del comitato dei creditori; l'art. 35, divenuto l'art. 137 del codice della crisi e dell'insolvenza, è rimasto immutato, mentre l'art. 25, divenuto l'art. 128, ha visto alla lettera g) la modifica della quale si è detto al paragrafo 2.

Il curatore dovrà dunque rispettare il disposto degli artt. 25 e 35 l. fall. (oggi 128 lett. g) e 137): acquisire l'autorizzazione del comitato dei creditori per sottoscrivere un compromesso e procedere alla nomina del proprio arbitro in conformità al disposto dell'art. 25 (128 lett. g)).

La regola non muta laddove il curatore sia stato autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa ai sensi dell'art. 104 l. fall. (oggi 216); l'autorizzazione all'esercizio provvisorio ricomprende tutti gli atti necessari all'esercizio dell'attività economica e in questo senso essa, a mio avviso ⁽³⁶⁾, ricomprende anche gli atti di straordinaria amministrazione ⁽³⁷⁾; non vi rientrano, tuttavia, i compro-

⁽³³⁾ Si tratta dell'art. 77 (e 187 del Codice della crisi e dell'insolvenza) con riferimento al contratto di associazione in partecipazione e dell'art. 150 (e 265 del Codice della crisi e dell'insolvenza) che disciplina la richiesta dei versamenti ancora dovuti dai soci di una s.r.l.; sul punto cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 7), 4.

⁽³⁴⁾ Cfr. BOVE, *Arbitrato* (nt. 5), 302.

⁽³⁵⁾ Sul tema cfr. E.F. RICCI, (nt.2). II, 226 e ss.

⁽³⁶⁾ Tesi sulla quale, come è noto, non tutti sono d'accordo, poiché, soprattutto in passato, vi era chi riteneva che l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa non comportasse deroga al regime autorizzativo per gli atti di straordinaria amministrazione; in sostanza anche il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio avrebbe dovuto essere autorizzato, di volta in volta, al compimento di un atto di straordinaria amministrazione; così RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1969, 316; BELVISO, *L'instutore*, Napoli, 1966, 150.

⁽³⁷⁾ In senso conforme CAVALAGLIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in questa *Rivista*, 1986, I, 234, oltre a VINCRE, (nt. 13), 37, cui si rimanda per ulteriori riferimenti.

messi, che ben diverso oggetto hanno, non puramente sostanziale né destinato in via diretta all'esercizio dell'attività economica ⁽³⁸⁾.

Diverso è il problema quando il curatore si determini a sottoscrivere un contratto che contenga una clausola compromissoria; in questo caso, infatti, 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. 35 l. fall.. L'opinione classica riteneva che la conclusione di una clausola compromissoria rientrasse tra gli atti di straordinaria amministrazione e che dunque il curatore necessitasse di apposita autorizzazione; e si interpretava in senso estensivo il termine "compromesso" contenuto all'art. 35 l. fall. ⁽³⁹⁾.

Anche chi non conveniva con quanto appena rilevato riteneva che il curatore necessitasse comunque di autorizzazione per la stipula di una clausola compromissoria in virtù di una interpretazione, per così dire estensiva, dell'art. 25 n. 6 l. fall. all'epoca vigente ⁽⁴⁰⁾; si riteneva che quest'ultima norma contemplasse atti di straordinaria amministrazione, pur estranei all'art. 35 l. fall., per i quali era necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, concludendo che le regole del fallimento imponessero alla clausola compromissoria una disciplina speciale, più stringente di quella prevista dalle norme comuni ⁽⁴¹⁾.

L'odierno assetto dei rapporti tra i vari organi della procedura prevede che l'autorizzazione, prevista dall'art. 35 l. fall., sia di competenza del comitato dei creditori ⁽⁴²⁾; è a questi ultimi che è demandata la valutazione di convenienza ed opportunità, per il ceto creditorio, delle scelte del curatore. Mi pare dunque che la diversità degli organi, cui è demandata l'autorizzazione, costituisca un ostacolo a condividere ancor oggi l'interpretazione da ultimo ricordata. Inoltre, nel caso della clausola compromissoria, 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 curatore assume in occasione della stipula di un contratto a seguito della relativa negoziazione. Infine, 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.

