



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Laura Baccaglino

FALLIMENTO E ARBITRATO RITUALE

PROFILI DI INTERRELAZIONE  
E AUTONOMIA TRA I DUE PROCEDIMENTI

2018





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

19

2018

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

## PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2018*  
*by Università degli Studi di Trento*  
*Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-8443-789-1  
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-285-3.

*Marzo 2018*

Laura Baccaglini

# FALLIMENTO E ARBITRATO RITUALE

PROFILI DI INTERRELAZIONE  
E AUTONOMIA TRA I DUE PROCEDIMENTI

Università degli Studi di Trento 2018



A mia madre





# INDICE

Pag.

## CAPITOLO PRIMO L'ARBITRATO RITUALE QUALE STRUMENTO DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE PATRIMONIALI DI CUI SIA PARTE IL FALLITO. LE RAGIONI DI UNA RINNOVATA RIFLESSIONE

### SEZIONE PRIMA

#### POSIZIONE E DELIMITAZIONE DEI PROBLEMI

<i>1. Rilievi introduttivi e piano dell'indagine.....</i>	1
<i>2. Gli ambiti in cui l'interazione tra arbitrato e fallimento risulta pacificamente ammessa o preclusa .....</i>	8
<i>3. Segue: ...e quelli rispetto ai quali quella coesistenza si mostra problematica. a) Cumulo di domande arbitrali, connesse per pregiudizialità-dipendenza e improcedibilità di quella dipendente (di condanna), perché attratta al rito della verifica del passivo: la sorte, in punto di arbitrabilità, del diritto pregiudiziale .....</i>	20
<i>4. Segue: b) giudizi arbitrali aventi ad oggetto un diritto del fallito verso un terzo .....</i>	26

SEZIONE SECONDA

FALLIMENTO E LITI C.D. PASSIVE GIÀ PENDENTI  
IN ARBITRATO: LA PERSISTENTE ARBITRABILITÀ  
DI DIRITTI PREGIUDIZIALI RISPETTO A PRETESE  
SOGGETTE AL RITO DELLA VERIFICA DEL PASSIVO

<i>5. Cumulo di domande connesse per pregiudizialità-dipendenza e sopravvenuto fallimento di una delle parti: il principio ricavabile dall'art. 72, comma quinto, legge fall.....</i>	31
<i>6. La tesi che prospetta l'improcedibilità dell'intero giudizio pendente e la sua riassunzione in sede fallimentare.....</i>	40
<i>7. Segue: le ragioni per cui deve ritenersi possibile la separazione del cumulo.....</i>	43
<i>8. La tesi che considera improcedibile solo la domanda restitutoria o risarcitoria, per effetto della sua attrazione al rito dell'accertamento del passivo. La sospensione per pregiudizialità-dipendenza ex art. 295 c.p.c., quale mezzo per garantire un coordinamento decisorio tra la verifica del passivo e il processo extra-fallimentare.....</i>	49
<i>9. Segue: l'alternativa a una (eventualmente) ritenuta inoperatività dell'art. 295 c.p.c.: l'applicazione estensiva dell'art. 96, comma secondo, n. 1 legge fall. e così l'ammissione al passivo con riserva del credito restitutorio/risarcitorio.....</i>	56
<i>10. Il vaglio delle diverse soluzioni prospettate quando il giudizio, in cui è proposto il cumulo di domande, penda davanti ad arbitri.....</i>	59

SEZIONE TERZA

FALLIMENTO E ARBITRABILITÀ DELLE C.D. LITI ATTIVE.

LA POSIZIONE DEL CURATORE RISPETTO ALLE AZIONI  
RINVENUTE NEL PATRIMONIO DEL FALLITO

<i>11. La necessità di inquadrare la posizione del curatore rispetto al tema oggetto di indagine .....</i>	67
<i>12. La tesi secondo cui il curatore farebbe valere una pretesa diversa da quella del fallito verso il terzo .....</i>	71
<i>13. Segue: la difficoltà di conciliare questa lettura con il nuovo art. 43, comma terzo, legge fall. e il recupero dell'idea secondo cui il curatore farebbe valere il diritto del fallito in veste di un suo (sia pur peculiare) sostituto processuale .....</i>	76
<i>14. Corollari applicativi di questa ricostruzione nei casi di giudizi arbitrali.....</i>	81

CAPITOLO SECONDO

L'OPPONIBILITÀ AL CURATORE DEGLI  
ACCORDI ARBITRALI CONCLUSI DAL FALLITO

<i>1. Premessa e programma dell'indagine.....</i>	87
<i>2. La c.d. "tesi dicotomica": il curatore sarebbe vincolato al solo procedimento arbitrale già pendente al momento della dichiarazione di fallimento. Critica.....</i>	90
<i>3. La tesi secondo cui la convenzione arbitrale sarebbe opponibile al fallimento perché costituirebbe un mandato collettivo conferito anche nell'interesse dei terzi. Critica .....</i>	94
<i>4. La tesi che ricostruisce l'accordo arbitrale come un rapporto giuridico pendente, ex art. 72 legge fall. Critica .....</i>	97

	Pag.
<i>5. L'art. 83-bis legge fall. e l'improcedibilità del giudizio arbitrale, nel caso di scioglimento del contratto che ne costituisce l'oggetto. Il ruolo che tale disposizione gioca nel più ampio dibattito sui rapporti tra arbitrato e fallimento .....</i>	103
<i>6. Segue: l'improcedibilità dell'arbitrato, ex art. 83-bis legge fall., quale conseguenza della sola nomina degli arbitri non seguita dalla loro accettazione. Critica .....</i>	108
<i>7. Segue: l'art. 83-bis legge fall. e l'idea secondo cui lo scioglimento del contratto determinerebbe la sopravvenuta inefficacia dell'accordo arbitrale. Critica .....</i>	110
<i>8. Segue: l'improcedibilità ex art. 83-bis legge fall. quale espressione del sopravvenuto disinteresse del curatore rispetto al contratto nel quale non è subentrato .....</i>	115
<i>9. Sintesi dell'indagine svolta e rilievi conclusivi.....</i>	122

### CAPITOLO TERZO

#### LA SORTE DEL GIUDIZIO ARBITRALE PENDENTE E DEL LODO IN CASO DI SOPRAVVENUTO FALLIMENTO DI UNA PARTE. PROFILI DI DIRITTO INTERNO E INTERNAZIONALE

<i>1. Transizione verso l'ultima parte dell'indagine.....</i>	125
<i>2. L'improcedibilità delle liti arbitrali, quale conseguenza dell'attuazione del principio del concorso formale, di cui all'art. 52, comma secondo, legge fall. e quale effetto dello scioglimento del curatore dal contratto pendente, ai sensi dell'art. 83-bis legge fall.....</i>	129
<i>3. Segue: La facoltà di contestare davanti ad arbitri il potere del curatore di sciogliersi dal contratto ex art. 83-bis legge fall. ....</i>	135

	Pag.
<i>4. La prosecuzione delle liti arbitrali in costanza di fallimento e le modalità di ripristino del contraddittorio con il curatore: l'art. 43, comma terzo, legge fall. e l'art. 816-sexies c.p.c. a confronto .....</i>	137
<i>5. Segue: di alcuni aspetti processuali relativi all'istruttoria e ai costi dell'arbitrato proseguito nel contraddittorio con il curatore. ....</i>	148
<i>6. Arbitrato pendente in uno Stato membro dell'Unione europea e fallimento dichiarato in Italia. In particolare, la questione della procedibilità di una controversia passiva .....</i>	152
<i>7. Arbitrato pendente in uno Stato terzo rispetto all'Unione europea e fallimento dichiarato in Italia. In particolare, la procedibilità o no di un arbitrato avente ad oggetto una controversia passiva .....</i>	159
<i>8. Il curatore di fronte al lodo emesso prima della dichiarazione di fallimento della parte. In particolare, l'onere di impugnazione del lodo ex art. 96, comma secondo, n. 3, legge fall. ....</i>	163
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	169



## CAPITOLO PRIMO

### L'ARBITRATO RITUALE QUALE STRUMENTO DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE PATRIMONIALI DI CUI SIA PARTE IL FALLITO. LE RAGIONI DI UNA RINNOVATA RIFLESSIONE

#### SEZIONE PRIMA

#### POSIZIONE E DELIMITAZIONE DEI PROBLEMI

*SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi e piano dell'indagine. 2. Gli ambiti in cui l'interazione tra arbitrato e fallimento risulta pacificamente ammessa o preclusa. 3. Segue: ...e quelli rispetto ai quali quella coesistenza si mostra problematica. a) Cumulo di domande arbitrali, connesse per pregiudizialità-dipendenza e improcedibilità di quella dipendente (di condanna), perché attratta al rito della verifica del passivo: la sorte, in punto di arbitrabilità, del diritto pregiudiziale. 4. Segue: b) giudizi arbitrali aventi ad oggetto un diritto del fallito verso un terzo.*

#### *1. Rilievi introduttivi e piano dell'indagine*

Questo studio ha per oggetto un tema, quello dell'interazione tra arbitrato e fallimento, che da sempre suscita l'attenzione degli interpreti, per la varietà e l'eterogeneità delle questioni che pone.

Il delicato (e, per certi aspetti, precario) equilibrio che connota il rapporto tra il giudizio arbitrale e la procedura fallimentare si deve agli opposti principi sui quali ciascuno di essi si fonda. Da un lato, l'autonomia privata, di cui l'arbitrato rappresenta una delle manifestazioni più evidenti e, dall'altro lato, l'esigenza pubblicistica di garantire la *par condicio creditorum*: finalità, questa, che il fallimento soddisfa vietando all'imprenditore di disporre del proprio patrimonio e ai creditori di promuovere o proseguire autonome iniziative giudiziarie in costanza di procedura.

Sebbene la compatibilità concettuale tra arbitrato e fallimento possa considerarsi oggi – diversamente dal passato – un dato indiscusso, il rapporto tra i due solleva interrogativi che attendono tutt’ora risposte appaganti: non è sempre chiaro in quali casi l’amministrazione fallimentare sia vincolata alla clausola compromissoria o al compromesso, conclusi dal fallito, quando *in bonis*. Si discute se (e quando) un procedimento arbitrale possa proseguire una volta dichiarato il fallimento di uno dei due paciscenti e ci si chiede quali oneri gravino sulle parti e sugli arbitri per ripristinare il contraddittorio con il curatore. Si pone, infine, il problema di comprendere se (e quando) un lodo pronunciato prima della dichiarazione di fallimento sia opponibile al curatore e con quali mezzi possa essere, da quest’ultimo, impugnato.

Si tratta di quesiti che hanno sempre impegnato la dottrina (lo dimostrano i numerosi contributi offerti in argomento) e che, però, non sembrano aver mai destato seria attenzione nel legislatore<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Così, senza pretesa di completezza, cfr. fin d’ora A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, Padova, 1995, *passim* (e dello stesso A. anche l’ed. successiva del 2000); S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Milano, 1996, *passim*; A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studi di diritto italiano e comparato*, II, *Le materie compromettibili*, Torino, 1999, p. 151 ss.; E. CAPACCIOLI, *L’amministrazione fallimentare di fronte all’arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 526 ss.; G. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1986, I, p. 285 ss.; G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, nota a Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Il fall.*, 1993, p. 475 ss.; V. PROFETA, *L’opponibilità dell’arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 1173 ss.; E. ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, nota a Cass., 23 gennaio 1964, n. 162, in *Dir. fall.*, 1965, II, p. 12 ss.; F. FAVARA, *Effetti del fallimento sulla clausola compromissoria*, nota a Cass., 20 marzo 1965, n. 462, in *Rass. Avv. Stato*, 1965, p. 1075 ss.

L’entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2006 – che, come tosto si dirà nel testo, ha affrontato sia pur in un’ottica davvero limitata il tema dei rapporti tra arbitrato e fallimento mediante l’art. 83-*bis* legge fall. – ha rinnovato e accentuato l’attenzione per l’argomento: così, con riserva di richiamarci anche ad altri contributi nel corso dell’indagine, v. sin da ora M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in F.P. LUISO, F. VASSALLI, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2014, p. 484 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 1 ss.; A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 169 ss.; A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale*,



L'introduzione dell'art. 83-*bis* legge fall., ad opera del d.lgs. n. 5/2006, non si può certo dire che abbia invertito quella tendenza. La norma – lungi dal rappresentare un intervento organico in materia – si limita, infatti, a disciplinare un'ipotesi specifica (e, diremmo, quasi settoriale). Per la precisione, viene stabilita l'improcedibilità del giudizio arbitrale, il cui oggetto sia costituito da un contratto non ancora integralmente eseguito alla data di dichiarazione di fallimento di uno dei paciscenti, e dal quale il curatore, per scelta o per legge, si sia sciolto.

Da un lato, dunque, la domanda arbitrale dev'essere relativa a un rapporto giuridico ancora pendente al momento di apertura della procedura di insolvenza, nel quale l'amministrazione fallimentare non possa o non voglia subentrare. Dall'altro lato, poi, l'art. 83-*bis* legge fall. richiede testualmente che il giudizio arbitrale sia in corso, senza nulla prevedere in ordine agli effetti del fallimento sulla clausola compromissoria o sul compromesso, ai quali non sia ancora stata data attuazione.

Allo stato, pertanto, deve prendersi atto della persistente mancanza di una disciplina organica dei rapporti tra arbitrato e fallimento, che costringe l'interprete a risolvere le questioni che la loro interazione solleva, ricorrendo al metodo sistematico, valorizzando anzitutto i principi sui quali poggiano l'una e l'altra procedura.

Appare opportuno ricordare che il procedimento arbitrale costituisce un'alternativa al processo di cognizione statale, quando ha per oggetto diritti disponibili e mira alla pronuncia di un provvedimento che –

---

*lodo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 821 ss.; G. CANALE, *Sub art. 83-bis*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006-2007, p. 1335 ss.; C. CAVALLINI, *Sub art. 83-bis*, in ID. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, I, Milano, 2010, p. 581 ss.; S. VINCRE, *Compromesso e clausola compromissoria*, in L. GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 312 ss.; M. FARINA, *Art. 83 bis l. fall. Clausola arbitrale*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, p. 627 ss.; R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in G. FAUCEGLIA, L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2009, p. 923 ss.; N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in C. PUNZI (a cura di), *Disegno sistematico dell'arbitrato*, III, Padova, 2012, p. 469 ss.; M. VANZETTI, *Sub art. 83-bis*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (diretto da), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2017, p. 514 ss.

quanto meno quando si tratti di lodo rituale – ha natura decisoria. La parificazione degli effetti del lodo a quelli di una sentenza, oggi riconosciuta *ex positivo iure* dall'art. 824-bis c.p.c., consente di affermare che gli ambiti nei quali l'arbitrato può operare in costanza di fallimento non possono essere diversi da quelli in cui lo svolgimento di un processo davanti a un giudice togato è ammesso<sup>2</sup>.

Ne deriva il divieto di iniziare o proseguire un giudizio arbitrale, avente per oggetto una lite c.d. passiva: il principio del c.d. concorso formale, sancito dall'art. 52, comma secondo, legge fall. costringe i creditori concorsuali e coloro che vantano un diritto reale o personale su un bene che ricade nel patrimonio fallimentare a far valere quelle pretese in sede di verifica del passivo, per ottenere soddisfazione sui beni della massa.

Tuttavia, se è pacifico che il procedimento arbitrale pendente divenga improcedibile quando ha per oggetto uno di quei diritti, non altrettanto può dirsi – come tosto si vedrà – quando in quel giudizio sia stata

---

<sup>2</sup> Come noto, la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale è stata riconosciuta dal legislatore con il d.lgs. n. 40/2006, quasi in replica al *revirement* giurisprudenziale inaugurato dalle Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527 (v. in *Corr. giur.*, 2001, p. 51 ss., con note di G. RUFFINI e M. MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*) le quali, aderendo alle tesi di Punzi, ne avevano predicato la natura negoziale. Per una svolta giurisprudenziale a favore della natura giurisdizionale del fenomeno dell'arbitrato, si sono dovute attendere le Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, p. 85 ss., con nota di G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*. Per completezza giova, comunque, precisare che la tesi negoziale continua tutt'ora a essere assecondata da una parte, pur minoritaria ma autorevole, della dottrina: cfr. C. PUNZI, «Efficacia di sentenza del lodo», in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato (l. n. 80/2005 e d.lgs. n. 40/2006)*, Milano, 2006, p. 163 ss.; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 430 ss. Per altri richiami bibliografici, oltre che per una esposizione di questa lettura, v. per tutti, E. MARINUCCI, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, in L.P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, VII, Torino, 2014, p. 644 ss.

La deduzione che si trae, rispetto alla questione che ci occupa, dalla natura giurisdizionale dell'arbitrato (ossia il fatto che il giudizio arbitrale incontra, nel caso di dichiarazione di fallimento di uno dei paciscenti, gli stessi limiti che operano per il giudizio ordinario) può considerarsi un dato pacifico in dottrina. Per tutti, M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., pp. 485-486 e p. 492.

proposta anche una domanda pregiudiziale rispetto a quella poi attratta alla verifica del passivo.

Ragioni di natura diversa (che esulano dalla necessità di rispettare un certo rito), possono precludere, o comunque limitare, l'arbitrabilità delle liti c.d. attive: si tratta di quelle controversie, il cui oggetto è costituito da un credito o da un bene che appartiene al fallito e che il curatore intende recuperare a vantaggio della massa. Per questo genere di giudizi (per i quali non è richiesto lo svolgimento secondo un determinato rito) i problemi sorgono soprattutto quando il patto arbitrale sia stato concluso dalle parti prima della dichiarazione di fallimento; si tratta, infatti, di capire se il curatore sia vincolato a quella convenzione arbitrale e per rispondere al quesito sarà necessario ricostruire la posizione che il curatore ricopre rispetto alla pretesa della quale è titolare il fallito: se, cioè, e a che titolo, si ritenga che il primo faccia valere lo stesso diritto del secondo.

Una volta tracciati gli ambiti nei quali può discorrersi di opponibilità al curatore del patto compromissorio concluso dal fallito, ci si potrà chiedere se vi siano ragioni schiettamente legate alle esigenze pubblicistiche del fallimento che impediscano comunque a quell'accordo arbitrale di poter operare.

L'analisi che, entro queste direttrici, si svilupperà terrà conto delle modifiche legislative che, negli ultimi quindici anni, hanno interessato sia la disciplina fallimentare sia quella arbitrale.

Quanto alla prima, il riferimento è a una nutrita serie di dati normativi, alcuni dei quali incisi in misura significativa dai moti riformatori. Vengono, così, in rilievo l'art. 43, comma terzo, legge fall. che prevede l'interruzione d'ufficio delle controversie in corso a seguito della dichiarazione di fallimento di una parte; l'art. 52, comma secondo, legge fall., che estende oggi il novero delle pretese soggette al rito dell'accertamento del passivo, anche ai c.d. crediti prededucibili; la nuova e generale disciplina dettata dall'art. 72 legge fall. per i rapporti giuridici pendenti; l'art. 25 legge fall. che ha conferito al giudice delegato il potere di nominare gli arbitri su proposta del curatore; l'art. 35 legge fall., che oggi subordina il potere del curatore di concludere compromessi alla preventiva autorizzazione del comitato dei creditori; l'art. 24 legge fall., che nel testo vigente attribuisce al tribunale fallimentare la compe-

tenza a conoscere di tutte le cause che derivano dal fallimento, senza più il limite rappresentato dalle azioni reali immobiliari; l'art. 83-*bis* legge fall., che – come sopra rammentato – si occupa della sola sorte di un procedimento arbitrale in corso, quand'esso abbia per oggetto un contratto ancora pendente, dal quale il curatore si sia sciolto.

Con riferimento alla disciplina dell'arbitrato, il d.lgs. n. 40/2006 – oltre a prevedere, accanto alla figura dell'arbitrato rituale quella dell'arbitrato libero, riconosciuta oggi dall'art. 808-*ter* c.p.c., di cui non ci occuperemo in questa sede *ex professo* – ha altresì stabilito a chiare lettere la parificazione *quoad effectum* del lodo arbitrale rituale alla sentenza pronunciata dal giudice togato (art. 824-*bis* c.p.c.). Il legislatore, poi, confermando la scelta di non estendere all'arbitrato la disciplina dell'interruzione del processo contenuta nel c.p.c., ha attribuito agli arbitri il potere di assumere le misure più opportune per ripristinare il contraddittorio, nei casi di morte o perdita della capacità di una delle parti, per altra ragione (art. 816-*sexies* c.p.c.).

Sarà, perciò, necessario esaminare in quale misura queste modifiche normative possano incidere sulla risoluzione delle questioni che sorgono dalla interazione di un giudizio arbitrale rituale con il fallimento.

Una rinnovata riflessione sui rapporti tra le due procedure – che le ragioni sopra esposte stimolano già solo nell'ottica del diritto interno – si rende opportuna oggi anche in chiave transfrontaliera. In ambito europeo, specie negli ultimi quindici anni, si sono registrati non pochi casi nei quali, in pendenza di un giudizio arbitrale avente sede in un certo Stato membro, una delle due parti fosse stata sottoposta a una procedura di insolvenza in un diverso Paese dell'Unione.

Sia il Reg. CE n. 1346/2000 sia quello UE n. 848/2015 (che da poco ha sostituito il primo) dopo aver stabilito il principio secondo cui gli effetti di una procedura di insolvenza che presenti elementi di estraneità sono regolati, in tutti gli Stati membri, dalla legge del luogo in cui essa è stata aperta (art. 4 Reg. n. 1346/2000, oggi art. 7 Reg. UE n. 848/2015), hanno introdotto una serie di eccezioni, prevedendo che possa essere la legge di un ordinamento diverso a disciplinare alcuni aspetti della procedura.

Tra questi casi, v'è anche quello di un processo che abbia per oggetto beni o crediti di cui il fallito sia stato sprossessato, e che sia in corso

in uno Stato diverso da quello in cui si è aperta una procedura di insolvenza, a carico di una delle parti: in questa ipotesi, è la *lex fori*, non la *lex concursus*, a stabilire quali effetti quei giudizi pendenti subiscano per effetto dell'ammissione di un paciscente a una procedura concorsuale (art. 15 Reg. CE n. 1346/2000). L'art. 18 del Reg. attualmente in vigore, che ha esteso espressamente quella previsione al fenomeno arbitrale, ha comunque portata meramente ricognitiva: anche nel vigore della previgente disciplina, si riteneva che le conseguenze del fallimento sul giudizio arbitrale pendente fossero regolate dalla *lex loci arbitri*<sup>3</sup>. Questa circostanza, già allora, aveva provocato l'attenzione degli interpreti sulle discipline concorsuali dei singoli ordinamenti e sulle soluzioni, da essi prospettate, quanto alle questioni che i rapporti tra le due procedure sollevano: l'opponibilità di un patto arbitrale concluso dal fallito, prima di essere dichiarato tale, e la perseguibilità di giudizi arbitrali su diritti del (o fatti valere contro il) fallito in costanza di fallimento. L'analisi di alcuni casi risolti da Corti nazionali o collegi arbitrali permetterà di saggiare la tenuta dei risultati raggiunti dal nostro sistema e di avanzare, ove possibile, nuove proposte.

---

<sup>3</sup> G. MOSS, I. FLETCHER, S. ISAACS, *EU Regulation on insolvency proceedings*, Oxford, 2016, p. 360; P. WIDMANN, *Il caso Vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente all'estero, tra lex fori concursus e lex loci arbitri*, nota a High Court of Justice, Queen's Bench Division, 2 ottobre 2008 [2008] EWHC 2155 (Comm); Court of Appeal, 9 luglio 2009, [2009] EWCA Civ 677, Trib. Fed. svizzero, 31 marzo 2009 4P.170/2005, in *Int'Lis*, 2010, p. 128 ss.; D. CORAPI, D. BENINCASA, *Considerazioni comparatistiche sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 249 ss.; S. BARIATTI, *The European Insolvency Regulation and Arbitration*, ivi, 2016, p. 267 ss.; C. VELLANI, *L'art. 83-bis L. fall. e l'art. 15 Regolamento CE 1346 del 2000*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., spec. pp. 868-869.

## 2. Gli ambiti in cui l'interazione tra arbitrato e fallimento risulta pacificamente ammessa o preclusa

Si è ricordato in premessa come sia stata da tempo abbandonata la convinzione che sussista una incompatibilità di fondo tra arbitrato e fallimento.

Peraltro, va riconosciuto che nemmeno chi professava quella inconciliabilità la declinava in modo assoluto: per molti aspetti, la coesistenza tra arbitrato e fallimento non ha mai rappresentato un problema, vuoi perché, in alcuni ambiti, essa è sempre stata pacificamente ammessa vuoi perché, in altri, al contrario, unanimemente esclusa.

Accenneremo anzitutto a queste ipotesi in cui – sia pur per ragioni diametralmente opposte – l'interazione tra quelle due procedure non ha mai costituito una questione controversa.

È lo stesso dato normativo a prevedere che il curatore possa essere parte di un arbitrato: l'art. 35 legge fall. lo legittima a concludere compromessi, mentre l'art. 25 legge fall. gli consente di formulare al giudice delegato la proposta di nomina degli arbitri<sup>4</sup>. Dalla lettura combinata di queste due norme, emerge chiaramente l'ammissibilità di un giudizio arbitrale quando l'accordo compromissorio sia stato concluso dopo la dichiarazione di fallimento. Dando per presupposto che la materia sia arbitrabile (l'art. 35 sul punto non contiene alcun riferimento), le questioni che in questa ipotesi potranno porsi riguarderanno il *quomodo*

---

<sup>4</sup> G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., spec. p. 479 sottolinea, tuttavia, la sostanziale inutilità del richiamo all'art. 35 legge fall., quale argomento dal quale inferire la compatibilità della procedura arbitrale con il fallimento: quella norma, infatti, si limita a riconoscere all'amministrazione fallimentare il potere di devolvere una controversia in arbitrato; l'art. 35, però, non chiarisce quando ciò sia possibile né soprattutto si occupa dell'opponibilità al fallimento di una convenzione arbitrale conclusa *prima* della dichiarazione di insolvenza, cui le parti abbiano dato esecuzione instaurando l'arbitrato. Da questo punto di vista, allora, l'utilità che la norma richiamata può rivestire per descrivere i rapporti tra arbitrato e fallimento è davvero modesta, potendosi al più dedurre da essa che «l'operatività della clausola compromissoria non contrasta con l'architettura generale della procedura concorsuale», così U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 264 e, sostanzialmente in questo senso, già A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, II, *Le materie non compromettibili*, cit., p. 163.

della coesistenza dell'arbitrato in pendenza di fallimento, non certo all'an, sul quale può dirsi sussistere unanimità di vedute<sup>5</sup>.

V'è altrettanto consenso nel negare l'arbitrabilità delle singole fasi della procedura concorsuale (*rectius*: delle controversie inerenti agli atti di cui si caratterizzano tali fasi). La ragione si deve, anzitutto, all'essenza della giustizia arbitrale, che si pone come alternativa alla sola tutela di cognizione impartita da un giudice togato: questa circostanza restringe di molto, già in astratto, l'area di incidenza dell'arbitrato nella pro-

---

<sup>5</sup> Può invece considerarsi risolto in senso affermativo il quesito (postosi in passato) se il potere di compromettere in arbitri riconosciuto al curatore possa riguardare anche rapporti conclusi dall'imprenditore fallito quando *in bonis* (così già E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare*, cit., p. 535 ss.; F. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo*, cit., p. 285; D. MORINI, *Arbitrato e fallimento*, nota a Coll. Arb., 24 novembre 1993, in *Dir. fall.*, 1995, II, pp. 773-774, cui si rinvia per altri richiami bibliografici).

Le questioni che tutt'ora si pongono, quando la scelta della via arbitrale è operata dal curatore, ineriscono anzitutto alla mancata autorizzazione del comitato dei creditori, dal momento che la convenzione di arbitrato costituisce un atto di straordinaria amministrazione; secondo i più, quel vizio che la riguarda dovrebbe ricondursi a un'ipotesi di mera annullabilità del patto, che potrebbe essere fatta valere solo dal curatore e che dovrebbe potersi considerare sanata, là dove l'autorizzazione fosse rilasciata *a posteriori*: così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 5 e, prima del d.lgs. n. 5/2006, S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 41; in giurisprudenza, Cass., 8 agosto 1996, n. 8669, in *Il fall.*, 1996, p. 145; Cass., 12 ottobre 1981, n. 5334, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 33. Verosimilmente, quel vizio sarà fatto valere mediante eccezione ai sensi dell'art. 817 c.p.c., quando la causa sia radicata davanti ad arbitri, sì che il lodo, che ciononostante sia pronunciato, potrà essere impugnato ex art. 829, comma primo, n. 1 c.p.c.: M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 508.

Sotto altro profilo, ci si domanda se dal tenore letterale dell'art. 35 legge fall. – che esige l'autorizzazione del curatore, da parte del comitato dei creditori, per la stipula dei soli compromessi – sia possibile trarre come conclusione una diversità di disciplina qualora il curatore scelga la via della clausola compromissoria; verosimilmente, come è stato osservato, il fatto che essa non sia menzionata dalla norma fallimentare si spiega perché, in virtù dell'art. 808 c.p.c. che trova qui applicazione, il curatore che abbia il potere di concludere un contratto di diritto sostanziale, ha per ciò solo quello di inserirvi una clausola compromissoria. Sul punto, M. BOVE, *ult. op. cit.*, p. 507 testo e nt. 45; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *ult. op. cit.*, pp. 4-5, cui *adde* G. CANALE, *Clausola arbitrale*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (diretto da), *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, I, Torino, 2016, p. 1568.

cedura fallimentare, poiché non tutti i singoli segmenti quest'ultima si compone sono caratterizzati da parentesi cognitive.

Eppure, anche solo limitandoci a esse, si deve escludere la compromettibilità in arbitri del procedimento prodromico alla dichiarazione di fallimento, dell'accertamento del passivo (ciascuno dei due, in entrambi i gradi di merito) delle controversie che possono insorgere in sede di liquidazione e ripartizione dell'attivo, della fase di chiusura della procedura<sup>6</sup>.

La spiegazione è riconducibile all'oggetto di quelle liti. L'arbitrato è sì alternativo al giudizio statale, ma solo se l'oggetto di quest'ultimo sia costituito da diritti disponibili e si tratti di un processo che sarebbe tenuto a svolgersi secondo un rito a cognizione piena. È, perciò, il rispetto dell'art. 806 c.p.c. che impedisce l'arbitrabilità del procedimento prodromico alla dichiarazione di fallimento e di quello di chiusura della procedura, in ogni loro fase<sup>7</sup>. Del pari, è escluso si possa ricorrere all'arbitrato ove si vogliano impugnare i provvedimenti emessi dal Tribunale fallimentare o dal giudice delegato (in alternativa, quindi, ai reclami *ex artt.* 26 e 36 legge fall. o ai diversi mezzi di impugnazione contro il provvedimento di accertamento del passivo)<sup>8</sup>.

Le considerazioni che precedono – sulle quali, si è detto, v'è concordia tra gli interpreti – circoscrivono di molto l'ambito in cui l'interazione tra arbitrato e fallimento si è mostrata effettivamente controversa;

---

<sup>6</sup> Indagato da questa prospettiva, infatti, il rapporto tra arbitrato e fallimento è sempre stato foriero di ricadute applicative davvero modeste, anche a livello comparato. Cfr. V. LAZIC, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, The Hague, 1998, p. 155.

<sup>7</sup> Ricorre in questo caso una situazione indisponibile: E. FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 374; G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 483; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., 2000, p. 59; C. VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, 1996, p. 235.

<sup>8</sup> E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1997, p. 331; G. BOZZA, *ult. op. loc. cit.*; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 17-18; E. FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti*, cit., p. 375; L. GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il fall.*, 2009, p. 145; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 3.



il campo d'indagine è, infatti, limitato a quei casi nei quali l'accordo compromissorio (quale che sia la forma assunta): a) sia stato concluso dal fallito quando ancora *in bonis*; b) abbia per oggetto un diritto di credito o un bene che rientrano nel patrimonio fallimentare, ai sensi dell'art. 42 legge fall.; c) rispetti le formalità necessarie per essere opponibile alla procedura ai sensi dell'art. 45 legge fall.

È proprio riferendosi a queste fattispecie che la giurisprudenza aveva professato – in misura tutt'altro che sporadica, quanto meno fino alla fine degli anni settanta – l'idea di un'incompatibilità concettuale tra le due procedure, cui abbiamo fatto sopra richiamo.

Era, infatti, diffusa la convinzione che la sentenza dichiarativa di fallimento rendesse inefficaci tutti gli accordi compromissori conclusi dal fallito, prima di essere dichiarato tale, e comportasse l'improcedibilità di tutti i giudizi arbitrali pendenti al momento dell'apertura del fallimento, quale che fosse il loro oggetto<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Cass., 4 agosto 1958, n. 286, in *Foro Pad.*, 1958, I, p. 969 e in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 590, ove si legge che l'attuazione della clausola compromissoria, essendo destinata a operare nel campo processuale, rimarrebbe condizionata dalle esigenze della procedura fallimentare, la quale imporrebbe a tutte le azioni relative all'accertamento del passivo quanto dell'attivo (sic!) di concentrarsi esclusivamente nell'accertamento di verifica del passivo. Sarebbe, insomma, la connotazione pubblicistica che dipinge il fallimento a rendere inconciliabile con siffatta procedura l'arbitrato; in senso analogo, App. Milano, 5 agosto 1958, in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 952, ove il rilievo che «nel concetto di azione derivante dal fallimento – accolto dalla riforma dell'art. 24 legge fall. – debbono intendersi comprese, non soltanto le azioni che traggono origine dal dissesto o dall'insolvenza dell'imprenditore dichiarato fallito, ma tutte quelle che comunque incidano sull'accertamento dell'attivo o del passivo, e come tali debbano necessariamente confluire nella procedura concorsuale, giacché in esse si realizza l'unità dell'esecuzione sul patrimonio del fallimento e viene soddisfatta in concreto la *par condicio creditorum*»; Cass., 20 marzo 1965, n. 462, in *Dir. fall.*, 1965, II, p. 228 s.; Cass., 11 giugno 1969, n. 2064, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 59 e in *Foro it.*, 1969, c. 2490, con nota di L. DI NANNI; Trib. Milano, 18 settembre 1980, in *Il fall.*, 1981, p. 714, che rimarca la funzione pubblicistica delle singole attività processuali «con la quale il legislatore ha inteso caratterizzare l'attuazione dell'intero concorso dei creditori e dove pertanto non possono trovare spazio soluzioni privatistiche delle controversie e dei modi di ricostruzione del patrimonio del fallito». In arg., criticamente G. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, cit., p. 285 ss. spec. pp. 296-297; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 8. Peraltro, va evidenziata la correttezza della conclusione cui erano giunti Cass., 11 giugno 1969,

Gli argomenti che si adducevano a fondamento di questa idea erano più d'uno: v'era chi faceva leva sullo spossessamento, posto che il fallito sarebbe stato privato sia del potere di amministrare e disporre del proprio patrimonio, sia della facoltà di stare in giudizio (anche davanti ad arbitri).

V'era chi invocava il «carattere personale» degli accordi compromissori stipulati dal fallito per escluderne la loro opponibilità alla curatela<sup>10</sup>.

---

n. 2064 e Trib. Milano, 18 settembre 1980, cit., dal momento che, in entrambe le ipotesi, la controversia che era stata sottoposta alla loro attenzione riguardava una c.d. lite passiva, ovvero una domanda volta all'accertamento di un credito vantato verso il fallito, per il quale come vedremo l'esclusività del rito del passivo impedisce la possibilità di devolvere la lite in arbitrato. In dottrina, R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, pp. 1322-1323; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1964, p. 250; enfatizza l'effetto dello spossessamento anche G. BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al Codice del commercio*, VIII, 1, Milano, 1938, pp. 490-491, che peraltro ritiene lo spossessamento causa impeditiva dell'attuazione del solo compromesso, in quanto autonomo contratto di carattere personale. Secondo l'A., a una diversa conclusione potrebbe giungersi con riferimento alla clausola compromissoria che, in quanto inserita all'interno di un contratto, sarebbe destinata a seguirne le sorti; essa, perciò, sarebbe opponibile al fallimento, qualora il contratto cui accede non sia stato sciolto in ragione dell'apertura della procedura. In argomento, cfr. *amplius* A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., 2000, p. 4 ss.

<sup>10</sup> In questi termini, con riferimento sia al compromesso sia alla clausola compromissoria, E. ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, cit., p. 16; sul punto, anche P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, p. 333, sebbene nelle edizioni successive del Manuale il pensiero dell'A. sia mutato nel senso di ammettere che la scelta dell'arbitrato possa essere di per sé opponibile alla curatela (v., infatti, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 281; A. JORIO, *Le crisi di impresa. Il fallimento*, Milano, 2000, pp. 539-540).

Per una critica a questa lettura, cfr. S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 77-78 ove l'esatta osservazione secondo cui proprio il carattere accessorio, rivestito dal compromesso o dalla clausola compromissoria rispetto al contratto di diritto sostanziale cui si riferiscono, fanno sì che il curatore che subentri in quel negozio sia vincolato alla scelta espressa a suo tempo in favore della giustizia arbitrale; in senso analogo, anche A. BONSIGNORI, *Procedimento arbitrale e fallimento*, nota a Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 601 ss. Sul carattere accessorio dell'accordo compromissorio rispetto al contratto di diritto sostanziale e sulle implicazioni che, a torto o a ragione, se ne fanno derivare rispetto al tema della loro opponibilità al curatore, oltre Cap. II, par. 7.

Non era mancato chi, ampliando oltre misura la portata applicativa dell'art. 24 legge fall., riteneva che quella norma trovasse attuazione per ogni controversia di cui fosse parte il fallito<sup>11</sup>.

Come da tempo evidenziato in dottrina, si trattava di obiezioni fallaci e facilmente superabili<sup>12</sup>.

Anzitutto, appariva privo di pregio il rilievo secondo cui lo spossessamento avrebbe impedito al fallito di essere parte di un processo arbitrale, in quanto soggetto privato della capacità di stare in giudizio. A una simile osservazione, è parso facile replicare che, se il problema fosse stato solo quello della sopravvenuta incapacità processuale del fallito, il procedimento arbitrale avrebbe potuto proseguire nel contraddittorio con il curatore, al pari di quanto accade quando pende un processo statale. In aggiunta, si faceva notare che l'indisponibilità del diritto, provocata dallo spossessamento del fallito, fosse cosa diversa dall'indisponibilità del diritto, che costituisce limite all'arbitrabilità delle liti di cui all'art. 806 c.p.c.<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Così, in giurisprudenza, Cass., 4 agosto 1958, n. 2866, cit.; E. ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, cit., p. 17; R. VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1957, II, p. 294; G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, p. 208, ove il rilievo che la competenza per materia del tribunale fallimentare avrebbe reso inefficace *ope legis* la clausola compromissoria, una volta dichiarato il fallimento di una delle parti. Osservava A. BERLINGUER, *La compromettibilità in arbitri*, cit., p. 163, come la tesi assolutamente contraria all'arbitrato nel caso di fallimento di uno dei paciscenti finisse, oltretutto, per esasperare oltre misura la portata applicativa di due precetti (quello dell'art. 24 legge fall. e quello dell'art. 806 c.p.c.) che – sia pur per ragioni diverse – dovrebbero essere di stretta interpretazione: il primo, perché derogatorio rispetto ai normali criteri di competenza e il secondo, in quanto limitativo della libertà di compromettere in arbitri.

<sup>12</sup> S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 73 ss.; R. CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, p. 112 ss.; F. VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi arbitrali pendenti*, in *Dir. fall.*, 2008, I, spec. p. 778 ss.

<sup>13</sup> V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 1184; G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 482; R. CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, cit., p. 118; A. BONSIGNORI, *Procedimento arbitrale e fallimento*, in *Studi in onore di Vellani*, I, Milano, 1998, p. 116; U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 273.

Inaccettabile era anche l'argomento che giustificava l'inopponibilità al curatore del patto arbitrale in virtù del «carattere personale» che quell'accordo avrebbe rivestito, dovendosi escludere che quella che i paciscenti assumono sia una obbligazione di natura infungibile<sup>14</sup>.

Infine, il richiamo all'art. 24 legge fall. si mostrava del tutto fuori luogo. Sebbene non vi sia mai stata concordia tra gli interpreti sul significato da attribuire all'espressione «lite derivante dal fallimento», non si è mai dubitato del fatto che le controversie attratte alla competenza del tribunale fallimentare siano solo quelle che hanno per oggetto situazioni giuridiche sorte per effetto della (o il cui regime sia modificato dalla) dichiarazione di fallimento<sup>15</sup>. Ed è difficile che ciò accada quando un accordo compromissorio sia stato concluso da un soggetto prima di essere dichiarato fallito.

Delle due, infatti, l'una: o il concetto di «lite derivante dal fallimento» deve intendersi come sinonimo di qualsiasi controversia della quale il fallito sia parte (ma allora non avrebbe senso che l'art. 24 legge fall. discorra di «derivazione»), oppure si assegna a quell'espressione un significato restrittivo, ma allora si deve escludere che tutti gli accordi compromissori perdano effetto per il solo fatto che uno dei due paciscenti sia stato dichiarato fallito<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 19.

<sup>15</sup> Sul dibattito intorno alla portata applicativa dell'art. 24 legge fall., v. *ex multis* M. FABIANI, *Sub art. 24 legge fall.*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, spec. p. 427 ss.; S. RECCHIONI, *Sub art. 24 legge fall.*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, I, cit., p. 469 ss.; C. VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, cit., *passim*; ma già G. CASELLI, *Sub art. 24 legge fall.*, *Organi del fallimento*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI (a cura di), *La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1977, p. 35 ss.

<sup>16</sup> Una riflessione critica in questo senso già in E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 558; V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale*, cit., 1186; A. BONSIGNORI, *Procedimento arbitrale e fallimento*, cit., p. 124; ID., *Compromesso, arbitrato e fallimento*, in *Il fall.*, 1996, p. 414 s.; cfr. anche S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, pp. 74-75; A. CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*, nota a *Coll. arb.*, 20 febbraio 1997, in *Riv. arb.*, 1998, p. 104. Da ultimo, in giurisprudenza, Cass. Sez. Un., 26 maggio 2015, n. 10800, in *Corr. giur.*, 2016, 531, con nota di M. VISCONTI, *Le Sezioni Unite si confermano: il riparto di attribuzioni fra giudice ordinario e arbitro estero configura questione di giurisdizione che va (quindi) decisa col relativo regolamento*.

L'inconsistenza dell'argomento che si pretendeva di ricavare dall'art. 24 legge fall. emergeva anche da un'altra angolatura: quella previsione, proprio perché si preoccupa di regolare i rapporti tra giudici togati, individuando una competenza di tipo funzionale, non poteva (né può) condizionare, anche solo implicitamente, la validità di una convenzione di arbitrato, che si pone al di fuori della sfera di riparto di competenza tra giudici dello Stato<sup>17</sup>. Questa osservazione trova riscontro in quella giurisprudenza che ammette la compromettibilità delle liti che sarebbero di competenza del tribunale fallimentare, ex art. 24 legge fall.<sup>18</sup>: proprio perché l'unico limite oggettivo dell'arbitrato è costituito dalla natura disponibile della situazione soggettiva che si vuol far valere gli interpreti sono orientati nel senso di considerare astrattamente compromettibili anche le azioni revocatorie<sup>19</sup>.

Ad ogni modo, la descritta debolezza delle argomentazioni sulle quali ci siamo soffermati non ha certo condotto, né conduce oggi, la

---

<sup>17</sup> *Ex multis*, E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., pp. 532-533; F. FAVARA, *Effetti del fallimento sulla clausola compromissoria*, cit., pp. 1076-1077; G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 479 ss.; E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, cit., p. 329; S. VINCRE, *ult. op. cit.*, p. 77 nt. 110 (ma già p. 33), secondo cui se è vero che, per risolvere certi problemi relativi ai rapporti tra giudice e arbitro, le regole sulla competenza possono essere di qualche utilità, è altrettanto innegabile che una norma pensata per disciplinare i rapporti tra giudici togati non possa da sola legittimare l'esclusione della giurisdizione arbitrale; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 53; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 103; A. FUSILLO, *Processo arbitrale e fallimento sopravvenuto*, nota a Coll. Arb., 25 febbraio 1998, in *Riv. arb.*, 1998, p. 329; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, p. 405; U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 275; C. VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, cit., p. 236; da ultimo anche R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 952.

<sup>18</sup> G. CASELLI, *Sub art. 24 legge fall.*, cit., p. 59; E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare*, cit., p. 533; G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 475 ss.; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., 2000, p. 59.

<sup>19</sup> Così E. FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, cit., p. 376, nt. 24; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, in *Il fall.*, 1998, p. 125; M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., pp. 492-493; *contra*, Trib. Verona, 28 febbraio 1991, in *Il fall.*, 1991, p. 1189; Trib. Milano, 28 maggio 1995, *ivi*, 1986, p. 1803 ss.

dottrina ad affermare l'indiscriminata promuovibilità (o perseguibilità) di un giudizio arbitrale del quale sia parte il fallito.

Nell'individuazione dei limiti che l'arbitrato può incontrare per effetto del sopravvenuto fallimento, appare corretto procedere avendo riguardo, anzitutto, all'oggetto del giudizio.

Così, in via di primissima approssimazione, l'arbitrato va escluso in quegli stessi casi in cui la legge, in costanza di fallimento, non consente l'instaurazione o la prosecuzione di un ordinario giudizio di cognizione nel contraddittorio con il curatore<sup>20</sup>.

Il riferimento è, in primo luogo, alle liti nelle quali sono dedotti un diritto di credito o una pretesa, di natura reale o personale, sul patrimonio del fallito: il fatto che il processo pendente, al momento della dichiarazione di fallimento, non possa proseguire non dipende certo dalla circostanza che esso si svolge davanti a giudici privati. Tanto meno, quell'improcedibilità si deve alla necessità di rispettare una competenza inderogabile e funzionale in capo al giudice fallimentare (che, oltretutto, qui non ricorre)<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Come ha ben chiarito Cass. Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 9070, in *Corr. giur.*, 2004, p. 320 ss. con nota critica (ma su altri aspetti) di M. MONTANARI, *Fallimento e giudizio arbitrale su crediti nella prospettiva della concezione negoziale dell'arbitrato rituale*, che ha ripreso il principio già espresso da Cass., 11 giugno 1969, n. 2064, secondo cui «l'effetto attributivo della cognizione degli arbitri, che è proprio della clausola compromissoria, è in ogni caso (si tratti di arbitro rituale o di arbitro irrituale) paralizzato dal prevalente effetto, prodotto dal fallimento, dell'avocazione dei giudizi aventi ad oggetto l'accertamento di un credito verso l'impresa sottoposta alla procedura concorsuale, allo speciale procedimento di verifica del passivo, inderogabilmente demandato all'ufficio fallimentare». Per una chiara affermazione in tal senso, da ultimo, Cass., 24 giugno 2015, n. 13089, in *Il fall.*, 2016, p. 316 con nota di L. GROPPOLI, «In-disponibilità» dell'accertamento del passivo: riflessi sull'arbitrato, ma già N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in C. PUNZI (a cura di), *Disegno sistematico dell'arbitrato*, III, Padova, 2012, p. 473.

<sup>21</sup> Per una critica all'argomento relativo alla competenza, cfr. E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare*, cit., p. 553, cui adde G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 481 ss.; nonché ID., *I principi della formazione dello stato passivo*, cit., p. 681, il quale – occupandosi dell'ipotesi di subentro in un rapporto giuridico pendente da parte del curatore – osserva testualmente: «La prevalenza del rito speciale (scil.: di accertamento del passivo) costituisce un dato insormontabile, indipendentemente dal fatto che il giudizio arbitrale sia iniziato o meno, per cui in questa materia certamente non si

L'arresto del procedimento arbitrale è, semmai, conseguenza del fatto che ogni pretesa vantata nei confronti del fallito dev'essere decisa in sede di verifica del passivo, mediante un accertamento che si svolge nel contraddittorio con tutti gli altri creditori concorsuali<sup>22</sup>. Il rispetto del

---

perpetua la giurisdizione degli arbitri. In questo caso non è il curatore che sceglie le clausole contrattuali in cui subentrare, ma è la legge che, una volta che il curatore è subentrato nel contratto principale, impedisce, per ragioni processuali di rito, il riconoscimento di un ricorso al rito speciale dell'accertamento del passivo, così la parte *in bonis* non potrà servirsi delle clausole compromissorie esistenti nel contratto in cui è subentrato il curatore, per far valere pretese creditorie o restitutorie che devono confluire nel giudizio di accertamento, neppure se formulate in via riconvenzionale».

<sup>22</sup> Così, per riprendere l'efficace sintesi di V. COLESANTI, *Giudizio arbitrale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1998, I, p. 167: è il «carattere ineludibile del rito speciale che (art. 52 legge fallim.) impone di «convogliare» necessariamente nell'alveo del procedimento *ex art. 93* segg. ogni domanda di credito destinata a operare nel concorso».

Si tratta comunque di un profilo pacifico in dottrina: *ex multis*, E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., pp. 538-51; F. FAVARA, *Effetti del fallimento sulla clausola compromissoria*, cit., p. 1077; V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv. e proc.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 376, nt. 242; G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 480; A. JORIO, *Le crisi di impresa. Il fallimento*, cit., p. 537; A. CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, nota a *Coll. arb.*, 20 febbraio 1997, in *Riv. arb.*, 1999, p. 110; V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale*, cit., p. 1190; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 21; A. CAVALAGLIO, *Sui rapporti tra clausola compromissoria, processo arbitrale, lodo rituale e giudizio fallimentare di verifica dei crediti*, nota a *Cass.*, 26 agosto 1998, n. 8495, *ivi*, 1999, p. 707 ss. spec. p. 712; M. MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti sui crediti nel sistema uscito dalla riforma*, in *Giur. Comm.*, 2015, I, spec. p. 95 testo e note.

L'esclusività del rito della verifica del passivo, in ogni sua fase, ci porta a dissentire da quell'opinione, pur autorevolmente formulata, secondo cui, in astratto, sarebbero compromettibili i giudizi di opposizione allo stato passivo, introdotti *ex art. 98* legge fall. (E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare*, cit., pp. 538-539). Vero è che l'A. scriveva in un periodo in cui l'opposizione al passivo costituiva un vero e proprio giudizio di primo grado a cognizione piena e che soltanto con il d.lgs. n. 5/2006 quel giudizio ha assunto – oltre che funzione – anche natura impugnatoria. Peraltro, anche volendo prescindere da questo rilievo (che già di per se è ostativo all'arbitrato) resta attuale la critica formulata a quella tesi, prima ancora della riforma del 2006, dal momento che la verifica dell'accertamento del passivo, pur articolandosi in fasi, costituisce un procedimento unitario rispetto al quale la necessità di attuare il concorso formale

concorso formale, come impedisce di introdurre o continuare, fuori dal fallimento, un processo davanti a un giudice togato – quanto meno là dove l’oggetto del contendere sia rappresentato esclusivamente all’accertamento del diritto verso il fallito – parimenti preclude di iniziare o proseguire un procedimento arbitrale, nel quale sia proposta una domanda con quello stesso *petitum*.

Tuttavia, va sin da ora precisato che questo risultato è il frutto di una scelta di diritto positivo, perché la continuazione o l’instaurazione, in costanza di fallimento, di un giudizio avente per oggetto l’accertamento, almeno strettamente inteso, di una pretesa vantata nei confronti del fallito non lederebbe il principio di *par condicio creditorum* (come, invece, accadrebbe se fosse violato il divieto di azioni esecutive individuali) né impedirebbe la realizzazione del concorso formale con gli altri creditori. Costoro, infatti, potrebbero esercitare il loro diritto a contraddire su quella pretesa in sede di verifica del passivo, sia pur limitatamente alla questione relativa all’opponibilità del diritto alla massa, mentre in sede ordinaria (o dinnanzi ad arbitri) la questione relativa alla sua esistenza potrebbe essere decisa nel contraddittorio con il curatore, in rappresentanza degli interessi della procedura<sup>23</sup>.

---

preclude il ricorso alla giustizia arbitrale. Per una critica in tal senso, A. BONSIGNORI, *Procedimento arbitrale e fallimento*, cit., pp. 128-129 e poi A. CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito ed interferenze con la verifica del passivo*, cit., p. 105.

<sup>23</sup> Viene qui spontaneo il paragone con l’ordinamento francese, che accoglie la diversa soluzione sancita dall’art. L. 622-21, comma primo, Cod. com. secondo cui (per quanto a noi interessa): «Le jugement d’ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n’est pas mentionnée au I de l’article L. 622-17 et tendant : 1° A la condamnation du débiteur au paiement d’une somme d’argent; 2° A la résolution d’un contrat pour défaut de paiement d’une somme d’argent». Il fallimento che sia dichiarato in pendenza di un giudizio di condanna, promosso dal creditore nei confronti del fallito obbligherà il primo a insinuare la propria pretesa nella procedura, senza precludergli poi la possibilità di proseguire il giudizio davanti al giudice in origine adito e nel contraddittorio con il curatore.

L’estensione della portata applicativa della norma anche all’arbitrato è stata ribadita da due pronunce della Cassazione (v. Cass. Com., 2 giugno 2004, n° 02-13940; Cass. Com., 2 giugno 2004, n° 02-18700 reperibili in *Lextenso*) che, per quanto qui interessa hanno ammesso la proposizione di una domanda arbitrale di condanna o la prosecuzione del relativo giudizio in costanza di fallimento. Se il creditore abbia presentato domanda di insinuazione al passivo, le *juge commissaire* «saisi d’une contestation et devant lequel



È, insomma, la sola volontà del legislatore di destinare alla decisione del giudice delegato anche il tema dell'esistenza e dell'ammontare del diritto vantato verso il fallito che rende inopponibili al curatore le convenzioni arbitrali relative ai rapporti preesistenti al fallimento, qualora oggetto di liti siano proprio quei diritti<sup>24</sup>. L'impossibilità che essi possano essere conosciuti e decisi al di fuori del rito speciale della verifica del passivo, così come rende impraticabile l'instaurazione o la prosecuzione di un giudizio davanti a un giudice togato, del pari preclude la possibilità di iniziarne o proseguirne uno dinnanzi ad arbitri<sup>25</sup>.

---

est invoquée une clause compromissoire, doit, après avoir, le cas échéant, vérifié la régularité de la déclaration de créance, se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable» (Cass.Com., 2 giugno 2004, n° 02-13940). In dottrina cfr. D. TOUCHENT, *Les effets d'une clause d'arbitrage après l'ouverture d'une procédure collective*, in *Petites affiches*, 2004, p. 20, che così si esprime: «Après la procédure de vérification de créance, la jurisprudence a, à plusieurs reprises, réaffirmé la primauté de la compétence arbitrale sur celle du juge-commissaire lorsque la clause compromissoire n'est pas manifestement nulle ou inapplicable», cui adde PH. FOUCARD, *Ecrits: droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, Paris, 2007, p. 182. In arg., anche D. CORAPI, D. BENINCASA, *Considerazioni comparatistiche sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento*, cit., p. 264.

<sup>24</sup> Del resto, che si tratti di una pura scelta di diritto positivo lo dimostra il fatto che una delle eccezioni al principio del concorso formale è rappresentata dall'esistenza di una sentenza, non ancora passata in giudicato, relativa all'esistenza di un diritto c.d. concorsuale. In questi casi, impregiudicata la cognizione esclusiva, riservata al giudice delegato, in relazione al profilo di opponibilità di quel credito al fallimento, si ammette che sia il curatore – in rappresentanza degli interessi della massa – a impugnare quella decisione nelle sedi ordinarie. Proprio riflettendo su questa fattispecie, v'è chi in dottrina ha criticato la soluzione accolta dalla *communis opinio* di considerare improcedibili i giudizi su liti passive, quando non ancora pervenuti a sentenza al momento della dichiarazione di fallimento. Ci si è provocatoriamente domandati come sia possibile che «il giudizio di secondo grado, proposto in via ordinaria a seguito dell'impugnazione per l'accertamento di una pretesa creditoria, sia procedibile nonostante l'intervenuta dichiarazione di fallimento e non lo sia invece il giudizio di primo grado» (così G.F. RICCI, *Accertamento del passivo nel fallimento ed errori duri a morire*, in *Dir. fall.*, 2014, II, pp. 498-499).

<sup>25</sup> Per questa ragione rischia di essere fuorviante quanto si legge in un passaggio argomentativo di Cass., 4 settembre 2004, n. 17891, in *Il fall.*, 2005, p. 623, la quale ha giustificato l'improcedibilità del giudizio arbitrale avente ad oggetto un diritto di credito verso il fallito, in virtù delle finalità pubblicistiche dell'accertamento del passivo, rimarcando peraltro la prevalenza di queste ultime rispetto alla cognizione arbitrale in

3. Segue: ...e quelli rispetto ai quali quella coesistenza si mostra problematica. a) *Cumulo di domande arbitrali, connesse per pregiudizialità-dipendenza e improcedibilità di quella dipendente (di condanna), perché attratta al rito della verifica del passivo: la sorte, in punto di arbitrabilità, del diritto pregiudiziale*

L'affermazione di chiusura del paragrafo precedente porta a escludere l'arbitrabilità di un settore piuttosto cospicuo di controversie fallimentari: quello delle c.d. liti passive.

Nonostante si tratti di una conclusione piuttosto pacifica, il discorso non può ancora considerarsi del tutto esaurito, dovendosi specificare se tutte le liti, nelle quali siano fatti valere un credito o una pretesa verso il fallito, debbano per ciò solo essere decise in sede di verifica del passivo.

L'interrogativo (che invero si è posto tra gli interpreti anzitutto per i giudizi che si svolgono dinnanzi ai giudici togati) rimanda a quei casi, piuttosto frequenti, nei quali la domanda di condanna (svolta contro un soggetto, nel frattempo dichiarato fallito) abbia tra i suoi fatti costitutivi una situazione giuridica, a sua volta controversa in lite.

La questione se il rito della verifica del passivo attragga anche l'accertamento dei diritti pregiudiziali rispetto a quelli sui quali il giudice delegato deve necessariamente decidere non è certo nuova, sebbene ponga, come si vedrà, interrogativi ulteriori quando il giudizio extrafallimentare penda davanti ad arbitri.

Le fattispecie che possono prospettarsi sono molteplici: potrebbe essere stata chiesta la risoluzione del contratto per inadempimento, insieme al risarcimento dei danni e alla restituzione della prestazione già eseguita a favore della controparte, *medio tempore* fallita. Oppure, a

---

quanto atto di autonomia privata. Come condivisibilmente osservato da R. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, *ivi*, p. 625, in nota critica a quella sentenza, la qualificazione in termini privatistici o pubblicistici della natura arbitrale del procedimento sposta di poco i termini della questione, dal momento che dinnanzi alla inderogabilità della verifica del passivo cede anche un giudizio statale. In questi termini, peraltro, si era già chiaramente espresso M. MONTANARI, *Fallimento e giudizio arbitrale sui crediti nella prospettiva della concezione negoziale dell'arbitrato*, *cit.*, p. 323 e p. 327.

fronte di una domanda di condanna all'adempimento di un contratto, il convenuto, poi fallito, potrebbe aver domandato in via riconvenzionale di accertare la nullità (o di disporre l'annullamento) di quello stesso contratto. Ancora: rimasto inadempito un contratto preliminare di compravendita, il promissario acquirente potrebbe aver svolto una domanda costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, insieme a una di condanna alla consegna del bene, contro il promittente venditore, fallito lite pendente.

Ebbene, impregiudicata l'improcedibilità della domanda di condanna (che sarà conosciuta e decisa secondo il rito dell'accertamento del passivo) si tratta di capire se la stessa sorte spetti anche alla domanda pregiudiziale, ovvero se quest'ultima possa essere trattata e decisa nella sede processuale in cui era stata dedotta in origine.

Ai fini della risoluzione del quesito, non ha rilievo il modo con cui il cumulo di domande si sia realizzato: è irrilevante che esso si sia formato per esclusiva volontà dell'attore, ovvero per iniziativa del convenuto, che abbia replicato all'attore svolgendo una domanda riconvenzionale dal *petitum* incompatibile. Ciò che conta è il tipo di connessione particolarmente forte che lega le due domande (il nesso di pregiudizialità-dipendenza) che, di norma, esige una trattazione unitaria ovvero un coordinamento tra processi, là dove le due cause debbano essere separate<sup>26</sup>.

Il problema va inquadrato rammentando, anzitutto, alcune novità normative che hanno interessato sia la disciplina fallimentare che quella dell'arbitrato.

Quanto alla prima, va menzionata l'introduzione dell'art. 72, comma quinto, legge fall. per effetto del d.lgs. n. 5/2006. La disposizione, collocata tra le norme che disciplinano i rapporti giuridici pendenti, sancisce la piena opponibilità al curatore dell'azione di risoluzione del contratto, promossa nei confronti della parte inadempiente, prima che quest'ultima sia dichiarata fallita, e stabilisce testualmente che «se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V», ovvero formulare istanza di insinuazione al passivo.

---

<sup>26</sup> Lo precisa chiaramente M. MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, in *Giur. Comm.*, 2016, p. 146 ss.

Individuare l'esatto significato dell'art. 72, comma quinto, legge fall. assume ai nostri fini importanza decisiva, dal momento che la norma si applica anche quando il procedimento, nel quale la domanda di risoluzione è stata proposta, è radicato davanti ad arbitri<sup>27</sup>.

Cosa il legislatore abbia voluto stabilire con questa previsione non è affatto pacifico: la più parte degli interpreti ritiene che, grazie a essa, si sia espressamente attribuito al giudice delegato il potere di decidere sia la domanda di risoluzione contrattuale, sia quella di risarcimento dei danni subiti a cagione dell'inadempimento o del ritardato adempimento (e/o di restituzione della prestazione già eseguita)<sup>28</sup>.

Per contro, v'è chi afferma che solo la domanda con *petitum* condannatorio, proposta nei confronti del fallito, sia assoggettata al rito dell'accertamento del passivo, mentre quella pregiudiziale potrebbe es-

---

<sup>27</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 12.

<sup>28</sup> L. GUGLIELMUCCI, *Sub art. 72 legge fall.*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., pp. 1129-1130; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 340; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO (a cura di), *Il fallimento*, Padova, 2009, pp. 493-494; F. DI MARZIO, *Azione di risoluzione del contratto (e di risarcimento) e fallimento della parte inadempiente*, nota a Cass., 29 ottobre 2008, n. 25984, in *Il fall.*, 2009, p. 1179; M. MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, cit., p. 154 ss.; M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 285 e pp. 366-367; E. GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2014, pp. 165-166; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2017, pp. 188-189; E. STAUNOVO POLACCO, *Trasmigrazione dell'azione di risoluzione nella verifica del passivo*, nota a nota a Trib. Torino, 17 maggio 2014, in *Il fall.*, 2015, p. 351 ss. (sebbene il pensiero dell'A. sia in parte mutato in *Sul rapporto tra verifica del passivo e giudizi pendenti su domande pregiudiziali all'accertamento dei crediti*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), p. 1 ss.); A. TANGA, *La domanda di risoluzione del contratto tra cognizione ordinaria e accertamento del passivo*, nota a Trib. Torino, 17 maggio 2014, in *Dir. fall.*, 2015, II, p. 466 ss. In giurisprudenza, oltre al cit. Trib. Torino, Trib. Bari, 6 febbraio 2017, n. 641, in *Dejure*; Trib. S. Maria Capua Vetere, 6 maggio 2014, in *Il fall.*, 2014, p. 1236, con nota di M. COSTANZA, *Quale limite alla vis attractiva?*; Trib. Saluzzo, 24 maggio 2012 (s.m.), *ivi*, 2012, p. 1256; Trib. Udine, 16 marzo 2012 (s.m.), *ivi*, 2012, p. 1004.

sere trattata e decisa nella sede processuale in cui è stata proposta, previa riassunzione della lite nei confronti del curatore<sup>29</sup>.

Nella ricerca del significato da attribuire all'art. 72, comma quinto, legge fall., gli aspetti dei quali si deve tener conto sono, a nostro avviso, due.

Anzitutto, viene in gioco l'ampia portata sistematica comunemente attribuita a quella norma. È, infatti, largamente condivisa in dottrina l'idea che l'art. 72, comma quinto, legge fall. si applicherebbe ben al di là dell'ipotesi della risoluzione del contratto per inadempimento, cui la

---

<sup>29</sup> S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, cit., p. 437; B. MEOLI, S. SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in V. BUONOCORE, A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, II, Padova, 2010, p. 436 testo e nt. 86; D. PLENTEDA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in U. APICE (diretto da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, III, Torino, 2010, p. 818; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, p. 270; S. SANZO, *Fallimento e rapporti pendenti*, in ID., *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2008, p. 30 s.; S. RECCHIONI, *Sub art. 24 legge fall.*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, I, cit., p. 521; prospettano soltanto la questione D. VATTERMOLI, *Sub art. 72*, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la Riforma*, I, Torino, 2010, pp. 98-99 testo e nt. 25; G. GARGIULO, *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero per risoluzione contrattuale (e conseguente credito)*, nota a Cass. Sez. Un., 21 luglio 2015, n. 15200, in *Giur. it.*, 2015, p. 2454.

In giurisprudenza, già prima del d.lgs. n. 5/2006, Cass., 19 aprile 2011, n. 8972, in *Il fall.*, 2012, p. 125; Cass., 29 ottobre 2008, n. 25984, *ivi*, 2009, p. 1179 ss. con nota critica di F. DI MARZIO, *Azione di risoluzione del contratto (e di risarcimento danni) e fallimento della parte inadempiente*; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20350; Cass., 9 dicembre 1998, n. 12396; Cass., 25 luglio 1997, n. 6976; Coll. Arb., 25 febbraio 1998, cit. Dopo l'entrata in vigore dell'art. 72, comma quinto, legge fall., cfr. Trib. Salerno, 1 febbraio 2013, in *Il fall.*, 2013, p. 1391 ss. con nota di M. MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo dell'azione di risoluzione contrattuale pendente alla data del fallimento*; Trib. Verona, 28 ottobre 2013, in *Il fall.*, 2014, p. 440 con osservazioni critiche di M. MONTANARI; Trib. Milano, 24 agosto 2012, in [www.plurisonline.it](http://www.plurisonline.it); Trib. Verona, 17 aprile 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), con riguardo a un processo nel quale, prima della dichiarazione di fallimento di una parte, era stata domandata l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare *ex art. 2932 c.c.*; Trib. Asti, 17 gennaio 2009, in [www.plurisonline.it](http://www.plurisonline.it).

norma letteralmente si riferisce. Essa esprimerebbe un principio di carattere generale, che troverebbe applicazione in tutti i casi in cui nel giudizio pendente (anche davanti ad arbitri), al momento della dichiarazione di fallimento, sia stato proposto un cumulo di domande, nel quale quella dipendente sia destinata ad essere decisa in sede di verifica del passivo<sup>30</sup>.

In aggiunta, vanno considerate le modifiche che il d.lgs. n. 5/2006 ha apportato alla fase dell'accertamento dei crediti nel fallimento. Ai nostri fini rilevano, soprattutto, la soppressione di un grado di giudizio che ha condotto all'immediata ricorribilità in cassazione dei decreti pronunciati dal Tribunale a valle dell'opposizione allo stato passivo o dell'impugnazione dei crediti ammessi e l'efficacia solo endo-concorsuale dei provvedimenti resi in sede di accertamento del passivo (art. 96, ult. co., legge fall.).