Si è anche ritenuto che il curatore debba essere autorizzato alla scelta di un arbitrato di equità e alla determinazione all'estero della sede dell'arbitrato; in entrambi i casi, infatti, si è affermato che l'accordo equivalga a un negozio dispositivo del diritto ⁽⁴³⁾.

Non credo si possa nutrire dubbio sul primo punto; sebbene il terzo comma

⁽³⁸⁾ VINCRE, (nt. 13), 38-39.

⁽³⁹⁾ Così ancora di recente FRASCAROLI SANTI, (nt. 12), 369; sul punto VINCRE, (nt. 13), 49 e nota 67 per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁽⁴⁰⁾ VINCRE, (nt. 13), 52 e ss, che richiama E.F. RICCI, (nt. 2), II, 213.

⁽⁴¹⁾ E.F. RICCI, (nt. 2), II, 244 e ss.

⁽⁴²⁾ Ai sensi del 3 comma dell'art. 35 l.fall. (e oggi 137, 3 comma) occorre che il giudice delegato venga informato ove l'atto ecceda il limite di cinquantamila euro, da valutarsi, mi pare, con riferimento al valore della lite in arbitrato.

⁽⁴³⁾ VINCRE, (nt. 13), 54 e ss.

dell'art. 829 c.p.c. detti la regola, secondo la quale la violazione della norma di diritto sostanziale non costituisca — 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 parti ⁽⁴⁴⁾; mi pare allora che il curatore, anche non autorizzato, ben possa convenire un patto, i cui effetti potrebbero essere altrimenti decisi dagli arbitri in piena autonomia. Se, invece, la scelta della sede arbitrale dovesse cadere all'estero, il curatore necessiterebbe di autorizzazione; la sottrazione dell'arbitrato e del lodo alla disciplina del nostro ordinamento e le molteplicità criticità sottese ad una diversa disciplina sono sufficienti a qualificare la scelta come atto di straordinaria amministrazione.

L'autorizzazione espressa è anche necessaria ove il curatore intenda concludere una convenzione di arbitrato irrituale; la scelta 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 sia applicabile — in ambito contrattuale — la disciplina dettata dall'art. 1341 c.c. ⁽⁴⁵⁾.

Sulla base di una interpretazione positiva delle norme, si può dunque osservare, in primo luogo, che in caso di fallimento di una parte 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 amministrazione ⁽⁴⁶⁾. In secondo luogo, vi è differenza di disciplina tra compromesso e clausola compromissoria: il curatore necessita dell'autorizzazione del comitato dei creditori per concludere un compromesso, mentre potrà autonomamente concludere il contratto con relativa clausola compromissoria ⁽⁴⁷⁾; se il rapporto è di straordinaria amministrazione, il curatore dovrà essere autorizzato dal comitato dei creditori alla conclusione del contratto e, di conseguenza, con tale autorizzazione

⁽⁴⁴⁾ 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; 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. Sul tema, da ultimo, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile*, Napoli ESI, 2018, 25 ss. e 67 ss.

⁽⁴⁵⁾ SALVANESCHI, *Art. 808 ter*, (nt. 5), 162 e alla nota 51 ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁴⁶⁾ Secondo la disciplina del codice di rito, intervenuta l'abrogazione del terzo comma dell'art. 807 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. ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 18), 57 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. BOVE, *Arbitrato* (nt. 5), 318; *contra* FRASCAROLI SANTI, (nt. 12), 369.

riceverà l'integrazione dei propri poteri anche per la sottoscrizione della clausola arbitrale ⁽⁴⁸⁾.

6. *La nomina dell'arbitro e del difensore.* — La nomina dell'arbitro non rientra(va) tra i poteri del curatore; ai sensi del n. 7 dell'art. 25 l. fall. tutt'ora vigente, alla nomina deve infatti provvedere il giudice delegato su proposta del curatore. La nomina dell'arbitro che provenisse direttamente dal curatore, senza il previo provvedimento del giudice delegato, sarebbe — a mio avviso — radicalmente priva di effetti e di conseguenza costituirebbe un vizio rilevabile ai sensi dell'art. 817, comma 1, c.p.c. e tale da generare, ove rilevato, un vizio del lodo ai sensi del n. 2 dell'art. 829 c.p.c.. Secondo il codice della crisi e dell'insolvenza, la nomina dell'arbitro diviene atto del curatore, il quale dovrà provvedervi nominando arbitro il soggetto designato dal giudice delegato ai sensi dell'art. 128 lett. g); sebbene la norma ricostruisca in modo differente il rapporto tra curatore e giudice delegato, mi pare che la soluzione non debba mutare: laddove il curatore provveda alla nomina dell'arbitro in assenza o in totale difformità dalla designazione del giudice delegato, essa sarà radicalmente priva di effetti e di conseguenza afflitta da un vizio rilevabile ai sensi e in conformità all'art. 817 c.p.c. e, se eccetto, un vizio del lodo ai sensi del n. 2 dell'art. 829 c.p.c.

Anche per dare inizio ad un giudizio arbitrale (o per resistervi) il curatore necessita dell'autorizzazione del giudice delegato ⁽⁴⁹⁾ ai sensi dell'art. 25 n. 6 l. fall. (e 128 lett. f)); nessun dubbio può sussistere quando l'arbitrato sorga a seguito di una clausola compromissoria. Identica soluzione vale anche quando l'arbitrato prenda origine da un compromesso concluso dal curatore e autorizzato dal comitato dei creditori ai sensi dell'art 35 (ora 137); sebbene la conclusione del compromesso (che, come noto, presuppone già l'esistenza della controversia su diritti) sia autorizzata, la diversità degli organi della procedura non consente di elidere anche la autorizzazione del giudice delegato a stare in giudizio e dare corso al conseguente giudizio, che proprio da quell'atto prende origine e ragione.

Da ultimo, infine, non vi è dubbio che anche per la nomina del proprio difensore il curatore debba applicare le medesime regole che governano la nomina del difensore in un giudizio ordinario; l'equivalenza di effetti tra il procedimento arbitrale e il giudizio ordinario non consente di ipotizzare alcuna diversa soluzione.

7. *La mancanza e/o i vizi dell'autorizzazione a stipulare la convenzione arbitrale, i rimedi e i loro effetti sul procedimento di arbitrato.* — L'opinione prevalente ⁽⁵⁰⁾ ritiene che la mancanza di autorizzazione alla stipulazione del com-

⁽⁴⁸⁾ BOVE, *Arbitrato* (nt. 5), 318, nota n. 43; ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 7), 5.

⁽⁴⁹⁾ Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, la mancanza di specifica autorizzazione genera un difetto di legittimazione processuale del curatore, costituendo condizione di efficacia della sua attività processuale (Cass., 16 dicembre 2014, n. 26359, in *Diritto&Giustizia*, 2014; Cass., 11 settembre 2007, n. 19087, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 9).

⁽⁵⁰⁾ 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, Giuffrè, 1992, 489) o da inefficacia (CASELLI, *Organi del fallimento*, in *Comm. Scialoja e*

promesso o i vizi che la possano affliggere rendano annullabile l'atto compiuto dal curatore, ad istanza della sola procedura, 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 della parte legittimata, con ciò applicando l'art. 1441 c.c. Di conseguenza, si è sostenuto che sarebbe preclusa al curatore ⁽⁵¹⁾ la deduzione del vizio *apud arbitros*.

Assai meno approfondito, invece, è il tema degli eventuali vizi che possano affliggere la nomina dell'arbitro.

Il tema deve essere affrontato partitamente, poiché è bene tenere distinto il tema della conclusione della convenzione di arbitrato da quello della nomina dell'arbitro e della conclusione del contratto di arbitrato.