Alla luce di questi elementi, si dovrà valutare se l'intero cumulo di domande debba essere necessariamente trattato e deciso in sede fallimentare ovvero se sia possibile scioglierlo; in questo secondo caso, si dovranno individuare idonei meccanismi di coordinamento tra processi,

---

<sup>30</sup> S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali*, cit., pp. 422-423, ove l'esatto rilievo secondo cui il principio sancito dalla norma varrebbe non solo per le pretese restitutorie di carattere pecuniario ma anche per le restituzioni di beni mobili o immobili, conseguenti alla caducazione del titolo negoziale; M. MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, cit., p. 154; E. STAUNOVO POLACCO, *Sul rapporto tra verifica del passivo e giudizi pendenti su domande pregiudiziali all'accertamento dei crediti*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), p. 12; S. SANZO, *Fallimento e rapporti pendenti*, cit., p. 31; G. DI MARZIO, *Impugnativa contrattuale e fallimento del contraente convenuto*, nota a Trib. S.M. Capua Vetere, 6 maggio 2014, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), ult. par. *Contra*, M. COSTANZA, *Quale limite alla vis attrattiva?*, nota al cit. Trib. S.M. Capua Vetere, 9 maggio 2014, in *Il fall.*, 2015, p. 223, secondo la quale «le differenze sostanziali e funzionali tra le diverse azioni previste dalla legge in ordine alla invalidità e alla inefficacia del contratto richiedono che ci si astenga dal proporre soluzioni interpretative generalizzanti ricavate da norme specifiche e speciali quali gli artt. 72 e 52 legge fall.». In termini dubitativi anche A. SCALA, *Prime impressioni sulla nuova disciplina dei rapporti tra dichiarazione di fallimento e giudizi pendenti*, in *Il fall.*, 2007, p. 497, secondo cui il precetto dell'art. 72, comma quinto, legge fall. non potrebbe estendersi a tutte le domande dirette a ottenere una pronuncia costitutiva sul diritto pregiudiziale rispetto a quello da accertarsi secondo il rito della verifica passivo.

ricavati dal diritto processuale civile (continenza *ex art. 40 c.p.c.* ovvero sospensione per pregiudizialità-dipendenza, *ex art. 295 c.p.c.*) o dal diritto fallimentare (come l'ammissione al passivo del credito con riserva, *ex art. 96*, comma secondo, legge fall., ove si sia disposti ad ammettere che le fattispecie contemplate dalla norma siano suscettibili di interpretazione estensiva).

Ebbene, il fatto che il giudizio penda davanti ad arbitri (e non di fronte a un giudice statale) risulta circostanza del tutto indifferente solo qualora si opti per la prima soluzione, ovvero si ritenga che entrambe le domande debbano essere conosciute e decise in sede concorsuale. In questo caso, attesa la necessità di dichiarare l'improcedibilità dell'intero giudizio, poco importerà se, in luogo di una sentenza da parte del giudice togato, sarà pronunciato un lodo di rito.

Al contrario, una riflessione *ad hoc* sull'arbitrato si rivela necessaria se si ritiene che il processo sulla domanda pregiudiziale possa proseguire in sede extra-fallimentare. Se si muove da questa prospettiva, dopo aver individuato se, quando e come coordinare il giudizio in corso dinanzi a un giudice togato con quello di verifica del passivo, ci si dovrà domandare se soluzioni analoghe possano operare anche in pendenza del procedimento arbitrale. L'interrogativo formulato si spiega alla luce dell'*art. 819-ter c.p.c.*, che esclude testualmente l'applicazione degli *artt. 40-295 c.p.c.* nei rapporti tra arbitrato e fallimento, precludendo, almeno apparentemente la possibilità di un coordinamento tra i due giudizi, qualora quello su questione pregiudiziale penda davanti ad arbitri<sup>31</sup>.

Ad ogni buon conto, giova precisare che il problema di applicare, nel contesto che ci occupa, l'*art. 819-ter c.p.c.* presuppone che la lite sia arbitrabile e concerne semmai la definizione del suo rapporto con quella pendente in sede fallimentare.

---

<sup>31</sup> V. Sez. II, par. 10.

4. Segue: *b) giudizi arbitrali aventi ad oggetto un diritto del fallito verso un terzo*

Nel paragrafo che precede, si sono delineate le ragioni che possono rendere problematica l'interazione tra arbitrato e fallimento quando la controversia abbia per oggetto un diritto che un terzo fa valere verso il fallito.

Si tratta ora, in un certo senso, di ribaltare la prospettiva, perché va verificato se si pongano problemi di arbitrabilità quando l'oggetto della controversia sia costituito da un diritto che il curatore rinviene nel patrimonio del fallito e che vuol far valere nei confronti del terzo, al fine di implementare la massa attiva.

Si può pensare a un contratto di compravendita o di comodato, dal quale sia sorto a favore del fallito il diritto al pagamento del corrispettivo per il bene venduto, o quello alla restituzione del cespite consegnato alla controparte e nel quale sia contenuta una clausola compromissoria: non è chiaro se e quando essa vincoli il curatore.

L'incertezza che si manifesta non ha nulla a che vedere con la necessità di assoggettare quella lite a un determinato rito: qui, non v'è alcun concorso formale tra creditori concorsuali da garantire o rispettare. Nelle fattispecie cui ci riferiremo d'ora in avanti, ciò che risulta controverso è l'opponibilità alla curatela del patto compromissorio che il fallito aveva concluso quando ancora *in bonis*, ovvero la perseguibilità del procedimento arbitrale già in corso, nel contraddittorio con l'amministrazione fallimentare.

Nel caso delle c.d. liti attive, la possibilità che l'arbitrato possa iniziare o proseguire in costanza di fallimento dipende, anzitutto, da ciò con cui si identifica la situazione giuridica che il curatore fa valere contro il terzo. Va, infatti, chiarito se l'amministrazione fallimentare deduce in giudizio lo stesso diritto ovvero un diritto diverso da quello che il fallito vanta nei confronti della controparte. E, così, per esemplificare: il curatore che voglia ottenere il pagamento dei canoni di *leasing* non



corrisposti dal terzo al fallito, quale diritto fa valere in giudizio nei confronti dell'utilizzatore<sup>32</sup>?

Secondo una prima ricostruzione, accolta da un'autorevole dottrina, il curatore, quando agisce in giudizio per ricomporre la massa attiva, esercitando un'azione che rinviene nel patrimonio del fallito, non farebbe valere il diritto di quest'ultimo contro il terzo. L'oggetto del processo sarebbe rappresentato da una situazione autonoma (la pretesa c.d. espropriativa) ossia dal diritto della procedura di esigere dal terzo la prestazione, rispetto al quale l'originario diritto del fallito si atteggierebbe a mera questione pregiudiziale<sup>33</sup>.

L'adesione a questa lettura ha un'immediata ricaduta applicativa rispetto alla questione di cui ci stiamo occupando, perché riduce di molto i casi nei quali la procedura fallimentare è vincolata al patto arbitrale concluso dal fallito quando *in bonis*.

Se, infatti, si esclude che il curatore, quando esercita un'azione rinvenuta nel patrimonio fallimentare, deduca contro il terzo lo stesso diritto di cui è titolare il fallito, si deve altresì negare che la procedura sia vincolata alla scelta compiuta *illo tempore* a favore dell'arbitrato: la clausola compromissoria non sarebbe opponibile al curatore, né costui sarebbe costretto ad assumere il ruolo di parte, rivestito dal fallito nell'eventuale giudizio arbitrale pendente, né potrebbe vedersi opporre il lodo che gli arbitri, in sua assenza, abbiano pronunciato<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> L'esempio è tratto da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 9-10.

<sup>33</sup> E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, Milano, 1998, p. 196; ID., *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, in *Giur. Comm.*, 1986, I, p. 1021 ss.; A. CASTAGNOLA, *Le rivendiche mobiliari nel fallimento*, Milano, 1996, p. 114; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 72; ID., *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, nota a Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, in *Il fall.*, 2004, p. 530; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, nota a Trib. Napoli, sez. impresa, 25 novembre 2014, in *Le società*, 2016, pp. 92-93.

<sup>34</sup> Resta ovviamente impregiudicata la facoltà per il curatore, debitamente autorizzato, di concludere un compromesso che abbia ad oggetto quella pretesa, come prevede l'art. 35 legge fall. S. VINCRE, *Opponibilità ed efficacia*, loc. cit. Va aggiunto peraltro che, muovendo dalle premesse accolte da questa tesi, il curatore – pur rimanendo terzo rispetto al lodo pronunciato – rischia di subirne l'efficacia riflessa, in quanto titolare di

Il mutato quadro normativo offre l'occasione per una rinnovata riflessione in argomento.

La lettura congiunta degli artt. 43-118 legge fall. induce a chiedersi se si possa ancor oggi affermare che il curatore eserciti un diritto diverso, sia pur dipendente, da quello del fallito quando voglia recuperare un bene o un diritto a favore della massa o se non si possa ritenere che l'amministrazione fallimentare deduca in giudizio lo stesso diritto del fallito.

L'art. 43 legge fall., dopo aver ribadito al primo comma che a seguito della dichiarazione di fallimento il curatore sta in giudizio nelle liti anche in corso che riguardano beni che ricadono nel patrimonio del fallito, precisa, al terzo comma, che l'apertura del concorso comporta l'interruzione dei giudizi pendenti<sup>35</sup>.

Ebbene, il fatto che la legge faccia espresso riferimento all'interruzione del processo, che è evento legato al venir meno della capacità processuale delle parti, rende difficile sostenere che il fallito, una volta dichiarato tale, non perda la propria *legitimatio ad processum*<sup>36</sup>. Se, pertanto, il processo pendente non può continuare nei suoi confronti, viene fatto di chiedersi come quel giudizio – riassunto dal (o nei confronti del) curatore – possa proseguire su un diritto diverso da quello fatto valere in origine dal fallito (quello sopra definito come pretesa espropriativa della massa)<sup>37</sup>.

una pretesa, diversa sì da quella che appartiene al fallito, ma che ne presuppone comunque l'esistenza (ID., *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 114-115).

<sup>35</sup> È pacifico che si tratti di una interruzione automatica, che non esige l'assolvimento di alcun onere di formale informazione del giudice. *Ex multis*, F. MARELLI, Sub art. 43 legge fall., in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., p. 713 ss.; in giurisprudenza, Cass., 7 marzo 2013, n. 5650.

<sup>36</sup> Come invece ritengono G. CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, p. 106; G. PELLEGRINO, *L'insinuazione al passivo. La domanda di ammissione al passivo*, in U. APICE (diretto da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali. La procedura fallimentare*, II, Torino, 2010, p. 115.

<sup>37</sup> V. sin d'ora le riflessioni di M. MONTANARI, *La sopravvenienza del fallimento in corso di causa tra riforma e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, nota a Cass., 22 maggio 2007, n. 11858, in *Il fall.*, 2008, p. 307 ss. spec. p. 311, nonché ID., *Fallimento e*

Un'analoga osservazione sorge spontanea leggendo l'art. 118 legge fall., secondo cui la chiusura della procedura fallimentare non è impedita dalla pendenza dei giudizi rispetto ai quali il curatore mantiene la legittimazione, conferitagli dall'art. 43 legge fall. anche nei successivi gradi del processo. Anche in questo caso, viene fatto di domandarsi quale sia il diritto che il fallito, tornato *in bonis*, farebbe valere in quel giudizio, qualora decidesse di assumere la lite in luogo del curatore.

Ci sembra maggiormente in linea con il dato normativo attuale la ricostruzione, già autorevolmente avanzata in passato, secondo cui il curatore eserciterebbe in veste di sostituto processuale lo stesso diritto che faceva capo al fallito<sup>38</sup>. Il primo rimarrebbe titolare di una posizione giuridica autonoma ma dedurrebbe nei confronti del terzo il diritto di cui è e rimane titolare l'imprenditore spossessato. Solo se si assume questa prospettiva, ci si può chiedere se il patto arbitrale che vincolava il fallito sia opponibile all'organo concorsuale. Qualora lo si ritenga possibile, l'identità della situazione giuridica imporrà di ripristinare il contraddittorio con il curatore, per consentire la prosecuzione del giudizio arbitrale ove esso fosse già pendente.

Per completezza, conviene sin d'ora precisare che le problematiche sin qui evidenziate – in relazione alla posizione rivestita dal curatore, quando esercita un'azione che rinviene nel patrimonio del fallito – non si pongono quando l'amministrazione fallimentare voglia far valere contro il terzo un diritto nascente un contratto, ancora pendente ai sensi dell'art. 72 legge fall. e nel quale essa sia subentrata.

In queste ipotesi, la curatela, proprio perché occupa la stessa posizione contrattuale prima rivestita dal fallito, resta vincolata alla clausola compromissoria contenuta in quel negozio (o al compromesso concluso

---

*azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2015, I, pp. 97-98.

<sup>38</sup> E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, spec. pp. 192-198, cui adde A. DE MARTINI, *La posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e ai creditori*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 115; ID., *Legittimazione processuale del fallito*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, XXVI, p. 389.

dal fallito). Come vedremo, il curatore, in questi casi, sarà tenuto a dare impulso all'arbitrato o a proseguirlo se il giudizio già pende<sup>39</sup>.

Al riguardo, è significativo evidenziare che chi respinge questa conclusione invoca argomentazioni che non hanno nulla a che vedere con l'identità o meno della pretesa contrattuale che spetterebbe al fallito e che l'amministrazione fallimentare farebbe valere in giudizio. Quelle obiezioni, come vedremo, concernono piuttosto la possibilità per il curatore di scegliere se subentrare nel contratto e sciogliersi contestualmente dall'accordo arbitrale, nel quale appunto si intravede un autonomo negozio giuridico pendente, ai sensi dell'art. 72 legge fall.<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Meno condivisibile (ma la questione può essere qui solo accennata) è l'argomento *a contrario* che si ricava da questa affermazione (e dalla stessa lettura dell'art. 83-*bis* legge fall.). Vale a dire: se il curatore si scioglie dal contratto allora viene meno anche la clausola compromissoria che in quel contratto è contenuta. Oltre Cap. II, par. 7.

<sup>40</sup> Su questi aspetti, v. oltre Cap. II, par. 4.

SEZIONE SECONDA  
FALLIMENTO E LITI C.D. PASSIVE GIÀ PENDENTI  
IN ARBITRATO: LA PERSISTENTE ARBITRABILITÀ  
DI DIRITTI PREGIUDIZIALI RISPETTO A PRETESE  
SOGGETTE AL RITO DELLA VERIFICA DEL PASSIVO

*SOMMARIO: 5. Cumulo di domande connesse per pregiudizialità-dipendenza e sopravvenuto fallimento di una delle parti: il principio ricavabile dall'art. 72, comma quinto, legge fall. 6. La tesi che prospetta l'improcedibilità dell'intero giudizio pendente e la sua riassunzione in sede fallimentare. 7. Segue: le ragioni per cui deve ritenersi possibile la separazione del cumulo. 8. La tesi che considera improcedibile solo la domanda restitutoria o risarcitoria, per effetto della sua attrazione al rito dell'accertamento del passivo. La sospensione per pregiudizialità-dipendenza ex art. 295 c.p.c., quale mezzo per garantire un coordinamento decisivo tra la verifica del passivo e il processo extra-fallimentare. 9. Segue: l'alternativa a una (eventualmente) ritenuta inoperatività dell'art. 295 c.p.c.: l'applicazione estensiva dell'art. 96, comma secondo, n. 1 legge fall. e così l'ammissione al passivo con riserva del credito restitutorio/risarcitorio. 10. Il vaglio delle diverse soluzioni prospettate quando il giudizio, in cui è proposto il cumulo di domande, penda davanti ad arbitri.*

*5. Cumulo di domande connesse per pregiudizialità-dipendenza e sopravvenuto fallimento di una delle parti: il principio ricavabile dall'art. 72, comma quinto, legge fall.*

Le considerazioni che precedono hanno permesso di delineare gli ambiti rispetto ai quali l'interazione tra arbitrato e fallimento risulta ancora controversa.

Tratteremo anzitutto della sorte di un giudizio arbitrale, instaurato prima della dichiarazione di fallimento di una parte, nel quale siano state cumulate una domanda di condanna verso il fallito e una, pregiudiziale alla prima (non importa da chi proposta), avente ad oggetto il titolo contrattuale (sul quale si fonda la prima) e del quale sia chiesta la caducazione, per vizio genetico o funzionale del negozio.

Abbiamo già fatto cenno alla varietà dei casi che si possono prospettare: si può pensare a una domanda di nullità, annullamento, rescissione

del contratto proposta insieme a quella consequenziale di condanna alla restituzione della prestazione già eseguita e/o al risarcimento danni provocati; oppure si può immaginare una domanda costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, cui si cumuli la domanda di rilascio del bene promesso in vendita ovvero quella di condanna al pagamento del prezzo residuo, insieme a quella di risarcimento danni da inadempimento<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> L'ipotesi in cui a una domanda di esecuzione in forma specifica del preliminare *ex art. 2932 c.c.* ne sia cumulata una di condanna alla consegna del bene (o al pagamento del prezzo residuo, se chi ha proposto il cumulo sia il promittente venditore) richiede qualche precisazione.

Non v'è dubbio che la domanda costitutiva, se trascritta prima della dichiarazione di fallimento della parte contro cui è proposta, sarà opponibile al curatore, *ex art. 45 legge fall.*: il che significa che quel giudizio potrà proseguire nel contraddittorio con il curatore, una volta che il processo sia stato riassunto nei suoi confronti (per un lontano precedente, Cass., 13 maggio 1982, n. 3003, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2697).

Tuttavia, non va dimenticato che il contratto preliminare, di cui si invoca in giudizio l'attuazione, non ha quasi mai esaurito i propri effetti alla data della dichiarazione di fallimento. Così, per riprendere le parole di una autorevole dottrina, «ci si viene spesso a trovar dinanzi a una vicenda preordinata sì a effetti traslativi, ma *in itinere*; così restando aperta al curatore la via del ricorso al disposto dell'art. 72, comma 4° l.f., esercitando il potere di scioglimento a lui da detta noma accordato. Potere di scioglimento che nel giudizio pendente andrà ad assumere il connotato dell'eccezione che, se fatta valere, comporterà (non l'inammissibilità o l'improcedibilità, bensì) l'infondatezza dell'altrui domanda». In questi termini V. COLESANTI, *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una «svolta» nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 334. Il principio ricordato da Colesanti era condiviso a maggioranza dagli interpreti (ed era stato espresso dalle Sez. Un., 14 aprile 1999, n. 239, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 678, con nota di Alessandro DI MAJO, *Preliminare di vendita di immobile indiviso e fallimento di uno dei venditori* e in *Il fall.*, 1999, p. 1247 con nota di A. PATTI, *Fallimento del proprietario promittente venditore e scioglimento dal preliminare*).

Da questa conclusione – alla quale si sottraggono solo i casi dei contratti preliminari relativi a immobili a uso abitativo che siano stati trascritti *ex art. 2645-bis c.c.* e rispetto ai quali il curatore è privo della possibilità di scegliere se subentrare o meno (art. 72, comma ottavo, legge fall.) – avevano preso le distanze le Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3038, con osservazioni critiche di M. FABIANI e in *Il fall.*, 2005, p. 755 con nota di G. BETTAZZI, *In tema di scioglimento del curatore dal preliminare di vendita*. In quell'occasione, il Supremo Collegio aveva ritenuto che il potere del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare conoscesse un limite anche nella trascrizione della domanda costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, che fosse stata disposta prima della dichiarazione di fallimento della parte, in tal modo allineandosi alle conclu-

Giova ribadire che il profilo problematico non è tanto rappresentato dal destino delle domande arbitrali proposte contro il fallito e con un *petitum* di condanna (all'adempimento del credito, alla restituzione della prestazione già eseguita o al risarcimento dei danni patiti dal ritardato adempimento o dall'inadempimento). È certo che esse debbano dichia-

---

sioni cui da tempo autorevole dottrina era pervenuta (V. COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972, spec. p. 237 ss.). Quel principio di diritto non ha peraltro conosciuto adesione nella successiva giurisprudenza (Cass., 18 aprile 2014, n. 9076; Cass., 24 luglio 2009, n. 17405; Cass., 7 gennaio 2008, n. 33; Cass., 13 gennaio 2006, n. 542; Cass., 22 dicembre 2005, n. 28479; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20451; in senso adesivo invece Cass., 23 giugno 2010, n. 15218, in *Il fall.*, 2010, p. 1248 con nota critica di M. MONTANARI, *Fallimento del promittente venditore e ragionevole durata del processo*) tanto da determinare un contrasto giurisprudenziale che Cass. Sez. Un., 16 settembre 2015, n. 18131 ha tentato di ricomporre (v. pubblicata in *Il fall.*, 2015, p. 1284 ss. con note di G. BALESTRA, *Trascrizione della domanda e potere del curatore fallimentare: luci (e qualche ombra) nella decisione delle Sezioni Unite*, e I. PAGNI, *Lo scioglimento del contratto preliminare ad opera del curatore dopo le Sezioni Unite*; in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1693 con nota di G. BATTAGLIA, *Contratto preliminare di compravendita e fallimento del promittente venditore*, e in *Giur. it.*, 2015, p. 2576 ss. con nota di Adolfo DI MAJO, *Contratto preliminare concluso da imprenditore fallito. La tutela del promissario acquirente da soggetto fallito e la pubblicità immobiliare*). Nel dirimere il contrasto, la Cassazione ha attribuito un ruolo centrale all'effetto prenotativo della trascrizione della domanda giudiziale poiché – pur riconoscendo al curatore la facoltà, concessagli dall'art. 72 legge fall., di sciogliersi dal contratto preliminare che non sia ancora stato integralmente adempiuto al momento della dichiarazione di fallimento – ha ritenuto che lo scioglimento dal contratto sia senza effetti nei confronti del contraente *in bonis* se la domanda proposta da quest'ultimo *ex art. 2932 c.c.* sia stata trascritta prima dell'apertura della procedura e poi accolta con sentenza, anch'essa debitamente trascritta. Gli effetti traslativi della pronuncia retroagirebbero, insomma, a un momento anteriore al fallimento e, pertanto, non potrebbero dirsi pregiudicati dal diritto esercitato dal curatore.

Il problema della sorte della domanda *ex art. 2932 c.c.*, proposta dal promissario acquirente *in bonis*, insieme a quella consequenziale di condanna al rilascio dell'immobile, oppure dal promittente venditore, in uno con la condanna al pagamento del prezzo residuo, può porsi pertanto, nei termini formulati nel testo, solo se la domanda costitutiva sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento. Per completezza, giova infine precisare che il principio di diritto espresso dalle citate Sez. un. 16 settembre 2015, n. 18131 non ha conosciuto smentita dalle Sezioni semplici, che si sono successivamente pronunciate (Cass., 5 settembre 2016, n. 17627; Cass., 27 marzo 2017, n. 7778; Cass., 31 luglio 2017, n. 19010).

rarsi improcedibili: va, semmai, chiarito quali oneri quell'improcedibilità comporta in capo agli arbitri e quali adempimenti incombono sulla parte, che voglia insinuare la propria pretesa nel passivo fallimentare<sup>42</sup>.

Piuttosto, nei casi sopra descritti, ad essere controverso è il destino della domanda pregiudiziale, non essendo affatto certo che anch'essa, come quella dipendente, sia attratta al rito fallimentare dell'accertamento dei crediti.

Si è affermato poco sopra che la questione, da sempre nota agli interpreti, è stata rinverdata dal d.lgs. n. 5/2006, per effetto del neo-introdotta art. 72, comma quinto, legge fall. Conviene, pertanto, muovere dalla esegesi di questa norma, per individuare, anzitutto, quali soluzioni siano state prospettate con riguardo ai giudizi statali e per appurare, poi, se esse siano accoglibili quando vi sia litispendenza arbitrale.

Da un punto di vista processuale, l'art. 72, comma quinto, legge fall. sancisce espressamente due principi, nessuno dei quali, peraltro, può considerarsi una novità<sup>43</sup>: da un lato, si afferma che la pendenza di un giudizio di risoluzione del contratto, promosso contro il fallito prima che fosse dichiarato tale, non è priva di effetto nei confronti del curatore. Dall'altro lato, si prevede che la domanda di restituzione o quella di condanna al risarcimento dei danni, conseguenti alla risoluzione del contratto e proposte in sede ordinaria, devono essere conosciute e decise dal giudice delegato, in sede di verifica del passivo.

---

<sup>42</sup> Su questi aspetti, v. oltre Cap. III, par. 2.

<sup>43</sup> Sulla portata solo ricognitiva da assegnare all'art. 72, comma quinto, legge fall., si v. L. GUGLIELMUCCI, *Sub art. 72*, in A. JORIO, M. FABIANI (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., 1129; S. SANZO, *Fallimento e rapporti pendenti*, cit., p. 31; E. STAUNOVO POLACCO, *Sul rapporto tra verifica del passivo e giudizi pendenti*, cit., p. 3.

Già prima dell'introduzione dell'art. 72, quinto comma, la dottrina concludeva nel senso espresso dalla previsione, valorizzando il principio di retroattività degli effetti del giudicato al momento della proposizione della domanda: così, F. FERRARA jr. (e A. BORGIOI), *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 376, n. 1; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 1195; F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, II.1, Torino, 1997, p. 134; A. JORIO, *Le crisi di impresa. Il fallimento*, cit., pp. 499-500. In giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass., 24 maggio 2005, n. 10927; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2261, in *Giur. it.*, 2004, p. 1678; Cass., 9 dicembre 1998, n. 12396; Cass., 25 luglio 1997, n. 6976.



Ebbene, secondo un'opinione largamente condivisa in dottrina, la norma avrebbe recepito gli esiti di un consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi prima della riforma del 2006. Anche in precedenza, infatti, sebbene si escludesse che il contraente *in bonis* potesse proporre domanda di risoluzione del contratto dopo la dichiarazione di fallimento della controparte<sup>44</sup>, si riconosceva l'opponibilità al curatore della azione di risoluzione contrattuale già pendente prima della dichiarazione di fallimento (purché la relativa domanda fosse stata preventivamente trascritta, ove necessario)<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> La regola dell'improponibilità nei confronti del curatore della azione di risoluzione del contratto per inadempimento del fallito trovava giustificazione nella necessità di rispettare il principio di intangibilità della massa attiva fallimentare. È, infatti, evidente che dalla risoluzione scaturiscano a favore del contraente *in bonis* pretese risarcitorie e restitutorie che a rigore sorgono dopo la dichiarazione di fallimento. È, invece, da escludersi che il fallimento del contraente possa considerarsi causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione tanto da legittimare la risoluzione contrattuale (in arg. diffusamente, G. ZANARONE, *La risoluzione del contratto*, cit., p. 65 ss. S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Milano, 1996, p. 288).

<sup>45</sup> Ed è forse questo il significato da attribuire a quell'inciso che si legge nell'art. 72, comma quinto, legge fall., secondo cui la domanda di risoluzione del contratto spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, *fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda* (enfasi aggiunta). Per una osservazione sull'imprecisa formulazione della norma, anche R. RIEDI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI (a cura di), *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2010, p. 204.

Il riferimento alla previa trascrizione della domanda giudiziale, che si ritrova nel testo della norma, merita invero qualche puntualizzazione: quel richiamo, infatti, non va inteso nel senso che l'art. 72, comma quinto, legge fall. si applichi soltanto in relazione a giudizi introdotti da domande suscettibili di trascrizione *ex art. 2652-2653 c.c.*; il principio dell'opponibilità alla massa delle domande di risoluzione del contratto opera anche quando non vi sia necessità di trascrizione, essendo sufficiente, in questo caso, che l'atto introduttivo del giudizio sia stato depositato in cancelleria o notificato alla parte (a seconda delle ipotesi) prima della dichiarazione di fallimento. Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pp. 462-463; A. DIMUNDO, *Sub art. 72*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, p. 808 ss.; S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, cit., p. 424. In giurisprudenza, per una recente affermazione del principio secondo cui il riferimento alla trascrizione della domanda giudiziale, contenuto nell'art. 72, comma quinto, legge fall., sarebbe espressione del più generale principio previsto dall'art. 45 legge fall. secondo cui sono inopponibili alla

L'art. 72, comma quinto, legge fall. si limita a stabilire questi principi, senza peraltro chiarire in quale sede processuale debba essere decisa la domanda di risoluzione del contratto.

La questione è cruciale perché, qualsiasi sia la soluzione che si intenda dare alla questione, essa troverà applicazione non soltanto nel caso in cui sia pendente un giudizio di risoluzione del contratto per inadempimento, cui l'art. 72, comma quinto, legge fall. testualmente si riferisce, ma in tutte quelle ipotesi in cui, al momento della dichiarazione di fallimento, pendano un cumulo di domande connesse per pregiudizialità-dipendenza<sup>46</sup>.

Ritenere, come a noi pare più corretto, che la domanda pregiudiziale possa essere trattata e decisa dal giudice (statale o privato) davanti al quale è stata proposta, comporta l'insorgere di un duplice ordine di problemi<sup>47</sup>.

La ricostruzione prescelta condurrà alla separazione delle domande, allo svolgimento distinto di due processi e, in astratto, a un possibile contrasto di decisioni, talora suscettibile di dar luogo a un conflitto semi-pratico tra pronunce. Così starebbero le cose se giudice delegato potesse negare l'ammissione al passivo del credito, sul presupposto che non sussista il fatto costitutivo, oggetto della domanda pregiudiziale, mentre il giudice chiamato, in altra sede, a decidere di quest'ultima la riconosca fondata e l'accolga.

Si tratta di un'eventualità non auspicabile, suscettibile in astratto di verificarsi ma in ogni caso tollerata dal nostro sistema<sup>48</sup>. È questa una

massa tutti gli atti le cui formalità non siano state eseguite prima dell'apertura del fallimento, Cass., 25 settembre 2017, n. 22280. Prima dell'introduzione dell'art. 72, quinto comma, legge fall. ritenevano che le sole domande giudiziali trascrivibili e trascritte prima della dichiarazione di fallimento potevano – là dove accolte – dar luogo a pronunce opponibili alla massa, A. CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova, 1975, pp. 198-199; G. ZANARONE, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, Milano, 1970, p. 338 ss. spec. p. 345.

<sup>46</sup> V. retro, par. 3, testo nt. 30.

<sup>47</sup> Giungono a questa conclusione anche B. MEOLI, S. SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., p. 436, nt. 86.

<sup>48</sup> A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 497; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Tori-

conclusione che può estendersi anche all'ipotesi in cui il giudizio penda davanti ad arbitri: intervenuto il fallimento di uno dei paciscenti, gli arbitri potranno conoscere e decidere della sola domanda pregiudiziale rispetto a quella attratta al rito della verifica del passivo, previa riassunzione nei confronti del curatore, con il rischio che l'accertamento da essi compiuto sulla causa pregiudiziale strida con quanto conosciuto incidentalmente dal giudice delegato.

Il contrasto tra giudicati non è, peraltro, l'unico (né l'effettivo) inconveniente al quale si deve far fronte se si opta per lo scioglimento del cumulo di domande che è *sub iudice* al momento della dichiarazione di fallimento: il potenziale conflitto tra decisioni non costituisce il vero problema con cui misurarsi, né un'eventualità che deve per forza evitarsi, come dimostrano quelle numerose (e diversamente motivate) ricostruzioni c.d. restrittive della sospensione necessaria per pregiudizialità-dipendenza, che proprio quell'armonia tra decisioni potrebbe garantire<sup>49</sup>.

---

no, 2017, pp. 127-128, cui si rinvia anche per la nozione di conflitto semi-pratico di giudicati.

Ulteriori (e in parte diverse) riflessioni, come tosto si vedrà nel testo, richiede invece il caso della pregiudizialità di carattere c.d. costitutivo, per la quale non è consentita una *cognitio incidenter tantum*.

<sup>49</sup> Osservava F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 299) che la questione del contrasto teorico tra giudicati non giustifica certo la sospensione del processo «ché sarebbe come se per prevenire i raffreddori ci si ibernasse o, metodo ancora più sicuro, ci si suicidasse». Aggiunge poi G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 647 (nel richiamarsi al pensiero di Cipriani) che «mentre non sospendendo si corre il rischio, si badi bene solamente eventuale di avere due decisioni fra loro non compatibili da un punto di vista logico, avendo i due processi rapporti giuridici differenti, sia pure connessi, sospendendo si determina sicuramente e non solo eventualmente un danno che è rappresentato dalla paralisi dell'attività giurisdizionale». Ed è stata proprio la necessità di salvaguardare anche altri valori, come l'effettività della tutela giurisdizionale e la ragionevole durata del processo, che ha indotto la dottrina, in vario modo, a rileggere l'istituto dell'art. 295 c.p.c. in termini restrittivi. Il riferimento è alla tesi di F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile*, cit., p. 239 ss.; di A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, p. 417 ss.; di A. PROTO PISANI, *Pregiudizialità e ragionevole durata dei processi*, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1067; di G. VERDE, *Brevi considera-*

In realtà (e così trascorrendo al secondo ordine di problemi sopra menzionato), è altra l'esigenza che rende inevitabile, almeno in taluni casi, un coordinamento decisivo tra la pronuncia che sarà resa fuori dal fallimento e quella, emessa in sede concorsuale, su un diritto che dipende dalla prima.

Ed infatti, anche a voler consentire che solo la domanda di condanna proposta verso il fallito divenga improcedibile (perché attratta alla verifica del passivo), non è detto che il giudice delegato possa sempre limitarsi a conoscere *incidenter tantum* della situazione giuridica, dalla quale la pretesa insinuata al passivo dipende.

Questo sicuramente potrà accadere se il diritto al risarcimento o alla restituzione di quanto già eseguito dipenda, per esempio, dall'accertamento della nullità, della simulazione, o della risoluzione stragiudiziale del contratto (oggetto, appunto, di domande pregiudiziali). In questi casi, infatti, ai fini dell'accoglimento della pretesa insinuata il giudice delegato ben potrà limitarsi a conoscere *incidenter tantum* della questione pregiudiziale.

Una soluzione contraria, invece, va offerta a quei casi in cui il diritto insinuato nel fallimento abbia tra i suoi fatti costitutivi una questione pregiudiziale di tipo costitutivo (la fattispecie appunto prevista dall'art. 72 legge fall.): si pensi, pur sempre, al diritto al risarcimento dei danni o alla restituzione della prestazione già eseguita, che abbia però tra i suoi fatti costitutivi l'annullamento, la rescissione, la risoluzione di un negozio; potrebbe altresì trattarsi di un diritto che sorga per effetto di una pronuncia *stricto sensu* costitutiva, come la consegna del bene, per effetto dell'accoglimento della domanda *ex art. 2932 c.c.*<sup>50</sup>.

---

*zioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 178; di G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, p. 502; di S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile di cognizione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLIII, p. 32 ss.

<sup>50</sup> Come autorevolmente osservato, l'impossibilità di conoscere *incidenter tantum* di una questione pregiudiziale di siffatta natura dipende dalla circostanza che la domanda dipendente riguarda un diritto che non ha tra i suoi fatti costitutivi il potere di azione costitutiva ma «...si ricollega solo al risultato innovativo, attraverso il suo esito positivo, conseguito sul piano sostanziale, dunque a una fattispecie tuttora non perfezionata. Difetta così in quest'ordine di casi – che può, chiovendianamente, dirsi di dipendenza di cause per «successione cronologica» – una previa pregiudizialità fra situazioni giuri-

In tutte queste ipotesi, il giudice chiamato a decidere del diritto c.d. dipendente non potrebbe limitarsi a conoscere incidentalmente della questione pregiudiziale, perché essa esige la forza innovativa di un accertamento giudiziale per essere creata. Qualora il diritto dipendente e quello pregiudiziale costituissero contestualmente oggetto di due separati giudizi dei quali non sia possibile la riunione, ai sensi degli artt. 40 o 274 c.p.c., la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del giudizio relativo al diritto dipendente si prospetta inevitabile<sup>51</sup>.

Una siffatta eventualità dimostra, a maggior ragione, quanto sia cruciale interpretare correttamente l'art. 72, comma quinto, legge fall. Probabilmente, non è un caso che il legislatore si sia voluto riferire a un'ipotesi di pregiudizialità-dipendenza di carattere costitutivo, com'è quella che si verifica quando alla risoluzione del contratto per inadempimento si cumula la domanda di condanna al risarcimento dei danni.

---

diche soggettive sostanziali, entrambe già sorte, che possa riflettersi linearmente in una dipendenza fra le cause i cui effetti vengono giudizialmente dedotti»: così, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 290. Cfr. anche S. RECHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, p. 325 ss. nt. 89; A. CARRATTA, *Diritto e processo nelle azioni di restituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012 (suppl.), spec. pp. 103-104.

<sup>51</sup> In questi casi – lo si ribadisce – non si tratta certo di voler assegnare all'istituto dell'art. 295 c.p.c. il ruolo di norma coerenziatrice del sistema, capace di realizzare un'armonia decisoria tra giudizi che non può essere perseguita tramite la riunione per inderogabilità di competenze o diversità di riti. È la ricorrenza di una causa pregiudiziale di natura costitutiva che costringe a pensare alla sospensione per pregiudizialità: il giudice qui si troverebbe «nell'impossibilità giuridica di conoscere una questione pregiudiziale e di decidere della domanda: è chiaro infatti che se il giudice può, sia pure *incidenter tantum*, conoscere della questione e, quindi, giudicare, una sospensione necessaria per pregiudizialità si palesa priva di ogni giustificazione» (in questi termini, G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile*, cit., p. 502). Anzi, è significativo che una delle forse più restrittive letture dell'istituto di cui all'art. 295 c.p.c. abbia individuato nella fattispecie che qui ci riguarda l'ipotesi in cui la sospensione dovrebbe essere disposta: quella secondo cui la sospensione sarebbe necessaria solo se la causa pregiudiziale ha natura costitutiva ed il potere di azione costitutiva non può essere esercitato in forma di eccezione nel processo che ha per oggetto la causa dipendente (A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, cit., p. 417 ss.).

6. *La tesi che prospetta l'improcedibilità dell'intero giudizio pendente e la sua riassunzione in sede fallimentare*

È opinione che ha riscosso ampio consenso in dottrina e che ha registrato l'adesione di una parte della giurisprudenza di legittimità quella che individua nell'art. 72, comma quinto, legge fall. una norma che assoggetta al rito della verifica del passivo l'intero cumulo di domande pendente in sede extra-fallimentare<sup>52</sup>. Gli argomenti che si invocano a sostegno di questa conclusione sono più d'uno.

Anzitutto, si osserva come la disposizione si rivelerebbe del tutto inutile se con essa il legislatore avesse voluto sancire l'improcedibilità della sola domanda restitutoria o risarcitoria verso il fallimento e legittimare, invece, la prosecuzione, in sede ordinaria, della domanda pregiudiziale<sup>53</sup>. Se così fosse – si afferma – l'art. 72, comma quinto, legge fall. sarebbe norma del tutto pleonastica, atteso che già l'art. 52, comma secondo, legge fall. stabilisce, in via generale, che tutte le domande relative a pretese di carattere pecuniario da far valere nei confronti del fallito debbono sottostare al rito esclusivo dell'accertamento del passivo<sup>54</sup>.

Chi così ragiona ammette che la domanda di risoluzione del contratto proposta contro il fallito, quando ancora *in bonis*, possa essere conosciuta e decisa nel contraddittorio con il curatore, nella sede processuale in cui era stata proposta: questo, però, a condizione che la pretesa sia finalizzata a liberare la parte dagli obblighi contrattuali, e sempre che nel processo pendente non sia stata avanzata anche una eventuale domanda risarcitoria o restitutoria<sup>55</sup>. L'ipotesi non appare affatto peregrina

<sup>52</sup> V. Autori e giurisprudenza richiamati in nt. 28.

<sup>53</sup> Trib. Bari, 6 febbraio 2017, cit.; Trib. Torino, 17 maggio 2014, cit.

<sup>54</sup> Così, M. MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo*, cit., p. 1395 ss.; ma nello stesso senso anche E. GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, cit., p. 165; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 494.

<sup>55</sup> Così, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 12, secondo cui l'art. 72, comma quinto, legge fall. troverebbe applicazione solo se, insieme alla domanda di risoluzione o di nullità o annullamento del contratto, non sia stata proposta anche una domanda di condanna da parte del terzo contraente, posto che in questo caso l'intero cumulo dovrebbe traslare in sede fallimentare; nello stesso senso A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO (a cura

na: basta, infatti, l'accoglimento della domanda di risoluzione di un contratto, per inadempimento della controparte, per escutere un terzo che si era fatto garante dell'adempimento, o per liberare la parte *in bonis* da una garanzia, in conseguenza dell'inadempimento altrui<sup>56</sup>.

Oltre all'argomento di ordine letterale, la tesi che esclude la separazione del cumulo di domande (e l'attrazione alla verifica del passivo della sola domanda risarcitoria o restitutoria) valorizza massimamente proprio l'esistenza di un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra le domande pendenti in sede ordinaria<sup>57</sup>. È la qualificata connessione che le lega, unita al *favor* dell'ordinamento rispetto al *simultaneus processus*, che induce la ricostruzione qui in esame a considerare necessaria la conservazione del cumulo delle domande, in caso di sopravvenuto fallimento. La loro separazione, infatti, imporrebbe un coordinamento tra giudizi che, oltre ad apparire difficilmente praticabile, sarebbe contrario al principio costituzionale della ragionevole durata del processo, cui proprio la riforma organica della legge fallimentare si sarebbe ispirata nel modificare l'assetto normativo precedente.

Infatti, attesa la relazione di pregiudizialità-dipendenza tra diritti, il coordinamento decisorio tra i due processi potrebbe perseguirsi solo

di), *Il fallimento*, cit., p. 494, secondo cui qualora l'azione di risoluzione del contratto sia prodromica alla richiesta di restituzione o di risarcimento del danno (e quindi destinata a interferire con le aspettative degli altri creditori), la necessità di garantire il principio di esclusività del rito fallimentare avrebbe indotto il legislatore a inserire una norma dal tenore dell'art. 72, comma quinto, legge fall. Essa, pertanto, va interpretata nel senso di imporre il trasferimento dell'intero cumulo in sede concorsuale.

<sup>56</sup> Così, quasi letteralmente, E. STAUNOVO POLACCO, *Trasmigrazione dell'azione di risoluzione nella verifica del passivo*, cit., p. 351.

<sup>57</sup> Da questo punto di vista, ciò che conta è il fatto che l'oggetto di una domanda (quella pregiudiziale) sia elemento di cui si compone la fattispecie giuridica da cui scaturisce il diritto oggetto dell'altra domanda (quella c.d. dipendente), a tal fine potendo esser sufficiente che la prima costituisca anche un mero prodromo logico, se non il titolo in senso tecnico, della seconda. Così, quasi con queste parole, M. MONTANARI, *Verificazione del passivo e cause connesse*, cit., p. 161 testo e nt. 46, in replica a un'osservazione critica formulata da M. COSTANZA, *Quale limite alla vis attractiva?*, cit., p. 222, secondo la quale il principio che si ricava dall'art. 72, comma quinto, legge fall. non potrebbe estendersi a tutti i casi in cui si chieda, quale conseguenza dell'accoglimento di una domanda di invalidità di un contratto, la restituzione di quanto già prestatato o il risarcimento dei danni subiti.

attraverso la sospensione, *ex art. 295 c.p.c.*, del giudizio relativo alla pretesa restitutoria e/o risarcitoria e radicato presso il giudice delegato, sino al passaggio in giudicato della decisione, resa dal giudice ordinario, sulla domanda relativa alla validità del titolo contrattuale sul quale si fonda la pretesa insinuata al passivo.

Tuttavia, secondo l'ordine di idee che si esamina, la separazione dei giudizi (e la conseguente sospensione *ex art. 295 c.p.c.* di quello fallimentare) non pare affatto una soluzione facilmente praticabile: vi osterebbe, anzitutto, la natura sommaria della cognizione che caratterizza quanto meno la prima fase del procedimento di verifica, sì che la domanda di insinuazione al passivo del credito risarcitorio o restitutorio sarà fatalmente destinata al rigetto per mancata prova di uno dei fatti costitutivi sui quali essa si fonda<sup>58</sup>.

Vero è che il creditore escluso potrebbe proporre opposizione allo stato passivo *ex art. 98*, comma secondo, legge fall. e domandare la sospensione di quel grado di giudizio (esso sì destinato a svolgersi a cognizione piena) in attesa del passaggio in giudicato della decisione sulla domanda pregiudiziale. Tuttavia, nemmeno questa possibilità è parsa accoglibile<sup>59</sup>.

Per un verso, la soluzione è sembrata contraria al principio della ragionevole durata del processo: si costringerebbe, infatti, il creditore che si sia insinuato a impugnare il decreto di rigetto e attendere l'irretrattabilità della decisione extra-fallimentare sul titolo contrattuale, *causa petendi* della sua pretesa, perché sia decisa la sua opposizione *ex art. 98* legge fall. (senza aver potuto, nel frattempo, beneficiare di alcun tipo di accantonamento).

Per altro verso, si è osservato che la prosecuzione dell'originario giudizio davanti al giudice ordinario (sia pur limitatamente alla domanda pregiudiziale, e nel contraddittorio con il solo curatore) finirebbe per violare il principio del concorso formale, cui si informa la procedura fallimentare<sup>60</sup>. Precisamente, la facoltà degli altri creditori di disquisire

---

<sup>58</sup> M. MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo*, cit., p. 1391 ss.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> M. MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo*, cit., p. 1398; M. FABIANI, *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, in *Il fall.*, 1990, p. 900 s.; V. COLESANTI, *Giudizio arbitrale e sopravvenuto fallimento di una delle par-*



dell'ammissione al passivo del credito risarcitorio altrui, derivante dalla risoluzione del contratto per inadempimento, si ridurrebbe a ben poca cosa se costoro non potessero contraddire anche sulla gravità dell'inadempimento contrattuale del fallito (che, *in thesi*, sarebbe questione conosciuta e decisa in sede extra-fallimentare).

In forza di questi argomenti, si è ritenuto sussistere in capo al creditore l'onere di riassumere dinnanzi al giudice delegato sia la domanda di condanna (proposta nei confronti del fallito, quando *in bonis*) sia quella pregiudiziale, relativa al titolo sul quale quella pretesa creditoria si fonda.

Chiariremo più avanti le modalità di questa riassunzione, individuando anche quali provvedimenti il giudice togato – e gli arbitri – debbano assumere per dichiarare l'improcedibilità del giudizio<sup>61</sup>. Di questi aspetti ci occuperemo quando tratteremo dei meccanismi di coordinamento tra giudizio arbitrale e rito dell'accertamento del passivo. Peraltro, giova precisare che il problema dovrà essere affrontato quand'anche accogliessimo l'altra, e opposta, ricostruzione (che ora ci accingiamo a esaminare) favorevole alla prosecuzione, nella sede originaria, della domanda pregiudiziale e all'improcedibilità soltanto di quella dipendente, destinata a essere attratta al rito fallimentare.

### 7. Segue: le ragioni per cui deve ritenersi possibile la separazione del cumulo

L'orientamento che abbiamo descritto nel precedente paragrafo si fonda su argomenti di indubbio pregio: la concentrazione della cognizione delle domande innanzi al giudice delegato garantisce, certamente, una durata ragionevole del processo. In questo modo, infatti, si evita di attendere la decisione sulla domanda pregiudiziale da parte di un giudice diverso da quello fallimentare per decidere della domanda di ammissione al passivo, senza oltretutto porsi il problema di individuare un meccanismo di coordinamento tra processi. L'attrazione del cumulo di

---

*ti*, cit., p. 171; L. GUGLIELMUCCI, Sub *art. 72 legge fall.*, cit., p. 1130; C. CAVALLINI, Sub *art. 83-bis*, in ID. (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, I, cit., p. 592.

<sup>61</sup> Cap. III, par. 2.

domande in sede fallimentare, poi, ha il merito di valorizzare il principio del concorso formale, garantendo un contraddittorio incrociato tra creditori anche sulla domanda pregiudiziale.

Per quanto autorevolmente sostenuta e motivata, questa tesi non convince; essa sembra oltretutto porsi in contrasto con i principi cui si ispira la procedura fallimentare e con alcuni valori di portata costituzionale.

Anzitutto, estendere l'oggetto del giudizio di verifica del passivo (e della conseguente decisione) anche alla questione pregiudiziale rispetto al diritto fatto valere con la domanda di insinuazione finisce per attribuire al giudice delegato poteri decisorii che la legge non gli assegna. Nell'impianto dell'attuale legge fallimentare, non v'è nulla che lasci intendere che il giudice delegato – a fronte di una domanda di insinuazione al passivo per il corrispettivo derivante dal preliminare inadempito di un immobile – possa contestualmente costituire il diritto di proprietà in capo al fallito, legittimando così il curatore alla trascrizione del decreto<sup>62</sup>.

Inoltre, una siffatta soluzione pare contrastare con il dato normativo che limita espressamente l'efficacia delle pronunce emesse in seno al giudizio di verifica del passivo ai soli fini del concorso (art. 96, ult. comma, legge fall.)<sup>63</sup>.

È vero che, a questa obiezione, si è replicato che *alter* sono le decisioni emesse in sede di verifica del passivo e relative a pretese di carattere patrimoniale vantate nei confronti del fallito (alle quali, sole, si

---

<sup>62</sup> S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, cit., pp. 441-442; E. STAUNOVO POLACCO, *Sul rapporto tra verifica del passivo e giudizi pendenti su domande pregiudiziali all'accertamento dei crediti*, cit., p. 14, il quale, nel richiamarsi al caso in cui sia stata proposta domanda costitutiva del diritto di proprietà *ex art. 2932 c.c.*, in uno con quella di condanna alla consegna del bene contro un soggetto *medio tempore* dichiarato fallito, rammenta come il giudice delegato non possa pronunciare un decreto con cui trasferisca il diritto di proprietà in capo al promissario acquirente.

<sup>63</sup> S. MENCHINI, A. MOTTO, *ult. op. cit.*, p. 443, secondo i quali sarebbe oltretutto inconcepibile che il giudice delegato potesse conoscere *incidenter tantum* di una questione pregiudiziale costitutiva, solo in quanto funzionale all'accoglimento di una domanda di insinuazione al passivo, i cui effetti sarebbero comunque destinati a rimanere circoscritti alla procedura concorsuale.

referirebbe la norma appena richiamata) *alter* sono i provvedimenti pronunciati dal giudice delegato e relativi a diritti o rapporti giuridici pregiudiziali rispetto ai temi propri della verifica, i quali possono spiegare effetti anche al di fuori della procedura<sup>64</sup>.

Tuttavia, quel rilievo, pur autorevolmente formulato, non si mostra decisivo: appare, infatti, piuttosto singolare che il giudice delegato possa pronunciarsi con effetti circoscritti alla sola procedura fallimentare su temi che egli solo può conoscere, mentre possa decidere con l'efficacia propria della cosa giudicata su diritti o rapporti giuridici rispetto ai quali quello stesso giudice non è chiamato istituzionalmente a pronunciarsi, all'esito oltretutto di un giudizio dall'istruttoria semplificata e senza che vi sia piena coincidenza tra la controparte processuale e la controparte del rapporto giuridico dedotto in lite<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Ed è quanto sostenuto da M. MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, cit., p. 157, secondo il quale «nello stabilire che la decisione con cui il giudice fallimentare statuisce su quella domanda è idonea a produrre effetti «soltanto ai fini del concorso», il legislatore si sarebbe limitato a offrire soluzione a quel problema, relativo, si ribadisce, al modo di conformare l'oggetto tipico del procedimento di verifica, senza che nulla se ne possa arguire circa la possibilità, in determinate circostanze, di estendere quell'oggetto o, meglio, di affiancargli temi decisori ulteriori né, in caso di risposta affermativa, in ordine al raggio di espansione degli effetti promananti dalle decisioni rese al riguardo».

<sup>65</sup> Cfr. anche E. STAUNOVO POLACCO, *Sul rapporto tra verifica del passivo e giudizi pendenti su domande pregiudiziali all'accertamento dei crediti*, cit., pp. 13-14; S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 442. Esclude, sia pur in un *obiter dictum*, che la domanda diretta all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto rientri tra le domande che possono essere proposte ex art. 92 ss. legge fall., anche Cass., 10 aprile 2015, n. 7297.

Inoltre, se è vero che, di regola, la domanda di impugnativa contrattuale è proposta perché strumentale all'accoglimento della pretesa restitutoria o risarcitoria verso il fallito, non può escludersi *a priori* che la parte, nel proporre quella domanda, possa avere interesse a veder riconosciuta quella modifica giuridica con effetti che trascendono la procedura di fallimento e la pretesa restitutoria/risarcitoria fatta valere in quel contesto (così anche E. STAUNOVO POLACCO, *Trasmigrazione dell'azione di risoluzione nella verifica del passivo*, cit., p. 351 che si richiama all'ipotesi in cui sia stata proposta una domanda volta alla risoluzione contrattuale in funzione dell'escussione di una garanzia di terzi o della liberazione della parte *in bonis* da una garanzia in conseguenza dell'altrui inadempimento). Oltretutto, assecondare la tesi che nel testo si esamina, secondo cui l'azione di risoluzione del contratto dovrebbe attrarsi al rito della verifica del passivo,

D'altro canto, rimane pur sempre, *de iure condito*, l'ostacolo costituito dalla tipicità degli atti trascrivibili<sup>66</sup>: se si ritiene che anche la domanda c.d. pregiudiziale, già pendente al momento della dichiarazione di fallimento e trascritta ai sensi dell'art. 2652 c.c., sia attratta al rito fallimentare, si dovrebbe gioco forza riconoscere che il decreto del giudice delegato che decide di quella domanda possa essere trascritto, quando invece nulla di tutto questo è previsto dalla legge fallimentare<sup>67</sup>.

V'è, poi, un altro (e forse ancor più determinante) argomento, che induce a dubitare di una (sia pur impropriamente definibile) *translatio* in sede fallimentare del cumulo di domande caratterizzato da un nesso di pregiudizialità-dipendenza, o quanto meno del fatto che si tratti di una soluzione necessitata<sup>68</sup>. Ci riferiamo alla incompatibilità del rito della verifica del passivo con i giudizi soggettivamente complessi<sup>69</sup>.

qualora essa risulti fungere da antecedente logico di una successiva domanda di condanna al risarcimento danni o alla restituzione, significherebbe costringere il giudice o l'arbitro a verificare volta per volta le ragioni che hanno indotto l'attore a svolgere domanda giudiziale; indagine, questa, che – come esattamente notato – né il c.p.c. né la legge fallimentare impongono e che trascenderebbe dalla verifica della sussistenza dell'interesse ad agire, *ex art.* 100 c.p.c. È questa un'argomentazione fatta propria anche da Coll. Arb. Milano, 7 settembre 2016 Pres. Prof. Avv. C. CONSOLO; arbitri: Prof. Avv. G. BRANCADORO; Prof. Avv. T.E. FROSINI, lodo inedito, chiamato a decidere di una domanda di accertamento della risoluzione stragiudiziale di un contratto di appalto, proposta insieme a quella consequenziale di risarcimento danni da inadempimento: sopravvenuto il fallimento del convenuto, in costanza di giudizio arbitrale, il Collegio, dopo aver ripristinato il contraddittorio con il curatore, previa interruzione del procedimento, ha dichiarato improcedibile la sola domanda di condanna al risarcimento ed accolto invece quella pregiudiziale, di accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto, ritenendo che non vi fossero ragioni per destinare anch'essa al rito della verifica del passivo.

<sup>66</sup> S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, cit., p. 443.

<sup>67</sup> In senso contrario, però, M. MONTANARI, *Verificazione del passivo*, cit., p. 157 nt. 29, secondo il quale proprio il dettato dell'art. 72, comma quinto legge fall. potrebbe costituire l'addentellato normativo per riconoscere la trascrivibilità nei registri immobiliari del decreto con cui il giudice delegato dispone la risoluzione contrattuale.

<sup>68</sup> L'avverbio «impropriamente» che abbiamo adoperato per descrivere la *translatio* merita, invero, alcune doverose precisazioni. Le nostre perplessità non si appuntano tanto sulla *translatio* della domanda c.d. pregiudiziale, già *sub iudice* prima dell'apertura della dichiarazione di fallimento. Chi ha espresso favore verso la tesi che ammette

l'improcedibilità dell'intero cumulo di domande ha, in effetti, parlato di autentica riassunzione di quella domanda (così M. MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica*, cit., p. 1400; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 366 ss.; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 494), subito precisando, peraltro, che si tratterebbe di una riassunzione *sui generis*, perché dettata non da ragioni di competenza ma da una sopravvenuta esclusività di un rito, oltretutto destinato a metter capo ad una decisione a valle di una cognizione non piena (quanto meno nella fase che si svolge davanti al giudice delegato) ma sommaria. Peraltro, già da tempo, la giurisprudenza ha evidenziato che la riassunzione in fase di verifica del passivo di una domanda già pendente al momento della dichiarazione di fallimento non è un effetto dovuto ad un problema di riparto di competenza: il riferimento è alle Sez. Un., 12 novembre 2004, n. 21499, in *Corr. giur.*, 2005, p. 197, con nota di E. VULLO, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'inammissibilità della riconvenzionale nei confronti del curatore* e in *Giur. it.*, 2005, p. 780 con nota di G. CANALE, *Dopo un quarto di secolo le Sezioni Unite risvegliano la ragione e cacciano i mostri*, intervenute peraltro sulla questione – diversa ma affine a quella che qui ci riguarda – relativa alla sorte della domanda riconvenzionale proposta da chi sia stato convenuto dal curatore ed avente per oggetto un credito vantato verso il fallito; la S.C., nello stabilire che la *reconventio* dovesse essere conosciuta dal giudice delegato, ha sottolineato come la riassunzione di quella domanda non avesse nulla in comune con la *translatio ex art. 50 c.p.c.*, in quanto appunto giustificata da una diversità di riti.

La ragione che ci ha indotto a parlare di un'impropria *translatio* è riferita piuttosto al destino della domanda di condanna al risarcimento danni o alla restituzione di quanto già eseguito. Rispetto ad essa, infatti, ci sembra difficile discorrere di riassunzione, se si considera che l'oggetto dell'istanza di verifica del passivo non può più dirsi rappresentato dal diritto di credito.

L'assunto sembra essere confermato dall'art. 96, ultimo comma, legge fall. – introdotto dal d.lgs. n. 5/2006 – nella parte in cui attribuisce ai provvedimenti emessi in sede di accertamento del passivo, un'efficacia limitata ai soli fini del concorso. L'inattitudine alla cosa giudicata delle decisioni pronunciate nel contesto della verifica dei crediti e dei diritti nel fallimento avalla la tesi, sostenuta prima della Riforma del 2006 da E.F. Ricci, secondo cui l'oggetto del giudizio di accertamento del passivo sarebbe costituito da una pretesa di carattere processuale, rispetto alla quale l'esistenza del diritto di credito si attergerebbe a questione pregiudiziale (E.F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, spec. p. 45 ss.; ID., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1073 ss.). Se così è, ci sembra difficile poter parlare di riassunzione, nel contesto fallimentare, della domanda di condanna già pendente altrove, atteso che il diritto di credito nei confronti del fallito non potrà essere ivi conosciuto con efficacia di giudicato (M. MONTANARI, *Fallimento ed azioni pendenti dei creditori*, cit., p. 1303 ss.). Piuttosto, il fatto che quella domanda divenga improcedibile in sede ordinaria senza poter essere oggetto di riassunzione in sede fallimentare

Si immagini che sia stata proposta domanda di risoluzione di un contratto concluso con una parte soggettivamente complessa, insieme alle condanne al risarcimento dei danni, dei quali ciascun condebitore è chiamato a rispondere in solido insieme agli altri per il preteso inadempimento. Il fallimento di uno dei coobbligati, sopravvenuto lite pendente, pone il problema della sede in cui decidere della domanda pregiudiziale di risoluzione negoziale: essa, infatti, richiede il litisconsorzio *ex art. 102 c.p.c.*, perché la caducazione del rapporto contrattuale non può che essere pronunciata nel contraddittorio con tutte le parti<sup>70</sup>. Accoglie-

---

richiede di risolvere la questione della salvaguardia degli effetti sostanziali ad essa connessi (su questo aspetto, oltre Cap. III, par. 2, testo e note).

<sup>69</sup> Questione sulla quale si sofferma anche G.F. RICCI, *Accertamento del passivo nel fallimento ed errori duri a morire*, cit., pp. 500-501.

<sup>70</sup> Come osservato in dottrina, ciò che rende necessaria la partecipazione al processo di tutte le parti contrattuali non è l'esigenza teorica di far coincidere i titolari della situazione sostanziale con le parti del processo, quanto semmai il bisogno di fornire all'attore un provvedimento utile (G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, p. 362; I. PAGNI, *Azione ex contractu e processo: casi e questioni, dalla domanda alla sentenza*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, Milano, 2006, pp. 856-857). Sotto questo profilo, coglie nel segno chi afferma che, dall'unicità della causa del rapporto obbligatorio complesso e dall'adesione al medesimo programma negoziale da parte di tutti coloro che hanno concorso alla sua conclusione, non sempre deriva la coesenzialità delle differenti volontà negoziali dal momento che gli effetti stessi del contratto non sono sempre infrazionabili (quasi con queste parole, S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, p. 483 ma già G. COSTANTINO, *Contributo allo studio*, cit., p. 354 ss.).

Occorre, insomma, guardare agli effetti prodotti dal rapporto contrattuale soggettivamente complesso per vagliare se la sua caducazione esiga effettivamente la partecipazione al giudizio di tutti i soggetti che compongono la parte soggettivamente complessa (come avviene, per esempio, nei contratti a prestazioni corrispettive e a effetti reali – contratto di compravendita con una pluralità di compratori) o se, per contro, lo scioglimento o la modifica del rapporto sia possibile con riguardo soltanto a uno dei titolari, senza ripercussioni sul vincolo negoziale che rimarrebbe valido per gli altri, come nel caso di un contratto, con una parte soggettivamente complessa, a prestazioni corrispettive ma a effetti obbligatori: contratto di mutuo con una pluralità di mutuatari (A. PROTO PISANI, *Processo civile di cognizione terzi nel diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 559 nt. 1; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 440 ss.; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, cit., p. 485; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 665; in argomento,

re la tesi secondo cui anche la cognizione e la decisione sulla domanda pregiudiziale debbano avvenire nel giudizio di verifica del passivo significa obbligare a riassumere la lite in sede concorsuale anche nei confronti dei soggetti *in bonis*. Nel nostro esempio, dovrà essere il giudice delegato a disporre la risoluzione del contratto e a condannare al risarcimento del danno tutti i condebitori che, assieme al fallito, costituiscono la c.d. parte contrattuale soggettivamente complessa.

Ebbene, è questa una conclusione che pare difficilmente accettabile: a chi professa l'idea di una concentrazione in sede concorsuale della cognizione e decisione anche delle domande connesse a quelle fisiologicamente deputate alla verifica del passivo, in nome del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, verrebbe spontaneo replicare richiamando l'attenzione sul principio costituzionale del diritto di difesa dei litisconsorti del fallito, che si trovano costretti a litigare davanti a un nuovo giudice, secondo un rito – quello dell'accertamento del passivo – che è a cognizione sommaria<sup>71</sup>.

*8. La tesi che considera improcedibile solo la domanda restitutoria o risarcitoria, per effetto della sua attrazione al rito dell'accertamento del passivo. La sospensione per pregiudizialità-dipendenza ex art. 295 c.p.c., quale mezzo per garantire un coordinamento decisivo tra la verifica del passivo e il processo extra-fallimentare*

Alla luce delle riflessioni in precedenza formulate, sembra preferibile sostenere che il giudice originariamente adito possa continuare a conoscere e pronunciarsi sulle domande, dalla cui decisione dipendono le

---

cfr. se vuoi, L. BACCAGLINI, *Il processo sulle obbligazioni solidali paritarie e l'azione di regresso*, Padova, 2015, p. 128 ss.).

Se si accoglie questa prospettiva, la questione della sorte della domanda pregiudiziale (rispetto a quella di condanna, da insinuare al passivo di uno dei coobbligati) si porrà in quei casi in cui la prima non possa che essere decisa nel contraddittorio con tutti i componenti della parte soggettivamente complessa.

<sup>71</sup> Soluzione, peraltro, espressamente accolta da G. BOZZA, *I principi della formazione dello stato passivo*, cit., p. 625, il quale prospetta la riassunzione della intera lite in sede di verifica del passivo, con la partecipazione dei soggetti *in bonis*.

pretese creditorie avanzate verso il fallito<sup>72</sup>. Da questo punto di vista, nessuna distinzione si impone per il fatto che il processo pendente, prima e fuori dal fallimento, sia radicato davanti ad arbitri.

La separazione del cumulo (che pur consente la trascrizione della sentenza ottenuta fuori dalla procedura fallimentare) impone, però, di ricercare un meccanismo di coordinamento tra i due processi.

L'interrogativo – come sopra accennato – non è sollecitato tanto dall'eventualità che si generi un conflitto (semi-pratico) tra giudicati che, quand'anche si verificasse, potrebbe comunque essere tollerata dal sistema. Piuttosto, la necessità di garantire un coordinamento decisivo è imposta dalla ricorrenza di casi di c.d. «pregiudizialità costitutiva», rispetto ai quali il giudice delegato non potrebbe limitarsi a conoscere *incidenter tantum* della questione pregiudiziale, dovendo essa essere fatta oggetto di giudicato.

Nell'analisi che ci apprestiamo a compiere, conviene anzitutto esaminare il problema dalla prospettiva della coesistenza di un giudizio statale pendente prima e fuori dal fallimento, individuando quali sono, in questo caso, i meccanismi di coordinamento che il legislatore mette a disposizione. Solo in seguito verificheremo se essi possano trovare applicazione anche quando il cumulo di domande penda dinnanzi ad arbitri.

Un esempio può risultare utile. Si immagini che il diritto al risarcimento dei danni *ex art. 1453, comma secondo, c.c.* (già oggetto di giudizio statale che è divenuto improcedibile *ex art. 52, comma secondo, legge fall. per sopravvenuto fallimento del convenuto*) sia stato insinuato al passivo, *ex art. 72, comma quinto, legge fall.* Il giudice delegato, per decidere di quella domanda di ammissione, non potrà limitarsi a conoscere incidentalmente dell'effetto risolutorio del contratto, che è fatto costitutivo del diritto al risarcimento; del pari, in sede di accertamento del passivo, non potrebbe essere conosciuto *incidenter tantum* l'effetto costitutivo *ex art. 2932 c.c.* dal quale dipende il diritto al rilascio del bene promesso in vendita dal fallito, insinuato dalla parte *in bonis*.

---

<sup>72</sup> V. Autori e pronunce richiamati in nt. 29.



In entrambi i casi, il diritto del quale è chiesta l'ammissione al fallimento può essere fatto oggetto di decisione solo se sia accertata con efficacia di giudicato anche la situazione giuridica pregiudiziale. Per queste ragioni, lo scioglimento del cumulo dovrebbe condurre alla sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del giudizio avente per oggetto il diritto dipendente, in attesa della decisione sulla domanda pregiudiziale.

Una siffatta soluzione – come già rammentato – non è così pianamente applicabile nel caso che ci riguarda: la natura sommaria della cognizione, che caratterizza la fase che si svolge davanti al giudice delegato, presso il quale la domanda c.d. dipendente è stata proposta, ne impedisce la sospensione<sup>73</sup>.

L'istanza di insinuazione al passivo sarà, perciò, inevitabilmente rigettata per mancata prova di un fatto costitutivo (oggetto di autonoma domanda pendente fuori dal fallimento)<sup>74</sup>; tuttavia, là dove il creditore abbia proposto opposizione al passivo, sarà possibile domandare la sospensione di quel giudizio *ex art. 295 c.p.c.*, attesa la cognizione piena che caratterizza questa fase<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Lo notava già E.F. RICCI, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*, in nota a Cass. Sez. Un., 6 luglio 1978, n. 3878, in *Giur. comm.*, 1980, p. 352, per escludere la possibilità di sospendere la fase di verifica del passivo, in attesa della decisione, emessa in sede extra-fallimentare, sulla domanda riconvenzionale proposta dal fallito, quale convenuto dal creditore concorsuale. Negli stessi termini, L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979, p. 546; M. MONTANARI, *Osservazioni critiche*, a Trib. Verona, 28 ottobre 2013, cit., p. 443; ID., *Sulla translatio*, cit., p. 1397; M. VANZETTI, *Compensazione e processo fallimentare*, Milano, 2012, p. 69, nt. 74.

Sulla cognizione (tutt'ora sommaria) che caratterizza la fase di verifica del passivo, *ex multis* A. CARRATTA, voce *Procedure concorsuali (riforma delle) II Profili processuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 2005, p. 11; R. ROSAPEPE, *L'accertamento del passivo*, in A. BASSI, V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, III, Padova, 2011, p. 582; G. CAVALLI, *L'accertamento del passivo*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, *Il fallimento*, cit., pp. 582-583.

<sup>74</sup> R. RIEDI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici*, cit., p. 205.