Iniziamo dal primo, vale dire la mancanza dell'autorizzazione alla stipulazione del compromesso ovvero, ove richiesta, della clausola compromissoria ⁽⁵²⁾. Con la riforma del fallimento del 2004 (e anche con il Codice della Crisi e dell'Insolvenza le cose non mutano) l'autorizzazione non proviene più dal giudice delegato (o dal tribunale), bensì dal comitato dei creditori; da un organo, dunque, affatto diverso, volto a valutare esclusivamente la convenienza della scelta. Nonostante ciò, mi pare che la tesi dell'annullabilità sia ancora quella preferibile; ma già un tempo, e ancor più oggi, mi pare difficile condividere la rigida applicazione della disciplina prevista dall'art. 1441 c.c., forse perché mi sono sempre parse convincenti le parole di Redenti laddove sottolinea la necessità di consentire alla controparte la rilevazione del vizio, al fine di evitare che essa sia costretta a proseguire un processo arbitrale che potrebbe essere caducato a iniziativa del solo curatore ⁽⁵³⁾; e, inoltre, sono convinto della specialità "contrattuale" della convenzione di arbitrato ⁽⁵⁴⁾, che ha ad oggetto l'accordo tra le parti di devolvere agli arbitri le controversie in funzione del giudizio e della loro decisione ⁽⁵⁵⁾.

Non vi è dubbio che vi sia spazio per il reclamo al giudice delegato ai sensi dell'art. 36 l. fall. (e oggi 138), al fine di ottenere un provvedimento che sani, secondo l'opinione che a me pare preferibile, il vizio del compromesso ⁽⁵⁶⁾; il

Branca alla legge fallimentare, Bologna, Zanichelli, 1977, 164). Per un approfondimento sia consentito rinviare, ancora una volta a PUNZI, (nt. 16), I, 470 e ss.; VINCRE, (nt. 13), 40 e note 49 e 50. In giurisprudenza cfr. Cass., 26 giugno 2015, n. 13242, in *Mass. giust. civ.*, 2015, rv 635873; Cass., 17 luglio 1980, n. 4647, in *Mass. giust. civ.*, 1980, fasc. 7.

⁽⁵¹⁾ VINCRE, (nt. 13), 42 e ss.

⁽⁵²⁾ L'eventuale assenza dell'informativa al giudice delegato, prevista qualora l'atto ecceda il limite di cinquantamila euro, è priva di rilievo (salvo gli eventuali profili di responsabilità del curatore), trattandosi di un atto interno della procedura.

⁽⁵³⁾ REDENTI, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Nov. ss.mo dig. it.*, Torino, Utet, 1967, 795.

⁽⁵⁴⁾ Specialità che a suo tempo indusse Chiovena a inquadralo tra i contratti processuali (CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, Napoli, Jovene, 1980, 105 e ss.).

⁽⁵⁵⁾ PUNZI, (nt. 16), I, 475.

⁽⁵⁶⁾ La possibilità di una sanatoria successiva non è pacifica; sul punto, infatti, favorevole è l'opinione di REDENTI, (nt. 53), 795; VINCRE, (nt. 13), 45 e alla nota 60 ulteriori riferimenti bibliografici.

reclamo può essere proposto dal fallito e da qualunque interessato ⁽⁵⁷⁾, sicché anche la controparte del giudizio arbitrale è legittimata all’iniziativa. Il rimedio, tuttavia, può non essere sufficiente, poiché l’accoglimento del reclamo non consente di ottenere anche la declaratoria di invalidità dell’atto concluso, a tal fine essendo necessaria un’autonoma domanda all’autorità giudiziaria ⁽⁵⁸⁾.

Il curatore può dunque promuovere idonea e autonoma azione volta alla pronuncia del vizio che affligge il compromesso; ma, innanzitutto, vige il limite fissato dall’art. 819-ter, ult. co., 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 curatore abbia assunto 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. ⁽⁵⁹⁾, 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 analogia ⁽⁶⁰⁾. 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 togato ⁽⁶¹⁾.

Il principio generale introdotto con la riforma del 2006 riconosce agli arbitri il 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 curatore 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 curatore (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 arbitrale ⁽⁶²⁾. La relativa eccezione deve essere sollevata tempestivamente; vige infatti il principio fissato dall’art. 817, comma 2, 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.

⁽⁵⁷⁾ BOVE, *Arbitrato* (nt. 5), 318; FABIANI, *Nuovi equilibri tra gli organi del fallimento e centralità del reclamo ex art. 36 l. fall.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 811 e ss.

⁽⁵⁸⁾ GUGLIELMUCCI, (nt. 28), 91; FAUCEGLIA, *Art. 35*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da PANZANI, Torino, Utet, 2009, II, 431.

⁽⁵⁹⁾ Su questo profilo e sulla possibilità — nel regime precedente la riforma dell’arbitrato del 2006 — di sospendere il giudizio arbitrale per pregiudizialità cfr. VINCRE, (nt. 13), 42 e nota 56.

⁽⁶⁰⁾ SALVANESCHI, *Art. 819 e 819 bis*, (nt. 5), 641 e ss.; TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del giudizio arbitrale*, in *Sull’arbitrato*, Studi offerti a Giovanni Verde, Napoli, Jovene, 2010, 843.

⁽⁶¹⁾ Per un approfondimento di questo profilo cfr. SALVANESCHI, *Art. 817*, (nt. 5), 591 e ss.

⁽⁶²⁾ PUNZI, (nt. 16), 476.

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., in assenza del quale l'atto si consolida, con sanatoria dei relativi vizi e conseguente piena efficacia dell'autorizzazione.

8. Segue: *e in tema di nomina dell'arbitro*. — Simile la conclusione se poniamo mente al vizio che possa affliggere la nomina dell'arbitro. Al riguardo, è ormai opinione pacifica quella che definisce il contratto di arbitrato come necessariamente collettivo⁽⁶³⁾, qualificato come contratto di prestazione intellettuale, secondo la giurisprudenza prevalente, ovvero di mandato collettivo o, ancora, quale contratto misto; ma è opinione comune che l'arbitro sia chiamato a svolgere la sua funzione nell'interesse di tutte le parti del giudizio e non solo di quella che abbia effettuato la nomina. Orbene, se l'autorizzazione e/o il provvedimento di designazione del giudice delegato è afflitto da vizi, non possono sussistere dubbi che vi sia spazio — anche in questo caso — per il reclamo al giudice delegato ai sensi dell'art. 36 l. fall. (e oggi 138), al fine di ottenere un provvedimento che sani il vizio di designazione dell'arbitro; il reclamo può essere proposto dal fallito e da qualunque interessato⁽⁶⁴⁾, sicché anche la controparte del giudizio arbitrale è legittimata all'iniziativa.

Si è ricordato (al par. 2) che in base all'art. 128 del codice della crisi e dell'insolvenza, il giudice delegato dovrà designare l'arbitro su proposta del curatore, al quale competerà poi la nomina; occorre dunque porsi il quesito se il giudice delegato possa designare arbitro anche un soggetto diverso da quello proposto dal curatore; e, a mio avviso, la risposta deve essere positiva⁽⁶⁵⁾. Sebbene il testo non brilli per chiarezza, mi pare che ricondurre l'esercizio di questa facoltà del giudice delegato ad una mera ratifica della scelta del curatore rappresenterebbe una previsione inutile; pertanto, mi pare che il giudice delegato, in virtù delle sue competenze e conoscenze specifiche, possa anche designare un soggetto diverso da quello proposto dal curatore.

Il vizio nella nomina dell'arbitro si riflette sulla regolare costituzione del collegio arbitrale, alla quale hanno interesse tutte le parti del giudizio, proprio per le osservazioni poc'anzi svolte; la relativa eccezione può dunque essere sollevata da tutte le parti, ma in un termine più ampio di quello prima individuato per la contestazione della validità della convenzione di arbitrato, poiché l'art. 817, comma 1, c.p.c. impone soltanto che la relativa eccezione sia sollevata nel corso del giudizio arbitrale; sicché essa potrà essere eccepita, nei limiti del rispetto del principio del contraddittorio, per tutto il corso del procedimento arbitrale⁽⁶⁶⁾.