<sup>75</sup> Per una siffatta soluzione, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 5/2016 alla legge fallimentare, A. CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, cit., pp. 119-200. Sul fatto che l'opposizione allo stato passivo debba considerarsi oggi un giudizio a cognizione piena (caratteristica, questa, che non precluderebbe perciò l'operare della sospensione *ex art. 295 c.p.c.*) G. COSTANTINO, *Sub artt. 98-99*, in A. NIGRO, M. SAN-

Contro questa ricostruzione, autorevole dottrina ha sollevato un duplice ordine di obiezioni: la prima concerne la dilatazione dei tempi processuali, posto che la riassunzione dell'opposizione al passivo potrebbe avvenire solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza pronunciata sulla domanda pregiudiziale<sup>76</sup>.

Il secondo ostacolo alla tesi favorevole alla soluzione della sospensione del processo per pregiudizialità-dipendenza sarebbe costituito dall'assenza di qualsiasi meccanismo di accantonamento a favore del creditore interessato<sup>77</sup>.

Invero, nessuno dei due rilievi ci pare insuperabile.

Quanto al primo, giova rammentare la recente lettura dell'art. 297 c.p.c. proposta dalle Sezioni Unite con la nota pronuncia n. 10027/2012, proprio in tema di durata della sospensione per pregiudizialità-dipendenza.

Evocando la tesi a suo tempo proposta da Liebman<sup>78</sup>, la Cassazione ha individuato nel passaggio in giudicato della sentenza, resa sulla causa pregiudiziale, non il *dies a quo* per la riassunzione del processo sul diritto dipendente ma il termine ultimo per espletare quest'onere<sup>79</sup>.

DULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, Torino, 2006, p. 560; A. CARRATTA, voce *Procedure concorsuali (riforma delle)*, cit., p. 13; M. FABIANI, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 42; M. SANDULLI, *La crisi dell'impresa*, Torino, 2007, p. 141; M. MONTANARI, *Le impugnazioni dello stato passivo*, in A. BASSI, V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 170 ss.; P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 554. Discorre, invece, di cognizione semipiena, V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, p. 256.

<sup>76</sup> M. MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo*, cit., p. 1398. Ed è questa una obiezione della quale si dovrà tener conto almeno se si ammetta che il rimedio della sospensione del giudizio sulla causa dipendente, promosso davanti a giudice statale, operi quando la causa pregiudiziale penda davanti ad arbitri.

<sup>77</sup> M. MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo*, cit., p. 1397.

<sup>78</sup> E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1980 (1935), p. 93 ss., secondo cui la sentenza, ancor prima del suo passaggio in giudicato formale, sarebbe munita di una «efficacia naturale» esterna al processo, capace di incidere sulle eventuali cause dipendenti.

<sup>79</sup> Si tratta di Cass. Sez. Un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1322 ss., il cui principio peraltro non è stato accolto con favore dalla dottrina. Cfr.,

Stando a questa ricostruzione, dunque, il giudizio ancora pendente potrebbe riprendere il suo corso, salva la facoltà per il giudice, chiamato appunto a pronunciarsi sul diritto dipendente, di sospendere discrezionalmente il processo, ai sensi dell'art. 337, comma secondo, c.p.c., là dove la sentenza sulla causa pregiudiziale sia stata impugnata.

Applicato al caso che ci occupa, il principio enunciato dalle Sezioni Unite legittimerebbe, allora, il Tribunale fallimentare a disporre la riasunzione dell'opposizione al passivo promossa ex art. 98, comma secondo, legge fall. (e così a decidere dell'ammissione al passivo del creditore opponente) sebbene la pronuncia resa in sede ordinaria, relativa alla validità del titolo contrattuale sul quale quella pretesa si fonda, non sia ancora divenuta irretrattabile. Ciò significa che il creditore concorsuale, una volta accolta la propria opposizione al passivo, potrà cominciare a partecipare alla distribuzione nei singoli riparti fallimentari.

Peraltro, proprio il fatto che la sentenza pronunciata sul diritto pregiudiziale non sia ancora passata in giudicato porta a domandarsi quale sia la sorte dei pagamenti che il creditore concorrente abbia ricevuto, qualora la pronuncia resa fuori dal fallimento sia poi riformata nelle successive fasi di gravame<sup>80</sup>. Si prospetta in questo caso la questione se

senza pretesa di esaustività, le note critiche di G. TRISORIO LIUZZI, *Le Sezioni Unite e la sospensione del processo civile per pregiudizialità*, in *Foro it.*, 2014, c. 946 e di A. PROTO PISANI, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*, *ivi*, c. 950 ss.; di B. ZUFFI, *Le Sezioni Unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*, in *Corr. giur.*, 2012, 1322; e di S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297, 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 689; di E. D'ALESSANDRO, *Le sezioni unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra art. 295 e art. 337 c.p.c.: much ado about nothing?*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2601 ss.; cfr. anche G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 633 ss.; in senso cautamente adesivo, v. però C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1146, che descrive quella lettura evolutiva offerta dalle Sezioni Unite come «non del tutto sistematicamente coerente» ma senz'altro benefica sotto il profilo della durata del processo.

<sup>80</sup> Si immagini, per esempio, che, per effetto della sentenza di prime cure con la quale il giudice ordinario abbia disposto la risoluzione del contratto per inadempimento del fallito, la controparte *in bonis* veda accolta l'opposizione allo stato passivo *ex*

possa operare l'effetto espansivo interno della riforma o cassazione della sentenza *ex art. 336 cpv. c.p.c.*: non v'è dubbio, infatti, che si tratterebbe di assecondare un'applicazione un po' peculiare della norma, avendo a che fare con pronunce emesse nell'ambito di processi diversi<sup>81</sup>.

Là dove si percorresse questa strada<sup>82</sup>, si dovrebbe giocoforza riconoscere l'immediata caducazione degli effetti del provvedimento di ammissione al passivo di quel credito. Il suo titolare, pertanto, sarebbe tenuto alla restituzione, a favore della massa, delle somme percepite, senza che a questo proposito possa essere richiamato l'art. 114 legge fall. là dove sancisce il principio dell'irripetibilità delle somme percepite nei riparti, trattandosi appunto di somme non dovute. Al contrario, se si ritenesse che l'art. 336 cpv. c.p.c. non possa trovare attuazione tra provvedimenti appartenenti a processi diversi, non resterebbe altra via che impugnare il provvedimento di ammissione al passivo con la revocazione, *ex art. 98, comma quarto, legge fall.* invocando, sia pur in via analogica, la «mancata conoscenza» da parte del giudice fallimentare di «documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile»<sup>83</sup>.

art. 98 legge fall., che essa aveva proposto a fronte del rigetto della domanda di insinuazione al passivo del proprio diritto di credito risarcitorio. Si tratta di capire quale sia la sorte delle somme percepite nei singoli riparti fallimentari da quel creditore, a seguito della riforma in appello della sentenza di risoluzione contrattuale.

<sup>81</sup> Critico rispetto a questa conclusione, E.T. LIEBMAN, *Una lacuna nell'art. 295 cod. proc. civ.?*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 175 nonché A. CERINO CANOVA, *L'effetto espansivo della cassazione o della riforma sulle pronunce di altri processi (art. 336, cpv. c.p.c.)*, *ivi*, 1975, p. 465 ss. Per una differente lettura, incline a riconoscere l'operare dell'art. 336 cpv. c.p.c. anche tra processi diversi, E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'art. 336, 2° comma, c.p.c. (a margine di un recente disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile)*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 95.

<sup>82</sup> Così, per es., dopo le richiamate Sez. Un., 19 giugno 2012, n. 10027, C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi*, cit., p. 1146.

<sup>83</sup> È questa la soluzione proposta da M. MONTANARI, *Sub art. 102 l. fall.*, in G.U. TEDESCHI (a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, 2, Torino, 1996, p. 939, che ammette la revocazione dell'ammissione al passivo di un credito, che fosse stata disposta in forza di un giudicato pronunciato fuori dal fallimento successivamente riformato a seguito dell'esperimento di una impugnazione di carattere straordinario e considera possibile invocare l'impugnazione straordinaria anche in un caso come quello descritto

Rimane da affrontare la seconda obiezione, relativa all'assenza di qualsiasi automatico meccanismo di accantonamento previsto a favore del creditore, il cui diritto insinuato al passivo dipenda dall'esito del lodo. A questo inconveniente pare ponga congruo rimedio la possibilità di ottenere dal Tribunale, in sede di opposizione al passivo, una misura cautelare di carattere conservativo, ai sensi dell'art. 113, primo comma, n. 2, legge fall., che inibisce al curatore di distribuire le somme che spetterebbero all'opponente, ove il ricorso appaia assistito da *fumus boni juris*<sup>84</sup>.

Non ci si nasconde che la sospensione per pregiudizialità-dipendenza imponga un *iter* non certo agile e destinato comunque a rallentare non poco la cognizione e l'ammissione al passivo di quel credito; ci sembra, però, che si tratti di una soluzione capace di offrire un'adeguata tutela alle esigenze del creditore, anche al di fuori della procedura e pienamente rispettosa del principio del giudice naturale (e, a maggior ragione, del giudice prescelto, quando di mezzo ci sia un arbitro)<sup>85</sup>.

---

nel testo; cfr. ID., *Contrapposte domande in sede ordinaria e di verifica del passivo fallimentare e sospensione per pregiudizialità*, cit., p. 345.

Si tratta di una lettura che adatta al contesto fallimentare i risultati raggiunti da autorevole dottrina nell'ambito del processo civile, ogni qual volta il giudicato, che fosse stato pronunciato sulla causa pregiudiziale, fosse stato riformato a seguito dell'accoglimento di un'impugnazione di carattere straordinario: per questa eventualità, rendendosi necessaria la riforma della sentenza già pronunciata sulla causa dipendente era stata avanzata l'idea di far operare la revocazione ex art. 395, n. 3 c.p.c., scorgendo nella sentenza resa in sede di impugnazione straordinaria il documento decisivo di cui discorre la norma (così A. CERINO CANOVA, *L'effetto espansivo*, cit., p. 488).

<sup>84</sup> E. STAUNOVO POLACCO, *Sul rapporto tra verifica del passivo e giudizi pendenti su domande pregiudiziali*, cit., p. 15.

<sup>85</sup> E. STAUNOVO POLACCO, *ult. op. cit.*, p. 17 sia pur nell'ottica confinata dei casi nei quali egli ritiene possa operare la sospensione per pregiudizialità-dipendenza dell'opposizione allo stato passivo rispetto a un processo pendente davanti a un giudice togato: si tratta di quelle ipotesi nelle quali, secondo l'A., la domanda pregiudiziale può proseguire nella sede processuale nella quale è stata proposta perché «strumentale non solo all'ammissione al passivo del credito consequenziale, ma anche a ulteriori declaratorie o adempimenti che esorbitano dai poteri e/o dalla competenza del Giudice della verifica» (*op. cit.*, p. 15).

9. Segue: *l'alternativa a una (eventualmente) ritenuta inoperatività dell'art. 295 c.p.c.: l'applicazione estensiva dell'art. 96, comma secondo, n. 1 legge fall. e così l'ammissione al passivo con riserva del credito restitutorio/risarcitorio*

La sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del giudizio di opposizione allo stato passivo in attesa della decisione sulla causa pregiudiziale al diritto insinuato al passivo, non è stata l'unica soluzione avanzata in dottrina, quale alternativa alla necessità di devolvere la decisione di entrambe le domande al giudice delegato. V'è stato chi ha cercato di garantire il coordinamento decisorio tra i due giudizi, valorizzando l'operare di alcuni istituti del diritto fallimentare.

Si è così invocato l'istituto dell'ammissione al passivo con riserva. Sebbene, come noto, l'art. 96, comma secondo, legge fall. che lo disciplina contempra fattispecie di stretta è norma di stretta esegesi, gli interpreti hanno tentato di dilatare gli ambiti applicativi di alcune delle fattispecie che essa contempla<sup>86</sup>.

Ebbene, rispetto all'ipotesi che ci riguarda, ciò che viene in gioco non è tanto l'art. 96, comma secondo, n. 3, legge fall.: questa previsione, che si riferisce al caso di un credito accertato con sentenza non ancora passata in giudicato al momento della dichiarazione di fallimento, non si presta a essere analogicamente applicata a un'ipotesi come la nostra nella quale manca addirittura un accertamento, ancorché non ancora irretrattabile<sup>87</sup>. La dottrina ha piuttosto preferito riferirsi alla ipotesi tracciata dall'art. 96, comma secondo, n. 1 legge fall. (che riguarda la figura del c.d. credito condizionale e di quello che non può essere

---

<sup>86</sup> È infatti massima ricorrente quella secondo cui le c.d. riserve atipiche si danno per non apposte, sì che l'ammissione al passivo in questo caso deve considerarsi pura e semplice (Trib. Roma, 22 ottobre 2013, n. 21074; Cass., 4 luglio 2012, n. 11143; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3397; Cass., 19 novembre 2003, n. 17526; Cass., 2 giugno 2000, n. 7329; da ultimo, G. PELLEGRINO, *Le modifiche dello stato passivo*, in U. APICE (diretto da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, cit., pp. 182-183 ma in arg. v. anche C. LO MORO BANZI, *L'ammissione al passivo con riserva*, Padova, 1981, p. 181 ss.).

<sup>87</sup> Per la valorizzazione di questa fattispecie, G.F. RICCI, *Accertamento del passivo nel fallimento ed errori duri a morire*, cit., pp. 498-499.

fatto valere nei confronti del fallito se non previa escussione dell'obbligato principale).

Nonostante si sia escluso che l'insinuazione di un credito, la cui esistenza dipenda dall'accoglimento di una pronuncia di natura costitutiva, possa considerarsi condizionata al pari di quanto lo sia l'insinuazione di un credito la cui esistenza soggiace a una condizione sospensiva di efficacia<sup>88</sup>, si è peraltro preso atto della recente tendenza della giurisprudenza ad ampliare i confini di quella figura di ammissione al passivo con riserva. In particolare, si è valorizzato il fatto che, al pari dei crediti propriamente condizionati di cui all'art. 96, comma secondo, n. 1 legge fall., anche il credito risarcitorio o restitutorio (che dipende dalla risoluzione o dall'annullamento o dalla nullità di un contratto) non sia ancora sorto al momento della dichiarazione di fallimento, né la sua genesi dipende da un potere del suo titolare<sup>89</sup>.

L'idea di ammettere al passivo questo credito in via condizionata avrebbe l'indubbio vantaggio di assicurare al creditore l'accantonamento delle somme che gli spetterebbero in seno ai singoli riparti parziali, diversamente da quanto accadrebbe se si accogliesse l'applicazione analogia della sospensione del giudizio fallimentare *ex art. 295 c.p.c.*

Ciò potrebbe avvenire sin dal momento dell'ammissione con riserva, nell'attesa che sia pronunciata la decisione sulla causa pregiudiziale e senza che sia necessario promuovere alcun giudizio di opposizione allo stato passivo (posto che non vi sarebbe nessun rigetto dell'istanza di ammissione al passivo del quale dolersi).

---

<sup>88</sup> Così, quasi letteralmente, S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, cit., p. 445.

<sup>89</sup> In questi termini, Trib. Verona, 17 aprile 2012, cit., secondo cui «ove, all'atto del fallimento del promittente venditore, risulti già pendente il giudizio promosso dal promissario acquirente per l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare e, in via subordinata, per la risoluzione del contratto stesso e la restituzione della caparra, la possibilità che il promissario acquirente venga ammesso al passivo a tale ultimo titolo dipende dall'esito del giudizio ordinario ancora pendente; tale subordinazione rende condizionale, ai sensi dell'art. 96 L.F., la domanda di ammissione al passivo che andrà, pertanto, accolta; sarà poi rimesso al giudice delegato il compito di procedere alla conseguente modifica dello stato passivo ai sensi dell'art. 113 *bis* L.F., nella misura che verrà determinata a esito del giudizio pendente».

A ben vedere, non si tratta comunque di una soluzione priva di costi, né per il creditore interessato, né per gli altri concorrenti.

Quanto al primo, giova ribadire che lo scioglimento della riserva potrebbe avvenire solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza che si sia pronunciata sulla questione pregiudiziale in sede extra-fallimentare. A questo proposito, infatti, non sarebbe sufficiente la sola decisione di primo grado (che, per esempio, disponga la risoluzione del contratto, dalla quale dipende la domanda di restituzione della prestazione già eseguita) essendo invece necessario, a nostro avviso, attendere l'irretrattabilità di quella decisione. Una opposta conclusione non determinerebbe soltanto un'inammissibile disparità di trattamento rispetto ai creditori ammessi con riserva ai sensi dell'art. 96, comma secondo, n. 3 legge fall. (chiamati ad aspettare il giudicato di una sentenza sull'esistenza del loro diritto, oltretutto già resa al momento della dichiarazione di fallimento) ma sarebbe contraria al principio secondo cui l'accertamento contenuto in una sentenza fa stato ad ogni effetto solo dal momento in cui essa è divenuta cosa giudicata<sup>90</sup>.

In aggiunta, la proposta di ammettere con riserva il creditore, la cui pretesa è condizionata già nell'*an* a una decisione extra-fallimentare, si rivela potenzialmente pregiudizievole anche rispetto agli altri creditori: vengono, infatti, sottratte all'immediata distribuzione dell'attivo (in quanto accantonate) somme che il creditore, che ha chiesto e ottenuto l'ammissione al passivo con riserva, potrebbe aver arbitrariamente quantificato.

Anche alla luce di queste riflessioni, la soluzione della sospensione per pregiudizialità-dipendenza del giudizio fallimentare, nei termini che abbiamo sopra prospettato, appare tutt'ora da preferire.

---

<sup>90</sup> Per un'analoga osservazione, S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., p. 446, nt. 130.



*10. Il vaglio delle diverse soluzioni prospettate quando il giudizio, in cui è proposto il cumulo di domande, penda davanti ad arbitri*

L'indagine svolta sin d'ora si è concentrata sulla sorte della domanda pregiudiziale a seguito della sopravvenuta improcedibilità di quella dipendente, in quanto attratta al rito della verifica del passivo.

Le possibili soluzioni al problema, che sono state sopra descritte hanno avuto riguardo a ipotesi nelle quali il cumulo di domande pendeva davanti a un giudice togato.

Sebbene si sia fatta talvolta menzione dell'arbitrato, si tratta ora di affrontare *ex professo* la questione se quelle proposte ricostruttive, alternative alla *translatio* in sede fallimentare di entrambe le domande, possano operare anche quando il processo, sorpreso *in itinere* dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti, e avente per oggetto la domanda di risoluzione, di annullamento, di nullità del contratto o quella costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, sia radicato davanti ad arbitri<sup>91</sup>.

A questo riguardo, vale la pena di rammentare che consentire la prosecuzione in sede arbitrale della (sola) domanda c.d. pregiudiziale avrebbe l'indubbio vantaggio di assecondare una scelta espressa *illo tempore* dai paciscenti, magari pure operatori stranieri, a favore della giurisdizione arbitrale<sup>92</sup>. Del resto, quanto meno con riferimento alla domanda pregiudiziale non ci sembra affatto che la prosecuzione del

---

<sup>91</sup> Nel testo continua a essere implicito il riferimento al solo arbitrato rituale. Del resto, la questione di un coordinamento tra giudizi pendenti su diritti legati da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza nemmeno si porrebbe se a pendere fuori e prima del fallimento fosse un procedimento per arbitrato irrituale: il lodo, eventualmente pronunciato, sarebbe parificabile negli effetti a un contratto, e pertanto certamente inidoneo a condizionare lo svolgimento (e poi gli esiti) di un giudizio che si svolge davanti a un giudice togato, solo perché oggetto dell'arbitrato libero è una questione pregiudiziale al diritto insinuato al passivo. In questo contesto, l'impossibilità di discorrere di effetti parificabili a quelli di una sentenza non consente di ipotizzare alcuna applicazione analogica dell'art. 72, comma quinto, legge fall. e del principio sotteso a questa norma.

<sup>92</sup> Così ha osservato Coll. Arb., Milano, 7 settembre 2016, cit., che evidenzia la piena compatibilità della soluzione proposta (volta a rendere improcedibile la sola domanda di condanna all'adempimento del diritto di credito verso il fallito) con il principio dell'esclusività dell'accertamento del passivo; per un'analoga considerazione anche G. GARGIULO, *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero per risoluzione contrattuale*, cit., p. 2454.

giudizio davanti ad arbitri leda il principio di esclusività dell'accertamento fallimentare. È solo rispetto alla domanda di condanna (di carattere restitutorio o risarcitorio) promossa nei confronti della parte fallita, che la scelta arbitrale perde di significato, dinnanzi al principio del concorso formale, *ex art. 52*, comma secondo, legge fall.

Ebbene, applicare estensivamente la disciplina dell'ammissione al passivo con riserva dei crediti condizionati a una pretesa la cui esistenza dipende da un effetto *lato sensu* costitutivo non ancora disposto, non trova nell'arbitrato ostacoli diversi da quelli che si incontrano quando un giudizio pende davanti a un giudice togato.

Trattandosi di un arbitrato rituale, avremo a che fare con un lodo parificato, proprio negli effetti di accertamento e in quelli costitutivi, a una sentenza (art. 824-*bis* c.p.c.). Il richiamo all'art. 96, comma secondo, n. 1, legge fall. non solleva dunque particolari problemi per il fatto che il procedimento sulla domanda pregiudiziale pende davanti ad arbitri. Piuttosto, merita ricordare che l'ammissione al passivo *tout court* del credito potrà avvenire soltanto una volta che il lodo sarà divenuto definitivo, al pari di quanto accade per il caso in cui sia pronunciata sentenza da parte del giudice dello Stato. Perciò, sarà necessario attendere che siano spirati i termini per l'impugnazione per nullità di lodo o che sia passata in giudicato la sentenza resa dalla Corte d'appello adita *ex art. 827* c.p.c.

Semmai, è la sospensione *ex art. 295* c.p.c. del giudizio fallimentare che appare, di primo acchito, non praticabile quando l'ammissione al passivo del credito dipenda dall'accoglimento di una domanda pregiudiziale che debba avvenire con lodo arbitrale. E paradossalmente questa è proprio la ricostruzione che più riuscirebbe a garantire una certa celebrità alla procedura fallimentare, al contempo realizzando le esigenze di tutela del creditore che potrebbero anche esulare dalla semplice realizzazione del credito all'interno del fallimento.

La proposta che caldeggia l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. si scontra con il tenore letterale dell'art. 819-*ter*, comma secondo, c.p.c., che vieta espressamente l'operatività della prima norma richiamata nei rapporti tra arbitrato e processo statale.

Si tratta di una esclusione che va ripensata.

L'art. 819-ter c.p.c., la cui genesi merita di essere brevissimamente ricordata, è stato introdotto dal d.lgs. n. 40/2006, del quale costituisce probabilmente una delle principali novità perché si occupa di disciplinare i rapporti tra processo statale e procedimento arbitrale (sotto il profilo della litispendenza arbitrale, della connessione – anche qualificata – tra cause pendenti dinnanzi all'uno e all'altro giudice). La soluzione cui approda l'art. 819-ter, comma secondo, c.p.c., là dove nega l'applicazione della *translatio iudicii* (nel caso di litispendenza arbitrale), degli artt. 44-45-48 c.p.c. (in tema di regolamento di competenza) e della sospensione per pregiudizialità-dipendenza del processo, instaurato davanti al giudice ordinario (in caso di pendenza di una causa pregiudiziale davanti ad arbitri) non appare, però, soddisfacente e finisce per contraddire i principi ispiratori della riforma del 2006.

Lo dimostra la stessa dichiarazione di incostituzionalità che ha interessato l'art. 819-ter c.p.c., nella parte in cui la disposizione esclude l'applicazione dell'art. 50 c.p.c.<sup>93</sup>. La ricostruzione dei rapporti tra arbitro e giudice nei termini di riparto di competenza, unita alla riconosciuta omologia di effetti tra lodo arbitrale rituale e sentenza statale, sancita espressamente dall'art. 824-bis c.p.c., hanno indotto la Corte costituzionale, sulla scia di quanto era già stato osservato in dottrina, a estendere l'istituto dell'art. 50 c.p.c., anche in questo ambito<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Ci si riferisce a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1107 con nota di C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza, con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, le cui implicazioni in punto di ricostruzione dei rapporti tra arbitri e giudici in termini di riparto di competenza comporta sulla applicazione dell'istituto della *translatio iudicii*, in tutti i suoi corollari non costituiscono oggetto di unanimes vedute. In arg., L. SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 384 ss.; M. BOVE, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter*, in *www.judicium.it*; S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii tra giudici e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 375 ss.

<sup>94</sup> Ci si riferisce ai rilievi critici formulati alla norma da R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2009, spec. pp. 335-337, all'indomani della pronuncia della Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Riv. dir. proc.*, 2007, con nota di M. ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot!* e in *Foro it.*, 2007, I, c. 1010 ss. con nota di R. ORIANI, *È possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*. Come noto, la Consulta, in quell'occasione, aveva dichiarato l'incostituzionalità del-

È proprio in forza dei principi che hanno ispirato questa pronuncia, che vogliamo sondare la tenuta della costituzionalità del limite rappresentato dalla negazione dell'operare dell'art. 295 c.p.c., che rappresenta una novità rispetto al passato, là dove il previgente art. 819 c.p.c. nulla prevedeva in caso di pregiudizialità arbitrale rispetto alla lite dipendente, radicata davanti al giudice togato.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 40/2006, l'argomento principale che si invocava per ammettere la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del processo statale, in attesa del lodo definitivo sulla causa pregiudiziale, ruotava intorno alla natura giurisdizionale del lodo<sup>95</sup>. Questo rilievo

l'art. 30 legge Tar, nella parte in cui non prevedeva un meccanismo di conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda nel caso di declinatoria in rito del giudice adito, per difetto di giurisdizione. È stato proprio valorizzando il principio ispiratore di quella pronuncia, che erano stati avanzati dubbi sulla costituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c., nella parte in cui escludeva qualsiasi meccanismo di *translatio* tra giudici e arbitri, senza peraltro salvaguardare in alcun modo il diritto di agire (nuovamente) in giudizio. Si tratta di perplessità che la Corte costituzionale ha mostrato di condividere con la pronuncia 19 luglio 2013, n. 223, sopra richiamata.

<sup>95</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione tra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 663, ove il rilievo che «Se “pregiudicato” dall'esito di un giudizio arbitrale rituale fosse un giudizio ordinario su rapporto giuridico dipendente da quello «compromesso» in arbitri reputo invece ammissibile la sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*». Per una analoga osservazione, già F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, *ivi*, 1994, p. 671; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 180. Osservava G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 637-638 come la cauta adesione all'applicazione di quella norma da parte del giudice statale fosse stata giustificata con l'assenza di una espressa di posizione normativa sulla natura del lodo, secondo cui «L'interprete non potrebbe spingere la sua fantasia sino a una applicazione analogica dell'art. 819 c.p.c. [ndr: che allora contemplava l'applicazione della sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del giudizio arbitrale a favore del processo statale] al caso inverso, qui preso in considerazione, se non col supporto di altri elementi normativi. Di fronte alla prudenza mantenuta dal legislatore nella definizione della efficacia del lodo, un mero richiamo alla formula dell'«efficacia vincolante», per postulare l'efficacia giurisdizionale del lodo, può infatti apparire insufficiente». Era proprio valorizzando la natura negoziale del lodo che altra parte della dottrina riteneva non sarebbe stato necessario che il giudice togato ricorresse all'art. 295 c.p.c., là dove si fosse trovato a decidere di una controversia dipendente da altra, devoluta ad arbitri: «l'arbitro non è organo giurisdizionale e il giudice può andare

appare curioso se si considera che oggi il legislatore, nonostante l'omologia di effetti tra lodo e sentenza (riconosciuta apertamente dall'art. 824-bis c.p.c.), vieta espressamente che nei rapporti tra arbitrato e fallimento si applichi la sospensione per pregiudizialità-dipendenza<sup>96</sup>.

È diffusa in dottrina l'idea che quel divieto operi a doppio senso e che anzi la previsione contenuta nell'art. 819-ter, comma secondo, c.p.c. sarebbe diretta proprio a stabilire che il processo statale non può sospendersi ex art. 295 c.p.c. in attesa della decisione arbitrale (l'art. 819-bis individuerrebbe i casi tassativi nei quali, all'opposto, è il collegio arbitrale a dover sospendere il procedimento)<sup>97</sup>.

Quell'esclusione però meriterebbe di essere ripensata, sia perché la sospensione ex art. 295 c.p.c. è istituito che, sia pur in casi circoscritti, trova applicazione nel caso opposto (quando, cioè, sia l'arbitrato a dover essere sospeso in attesa della decisione del giudice ordinario: lo

per la sua strada». Così, E. FAZZALARI, A. BRIGUGLIO, R. MARENGO (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 142 e in senso analogo anche F. AU-LETTA, *Le questioni pregiudiziali*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, pp. 336-337.

<sup>96</sup> In effetti, v'è chi in dottrina – prendendo atto del limite testuale previsto dall'art. 819-ter c.p.c. – ritiene che il processo statale, su causa dipendente, possa essere sospeso (quanto meno a discrezione del giudice adito) in forza dell'applicazione analogica dell'art. 7, comma terzo, legge n. 218/95, accostando il processo arbitrale a una causa straniera pregiudiziale (in questi termini, M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 86; su questa tesi, esprimono perplessità G.F. RICCI, *Sub art. 819-ter c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, Bologna, 2007, p. 513) e G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, p. 380, il quale osserva come nulla nella norma autorizza a pensare che il legislatore abbia voluto ricostruire i rapporti tra giudice e arbitro, alla stregua dei rapporti tra giudice italiano e giudice straniero.

<sup>97</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-ter. Arbitrato*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2014, p. 702, secondo la quale quel divieto impedirebbe al giudice togato, investito di una questione dipendente da una pregiudiziale rimessa davanti ad arbitri, di sospendere il processo, imponendogli di decidere della questione *incidenter tantum*. In senso analogo, G.F. RICCI, *Sub art. 819-ter c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 512; in giurisprudenza, ha di recente escluso la possibilità di sospendere un giudizio statale in attesa della decisione arbitrale, su causa pregiudiziale, Cass., 19 gennaio 2016, n. 783.

prevede oggi l'art. 819-*bis* c.p.c.)<sup>98</sup>. Non può certo essere il fattore «tempo» (ossia la necessità di garantire una durata ragionevole al processo) a precludere la sospensione del giudizio statale a favore dell'arbitrato, perché è fatto notorio che quest'ultimo sia destinato a chiudersi in tempi molto più brevi rispetto a quelli di un processo che si svolge davanti a giudici togati<sup>99</sup>.

Nemmeno il tenore letterale dell'art. 295 c.p.c., nella parte in cui legittima la sospensione solo quando sia un «giudice» a essere investito della cognizione di una controversia pregiudiziale costituisce, in sé, un ostacolo alla possibilità di far operare la sospensione a favore di un giudizio arbitrale<sup>100</sup>. Il processo di giurisdizionalizzazione che ha inte-

---

<sup>98</sup> S. MENCHINI, A. MOTTO, Sub art. 819-bis, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., spec. p. 331, secondo i quali, tutt'al più, il processo statale potrebbe essere sospeso, per pendenza di un processo arbitrale pregiudiziale, nei soli casi in cui a parti invertite il legislatore lo prevede ai sensi dell'art. 819-*bis* c.p.c.: questa simmetria di disciplina renderebbe di fatto difficile far operare la sospensione del giudizio statale, posto che essa potrebbe essere disposta nei soli casi in cui sia stata devoluta agli arbitri una situazione giuridica che la legge impone debba decidersi con efficacia di giudicato.

<sup>99</sup> Prima dell'entrata in vigore dell'art. 819-*ter* c.p.c., C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione tra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 1998, p. 663, il quale – nell'escludere la sospensione del giudizio arbitrale in attesa della sentenza su causa pregiudiziale osservava come «questo costo – della disarmonia tra accertamenti concatenati, salvi i rimedi impugnatorii – è un prezzo inevitabile della specialità della competenza arbitrale e un corollario – pur a patto della tendenziale maggior omologazione degli arbitri al giudice *tout court* – della speciale tensione del giudizio arbitrale verso esiti celeri e snelli e così se del caso... autarchici», riconoscendo però (come già messo in luce in nt. 95) la possibilità di una sospensione del giudizio statale nell'ipotesi di pendenza della causa pregiudiziale in arbitrato.

<sup>100</sup> In effetti, era proprio facendo leva sulla natura negoziale del lodo (anche rituale) che faceva leva in passato una parte della giurisprudenza per escludere in questo contesto la sospensione del giudizio statale, su causa dipendente, in attesa della pronuncia del lodo su causa pregiudiziale. In questo senso, Cass., 2 agosto 2007, n. 16995; Cass., 9 giugno 2005, n. 12124; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20351. La stessa argomentazione è stata invocata anche da Trib. Padova, 20 luglio 2012, in *Riv. dott. Comm.*, 2012, p. 903 (s.m., ma v. integrale in *Dejure*) per escludere che il Tribunale fallimentare possa sospendere l'opposizione al passivo, in attesa dell'esito della impugnazione del lodo arbitrale. Di recente (sia pur al di fuori del contesto dei rapporti tra arbitrato e fallimento) anche Cass., 9 gennaio 2016, n. 783 ha negato che al giudice statale il potere di sospen-

ressato l'arbitrato dimostra come questo rilievo non abbia pregio<sup>101</sup>; lo prova il fatto che la disciplina dell'ammissione al passivo con riserva (prevista ai sensi dell'art. 96, comma secondo, n. 3, legge fall. per i crediti la cui esistenza sia stata accertata da una sentenza non ancora passata in giudicato) è estesa anche ai titolari di diritti, accertati da un lodo non ancora divenuto definitivo<sup>102</sup>.

Val qui la pena di rimarcare che l'esigenza di invocare l'art. 295 c.p.c., e così sospendere il processo davanti al giudice togato, sorge non già dal bisogno di un'armonia decisoria tra pronunce (che eviti contrasti, talvolta anche semi-pratici, tra decisioni): in astratto, potrebbe anche concedersi lo svolgimento parallelo dei due giudizi (quello coltivato in sede arbitrale, e oggi relativo alla sola causa pregiudiziale) e quello instaurato in sede fallimentare (in cui il diritto dipendente è stato insinuato).

Una siffatta soluzione diviene, però, difficilmente accettabile nei casi di pregiudizialità di tipo costitutivo, posto che lo svolgimento parallelo e autonomo dei due processi non consentirebbe al giudice adito per la decisione sulla causa dipendente di limitarsi a conoscere incidentalmente della *res prejudicialis* che invece deve costituire oggetto di accertamento<sup>103</sup>.

---

dere ex art. 295 c.p.c. invocando la natura privata dell'arbitrato, sebbene non sia chiaro dalla motivazione della sentenza se la S.C. abbia inteso riferirsi alla natura privata del giudice-arbitro ovvero ad una pretesa natura negoziale del lodo irrituale.

<sup>101</sup> Lo notava già F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, pp. 472-473, prima che la disciplina dell'arbitrato fosse riformata dal d.lgs. n. 40/2006. Lo osserva oggi S. BOCCAGNA, Sub art. 819-ter, in M.V. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (diretto da), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., p. 329, per il quale la sospensione del processo pendente davanti al giudice togato, e avente ad oggetto la causa dipendente, sarebbe apparsa una soluzione coerente proprio in ragione della riconosciuta equiparazione, sul piano degli effetti, del lodo alla sentenza dell'autorità giudiziaria, ex art. 824-bis c.p.c.

<sup>102</sup> Cap. III, par. 8.

<sup>103</sup> Retro par. 5-6.

Pertanto, se quella questione fosse già oggetto di giudizio arbitrale, la sospensione del processo che si svolge davanti a giudice togato, in attesa della pronuncia del lodo, si mostra una soluzione necessitata<sup>104</sup>.

Se si fosse disposti a forzare il tenore dell'art. 819-ter c.p.c., nel caso del fallimento si prospetterebbe il seguente scenario: il cumulo di domande proposto in arbitrato si scioglierà per sopravvenuta improcedibilità della domanda (dipendente) avente *petitum* condannatorio. Il creditore che insinuerà la propria pretesa in sede di verifica del passivo vedrà rigettata la propria domanda per mancata prova di un fatto costitutivo (coincidente, per l'appunto, con l'esistenza dalla questione pregiudiziale *sub iudice* in altra sede); solo in fase di opposizione al passivo proposta *ex art. 98 legge fall.*, secondo comma, legge fall. il Tribunale potrà disporre la sospensione del giudizio *ex art. 295 c.p.c.* (nonostante il tenore letterale dell'art. 819-ter c.p.c.), in attesa della pronuncia del lodo arbitrale.

In questa sede, il creditore opponente avrà titolo per domandare al collegio la pronuncia di una misura cautelare di carattere conservativo, che garantisca l'accantonamento delle somme, in vista della decisione di accoglimento dell'opposizione.

Del resto, il creditore che veda accolta in arbitrato la domanda dalla quale dipende il diritto di credito insinuato potrebbe ricevere in sede fallimentare una soddisfazione in tempi ragionevolmente brevi se appunto si accogliesse quella ricostruzione dell'istituto della sospensione per pregiudizialità-dipendenza, avanzata dalle Sez. Un. n. 10027/2012 – e si individuasse nel passaggio in giudicato della sentenza su causa pregiudiziale *solo* il momento ultimo entro cui riassumere il giudizio sulla causa dipendente. Ciò consentirebbe al Tribunale fallimentare di deci-

---

<sup>104</sup> *Contra*, nel senso di ammettere la *cognitio incidenter tantum* sulla domanda pregiudiziale costitutiva, oggetto di procedimento arbitrale, da parte del giudice togato, adito per la decisione sulla domanda dipendente, G.F. RICCI, *Sub art. 819-ter c.p.c.*, cit., p. 512, per il quale «se il giudizio ordinario avesse ad oggetto un pagamento di somme, che dipende dall'esistenza di un certo contratto sulla cui validità può sindacare solo l'arbitro in forza di una convenzione di arbitrato, anche se la validità di tale contratto è contestata, il processo ordinario segue il suo corso senza alcuna sospensione. Chi e come valuterà però sulla contestazione inerente alla validità di quel contratto? Qualcuno dovrà pur farlo. Per cui dovrebbe ritenersi che il punto possa essere deciso dal giudice stesso, sia pure *incidenter tantum*, pronunciando poi di conseguenza sul credito».



dere l'opposizione *ex art. 98 legge fall.*, immediatamente dopo il deposito del lodo, così garantendo al processo di accertamento del passivo una durata ragionevole<sup>105</sup>.

SEZIONE TERZA  
FALLIMENTO E ARBITRABILITÀ DELLE C.D. LITI ATTIVE.  
LA POSIZIONE DEL CURATORE RISPETTO ALLE AZIONI  
RINVENUTE NEL PATRIMONIO DEL FALLITO

SOMMARIO: *11. La necessità di inquadrare la posizione del curatore rispetto al tema oggetto di indagine. 12. La tesi secondo cui il curatore farebbe valere una pretesa diversa da quella del fallito verso il terzo. 13. Segue: la difficoltà di conciliare questa lettura con il nuovo art. 43, comma terzo, legge fall. e il recupero dell'idea secondo cui il curatore farebbe valere il diritto del fallito in veste di un suo (sia pur peculiare) sostituto processuale. 14. Corollari applicativi di questa ricostruzione nei casi di giudizi arbitrali.*

*11. La necessità di inquadrare la posizione del curatore rispetto al tema oggetto di indagine*

Nei paragrafi che precedono si sono evidenziati i limiti di arbitrabilità (di natura squisitamente processuale) che una controversia incontra, quando il suo oggetto sia costituito (anche) dall'accertamento di un diritto di credito verso il fallito.

La prospettiva di indagine, che ora adatteremo, è per certi aspetti opposta, perché vogliamo verificare se il patto arbitrale, concluso dal fallito quando ancora *in bonis*, vincoli il curatore quando questi voglia

---

<sup>105</sup> Si prospetterà anche qui la questione della eventuale ripetizione delle somme che il creditore abbia percepito in sede di riparto fallimentare e sia tenuto a restituire alla massa, ponendosi l'alternativa tra l'operare dell'art. 336 cpv. c.p.c. (pur in presenza di decisioni rese a valle di processi distinti) ovvero della revocazione *ex art. 98, comma quarto, legge fall.*: retro par. 8. Il fatto che la riforma, di cui discorre l'art. 336 c.p.c., abbia interessato un lodo è aspetto del tutto indifferente nella risoluzione del problema, posto che la modifica sarebbe comunque intervenuta per effetto di una sentenza di un giudice togato.

far valere contro un terzo un diritto che rinvie nel patrimonio del fallito. Con espressione breviloquente, potremmo definire il tema che ci accingiamo ad affrontare come quello dei rapporti tra arbitrato e liti attive del fallimento. In questi casi – lo si è già accennato – l’opponibilità dell’accordo compromissorio al fallimento dipende, anzitutto, dall’individuazione del diritto che si ritenga la curatela faccia valere in giudizio<sup>106</sup>.

Detto altrimenti, è necessario stabilire se l’amministrazione fallimentare, quando vuole recuperare un diritto del fallito che compone l’attivo fallimentare, deduca in giudizio proprio quella pretesa o ne faccia valere una di diversa<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 71.

<sup>107</sup> È idea tradizionalmente condivisa quella secondo cui il ruolo e i poteri del curatore (anche nel processo) possano variare di volta in volta a seconda delle ragioni (della massa, dei creditori o del fallito) che l’amministrazione concorsuale intenda tutelare. In taluni casi, il curatore viene equiparato alla parte fallita. In altri casi, invece, egli si comporta come terzo, con evidenti riflessi sul piano processuale, in ordine per esempio all’onere probatorio (da ultimo, P.F. MONDINI, *Il ruolo del curatore nella gestione della procedura fallimentare. Autonomia e personalità nell’esercizio delle funzioni*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, p. 215 ss., spec. p. 224). Così, è oramai pacifico che, in sede di formazione dello stato passivo, l’amministrazione fallimentare possa considerarsi terzo rispetto al rapporto giuridico, *causa petendi* della pretesa fatta valere con la domanda di ammissione, con conseguente aggravio della posizione del creditore, che è tenuto a provare l’anteriorità del proprio diritto al fallimento con scrittura privata avente data certa *ex art. 2704 c.c.* (cfr. per tutti Cass. Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Il fall.*, 2014, p. 179, con nota di G. FICARELLA, *L’eccezione di carenza di «data certa» del documento nel procedimento di accertamento del passivo*). Del pari, si comporta come terzo il curatore che, esercitando le azioni a tutela della massa (quali ad es. l’azione revocatoria) voglia recuperare un bene del fallito uscito dal suo patrimonio.

Non altrettanto, invece, si può dire del curatore che esercita un’azione che rinvie nel patrimonio del fallito (come la restituzione di un bene, o il recupero di un credito o la condanna all’adempimento di una prestazione contrattuale). In giurisprudenza, spesso si legge che la curatela, in questi casi, si porrebbe nella stessa posizione sostanziale e processuale in cui si sarebbe trovato il fallito (se costui avesse potuto agire in nome proprio al fine di acquisire i beni di sua spettanza): in questi termini, per es., Cass., 21 novembre 2016, n. 23630, che peraltro non esplicita se il curatore, in questo caso, agisca come rappresentante o come sostituto processuale (negli stessi termini, Cass., 22 marzo 2013, n. 7263; Cass., 27 gennaio 2011, n. 1879; Cass., 8 settembre 2004, n. 18059). Non mancano però pronunce che, pur riconoscendo che il curatore agisce di

Il problema non si pone in tutti quei casi in cui l'amministrazione fallimentare, in forza dell'art. 72 legge fall., opti per il subentro in un contratto i cui effetti non siano ancora esauriti al momento della dichiarazione di fallimento: l'opponibilità al curatore della convenzione arbitrale che acceda a questi negozi è conclusione sulla quale v'è sempre stato diffuso consenso in dottrina ed è assunto che risulta, oggi, confermato dalla lettura *a contrario* dell'art. 83-bis legge fall.<sup>108</sup>.

La fattispecie tracciata in questa norma dà, appunto, per risolta (in senso positivo) la questione con cui intendiamo misurarci ora e che si pone tutte le volte in cui il curatore agisca in giudizio contro un terzo per far valere un diritto che rinviene nel patrimonio del fallito, invocando quale *causa petendi*: a) un contratto che abbia già esaurito i propri

---

norma sostituendosi alle ragioni del fallito, venendosi così a trovare nella stessa posizione processuale di quest'ultimo, non escludono che l'amministrazione fallimentare possa rivestire anche una posizione di terzietà: ciò accade, per esempio, quand'essa voglia contestare l'opponibilità al fallimento di un contratto, dal quale siano sorti diritti di cui è titolare il fallito, esercitando le azioni, previste a tutela della massa; per un'affermazione in questo senso, Cass., 11 novembre 1991, n. 12033; Cass., 22 giugno 2005 n. 13442, con nota di G. SANTAGADA, *Sulle impugnazioni esperibili dal curatore fallimentare avverso un lodo rituale pronunciato anteriormente alla dichiarazione di fallimento*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 709 ss. e in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1091 ss. con nota di C. CECHELLA, *Sull'opposizione di terzo ordinaria proposta incidentalmente in un giudizio di opposizione di terzo revocatoria al lodo arbitrale e sulla equiparazione del lodo a sentenza*. Peraltro, in questa ultima fattispecie, la Suprema Corte – a nostro avviso erroneamente – ha affrontato la questione della terzietà del curatore non già rispetto a un diritto del fallito bensì rispetto ai mezzi di impugnazione di un lodo, già pronunciato al momento della dichiarazione di fallimento.

<sup>108</sup> Su questa specifica ipotesi, oltre Cap. II, par. 6 ss. Tuttavia, merita sin da ora anticipare come v'è chi da sempre attribuisce al curatore la facoltà di scegliere se subentrare o sciogliersi dalla convenzione arbitrale, quale che sia stata la decisione intrapresa circa la prosecuzione oppure no del contratto, cui la prima si riferisce (Cap. II, par. 4). In generale, nel senso che la clausola compromissoria sia opponibile al contraente ceduto (o da costui al cessionario di un contratto), poiché il trasferimento del rapporto contrattuale ceduto avviene nella sua integralità, v. per tutti, F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 266 ss.; F. BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 16; di contrario avviso, C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano, 2009, pp. 72-73. In giurisprudenza, cfr. Cass., 28 ottobre 2011, n. 22522; Cass., 28 marzo 2007, n. 7652.

effetti oppure b) un contratto, che era ancora pendente *ex art. 72 legge fall.* al momento della dichiarazione di fallimento, ma dal quale il curatore si sia sciolto<sup>109</sup>.

Si immagini che nel regolamento contrattuale le parti avessero inserito una clausola compromissoria, demandando a un collegio arbitrale la soluzione di tutte le controversie insorte dalla esecuzione di quel contratto. Proprio perché, in entrambe le fattispecie delineate sub a) e b), non v'è stato subentro nel contratto da parte del curatore, si tratta di capire se la scelta arbitrale, da altri e in precedenza operata, sia comunque opponibile alla massa fallimentare.

Tuttavia, come sopra accennato, la questione se il curatore sia tenuto a instaurare la lite davanti ad arbitri si porrà anche solo in astratto, a patto che si assuma che l'oggetto del processo, e della futura decisione, sia rappresentato dallo stesso diritto del fallito.

Se, infatti, si muove dall'opposta premessa secondo cui la lite instaurata dal curatore contro il terzo abbia per oggetto un diritto diverso da quello di cui è titolare il fallito, il vincolo dell'amministrazione fallimentare all'accordo arbitrale dovrebbe escludersi *a priori* e, in questi casi, il relativo giudizio, che fosse eventualmente in corso, diverrebbe improcedibile<sup>110</sup>.

A ben vedere, però, l'opponibilità al curatore della convenzione arbitrale conclusa dal fallito quando *in bonis* non richiede soltanto il rispetto dei limiti oggettivi di efficacia dell'accordo compromissorio. Si rende, infatti, necessario chiarire a che titolo il curatore agisca a tutela della pretesa che ritrova nel patrimonio fallimentare, quale sia la posi-

---

<sup>109</sup> Quanto al primo caso, si può pensare a un contratto di compravendita, in forza del quale il bene sia stato consegnato alla controparte del fallito, ma il cui corrispettivo sia stato solo parzialmente pagato; quanto alla seconda ipotesi, si immagini un contratto di *leasing* dal quale il curatore della società fallita si sia sciolto ma del quale si vogliono recuperare i canoni non corrisposti dall'utilizzatore; e ancora, un contratto di appalto, nel quale il curatore non si sia sciolto ma del quale non sia stato ancora integralmente pagato il corrispettivo all'appaltatore fallito.

<sup>110</sup> S. VINCRE, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, nota a Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, in *Il fall.*, 2004, spec. p. 530, ove il rilievo che «se dunque la pretesa della curatela fuoriesce dall'oggetto della clausola compromissoria stipulata a suo tempo dal fallito, non si può imporre al curatore la via arbitrale per l'«esercizio dell'azione recuperatoria»».

zione processuale che si ritiene la curatela ricopre in questi casi: se essa, cioè, si comporti come un rappresentante del fallito, un suo avente causa (al modo di un cessionario del credito) ovvero come un sostituto processuale.

*12. La tesi secondo cui il curatore farebbe valere una pretesa diversa da quella del fallito verso il terzo*

Appartiene a uno dei più autorevoli studiosi del diritto fallimentare l'idea che il curatore, nelle controversie instaurate (o proseguite) contro un terzo, volte a recuperare a favore della massa beni o crediti che l'amministrazione fallimentare abbia trovato nel patrimonio del fallito, faccia valere un diritto diverso da quello che il fallito avrebbe potuto esercitare nei confronti della controparte.

Per la precisione, si afferma che il curatore dedurrebbe in giudizio la propria pretesa espropriativa o il proprio diritto di esigere la prestazione, rispetto ai quali il diritto del fallito su quel bene, o a quella prestazione, costituirebbe una questione avente carattere pregiudiziale<sup>111</sup>.

La tesi di E.F. Ricci, formulata prima che la legge fallimentare fosse riformata dal d.lgs. n. 5/2006, muoveva da una riflessione critica rispetto alla diffusa esegesi offerta all'allora vigente art. 43 legge fall.

Quella norma (che si limitava a prevedere che il curatore sta in giudizio nelle controversie, anche in corso, relative ai rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento) era interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza come espressione del principio secondo cui il fallimento comporta la perdita della legittimazione processuale del fallito, cui rimediava l'ingresso del curatore nei processi pendenti.

Nel silenzio del legislatore si riteneva che, alla sopravvenuta carenza di *legitimatio ad processum* del fallito, prevista dall'art. 43, comma primo, legge fall., dovesse collegarsi la perdita della capacità processuale. Per queste ragioni, era diffusa la convinzione che quel processo pendente fosse destinato a interrompersi e poi estinguersi ove non vi fosse stata riassunzione dal (o nei confronti del) curatore. A tal riguar-

---

<sup>111</sup> E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, cit., spec. pp. 196-197.

do, si invocavano gli artt. 299-300 c.p.c., che condizionano l'interruzione a una espressa dichiarazione delle parti in giudizio, invece che al mero verificarsi dell'evento interruttivo (come oggi prevede l'art. 43, comma terzo, legge fall.); era proprio facendo pedissequa applicazione delle norme del c.p.c., in materia di interruzione, che si consentiva al curatore soltanto di eccepire il vizio di sopravvenuta incapacità processuale del fallito. L'adozione di questo schema anche nel caso di sopravvenuto fallimento di una parte non impediva al giudice di pronunciare sentenza ove non fosse stata fatta constare l'apertura di una procedura di insolvenza. Secondo i più, quella pronuncia, pur inopponibile alla massa, avrebbe comunque goduto di un'efficacia circoscritta tra il fallito e la controparte e sarebbe stata invocabile una volta chiuso il fallimento<sup>112</sup>.

E.F. Ricci si opponeva a questa ricostruzione, confutando anzitutto le premesse sulle quali quella tesi si fondava. Egli, infatti, escludeva che il fallimento comportasse una sopravvenuta incapacità processuale della parte e, proprio per questa ragione, riteneva che i giudizi in corso al momento della dichiarazione di fallimento potessero proseguire nei confronti del fallito e fossero idonei a metter capo a una decisione suscettibile di spiegare i propri effetti solo fuori dal (o chiuso il) fallimento. In questo modo, il compianto Studioso giungeva ad affermare che il curatore che agisse in giudizio *ex art. 43 legge fall.* contro un terzo per recuperare un bene o un diritto che aveva trovato nel patrimonio del

---

<sup>112</sup> A. CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, cit., p. 27 ss.; ID., voce *Interruzione nel processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. it. (disc. priv.)*, sez. civ., X, Torino, 1993, spec. p. 91, nt. 76; in giurisprudenza, cfr. Cass., 30 agosto 2004, n. 17418; Cass., 27 febbraio 2003, n. 2965, in *Il fall.*, 2003, p. 1287; Cass., 5 marzo 2003, n. 3245, in *Il fall.*, 2003, p. 1083, con nota di M. GIORGETTI, *La capacità processuale del fallito nei giudizi litisconsortili con il fallimento*; Cass., 10 maggio 2002, n. 6771, *ivi*, 2003, p. 374, con nota di L. BACCAGLINI, *Mera produzione della sentenza dichiarativa di fallimento ed interruzione del processo pendente*; Cass., 2 maggio 2002, n. 6262; Cass., 6 luglio 2001, n. 9164, in *Il fall.*, 2002, p. 820, con nota di R. TROIANO, *Subentro del curatore nei giudizi pendenti e dichiarazione di fallimento*. V. per un'applicazione all'arbitrato Coll. Arb., 24 novembre 1993, cit., che ritiene persista la legittimazione processuale del fallito, parte di un giudizio arbitrale, se il curatore si disinteressa al procedimento.

fallito, non avrebbe potuto che dedurre un diritto diverso da quello di cui è titolare l'imprenditore.

A questo primo rilievo, che E.F. Ricci muoveva alla tesi partecipata a maggioranza dagli interpreti, se ne sommava poi un altro, decisivo. Ciò che si criticava era la deduzione processuale che i più traevano dalla presunta perdita della capacità processuale del fallito, ossia l'applicazione della disciplina dell'interruzione, prevista dal codice di rito, la quale finiva per essere in questo contesto mal applicata, senza che oltretutto la legge fallimentare ne facesse a quel tempo espresso richiamo<sup>113</sup>.

Delle due, infatti, l'una: o il processo, promosso dal fallito, quando *in bonis*, in veste di creditore, non avrebbe mai potuto proseguire in costanza del fallimento, proprio per la sopravvenuta incapacità processuale della parte (ma allora la sentenza eventualmente pronunciata avrebbe dovuto considerarsi *inutiliter data*)<sup>114</sup>; oppure il fallito non

<sup>113</sup> E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, cit., p. 113.

<sup>114</sup> Così, appunto, S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 169, che – nel riflettere prima della modifica apportata nel 2006 all'art. 43, comma terzo, legge fall. – riteneva che il fallimento determinasse la perdita della legittimazione processuale in capo al fallito, sì che non fosse possibile discorrere di legittimazione concorrente di quest'ultimo con il curatore: se ne traeva quale logica conseguenza quella per cui l'eventuale sentenza pronunciata, in costanza di fallimento, tra fallito e terzo sarebbe stata *inutiliter data*. Critico nei confronti di quella diffusa corrente giurisprudenziale che invece ammetteva una circoscritta efficacia della pronuncia tra le parti originarie (e una volta che il fallito fosse tornato *in bonis*), anche A. JORIO, *Le crisi di impresa. Il fallimento*, cit., pp. 355-356.

Discorrevano di perdita assoluta della capacità processuale del fallito anche F. FERRARA jr. (e A. BORGIOLO), *Il fallimento*, cit., p. 486; G. DE FERRA, *Effetti del fallimento per il fallito*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI (a cura di), *La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1986, p. 36; A. DI LAURO, *Il fallimento è causa di interruzione del processo?*, nota a Trib. Napoli, 17 dicembre 1968, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 507; A. FINOCCHIARO, voce *Interruzione del processo*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXII, 1972, p. 445; L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, cit., p. 285; ID., *Fallimento e giudizi pendenti*, in *Dir. fall.*, 1993, I, p. 478 ss.; A. CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum*, cit., pp. 112-113. In giurisprudenza (prima dell'entrata in vigore dell'art. 43, comma terzo, legge fall.), concludevano nel senso che il fallimento della parte comportasse l'automatica interruzione del processo, Cass., 28 maggio 2007, n. 12483; Cass., 4 dicembre 2004, n. 23435.

Rilevava l'aporia descritta nel testo anche G. TARZIA, *Processi pendenti e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 74 il quale – pur riferendosi a un caso di lite passiva, nella

avrebbe mai perso la propria legittimazione processuale nonostante la dichiarazione di fallimento, sì che il giudizio avrebbe potuto sfociare in una decisione, inopponibile alla massa, ma efficace tra le parti originarie; in questo caso, però, non vi sarebbe stato bisogno di interrompere il processo (che in effetti la normativa fallimentare non richiama)<sup>115</sup>.

E.F. Ricci, optando per il secondo corno dell'alternativa, riteneva che un processo, instaurato dall'imprenditore, poi fallito, per recuperare un bene o un diritto da un terzo, non potesse (né dovesse) affatto interrompersi dopo l'apertura della procedura di insolvenza; non si registrava, infatti, alcuna perdita della capacità processuale in capo alla parte fallita.

Dunque, non vi sarebbe stato alcun bisogno per la curatela di prendere il posto di quest'ultima: l'amministrazione fallimentare, legittimata a stare in giudizio ai sensi dell'art. 43 legge fall., non avrebbe agito in luogo del fallito, facendo valere un suo diritto. Nel rivendicare a favore della massa un bene o un diritto appartenente al patrimonio fallimentare, il curatore avrebbe dedotto in giudizio la propria pretesa espropriativa: un diritto diverso da quello di cui rimaneva titolare il fallito, rispetto del quale avrebbe costituito un fatto costitutivo, una questione pregiudiziale<sup>116</sup>.

Per queste ragioni, non vi sarebbe stata alcuna litispendenza tra il processo instaurato dalla curatela, teso a recuperare a favore della massa un bene o un credito che abbia trovato nel patrimonio del fallito, e il processo, già pendente al momento della dichiarazione di fallimento, ove si discutesse della titolarità del diritto a un certo bene o a una determinata prestazione da parte del fallito. Le due cause avrebbero avuto oggetto diversi (ancorché tra loro connessi) e avrebbero potuto svolger-

---

quale sopraggiunga il fallimento del debitore – denunciava l'incongruità di un sistema che ammette l'interruzione del processo, quale conseguenza della dichiarazione di fallimento di una parte, ma legittima al contempo la riassunzione della causa nei confronti del medesimo soggetto.

<sup>115</sup> E.F. RICCI, *Le liti del fallito*, cit., p. 1039; ID., *Lezioni sul fallimento*, II, p. 113; v. anche C. VOCINO, *Il fallito nel suo processo*, in *Dir. fall.*, 1972, I, p. 253; F. DEL VECCHIO, *Il curatore come terzo ed avente causa del fallito*, in *Dir. fall.*, 1984, I, p. 237 ss. Per una recente critica in questo senso, compiuta in chiave retrospettiva, M. MONTANARI, *La sopravvenienza del fallimento in corso di causa*, cit., p. 312.

<sup>116</sup> E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, cit., p. 196.



si perciò autonomamente, senza che il terzo potesse opporre al curatore fallimentare l'eventuale giudicato, formatosi con il fallito, che avesse accertato l'insussistenza del diritto di quest'ultimo.

In effetti, il significato dell'art. 43 legge fall. – là dove, già prima della Riforma del 2006, stabiliva che nel processo, anche in corso al momento della dichiarazione di fallimento, *sta in giudizio il curatore* – veniva ricondotto a ciò: l'inopponibilità alla massa fallimentare della sentenza pronunciata tra fallito e terzo avrebbe potuto evitarsi se il curatore fosse intervenuto in quel giudizio, anche tramite una chiamata in causa *ex art. 106 c.p.c.*, posta in essere dalla controparte del fallito<sup>117</sup>.

Nell'economia della tesi di E.F. Ricci, la chiamata del curatore, nel processo instaurato dal fallito quando ancora *in bonis*, volto a riconoscere l'esistenza di un suo diritto nei confronti di un terzo, era funzionale a tutelare la posizione di quest'ultimo evitandogli di dover essere convenuto dalla amministrazione fallimentare, in un nuovo processo, per ridiscutere in parte degli stessi *themata*<sup>118</sup>.

Si intuiscono così le ricadute applicative alle quali questa proposta interpretativa conduceva quando il curatore si trovava dinnanzi a una convenzione arbitrale o a un giudizio arbitrale pendente, aventi per oggetto il diritto del fallito verso il terzo.

Il curatore che avesse voluto far valere in giudizio quel diritto, non sarebbe stato vincolato all'accordo compromissorio, posto che esso avrebbe riguardato un diritto che è diverso da quello di cui l'ammini-

---

<sup>117</sup> Così E.F. RICCI, *ult. op. cit.*, pp. 125-126, che proprio nell'intervento volontario o coatto del curatore scorge il significato dell'art. 43, nella parte in cui quella norma prevedeva la prosecuzione del processo pendente nei confronti dell'amministrazione fallimentare «Che il curatore sia l'unico soggetto, nei cui confronti debba continuare il processo, è da negare; ma ciò non toglie che la evocazione del curatore nel processo sia comunque possibile alla parte diligente. Anche se nessuna norma delinea questa soluzione *apertis verbis*, la si deve ricavare dal sistema». E secondo l'A., questa soluzione avrebbe consentito di salvaguardare la posizione del terzo nei confronti della massa dei creditori, rendendo loro opponibile la vicenda processuale pendente, proprio tramite l'intervento volontario o coatto del curatore nella lite.

<sup>118</sup> Nessuna litispendenza, dunque, tra quei processi che proseguissero autonomamente.

strazione fallimentare sarebbe stata titolare<sup>119</sup>. Parimenti, se il procedimento arbitrale fosse stato in corso al momento della dichiarazione di fallimento, la chiamata in arbitrato della curatela, ad opera di una delle parti, non avrebbe reso quest'ultima direttamente parte di quel giudizio, essendo a tal fine necessario il consenso del chiamato (art. 816-*quinquies* c.p.c.). Requisito, questo, che avrebbe escluso per ciò solo l'automatica soggezione dell'amministrazione fallimentare al lodo che poi fosse stato pronunciato<sup>120</sup>.

*13. Segue: la difficoltà di conciliare questa lettura con il nuovo art. 43, comma terzo, legge fall. e il recupero dell'idea secondo cui il curatore farebbe valere il diritto del fallito in veste di un suo (sia pur peculiare) sostituto processuale*

Si tratta ora di appurare se le conclusioni cui questa lettura approdava rimangano attuali anche a seguito della modifica che ha interessato l'art. 43 legge fall.

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2006, non può più dubitarsi del fatto che la sopravvenuta dichiarazione di fallimento a carico di una delle parti comporti l'interruzione del processo, né che quest'ultima consegua automaticamente<sup>121</sup>. Il tenore dell'art. 43, comma terzo, legge

---

<sup>119</sup> S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., spec. p. 71 s.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, cit., p. 92.

<sup>120</sup> Sulla chiamata in causa del terzo nel procedimento arbitrale, C. CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, spec. p. 860 ss. e C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano, 2009, pp. 163-164.

<sup>121</sup> Si tratta di un principio pacificamente riconosciuto: v. *ex multis*, F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, p. 278; P. GENOVIVA, *Gli effetti patrimoniali e personali del fallimento per il fallito*, in G. FAUCEGLIA, L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, II, cit., p. 467; G. CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO (a cura di), *Il fallimento*, cit., p. 356; F. MARELLI, *Sub art. 43 legge fall.*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., p. 714. V. da

fall. non lascia spazio a equivoci; lo stesso primo comma di quella norma (là dove stabilisce che nei processi anche in corso sta in giudizio il curatore) non può che interpretarsi nel senso che il processo pendente al momento della dichiarazione di fallimento, e vertente su una lite c.d. attiva, può proseguire solo se riassunto nei confronti del curatore<sup>122</sup>.

In forza di questi rilievi, risulta difficile accogliere la tesi, sostenuta a maggioranza prima del d.lgs. n. 5/2006, secondo cui il processo – comunque proseguito nel contraddittorio con il fallito nonostante la sopravvenuta carenza di legittimazione processuale in capo a quest'ultimo – avrebbe messo capo a una decisione di merito valida ma non opponibile alla massa<sup>123</sup>.

---

ultimo in giurisprudenza, Trib. Roma, 5 giugno 2017, in *Dejure*, Trib. Pavia, 31 marzo 2016, *ivi*; Trib. Milano, 31 marzo 2013, n. 1392, *ivi*; Cass., 4 aprile 2013, n. 8238.

<sup>122</sup> M. MONTANARI, *La sopravvenienza*, cit., p. 312 che, con efficace espressione, descrive l'interruzione del processo quale conseguenza necessitata della sentenza dichiarativa di fallimento e come un dogma, non più suscettibile di essere messo in discussione, quello della perseguibilità del processo solo previo subingresso del curatore alla parte dichiarata fallita.

<sup>123</sup> Dello stesso avviso, A. NAPOLITANO, *L'impatto dell'art. 43, comma 3, legge fallim. sulle cause in corso alla data della dichiarazione di fallimento*, nota a Cass., 4 maggio 2016, n. 11264, in *Dir. fall.*, 2017, II, p. 184 ss., che scorge il senso del cit. art. 43, comma terzo, proprio nella volontà di eliminare incertezze operative derivanti dai risvolti applicativi della tesi menzionata nel testo; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale*, cit., p. 8, secondo cui la persistente legittimazione processuale del fallito non potrebbe discendere (come, invece, argomenta discutibilmente la giurisprudenza) dal disinteresse del curatore nei confronti della controversia in corso al momento della dichiarazione di fallimento: Cass., 19 maggio 2015, n. 10210; Cass., 8 maggio 2013, n. 10724; Cass., 19 settembre 2011, n. 19095; Cass., 4 marzo 2011, n. 5226; Cass., 9 marzo 2011, n. 5571. Rimangono attuali le osservazioni di G. DE FERRA, *Sub art. 43 legge fall.*, cit., p. 34, secondo il quale l'inerzia del curatore è comportamento neutro, che non significa alcunché. Eppure, molta parte degli interpreti si ostina a sostenere che si tratti di una perdita della capacità processuale del fallito solo relativa e ammette che egli possa continuare a stare in giudizio, quale il curatore, per qualunque ragione, si disinteressa del processo (V. ZANICHELLI, *Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori*, in A. JORIO, B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Torino, 2014, p. 17 ss. che preferisce appunto discorrere di compressione della capacità processuale del fallito in caso di inerzia o disinteresse delle ragioni della procedura. In giurisprudenza da ultimo, Cass., 9 marzo 2011, n. 5571, in *Il fall.*, 2011, p. 1363; negli stessi termini, F. CORSINI, *Sub artt. 75-77. Parti*, in S. CHIARLONI

Al contempo, però, l'interruzione del processo, quale automatica conseguenza del sopravvenuto fallimento di una delle parti, esige di ripensare anche alla ricostruzione offerta da E.F. Ricci: proprio perché si deve riconoscere la perdita per il fallito della propria legittimazione processuale, diviene difficile negare che il senso dell'art. 43, primo comma, legge fall. sia quello di stabilire che il curatore prenda il posto del fallito nel giudizio in corso.

Se ciò è vero, faticiamo ad affermare che il curatore, quando voglia recuperare in via giudiziale un bene o un diritto che appartiene al fallito, deduca in giudizio una situazione giuridica autonoma (la c.d. pretesa espropriativa) di cui l'amministrazione fallimentare sarebbe titolare. Se ragionassimo in questi termini, dovremmo concludere che il fallimento sopravvenuto in pendenza di una lite instaurata dal fallito quando *in bonis*, volta a rivendicare un bene da un terzo, comporta l'improcedibilità di quel processo quanto al suo oggetto originario e la riassunzione di quel giudizio, da parte di un diverso soggetto, e su un diritto diverso. Il francamente che appare difficile da sostenere<sup>124</sup>.

V'è, però, un altro e diverso modo di ricostruire la posizione del curatore rispetto ai diritti o ai beni che egli ritrova nel patrimonio del fallito.