La norma non è, a mio avviso, inderogabile; essa cede e il relativo potere di

⁽⁶³⁾ SALVANESCHI, *Art. 813*, (nt. 5), 272; ZUCCONI GALLI FONSECA, (nt. 5), 203; PUNZI, (nt. 16), I, 336 al quale si rimanda per una esposizione compiuta delle varie tesi sostenute in dottrina.

⁽⁶⁴⁾ BOVE, *Arbitrato* (nt. 5), 318; FABIANI, (nt. 57), 811 e ss.

⁽⁶⁵⁾ Così anche CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza, in Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, a cura di RUBINO SAMMARTANO, Padova, 2010, 1527; contra LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè, 2011, 346.

⁽⁶⁶⁾ SALVANESCHI, *Art. 817*, (nt. 5), 599.

nomina/designazione del giudice delegato viene meno ogniqualvolta la convenzione di arbitrato già contenga la nomina dell'arbitro ovvero preveda che la nomina dell'intero collegio arbitrale sia devoluta ad un terzo, come sovente accade negli arbitrati amministrati.

9. *Le regole del procedimento arbitrale.* — Il procedimento arbitrale, che vede parte il curatore, non si segnala per particolari differenze rispetto a quello disciplinato dagli artt. 806 e ss. c.p.c.; l'arbitrato incontrerà limiti o differenze ogniqualvolta questi limiti o differenze appartengano già al diritto processuale comune e sussistano anche laddove la lite penda innanzi al giudice togato. L'immediato riferimento è alla ammissibilità del giuramento⁽⁶⁷⁾ e della confessione del curatore, che costituisce un tema, sul quale non vi è unanimità di opinioni⁽⁶⁸⁾; ma la soluzione del problema non risente della scelta arbitrale, identica essendo, quale essa sia, innanzi agli arbitri e innanzi al giudice togato.

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 curatore o per sua iniziativa; il problema esiste, dunque, soltanto per le situazioni, nelle quali il curatore subentri nell'arbitrato pendente. In queste ultime, che peraltro fuoriescono dal tema oggetto del presente scritto, credo sia preferibile la soluzione che ne riconosce la natura prededucibile, poiché il curatore, subentrando nel rapporto e nel processo, fa propria l'attività già svolta e se ne avvantaggia⁽⁶⁹⁾.

GUIDO CANALE

Abstract

The relationship between arbitration and bankruptcy is usually examined with regard to the issue of the effect of the arbitration agreement executed by the bankrupt before the bankruptcy declaration and to the possibility and consequences of the termination of the arbitration agreement. The essay, on the contrary, addresses the issues of the relationship between arbitration and bankruptcy that arise when the arbitration is started by the bankruptcy receiver or towards him, with regard to the limits to the arbitrability of claims, to the ways of execution of the arbitration agreement by the receiver and, finally, to the various themes that arise during the arbitration proceedings to which the receiver is party.

⁽⁶⁷⁾ Per l'ammissibilità del giuramento nell'arbitrato rituale rimando a E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, Giuffrè, 1974, 49 e ss.; in senso contrario PUNZI, (nt. 16), II, 252 e ss.; per ulteriori riferimenti VINCRE, (nt. 13), 106, nota 163.

⁽⁶⁸⁾ 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, (nt. 13), 106 e note; in giurisprudenza, per l'ammissibilità del giuramento *de scientia* del curatore cfr. Trib. Agrigento, 15 gennaio 2004, in *Fallimento* 2005, 350, 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, 285 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁶⁹⁾ In questo senso VINCRE, (nt. 13), 109 e ss., alla quale si rimanda per una più ampia motivazione della tesi; in senso contrario MARINUCCI, *I crediti prededucibili nel fallimento*, Padova 1998, 29, ad avviso della quale gli oneri sostenuti prima dell'ingresso del curatore nel processo avrebbero natura privilegiata e non prededucibile.