Il fatto che il processo pendente al momento della dichiarazione di fallimento prosegua nei confronti dell'amministrazione fallimentare (come oggi emerge dalla lettura combinata dei commi primo e terzo dell'art. 43 legge fall.) può spiegarsi più pianamente se si scorge nella curatela un sostituto processuale del fallito, un soggetto dotato cioè di legittimazione straordinaria ad agire.

Si tratta di una proposta ricostruttiva che era già stata avanzata (e autorevolmente sostenuta) all'indomani dall'entrata in vigore della leg-

---

(a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 2016, pp. 136-137, ove altri richiami).

<sup>124</sup> M. MONTANARI, *ult. op. loc. cit.*, ove il rilievo – formulato in forma interrogativa e verosimilmente retorica – secondo cui si dovrebbe essere costretti a pensare che all'uscita dal processo del fallito si debba per forza di cose accompagnare l'estraniamento dal *thema decidendum* delle relazioni di diritto sostanziale a esso facenti capo, per poterle nuovamente devolvere all'esame di un giudice solamente a fallimento concluso.

ge fallimentare<sup>125</sup>. Va detto comunque che, nel riconoscere in capo al curatore una legittimazione straordinaria ad agire in luogo del fallito, quella dottrina aveva fin da subito messo in luce la peculiarità della fattispecie: e infatti, non era certo nell'interesse del fallito che il curatore avrebbe agito in giudizio a tutela dei diritti rinvenuti nel patrimonio del fallito<sup>126</sup>, né poteva esservi dubbio sul fatto che il curatore avrebbe agito a prescindere dalla volontà e dall'interesse del fallito<sup>127</sup>. Da questo punto di vista, allora, ha colto nel segno chi, nel criticare l'idea di una sostituzione processuale del curatore al fallito, ha osservato come l'amministrazione fallimentare che deduca in giudizio un diritto del fallito non miri a ottenere una decisione a favore del suo titolare: così, si comporterebbe un soggetto dotato di legittimazione straordinaria ad agire<sup>128</sup>, mentre la curatela non assume mai una tale posizione dei confronti del fallito chiedendo piuttosto un vantaggio a favore del ceto creditore<sup>129</sup>.

Non si tratta, però, di obiezioni insuperabili: proprio coloro che ravvisano nel curatore un legittimato straordinario ad agire in luogo del fallito, ammettono che nel caso del fallimento (ma anche in altri presenti nel nostro ordinamento) il legislatore

muova dalla considerazione dell'interesse che subietti diversi dal titolare del rapporto giuridico litigioso [nel nostro caso, il fallito], e dallo stesso subietto eccezionalmente legittimato ad agire o a contraddire [per

---

<sup>125</sup> E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 192 ss.; A. DE MARTINI, *Legittimazione processuale del fallito*, nota a Cass., 13 agosto 1947, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, III, p. 388 ss.

<sup>126</sup> E. GARBAGNATI, *ult. op. cit.*, pp. 192-193, ove il rilievo che «sarebbe erroneo pensare che, nel conferire al curatore la legittimazione ad agire o a contraddire in luogo del fallito, il legislatore muova dalla considerazione di un interesse del fallito stesso a essere sostituito dal curatore nel compimento degli atti processuali necessari per provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale in merito ai rapporti giuridici patrimoniali compresi nel fallimento».

<sup>127</sup> Per riprendere un'espressione di M. GHIDINI, *Sul curatore del fallimento (riflessi della dottrina della rappresentanza e della surrogazione)*, in *Temi Emiliana*, 1933, spec. p. 52 ss.

<sup>128</sup> E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, cit., p. 196.

<sup>129</sup> Così quasi con queste parole, E.F. RICCI, *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, cit., p. 1024.

quel che ci riguarda, il curatore], hanno all'attribuzione del potere di azione, rispetto a determinati rapporti giuridici, ad un soggetto non coincidente col titolare dei rapporti stessi, ed eventualmente all'esclusione, in pari tempo, della legittimazione di quest'ultimo ad agire o contraddire relativamente a tali rapporti<sup>130</sup>.

Non a caso, con riferimento al fallimento, si è parlato di «surrogazione processuale forzata», là dove l'aggettivo «forzata» indica sia il fatto che la sostituzione del curatore al fallito prescinde dalla inerzia del sostituto (al quale è oltretutto precluso l'esercizio dei propri diritti, anche da un punto di vista processuale: il che spiegherebbe anche la ragione per la quale non vi sarebbe la necessità di integrare il contraddittorio) sia il fatto che il curatore in quei casi – lungi dal far valere un diritto soggettivo – eserciterebbe una potestà, un ufficio pubblico<sup>131</sup>.

Ebbene, a noi pare che alla luce del disposto dei commi primo e terzo dell'art. 43 legge fall. possa accogliersi l'idea del curatore che agisca in veste di sostituto processuale del fallito, in tutti quei casi in cui la legge gli imponga di «stare in giudizio in luogo del fallito» esercitando un'azione che rinvieni nel patrimonio del fallito.

L'integrazione del contraddittorio (che, in pendenza di fallimento, per le ragioni sopra esposte non è ovviamente richiesta, diversamente da quanto prevede l'art. 2900, secondo comma, c.c.) diverrà necessaria solo quando, disposta la chiusura del fallimento, la curatela dovesse proseguire quella controversia, in virtù di quanto stabilito dall'art. 118 legge fall.<sup>132</sup>.

Il venir meno dell'effetto dello spossessamento renderà il fallito litisconsorte necessario in quella controversia, ai sensi dell'art. 102 c.p.c.<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 196-197.

<sup>131</sup> A. DE MARTINI, *Legittimazione processuale del fallito*, cit., spec. p. 389.

<sup>132</sup> M. MONTANARI, *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), pp. 17-18; nonché ID., *Ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), p. 14.

<sup>133</sup> Diverso sarebbe se si continuasse a ritenere che la lite intrapresa dal curatore per rivendicare un bene del fallito abbia per oggetto un diritto diverso da quello che quest'ultimo avrebbe potuto far valere nei confronti della controparte. Accogliere la ricostruzione proposta da E.F. Ricci significa in questo caso riconoscere al fallito, tornato *in*

#### 14. Corollari applicativi di questa ricostruzione nei casi di giudizi arbitrali

L'aver individuato nel curatore un sostituto processuale del fallito, ogni qual volta il primo faccia valere verso un terzo un diritto che abbia ritrovato nel patrimonio fallimentare, comporta implicazioni di non poco momento rispetto al tema che qui ci occupa<sup>134</sup>.

La riconosciuta legittimazione straordinaria ad agire in capo all'amministrazione fallimentare, per la tutela di una situazione giuridica soggettiva di cui il fallito è titolare, non esclude a priori l'idea di una opponibilità all'amministrazione fallimentare dell'accordo compromissorio che il fallito avesse concluso con la controparte in relazione a quel diritto.

Il sostituto processuale, poiché fa valere in giudizio la stessa posizione sostanziale della quale è titolare il sostituito (tant'è vero che esercita la medesima azione che quest'ultimo avrebbe potuto esperire) e invoca contro il convenuto la stessa *causa petendi* – ossia il contratto – che avrebbe invocato il legittimato ordinario, deve considerarsi vincolato al patto arbitrale contenuto in quel negozio<sup>135</sup>.

---

*bonis*, la possibilità di spiegare un intervento volontario, in quanto titolare di un diritto che è pregiudiziale rispetto a quello dedotto in causa. Sul punto, cfr. ancora M. MONTANARI, *Ancora sulla chiusura anticipata*, loc. cit. Ad ogni modo, quale che sia la ricostruzione accolta, è da escludere che si assista a una interruzione del processo in corso, per effetto della sopravvenuta legittimazione processuale del fallito (così M. MONTANARI, *op. loc. cit.*; ma v. in senso contrario, G. MINUTOLI, *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in A. JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, II, Milano, 2016, p. 2429).

<sup>134</sup> Uno spunto in tal senso in M. MACCHIA, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, nota a Trib. Reggio Emilia, 2 dicembre 2005, in *Il fall.*, 2006, p. 821 e anche in I. PAGNI, *La concessione abusiva del credito tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Le società*, 2007, spec. p. 444.

<sup>135</sup> R. MURONI, *L'ambito soggettivo di efficacia della clausola compromissoria e la sua opponibilità al creditore attore in surrogatoria*, nota a Cass., 25 maggio 1995, n. 5724, in *Giur. it.*, 1996, p. 1523; C. CECHELLA, *Limiti soggettivi del patto compromissorio*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1373; L. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 112; F. BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, cit., p. 21.

Ciò significa che la convenzione di arbitrato potrà essere opposta al curatore anche quando egli voglia far valere contro il terzo un diritto del fallito sorto da un contratto che abbia già esaurito i propri effetti o da un rapporto giuridico, ancora pendente, dal quale il curatore si sia sciolto<sup>136</sup>.

La proposta interpretativa che scorge nel curatore un sostituto processuale del fallito ci sembra in ogni caso da preferire rispetto all'idea, tutt'ora avanzata in dottrina di ritenere che il curatore (al di fuori dei casi in cui subentra in un rapporto giuridico pendente) non farebbe mai valere verso il terzo lo stesso diritto del fallito, bensì l'autonoma pretesa dell'amministrazione fallimentare a esigere quel diritto. Chi ragiona in questi termini è coerente nell'escludere che il curatore sia vincolato all'accordo arbitrale concluso dal fallito, quando *in bonis*<sup>137</sup>.

Sia pur per altre ragioni, non ci soddisfa nemmeno l'affermazione, ricorrente in giurisprudenza, secondo cui il curatore che esercita un'azione che rinviene nel patrimonio del fallito si pone nella stessa posizione sostanziale e processuale di costui<sup>138</sup>.

L'assunto è in sé generico, poiché ancora non chiarisce a quale titolo il curatore agirebbe in giudizio. Sotto questo profilo, ci pare debbano scartarsi tanto l'idea che ricorra un caso di rappresentanza del fallito,

---

<sup>136</sup> Su quest'ultima conclusione, che si pone in apparente contrasto con la lettera dell'art. 83-*bis* legge fall. ci permettiamo di rinviare a Cap. II, par. 7.

<sup>137</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, cit., p. 92.

Cfr. anche A. LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, nota a Cass., ord. 17 aprile 2003, n. 6165, in *Riv. arb.*, 2004, p. 712, sebbene la posizione dell'A. rispetto al problema appaia contraddittoria: si esclude, infatti, che il curatore (che voglia far valere un diritto del fallito, avente titolo in un contratto sciolto con la dichiarazione di fallimento), sia vincolato dall'accordo arbitrale concluso in precedenza dal fallito. Tuttavia, questa conclusione viene dapprima giustificata scorgendo nell'amministrazione fallimentare un successore nella singola pretesa creditoria (cui il patto arbitrale non sarebbe appunto opponibile al pari di quanto accade per il cessionario del credito) ma subito dopo argomentata ritenendo che la pretesa del curatore sarebbe qualitativamente altra da quella che il fallito avrebbe potuto far valere nei confronti della propria controparte.

<sup>138</sup> Da ultimo, Cass., 21 novembre 2016, n. 23630; Cass., 11 novembre 1991, n. 12033, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 491; Cass., 18 dicembre 1984, n. 6625, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 584, con nota di A. LUMINOSO; Trib. Milano, 24 settembre 1981, in *Il fall.*, 1982, p. 286.



quanto quella secondo cui l'amministrazione fallimentare si comporti come un suo avente causa, come un soggetto che succede nella sola pretesa creditoria che fa capo al fallito. In effetti, non è mancato chi ha assimilato la posizione del curatore a quella del cessionario del credito. Si tratta però di una lettura che, appunto, non convince.

Il curatore che vuol riscuotere un credito o rivendicare bene che ritrova nel patrimonio del fallito non può essere considerato un successore a titolo particolare del fallito, perché non acquisisce la titolarità di quel diritto. L'amministrazione fallimentare assume unicamente la gestione e la disponibilità dei beni che rientrano nel patrimonio fallimentare *ex art. 42 legge fall.*, tant'è vero che il fallito, chiusa la procedura concorsuale, recupera pienamente i poteri sul suo patrimonio non liquidato, senza che occorra un atto di trasferimento né comportando la chiusura un trasferimento *ex lege*<sup>139</sup>. Ecco perché escludiamo che la curatela possa considerarsi un avente causa del fallito, e possa essere considerato al modo di un cessionario del credito.

Se, peraltro, si volesse concludere in questi termini, non sarebbe affatto pacifico che la clausola compromissoria, conclusa tra ceduto e cedente (ora fallito) sia opponibile al curatore<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> M. MACCHIA, *Opponibilità della clausola*, cit., p. 821.

<sup>140</sup> Sul punto, come noto, si contendono il campo tre diversi orientamenti: da una parte, specie in giurisprudenza, v'è chi ritiene che solo il debitore ceduto possa opporre l'esistenza di una clausola compromissoria al creditore cessionario, posto che la mera cessione del credito non comporta alcuna modifica oggettiva del rapporto, che viene trasferito con la stessa causa e le stesse eccezioni causali; per contro il cessionario, non essendo subentrato nel negozio compromissorio, non potrebbe avvalersi dell'arbitrato là dove volesse agire verso il debitore ceduto subentrando nella sola titolarità del diritto, non già nel negozio compromissorio (in questi termini, in giurisprudenza, Cass., 23 ottobre 2017, n. 25054; Trib. Treviso, 4 febbraio 2016, n. 308; Cass., 28 dicembre 2011, n. 29261; Cass., 21 marzo, 2007 n. 6809; Cass. Sez. un., 21 novembre 2006, n. 24681; Cass., 19 settembre 2003, n. 13893; Cass. Sez. Un., 17 dicembre 1998, n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2979, che peraltro non risolveva alcun contrasto giurisprudenziale, ma si pronunciava in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, in ragione dell'esistenza di una compromissoria per arbitrato internazionale). Sembra aderire a questa lettura C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., pp. 74-75, il quale osserva che «il debitore ceduto può 'unilateralmente' avvalersene perché, avvalendosi, esige la tutela dei diritti controversi nascenti dal contratto con quelle stesse modalità (arbitrato) pattuite con il 'suo' contraente, cioè il cedente il credito. E il cessionario, in

---

questo caso, non può sottrarsi all'arbitrato, giacché – a fronte dell'istanza di tutela del debitore ceduto – viene a trovarsi nella stessa posizione sostanziale del suo dante causa, e dunque vincolato all'accordo compromissorio da questo sottoscritto con il debitore». L'A., peraltro, è il primo a mettere in luce i limiti di questa «circolazione a senso unico» della clausola compromissoria, prospettando come più opportuna la soluzione che impedisce la circolazione del patto arbitrale, per effetto della cessione del credito (in questo senso, Cass., 1 settembre 2004, n. 17351, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1585, con nota critica di V. MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: la Cassazione «evidentemente» si contraddice*).

Parte della dottrina, tuttavia, è di opposto avviso e ammette la piena opponibilità anche al cessionario del credito della clausola compromissoria che accede al contratto dal quale quel credito è sorto; così, per esempio, L. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., p. 100 ss. secondo la quale sarebbe possibile applicare alla cessione del credito la stessa disciplina propria della cessione del contratto, e così il principio (sancito in questo caso) dell'opponibilità al cessionario delle eccezioni derivanti dal rapporto ceduto (tra le quali anche l'esistenza di un patto compromissorio tra cedente e ceduto). Si trasferirebbero al cessionario, insieme con il diritto di credito, anche le modalità di esercizio del medesimo che erano state pattuite. Questa conclusione (partecipata anche da altri, tra i quali F. BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, cit., pp. 102-103; R. CARLEO, *Le vicende soggettive*, cit., p. 83 ss.; V. MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria. Le inaccettabili conclusioni della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1585 ss.; F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., pp. 266-268; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, pp. 42-43) non ha trovato comunque pieno consenso tra gli interpreti.

V'è stato, infatti, chi – valorizzando la posizione processuale del cessionario – ha ritenuto che la titolarità delle azioni tendenti alla conservazione e alla realizzazione del credito non siano un effetto che consegua direttamente all'acquisto del credito; pertanto, il cessionario non sarebbe vincolato a una modalità di esercizio dell'azione che egli non abbia convenuto e potrebbe agire in via ordinaria. La soluzione – secondo chi l'ha proposta – tutelerebbe adeguatamente anche lo stesso debitore ceduto che aveva sì concluso una clausola compromissoria ma con un soggetto diverso da quello con il quale si troverebbe ora a contraddire in arbitrato (in questi termini R. MURONI, *L'ambito soggettivo*, cit., p. 1523, che infatti esclude che il mero cessionario del credito sia vincolato alla clausola compromissoria che accede al contratto dal quale quel credito sorge); cfr. anche S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995, p. 45 secondo cui osterebbe alla successione nella clausola compromissoria (in caso di cessione del credito) la stessa struttura dell'istituto, che non postula il trasferimento al cessionario dell'intera posizione contrattuale del cedente, ma solo un diritto derivante dalla medesima opponibilità della clausola compromissoria.

Come noto, il vincolo del cessionario del credito alla convenzione di arbitrato è questione controversa in dottrina ed ha ricevuto risposte non univoche in giurisprudenza.

Chi ritiene che lo sia, fa leva invece sulla circostanza che qualsiasi modificazione soggettiva del rapporto, dal lato attivo, non può comportare mutamenti nella posizione del soggetto passivo: costui, pertanto, potrebbe continuare a fare legittimo affidamento sulla pregressa conclusione di un accordo arbitrale e convenire perciò davanti ad arbitri il cessionario.

Tuttavia, assecondare questa lettura significherebbe scontrarsi con quel rilievo, da altri formulato e difficilmente superabile, secondo cui si tratterebbe qui non di un trasferimento volontario del diritto ma di una cessione *ex lege* all'amministrazione fallimentare la quale, in numerose ipotesi, modifica d'imperio la posizione del contraente *in bonis* per raggiungere i suoi scopi, senza che per quel soggetto possa parlarsi di pregiudizio<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> Così, quasi con queste parole, S. VINCRE, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, cit., pp. 529-530.



## CAPITOLO SECONDO

### L'OPPONIBILITÀ AL CURATORE DEGLI ACCORDI ARBITRALI CONCLUSI DAL FALLITO

*SOMMARIO: 1. Premessa e programma dell'indagine. 2. La c.d. "tesi dicotomica": il curatore sarebbe vincolato al solo procedimento arbitrale già pendente al momento della dichiarazione di fallimento. Critica. 3. La tesi secondo cui la convenzione arbitrale sarebbe opponibile al fallimento perché costituirebbe un mandato collettivo conferito anche nell'interesse dei terzi. Critica. 4. La tesi che ricostruisce l'accordo arbitrale come un rapporto giuridico pendente, ex art. 72 legge fall. Critica. 5. L'art. 83-bis legge fall. e l'improcedibilità del giudizio arbitrale, nel caso di scioglimento del contratto che ne costituisce l'oggetto. Il ruolo che tale disposizione gioca nel più ampio dibattito sui rapporti tra arbitrato e fallimento. 6. Segue: l'improcedibilità dell'arbitrato, ex art. 83-bis legge fall., quale conseguenza della sola nomina degli arbitri non seguita dalla loro accettazione. Critica. 7. Segue: l'art. 83-bis legge fall. e l'idea secondo cui lo scioglimento del contratto determinerebbe la sopravvenuta inefficacia dell'accordo arbitrale. Critica. 8. Segue: l'improcedibilità ex art. 83-bis legge fall. quale espressione del sopravvenuto disinteresse del curatore rispetto al contratto nel quale non è subentrato. 9. Sintesi dell'indagine svolta e rilievi conclusivi.*

#### *1. Premessa e programma dell'indagine*

L'indagine che precede ha permesso di individuare quali liti rimangano arbitrabili, nonostante l'intervenuta dichiarazione di fallimento di uno dei paciscenti.

Per la precisione, si è escluso che possano essere introdotti o proseguiti giudizi arbitrali, in cui si deducano contro il fallito diritti di carattere patrimoniale. Per contro, si è ritenuto che gli arbitri possano conoscere e decidere di eventuali domande pregiudiziali rispetto a quelle di condanna proposte verso il fallito, senza che l'esclusività del rito della verifica del passivo (e il rispetto del principio del concorso formale, che esso mira a garantire) possano considerarsi violati.

Tutt'altro genere di riflessioni ha richiesto l'indagine intorno alla compromettibilità delle c.d. liti attive. Proprio perché l'oggetto di queste controversie è rappresentato da un diritto di credito o da un bene che il curatore ritrova nel patrimonio fallimentare e vuol far valere verso il terzo, la soluzione alla questione se il patto arbitrale sia opponibile al fallimento rimane condizionata dall'individuazione del titolo in forza del quale il curatore agirebbe in giudizio.

In questi casi, l'aver ammesso che ciò avvenga non in forza di un fenomeno successorio ma in virtù di una sostituzione processuale, ci ha portato ad affermare che il patto compromissorio, stipulato prima dell'apertura della procedura, vincola la curatela al pari di quanto quell'accordo, quando concluso dal sostituito, vincolerebbe il sostituto processuale.

Si tratta di verificare se sussistano ragioni di diverso ordine che ostacolano una siffatta conclusione. Di questo tema ci occuperemo nelle pagine che seguono, dando per presupposto che l'oggetto del giudizio sia arbitrabile (o lo sia rimasto) nonostante il fallimento di una delle parti.

L'incertezza, che per certi aspetti ancora si registra tra gli interpreti, è accentuata dalla singolarità che connota il fenomeno arbitrale, nel quale si mescolano segmenti di matrice negoziale a momenti di schietta natura processuale, come il procedimento arbitrale, che il patto concluso tra le parti mira a realizzare<sup>1</sup>.

Gli argomenti che la dottrina e la giurisprudenza hanno addotto per escludere – o comunque limitare – il vincolo del curatore all'accordo compromissorio concluso dal fallito, quando *in bonis*, sono stati i più vari: v'è stato chi, per esempio, si è richiamato al principio di *perpetuatio ex art. 5 c.p.c.*, per concludere che l'arbitrato fosse opponibile al

---

<sup>1</sup> La particolarità, cui si è fatto richiamo nel testo, è riferita al fatto che l'accordo compromissorio comporta per le parti solo un effetto dispositivo in via mediata sul diritto sostanziale; esse, infatti, si limitano a regolare diversamente l'esercizio del diritto di azione, dal punto di vista del giudice competente e dell'*iter* procedimentale, governato com'è dalle regole convenzionali che le parti fissano e dal preminente ruolo direzionale degli arbitri (quasi con queste parole, R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., p. 146 ss.).

curatore, solo se il procedimento fosse già in corso al momento dell'apertura della procedura<sup>2</sup>.

Non è mancato chi è giunto alla stessa conclusione invocando argomenti di diritto sostanziale. Per la precisione, si è scorto nel contratto concluso dalle parti con gli arbitri un esempio di mandato conferito anche nell'interesse di terzi; si è così ritenuto applicabile al primo la disciplina fallimentare prevista per il secondo. Poiché l'art. 78 legge fall. prevede che il contratto di mandato si sciogla nel solo caso di fallimento del mandatario (e non del mandante), si è ammessa la prosecuzione del procedimento arbitrale nei confronti dell'amministrazione fallimentare, qualora gli arbitri avessero già accettato l'incarico<sup>3</sup>.

Ha poi conosciuto larga adesione in dottrina la tesi che, interpretando il patto arbitrale alla stregua di un autonomo rapporto giuridico pendente al momento della dichiarazione di fallimento, ha attribuito al curatore la facoltà di sciogliersi da esso, nonostante egli sia subentrato nel negozio cui accede l'accordo compromissorio<sup>4</sup>.

L'indagine che ci accingiamo a svolgere si soffermerà dapprima su ciascuna di queste letture, dimostrando perché ognuna di loro apparisse (e appaia, tutt'ora, per certi versi) inappagante. Seguirà un confronto con l'attuale sistema normativo nel quale, a partire dal d.lgs. n.5/2006, è stato introdotto l'art. 83-*bis* legge fall.

Come noto, la norma si occupa di una fattispecie piuttosto circoscritta, posto che presuppone la pendenza di un procedimento arbitrale, con un oggetto ben definito, coincidente con un contratto dal quale il curatore, per legge o per volontà propria, si sia sciolto. Sebbene la previsione si limiti a sancire la (sola) improcedibilità del giudizio in corso, è opportuno domandarsi se l'art. 83-*bis* disciplini implicitamente anche la sorte dell'accordo compromissorio, cui le parti, al momento dell'apertura di fallimento, non abbiano ancora dato attuazione.

L'interrogativo sorge spontaneo dalla semplice lettura della rubrica *legis* che, a dispetto del testo di legge, discorre di «Clausola arbitrale». Come tosto si vedrà, molta parte della dottrina offre al quesito una risposta positiva e ritrova il significato dell'improcedibilità del giudizio

---

<sup>2</sup> Oltre par. 2.

<sup>3</sup> Oltre par. 3.

<sup>4</sup> Oltre par. 4.

arbitrale nel fatto che l'accordo compromissorio, sul quale il procedimento si fonda, avrebbe perso i propri effetti a seguito del mancato subentro del curatore nel contratto. Da ciò si farebbe derivare anche l'improponibilità in arbitrato di qualsiasi domanda proposta dopo lo scioglimento del curatore dal contratto e relativa, ovviamente, a pretese sorte prima della dichiarazione di fallimento.

Nel prendere posizione in ordine al dibattito sorto sull'esatta esegesi dell'83-*bis* legge fall. ci chiederemo se da quella norma sia possibile ricavare qualche indicazione più generale sui rapporti tra patto compromissorio e sopraggiunto fallimento e se, sempre in una prospettiva più ampia che trascende l'arbitrato su rapporti giuridici pendenti, sia possibile distinguere i destini del procedimento arbitrale secondo che esso sia in corso oppure no al momento della dichiarazione di fallimento.

## 2. *La c.d. "tesi dicotomica": il curatore sarebbe vincolato al solo procedimento arbitrale già pendente al momento della dichiarazione di fallimento. Critica*

Per quasi mezzo secolo, e fino agli anni sessanta, è prevalsa tra gli interpreti la convinzione che solo il giudizio arbitrale già pendente alla data di apertura del fallimento avesse effetto verso il curatore. Poiché a quel tempo la litispendenza arbitrale era segnata dalla accettazione da parte degli arbitri del relativo incarico, si riteneva che l'accordo compromissorio vincolasse l'amministrazione fallimentare solo se il collegio arbitrale fosse già stato costituito<sup>5</sup>. Di qui, l'aggettivo «dicotomica»

---

<sup>5</sup> A quanto consta, questa tesi è stata inaugurata in giurisprudenza da Cass., 20 dicembre 1934, n. 3643, in *Foro it.*, 1935, I, p. 263; Cass., 12 gennaio 1956, n. 30, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 208 e in *Dir. fall.*, 1956, II, p. 57, ove si afferma espressamente che «La dichiarazione di fallimento di una parte, intervenuta prima della costituzione del rapporto arbitrale e del conseguente inizio del giudizio relativo, ne impedisce il valido sorgere; mentre nessuno spostamento di competenza si produce, invece, qualora il giudizio arbitrale sia già in corso al momento della dichiarazione di fallimento»; in senso analogo anche Cass., 4 agosto 1958, n. 2866, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 130; Trib. Genova, 24 novembre 1959, in *Dir. fall.*, 1960, II, p. 718 ss.; Cass., 18 maggio



attribuito a questa esegesi, a indicare l'opposta sorte dell'arbitrato, secondo che fosse già stata data attuazione al patto arbitrale, al momento della dichiarazione di fallimento della parte<sup>6</sup>.

La prospettiva comparata dimostra come questa soluzione non sia isolata: vi sono, infatti, sistemi giuridici che prevedono un regime diverso per la convenzione di arbitrato e per il procedimento arbitrale già pendente, sancendo, rispettivamente, la perdita di efficacia della prima e la perseguibilità del secondo. È questa, per esempio, la conclusione cui perviene l'ordinamento spagnolo<sup>7</sup>.

Si tratta, però, di una ricostruzione che, in assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso, non merita a nostro avviso di essere accolta.

Intendiamo prescindere, per un momento, dal *dies a quo* al quale questa lettura ancora la pendenza del giudizio arbitrale. Ci interessa, piuttosto, cogliere la ragione per la quale il procedimento sorpreso *in itinere* dal fallimento potrebbe proseguire, mentre verrebbe travolto l'accordo compromissorio cui non fosse seguito il giudizio arbitrale.

Chi ha così concluso ha fatto leva su un argomento di ordine processuale, ricavato dall'art. 5 c.p.c. Sarebbe, infatti, il principio di *perpetuatio jurisdictionis et competentiae*, sancito dalla norma, a rendere insensibile il giudizio arbitrale già instaurato alla sopraggiunta sotto-

1959, n. 1474, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 1751; Cass., 23 gennaio 1964, n. 162, in *Dir. fall.*, 1964, II, p. 36; Cass., 19 ottobre 1992, n. 11216 cit.

Come accennato in precedenza, questa tesi risale a L. MORTARA, *Commentario del codice*, III, Milano, s.d. (ma 1923), p. 70 ss. ed è stata accolta da E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1959, pp. 498-499; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1953, II, p. 1112. Per ulteriori richiami, cfr. A. BONSIGNORI, *Procedimento arbitrale e fallimento*, cit., spec. p. 605 ss.

<sup>6</sup> A. BONSIGNORI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>7</sup> Così stabilisce l'art. 52 della *Ley concorsual* spagnola: «I patti arbitrali di cui sia parte il debitore resteranno senza valore né effetti durante lo svolgimento del concorso, fermo restando quanto disposto dai trattati internazionali. I procedimenti arbitrali in corso al momento della dichiarazione del concorso continueranno fino a che passi in giudicato il lodo dovendosi applicare le norme contenute nei commi 2 e 3 dell'articolo precedente». Sul punto, cfr. P. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *Procedura di insolvenza e arbitrato nelle ultime riforme legislative in Spagna*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 151 ss.

posizione di uno dei paciscenti alla procedura concorsuale<sup>8</sup>. Ebbene, senza voler negare che quel principio trovi applicazione anche in arbitrato<sup>9</sup>, a noi non pare pertinente né decisivo il suo richiamo nell'ambito che qui ci occupa. Né ci convincono le deduzioni che da esso si traggono e i distinguo che si pretendono di far operare in forza della *perpetuatio*.

I fautori della tesi dicotomica esaltavano la portata dell'art. 24 legge fall., osservando come, di regola, l'accordo compromissorio concluso dal fallito, quando *in bonis*, diverrebbe inefficace in ragione della competenza inderogabile attribuita al tribunale fallimentare a conoscere di tutte le liti derivanti dal fallimento. A questa conclusione, si sottraeva appunto il caso di una lite già pendente, poiché essa avrebbe beneficiato degli effetti della *perpetuatio*<sup>10</sup>.

Si trattava di argomentazioni deboli: da un lato, il richiamo all'art. 24 legge fall. appariva del tutto fuori luogo, dal momento che una controversia già in corso (non importa se davanti ad arbitri o dinnanzi a un giudice) non poteva considerarsi, per definizione, derivante da fallimento<sup>11</sup>. Dall'altro lato, poi, si mostrava del tutto fuorviante anche il modo con cui si pretendeva di applicare l'art. 5 c.p.c.: l'apertura di una procedura concorsuale a carico di una parte non può parificarsi a una legge che, entrata in vigore dopo la litispendenza arbitrale, esclude la compromettibilità di quella lite, né a un fatto estintivo del patto com-

---

<sup>8</sup> Cass., 12 gennaio 1956, n. 30, cit.; Cass., 10 maggio 1959 n. 1474, cit.

<sup>9</sup> In arg., R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., p. 202 ss.; M. BOVE, *La giustizia privata*, Trento, 2015, p. 46 ss.; B. CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio jurisdictionis*, nota a Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 251 ss.

<sup>10</sup> D. MAZZOCCA, *Diritto fallimentare*, Milano, 1996, p. 137, sebbene l'A. osservasse come ragioni pratiche – relative alla rapidità del procedimento arbitrale – dovrebbe indurre ad attribuire al curatore la possibilità di proseguire in giudizio, ove ne ravvisasse la convenienza. L'osservazione rimane attuale, come vedremo, con riferimento alle liti arbitrali in corso, relative a rapporti giuridici ancora pendenti nei quali però il curatore non sia subentrato e per le quali l'art. 83-bis sancisce l'improcedibilità, senza distinzione in ordine all'oggetto. Su questi temi, oltre par. 6.

<sup>11</sup> E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 558; V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale*, cit., p. 1181; A. BONSIGNORI, *Procedimento arbitrale e fallimento*, cit., p. 124; A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 165.

promissorio, sopraggiunto a procedimento già instaurato<sup>12</sup>. E invece, la lettura che qui si esamina pretendeva di ricavare dalla norma del codice di rito (nella parte in cui valorizza momenti di collegamento della competenza o della giurisdizione nel concreto) l'astratta e generale incidenza dell'evento «fallimento» sulla clausola compromissoria o sul compromesso, astrattamente considerati<sup>13</sup>.

In aggiunta a questi rilievi, si faceva poi notare l'equivoco di fondo sul quale si basava la tesi c.d. dicotomica: essa, infatti, muoveva dal presupposto secondo cui compromesso e clausola compromissoria sarebbero diventati efficaci dopo che vi fosse stata accettazione da parte degli arbitri nominati; momento a partire dal quale l'arbitrato si reputava pendente<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> M. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 220; ID., *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 499.

<sup>13</sup> A. BONSIGNORI, *ult. op. loc. cit.*

<sup>14</sup> Osservava L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, III, cit., n. 61, p. 72: «poiché il compromesso, e con il compromesso il mandato agli arbitri, esistono nella loro giuridica perfezione solo quando costoro abbiano accettato l'incarico, così può accogliersi limitatamente la opinione che cessi di pieno diritto la obbligazione di compromettere e con essa l'efficacia della nomina degli arbitri se l'accettazione di tale nomina non sia ancora avvenuta nel dì della dichiarazione di fallimento». Negli stessi termini, E. REDENTI, voce *Compromesso*, cit., pp. 487-488; U. AZZOLINA, *Il fallimento*, II, cit., p. 1112.

A tal riguardo, giova peraltro rammentare che – nella vigenza del c.p.c. 1865, epoca in cui Mortara scriveva – l'accordo arbitrale poteva considerarsi perfezionato solo con l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri nominati. Secondo l'A., infatti, se gli arbitri non avessero accettato l'incarico e le parti non si fossero accordate sulla nuova designazione dei componenti del collegio, non avrebbe potuto parlarsi di instaurazione del giudizio arbitrale e perciò di realizzazione della deroga di giurisdizione. Mortara, infatti, non riteneva applicabile anche al compromesso, la previsione contenuta nell'art. 12 c.p.c. 1865 che introduceva un meccanismo di surrogazione dell'autorità giudiziaria quanto alla nomina degli arbitri, qualora l'opzione a favore dell'arbitrato fosse contenuta in una clausola compromissoria. È soltanto con l'introduzione dell'art. 810 c.p.c. 1942, che il legislatore ha stabilito il principio secondo cui la mancata nomina dell'arbitro di parte può essere compiuta, previa richiesta in tal senso dall'altro compromittente, dal Presidente del Tribunale. Quanto al momento di pendenza della lite in arbitrato, va ricordato che la legge 5 gennaio 1994, n. 25 ha inserito l'art. 669 *octies*, ultimo comma, c.p.c., che ha identificato la litispendenza arbitrale con il momento di

Anche questa conclusione, però, risultava contraddetta dal dato positivo: la sottrazione ai giudici togati del potere di decidere delle controversie richiedeva, allora come oggi, soltanto il consenso per iscritto delle parti<sup>15</sup>. La devoluzione ad arbitri del potere di *jus dicere* è cosa diversa dall'accettazione dell'incarico arbitrale da parte dei soggetti prescelti. Accettazione della quale, oltretutto, la convenzione arbitrale conclusa dalle parti non ha certo bisogno per considerarsi perfetta o efficace<sup>16</sup>.

Da questo punto di vista, allora, la tesi c.d. dicotomica non era in grado di spiegare perché un accordo arbitrale concluso prima della dichiarazione di fallimento di uno dei paciscenti sarebbe stato inopponibile alla curatela.

### *3. La tesi secondo cui la convenzione arbitrale sarebbe opponibile al fallimento perché costituirebbe un mandato collettivo conferito anche nell'interesse dei terzi. Critica*

Si è obiettato poco sopra alla tesi c.d. dicotomica di aver erroneamente condizionato la sorte dell'arbitrato al fatto che vi fosse un procedimento pendente al momento della dichiarazione di fallimento.

Nonostante quella ricostruzione sia stata nel tempo abbandonata, è ancora ricorrente, specie in giurisprudenza, la tendenza a sovrapporre il ruolo svolto dal patto compromissorio a quello attribuito all'accordo concluso tra i paciscenti e il collegio arbitrale (e a confondere così i due negozi che invece mantengono funzioni distinte).

V'è, infatti, la convinzione che il patto arbitrale relativo a un contratto, concluso dal fallito quando *in bonis*, vincolerebbe il curatore fal-

---

notificazione della domanda di arbitrato; in arg. R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., p. 60 ss.

<sup>15</sup> E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 558; V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, cit., p. 1183; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 76; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 17; A. LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, cit., p. 709.

<sup>16</sup> Anzi, a voler essere rigorosi, e così a svolgere le premesse di questa tesi, si dovrebbe giungere ad affermare che l'accordo compromissorio risulti perfezionato solo dalla pronuncia di un lodo (non più impugnabile) da parte degli arbitri. M. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 221.

limentare, trattandosi di un atto negoziale riconducibile al mandato collettivo o congiunto (art. 1726 c.c.), ovvero al mandato conferito nell'interesse dei terzi (art. 1723, comma secondo, c.c.). Di conseguenza, rispetto a questo presunto mandato, non opererebbe la regola dello scioglimento del contratto previsto per il caso di fallimento del mandante, ai sensi dell'art. 78 legge fall.<sup>17</sup>.

Detto altrimenti, il curatore non potrebbe sciogliersi dall'accordo compromissorio per le stesse ragioni per le quali non potrebbe sciogliersi da un mandato conferito nell'interesse anche di terzi, prima della dichiarazione di fallimento.

Ebbene, si tratta di un ragionamento che non convince, né rispetto alla premessa su cui si fonda, né rispetto al risultato, in ogni caso poco soddisfacente, cui perviene.

Quanto al presupposto dal quale questa tesi muove, conviene ricordare che il problema di cosa accada quando il fallimento sopraggiunga a nomina arbitrale già accettata si era posto di frequente all'attenzione della dottrina, in un passato relativamente recente. Come poc'anzi ricordato, è soltanto alla legge n. 5/1994 che si deve l'individuazione del momento di litispendenza arbitrale con la notifica della domanda di arbitrato alla controparte, senza la necessità di una preventiva accetta-

---

<sup>17</sup> È massima ricorrente in giurisprudenza quella secondo cui il compromesso, anche per arbitrato irrituale, costituendo un atto negoziale riconducibile alla figura del mandato collettivo o congiunto, e di quello conferito nell'interesse di terzi, non è soggetto allo scioglimento nel caso di fallimento del mandante, non trovando applicazione, in tal caso, l'art. 78 legge fall. Così, Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Il fall.*, 1993, 474; Cass., 20 agosto 1993, n. 8806, *ivi*, 1994, p. 142; Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, in *Riv. arb.*, 2004, p. 701 ss. con nota cit. di A. LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, e in *Il fall.*, 2004, p. 523 con nota critica cit. di S. VINCRE, *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*; Cass., 8 settembre 2006, n. 19298; Cass., 14 ottobre 2009, n. 21836; Cass., 17 febbraio 2010, n. 3803; Cass. Sez. Un., 25 maggio 2015, n. 10800, in *Giur. it.*, 2016, p. 1196, con nota di C. ASPRELLA, *Arbitrato estero, regolamento di giurisdizione e fallimento di una delle parti*; Cass., 24 giugno 2015, n. 13089, cit.; Trib. Torino, 10 febbraio 2016, *ivi*, 2016, p. 854 ss., con nota di M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento* e in *Giur. it.*, 2017, p. 925 ss. con nota di F. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria sottoscritta dalla società fallita quando in bonis*; Cass., 23 ottobre 2017, n. 25054, cit.

zione da parte degli arbitri. In precedenza, invece, era questo incombente che segnava il momento di inizio del procedimento.

Pur riconoscendo che tra arbitri e parti si instaura un rapporto di diritto privato per molti aspetti accostabile a quello di un mandato congiunto (che renderebbe pertinente il richiamo all'art. 1726 c.c.), riteniamo che le analogie con quella figura contrattuale si arrestino qui; in ogni caso, si tratta di un paragone che non è utile alla risoluzione del problema che ci occupa<sup>18</sup>.

Il fatto che il curatore sia vincolato all'arbitrato, se al momento della dichiarazione di fallimento il collegio si sia già costituito, non dipende certo dagli effetti che l'apertura della procedura provoca sul contratto di mandato. La tesi qui criticata argomenta, invece, in questi termini e giunge, così, a pericolose deduzioni: escludere che il curatore possa revocare l'incarico conferito agli arbitri già nominati non significa, *a contrario*, riconoscere che l'accordo compromissorio perde di effetti se gli arbitri non hanno ancora accettato l'incarico al momento della dichiarazione di fallimento.

Sostenere che il patto arbitrale sia opponibile al curatore perché i paciscenti, nel nominare gli arbitri, avrebbero concluso un mandato nell'interesse di terzi (che pertanto non si scioglie con la dichiarazione di fallimento di una delle parti) chiarisce solo perché la curatela è vincolata alla nomina già effettuata in precedenza, ma non offre alcuna spiegazione quanto alla sopravvivenza dell'accordo compromissorio<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Senza poi contare l'infelice attribuzione della qualifica di terzo alla controparte contrattuale (anche) a favore della quale è stato conferito il mandato (lo notano C. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, in nota a Cass., 18 agosto 1998, n. 8145, in *Il fall.*, 1999, p. 982; A. LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, cit., p. 709).

Sul tema dei rapporti tra parti e arbitri, cfr. ancora R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., pp. 99-101, testo e note, che giustamente considera riduttiva la descrizione dell'ufficio arbitrale come semplice attuazione di un mandato: mentre ha certamente fondamento negoziale il rapporto processuale che si instaura con l'arbitrato, l'A. ritiene invece che il potere giurisdizionale che gli arbitri esercitano derivi piuttosto dalla legge.

<sup>19</sup> M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 500; F. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria*, p. 932. Diversamente, M. MACCHIA, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, cit., p. 816 ss. spec. p. 823

Anzi, a ben guardare, la lettura in esame finisce per assegnare un peso decisivo nella soluzione del problema a una conseguenza dell'accordo compromissorio (il rapporto parti-arbitri) invece di concentrarsi appunto su ciò che lo presuppone<sup>20</sup>.

Anche in questo caso, si sovrappongono due aspetti del fenomeno arbitrale (l'accordo compromissorio, da un lato, e il rapporto parti-arbitri, dall'altro) che debbono al contrario mantenersi distinti<sup>21</sup>.

#### *4. La tesi che ricostruisce l'accordo arbitrale come un rapporto giuridico pendente, ex art. 72 legge fall. Critica*

V'è chi ha ritenuto di poter applicare all'accordo compromissorio concluso prima del fallimento di una delle parti la disciplina prevista dagli artt. 72 ss. legge fall. per i c.d. rapporti giuridici pendenti. Si è intravisto nel patto arbitrale un contratto atipico che non avrebbe ancora esaurito i propri effetti al momento della dichiarazione di fallimento, non avendo ancora gli arbitri pronunciato il lodo.

Ebbene, stando alla lettera dell'art. 72 legge fall., l'esecuzione di quel contratto dovrebbe rimanere sospesa, finché il curatore non decida se subentrarvi oppure no. Applicato all'arbitrato, questo principio comporterebbe la sospensione del procedimento, se già pendente, in attesa

---

per il quale il curatore, quando si sostituisce al fallito nel giudizio arbitrale, potrebbe sostituire gli arbitri rituali dalle parti (su questo profilo, oltre Cap. III, par. 5).

<sup>20</sup> Così già A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 167, secondo il quale ragionare nei termini criticati nel testo significherebbe invertire l'ordine di accessorialità che qualifica il momento della nomina arbitrale rispetto a quello di manifestazione del consenso ad arbitrare, per attribuire al primo carattere prevalente rispetto al secondo. Nello stesso senso, A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 17 che discorre a questo proposito di vera e propria inversione logica.

<sup>21</sup> A. LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, cit., spec. pp. 708-709; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 860 ove l'esatto rilievo che «quando si dice che la convenzione di arbitrato stipulata in precedenza dall'imprenditore poi fallito sarebbe opponibile all'amministrazione fallimentare perché in essa vi sarebbe un mandato si commette evidentemente un chiaro errore di prospettiva, perché questo mandato è certamente al fondo del fenomeno arbitrale, ma esso non sta nella convenzione».

di conoscere quale scelta compirà il curatore: se costui subentrerà nella clausola, il giudizio proseguirà o a esso potrà darsi impulso; se, viceversa, il curatore si scioglierà dall'accordo compromissorio, renderà improcedibile il giudizio<sup>22</sup>. Nel caso di inerzia da parte del curatore, la controparte del fallito potrebbe provocarne una decisione, domandando al giudice delegato di assegnare all'amministrazione fallimentare un termine per esprimersi, spirato inutilmente il quale, l'accordo compromissorio dovrebbe ritenersi risolto<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Così, già E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, cit., p. 526 ss. e pp. 554-555; in senso analogo, F. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo*, cit., pp. 302-303; A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., 2000, pp. 37-38; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 103; G. NARDO, *Questioni in tema di arbitrato libero e fallimento*, cit., p. 1227; C. VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, cit., p. 237; in termini dubitativi, L. GUGLIELMUCCI, *Sub art. 72 legge fall.*, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI (a cura di), *La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, pp. 26-27. Da questo punto di vista, la riscrittura dell'art. 72 legge fall. e la previsione di una disciplina organica dei rapporti giuridici pendenti alla data della dichiarazione di fallimento non hanno inciso sul problema che ci occupa, potendosi ricavare, già prima della Novella del 2006, la regola generale della sospensione del contratto in corso fino alla manifestazione della scelta operata dal curatore.

L'idea di trattare l'accordo arbitrale come un rapporto che non abbia ancora esaurito i propri effetti alla data di apertura della procedura è stata prospettata anche dopo che il d.lgs. n. 5/2006 ha modificato l'art. 72 legge fall., con l'introduzione di una disciplina generale dei rapporti giuridici ancora pendenti al momento della dichiarazione di fallimento. In questi termini, G. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, in *Dir. fall.*, 2014, I, p. 280; ID., *La stipula del patto compromissorio e la nomina degli arbitri nelle procedure concorsuali*, *ivi*, 2013, p. 422 s. testo e nt. 4; F. FRADEANI, *Eccezione d'arbitrato e fallimento, tra vecchi e nuovi problemi interpretativi*, nota a Trib. Terni, 7 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 384; N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in C. PUNZI (diretto da), *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, p. 481 ss.

<sup>23</sup> In questi termini, già E. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare*, cit., p. 555 e, di recente, N. SOTGIU, *ult. op. cit.*, p. 484 che, tuttavia, riferisce questa soluzione alla sola ipotesi di compromesso. Peraltro, ci si chiede come questa interpretazione possa trovare pratica applicazione quando il fallimento sorprenda l'arbitrato mentre questo è in corso. N. SOTGIU, *op. loc. cit.*, per es., ipotizza che gli stessi arbitri possano sollecitare la scelta del curatore, chiedendo al giudice delegato di assegnare a costui un termine per decidere ma non chiarisce quale sia la sorte del procedimento arbitrale, del quale si



Una variante della tesi descritta è stata proposta da chi ha intravisto nel compromesso e nella clausola compromissoria un contratto pendente, solo nel caso in cui gli arbitri non avessero ancora accettato l'incarico, al momento della dichiarazione di fallimento<sup>24</sup>.

Si tratta di una tesi che, comunque declinata, non merita di essere accolta.

Anzitutto, non si vede quali obbligazioni, sorte dal patto arbitrale e non ancora adempiute alla data della dichiarazione di fallimento, potrebbero indurre a considerare l'accordo compromissorio (quale ne sia la forma) come «rapporto giuridico pendente»<sup>25</sup>.

Il compromesso e la clausola compromissoria importano soltanto come effetto l'obbligo per le parti di non rivolgersi a un giudice togato qualora sorga tra loro una controversia e di nominare allora gli arbitri<sup>26</sup>.

potrebbe ipotizzare una sospensione della durata pari al lasso di tempo concesso al curatore.

<sup>24</sup> Ne fa cenno, in senso critico, S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 80.

<sup>25</sup> In questi termini, Trib. Terni, 7 febbraio 2011, cit.; in passato già V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, cit., spec. p. 1177.

<sup>26</sup> Così, S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 80, ove l'esatto rilievo secondo cui «dal compromesso e dalla clausola compromissoria non nasce a carico delle parti alcuna obbligazione, tutto riducendosi alla sottrazione della controversia alla autorità giudiziaria e alla scelta dell'arbitrato come strumento per l'eventuale definizione della lite»; in questi termini anche Trib. Torino, 24 settembre 1981, in *Il fall.*, 1982, p. 287, ove si esclude che la sorte della clausola compromissoria o del compromesso possa ricavarsi dalla disciplina dei rapporti giuridici preesistenti al fallimento, posto che quelle norme si riferiscono a rapporti giuridici sostanziali e non processuali, come quello che deriva dal patto arbitrale; a seguito della novella del 2006 alla legge fallimentare, M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 862, che definisce la convenzione arbitrale come «un contratto processuale che produce in negativo l'eccezione di patto compromissorio di cui all'art. 819-ter c.p.c., sulla cui base il giudice statale si spoglia della causa per la sussistenza della giurisdizione arbitrale»; C. CAVALLINI, Sub art. 83-bis, in ID. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, cit., pp. 589-590; R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, cit., pp. 953-954; L. REISTANO, Sub art. 83-bis, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, I, Torino, 2010, p. 1145; F. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria sottoscritta dalla società fallita quando in bonis*, cit., p. 330; in giurisprudenza, Trib. Terni, 7 febbraio 2011, cit.; App. Torino, 2 luglio 2010, in *Foro Pad.*, 2011, I, p. 82, sebbene nel caso di specie si trattasse di clausola compromissoria per arbitrato irrituale.

Da una parte, quindi, è da escludersi che da quell'accordo nascano diritti di carattere patrimoniale suscettibili di comportare in capo alla massa un vantaggio o uno svantaggio: già sotto questo profilo appare difficile (ancorché non impossibile) per il curatore valutare la convenienza economica di subentrare o meno nel patto compromissorio<sup>27</sup>. Dall'altra parte, va comunque osservato che l'effetto del patto arbitrale (che appunto sottrae la controversia alla competenza dell'autorità giudiziaria) si produce sin dal momento in cui il compromesso e la clausola compromissoria sono conclusi, sì che appare difficile considerare l'uno e l'altra come rapporti giuridici pendenti<sup>28</sup>.

Chi ha ragionato in termini opposti (e ha preteso di applicare l'art. 72 legge fall. anche all'accordo arbitrale) ha invocato l'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto cui si riferisce. Eppure, l'esaltazione di questa caratteristica, riconosciuta espressamente dall'art. 808, comma secondo c.p.c., non persuade: con questa norma del c.p.c., il legislatore non ha certo voluto esprimere l'idea che la clausola compromissoria dia luogo a un rapporto giuridico indipendente dal negozio sostanziale cui accede<sup>29</sup>. Più semplicemente, si è voluto emancipare la sorte della clausola dalla possibile invalidità che colpisca il contratto in cui essa è inserita.

Nell'attribuire al curatore la facoltà di subentrare nel negozio o di sciogliersi da esso, l'art. 72 legge fall. si riferisce alla regolamentazione complessiva degli interessi sostanziali e processuali, quale emergente dal contratto inteso nel suo complesso<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Così V. PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, cit., spec. p. 1178, sebbene l'A. ricordi criticamente il pensiero di chi – proprio valorizzando la carenza di un immediato interesse sostanziale sottostante l'accordo compromissorio – riconosceva la facoltà del curatore di non subentrare nel contratto. Prende le distanze dall'idea riportata nel testo anche M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 502, il quale peraltro ritiene che la questione si riduca a una scelta di diritto positivo: il legislatore potrebbe attribuire al curatore la scelta di valutare l'opportunità economica di subentrare o meno nel patto compromissorio.

<sup>28</sup> Così, quasi con queste parole, G. CASELLI, *Sub art. 24 legge fall.*, cit., pp. 61-62.

<sup>29</sup> *Amplius*, L. SALVANESCHI, *Sub art. 808 c.p.c.*, *Arbitrato*, cit., p. 98 ss.

<sup>30</sup> G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 484, il quale mette in luce come la contraddittorietà tra accessorietà e autonomia della convenzione arbitrale sia soltanto apparente: l'autonomia rileverebbe all'interno del contratto «sotto il profilo del collegamen-

Del resto, assecondare l'opposta idea secondo cui il curatore può scegliere se subentrare nell'accordo compromissorio in base alla generale previsione dell'art. 72 legge fall., condurrebbe a un risultato inaccettabile qualora il compromesso o la clausola compromissoria accessero a un contratto, dal quale sia nato un rapporto giuridico ancora pendente al momento della dichiarazione di fallimento. Infatti, si dovrebbe ammettere che la curatela possa sciogliersi dalla convenzione arbitrale, pur decidendo di subentrare nel contratto cui quest'ultima si riferisca. Il che significherebbe consentirle di scegliere a quali clausole negoziali vincolarsi<sup>31</sup>.

Ad onor del vero, secondo taluno, questa conclusione risulterebbe confermata dalla lettura *a contrario* dell'art. 35 legge fall., dal momento che la norma, secondo quest'ordine di idee, richiederebbe l'autorizzazione del giudice delegato per la sola conclusione dell'accordo com-

---

to funzionale tra i vari patti contenuti nello stesso, ma non all'esterno, ove quel contratto si presenta come l'insieme unitario della regolamentazione di interessi sostanziali e processuali (purché disponibili), voluta dalle parti; ed è a questo profilo interessato dall'applicazione della normativa sui contratti pendenti al momento del fallimento, dei quali il curatore, prima del subentro, non è parte». Sostanzialmente negli stessi termini, F. CRISCUOLO, *Clausola arbitrale e fallimento*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Contratti in corso di esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, p. 325; in senso analogo anche F. LAMANNA, *I rapporti giuridici pendenti*, in A. JORIO, B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, cit., p. 587.

<sup>31</sup> Lo nota G. CANALE, *Clausola arbitrale*, cit., p. 1574, testo e nt. 38; cfr. anche R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 954. Per un'affermazione del principio secondo cui il curatore, quando subentra in un contratto, rimane vincolato a tutte le clausole contenute all'interno del negozio, già R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1970, p. 1071; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 273; C. PROTO, *Crediti verso il fallito, arbitrato*, cit., p. 982; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 4; F. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria*, cit., p. 932; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO (a cura di), *Il fallimento*, cit., p. 513; M. NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, in *Contratti*, 2012, p. 757; B. MEOLI, S. SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., p. 449; F. LAMANNA, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 427; in giurisprudenza, cfr. Trib. Terni, 7 febbraio 2011, cit.; Trib. Udine, 14 febbraio 2011, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 975; Cass. Sez. Un., 26 maggio 2015, n. 10800, cit.; Cass., 24 giugno 2015, n. 13089, cit.

promissorio, non per l'attuazione dei patti arbitrari, già conclusi dal fallito quando *in bonis*, ai quali perciò il curatore non sarebbe vincolato<sup>32</sup>.

Anche questo ragionamento, però, non convince perché attribuisce all'art. 35 un significato ultroneo rispetto a quello assegnatogli dal legislatore: con questa previsione si è soltanto voluta rimarcare la necessità che il curatore sia autorizzato dal giudice delegato a concludere una convenzione arbitrale, in quanto atto di gestione del patrimonio del fallimento, avente natura straordinaria.

Oltretutto, trattare l'accordo compromissorio (quale ne sia la forma) come un autonomo rapporto giuridico pendente (distinto dal negozio sostanziale cui si riferisce) e consentire al curatore di scegliere se subentrarvi o meno pare limitare il diritto della controparte di ricorrere all'arbitrato, senza una fondata ragione. Qui, diversamente che altrove, l'opzione per la giustizia arbitrale, manifestata dalle parti prima che una delle due fosse dichiarata fallita, non cederebbe il passo dinnanzi alla necessità di rispettare le esigenze pubblicistiche della procedura concorsuale, come il principio del concorso formale. Se il curatore decide di proseguire nel rapporto sostanziale, subentrando nella posizione contrattuale del fallito, non può non rispettare l'accordo compromissorio che questi avesse concluso<sup>33</sup>.

Sembra possibile ricavare un argomento in tal senso dall'art. 83-*bis* legge fall.: la norma, nell'affermare che il giudizio arbitrale, già pendente al momento della dichiarazione di fallimento, diviene improcedibile se il curatore intenda sciogliersi da esso, consente di affermare – in positivo – che il curatore sia tenuto a rispettare sia la clausola compromissoria contenuta nel contratto, sia l'eventuale procedimento che sia già stato iniziato, quando egli decida di proseguire il rapporto di diritto sostanziale<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 190.

<sup>33</sup> V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv. e proc.)*, cit., p. 376, nt. 242.

<sup>34</sup> Non ci pare, perciò, decisivo quanto osserva F. FRADEANI, *Eccezione di arbitrato e fallimento*, cit., p. 386 secondo cui pretendere che la scelta del curatore di subentrare nel contratto comporti *ex lege* l'opponibilità, all'amministrazione fallimentare, della clausola arbitrale ivi contenuta significherebbe svilire la peculiarità del patto compromissorio, che in questo modo verrebbe accomunato a qualsiasi altra clausola accessoria, di fatto svilendone l'autonomia sancita dal legislatore, *ex art. 808, comma 2, c.p.c.* Pe-

Per completezza, merita precisare che questa conclusione – incline a valorizzare il carattere accessorio del patto arbitrale – vale per la clausola compromissoria così come per il compromesso. Infatti, nemmeno quest'ultimo – sebbene si tratti di un negozio autonomo dotato di una propria causa – può qualificarsi come un rapporto giuridico pendente al momento della dichiarazione di fallimento, caratterizzato da obbligazioni rimaste da eseguire in capo a entrambi i contraenti; anche in questo caso, allora, il curatore non potrà esprimere una scelta slegata da quella compiuta in ordine alla sorte del contratto cui il compromesso si riferisce<sup>35</sup>.

*5. L'art. 83-bis legge fall. e l'improcedibilità del giudizio arbitrale, nel caso di scioglimento del contratto che ne costituisce l'oggetto. Il ruolo che tale disposizione gioca nel più ampio dibattito sui rapporti tra arbitrato e fallimento*

Nei paragrafi che precedono si è cercato di dimostrare l'infondatezza di quelle tesi che, per ragioni differenti, negano o limitano l'opponibilità al curatore dell'accordo arbitrale concluso dal fallito quando *in bonis*. A nostro avviso, invece, l'amministrazione fallimentare è sempre vincolata all'accordo compromissorio, quando l'oggetto della lite rimanga arbitrabile nonostante il fallimento di uno dei paciscenti e la curatela esercita contro un terzo un'azione che si ritrova nel patrimonio del fallito: ciò, indipendentemente dal fatto che il giudizio arbitrale sia o non sia in corso alla data di apertura della procedura di fallimento<sup>36</sup>.

---

raltro, occorre dar conto dell'opposta prospettiva accolta dall'A., il quale ritiene significativa la collocazione dell'art. 83-bis legge fall. tra le norme relative ai rapporti giuridici pendenti e scorge nella scelta operata dal legislatore la volontà di assegnare alla clausola compromissoria la dignità di un autonomo rapporto giuridico pendente.

<sup>35</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, cit., p. 91; G. CANALE, *Sub art. 83-bis*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., p. 1345, che correttamente pone l'accento sull'identità di effetti che caratterizza sia il compromesso che la clausola compromissoria; invece, nel senso che il compromesso dovrebbe considerarsi quale un autonomo rapporto giuridico, G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 486 ss.

<sup>36</sup> Conf. M. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 221.

Si tratta di vedere se (e in che limiti) questa conclusione possa confermarsi, anche là dove l'arbitrato concerne rapporti giuridici ancora pendenti al momento della dichiarazione di fallimento.

L'interrogativo, come più volte rammentato, è provocato dall'art. 83-*bis* legge fall. che sancisce l'improseguibilità dei procedimenti arbitrali in corso, che abbiano per oggetto rapporti giuridici dai quali il curatore, per legge o per scelta, si sia sciolto.

L'applicazione della norma è, dunque, condizionata alla ricorrenza di un triplice ordine di presupposti: a) l'esistenza di un rapporto giuridico che non abbia ancora avuto completa attuazione alla data di apertura della procedura fallimentare; b) la pendenza di un giudizio arbitrale, avente ad oggetto pretese derivanti da quel negozio; c) il mancato subentro dell'amministrazione fallimentare in quel contratto.

Invero, il presupposto tratteggiato *sub a)* non è consacrato *apertis verbis* nel testo di legge; ciononostante, l'inserimento dell'art. 83-*bis* legge fall. nel capo dedicato alla disciplina dei rapporti giuridici pendenti unito al fatto che nella norma si discorra di «scioglimento dal contratto», lasciano fondatamente credere che la previsione si rivolga ai soli giudizi arbitrali relativi a contratti che non abbiano ancora esaurito i loro effetti alla data di dichiarazione di fallimento<sup>37</sup>.

A dispetto di un tenore letterale chiaro e di una *ratio* intuitivamente plausibile, l'art. 83-*bis* legge fall. appare, però, una norma di controversa portata sistematica.

Stando anche alla Relazione illustrativa che ha accompagnato il d.lgs. n. 5/2006, la *ratio* dell'improcedibilità del giudizio arbitrale, nel

---

<sup>37</sup> *Contra*, però, F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare*, cit., p. 363, secondo cui l'improcedibilità di cui all'art. 83-*bis* legge fall. colpirebbe anche i procedimenti arbitrali relativi a controversie che riguardano contratti già adempiuti, che hanno cioè esaurito i loro effetti «atteso che la manifestazione di volontà del curatore di volersi sciogliere dal contratto riguarda tutti i contenuti di quest'ultimo, e financo la clausola compromissoria, che spiegherebbe in astratto i propri effetti anche ad adempimento avvenuto». Per una interpretazione estensiva dell'art. 83-*bis* legge fall., di recente, anche Cass. Sez. Un., 26 maggio 2015, n. 10800, cit.

A nostro avviso, però, si tratta di una argomentazione non condivisibile dal momento che, quando si tratta di contratti che hanno già esaurito i loro effetti, verrebbe meno la possibilità per il curatore di sciogliersi dal vincolo contrattuale (così, anche G. CANALE, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 1346, cui *adde* L. REISTANO, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 1143).

(solo) caso di scioglimento dal contratto da parte del curatore, sarebbe riconducibile al sopravvenuto disinteresse verso quel rapporto giuridico da parte della procedura. In quella sede si legge, infatti, che la norma sarebbe stata voluta «al [solo] fine di evitare che il giudizio arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento e che era destinato a risolvere»<sup>38</sup>.

Si tratta, però, di una spiegazione che non appaga e certamente non risolve tutti gli interrogativi che la fattispecie pone.

Il primo di essi concerne l'oggetto del giudizio arbitrale pendente. L'art. 83-*bis* discorre genericamente di contratto dal quale il curatore si sia sciolto, ma non precisa quale debba essere l'oggetto del procedimento: se, cioè, debba trattarsi solo di una domanda relativa all'esistenza o al modo di essere del negozio, oppure se possano essere state avanzate anche pretese contrattuali del fallito nei confronti della controparte<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Da questo punto di vista, proprio perché l'art. 83-*bis* legge fall. presuppone espressamente la pendenza di un giudizio, il legislatore meglio avrebbe fatto a collocare il precetto normativo all'interno dell'art. 43 legge fall., che disciplina appunto i rapporti processuali (lo notano S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 354; conf. U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 265; G. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., p. 274).

<sup>39</sup> È, invece, irrilevante prospettare l'eventualità che la parte *in bonis* abbia proposto domanda di condanna all'adempimento, o al risarcimento danni da inadempimento ovvero alla restituzione della prestazione già eseguita: in questo caso, l'operare dell'art. 52, comma secondo, legge fall., condurrebbe comunque all'improcedibilità dell'arbitrato quanto meno con riferimento a quelle domande, dovendo darsi attuazione al principio del concorso formale tra creditori. In verità, da questa conclusione prendeva le distanze (già nel vigore della legge fallimentare, anteriore alla Riforma del 2006) A. CAVALAGLIO, *Arbitrato libero, giurisdizione ordinaria e verifica fallimentare: gli incerti confini*, nota a Cass., 16 giugno 2000, n. 8231, in *Riv. arb.*, 2001, p. 454 ss., secondo il quale il subentro del curatore nel contratto, cui accede un patto arbitrale, vincolerebbe l'amministrazione fallimentare, obbligandola a proseguire il giudizio arbitrale eventualmente pendente, anche qualora il suo oggetto fosse costituito da un diritto di credito del fallito. Nella prospettiva dell'A., il creditore paciscente sarebbe comunque tenuto ad insinuare il proprio diritto al passivo fallimentare, senza peraltro che al giudice delegato sia consentito sindacare dell'esistenza e dell'ammontare di quel diritto, potendo limitarsi semmai a precluderne l'ammissione al passivo, sotto il profilo della sua opponibilità. Questa dottrina propone, perciò, che il creditore, parte del giudizio arbitrale, possa essere ammesso al passivo con riserva ed invoca, a tal fine, l'applicazio-

Si immagini un procedimento arbitrale introdotto da un socio di una società di persone, per ottenere il pagamento degli utili maturati in anate precedenti la dichiarazione di fallimento<sup>40</sup>; poiché, come noto, il contratto di società si scioglie quando uno dei soci sia stato dichiarato fallito (art. 2288 c.c.), si tratta di capire se la regola dell'improcedibilità del giudizio arbitrale pendente, sancita dall'art. 83-*bis* legge fall., operi anche in questo caso.

Ancora, si pensi a un giudizio arbitrale, introdotto dall'appaltatore, quando ancora *in bonis*, e volto al pagamento del corrispettivo pattuito a seguito del raggiungimento di un certo SAL. Lo scioglimento del contratto di appalto, ai sensi dell'art. 81 legge fall., induce a chiedersi se la

---

ne analogica dell'art. 96, comma secondo, n. 3 legge fall. (art. 95 comma terzo, prev. legge fall.). Per una penetrante critica a questa lettura, cfr. M. MONTANARI, *Fallimento e giudizio arbitrale su crediti*, cit., spec. pp. 327-328).

Una conclusione analoga a quella espressa da Cavalaglio è avanzata da R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 940, secondo il quale nei casi in cui è ammessa la prosecuzione del giudizio arbitrale (perché il curatore subentra nel contratto) le domande di condanna proposte in quella sede contro il fallito – prima che fosse dichiarato tale – possono essere decise dal collegio degli arbitri. In altri termini, secondo l'A., la fattispecie di cui all'art. 83-*bis* parrebbe aver introdotto una ulteriore eccezione al principio di esclusività dell'accertamento del passivo. In senso analogo anche L.A. BOTTAI, *Sub art. 52 legge fall.*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Milano, 2014, p. 716. La conclusione ci lascia perplessi, specie se si considera la scelta operata dal legislatore con l'art. 83-*bis* legge fall.: stando alla lettera della legge, appare un poco contraddittorio rendere improcedibile un giudizio arbitrale anche in relazione a domande che in astratto non sono assoggettate al rito della verifica del passivo (là dove invece esse avrebbero potuto proseguire se fossero state proposte davanti a giudici) ma al contempo consentire, là dove il giudizio arbitrale prosegue, che domande relative a crediti soggetti al concorso formale possano essere decise da un giudice diverso da quello delegato, solo perché proposte davanti ad arbitri. Ci sembra più corretta una soluzione che parifichi la posizione di una domanda dedotta in arbitrato a quella proposta davanti a un giudice togato (in questi termini, espressamente A.D. DE SANTIS, *Gli effetti del fallimento sui rapporti preesistenti*, cit., p. 198; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento*, cit., p. 190; ma v. da ultimo anche G. GARGIULO, *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero per risoluzione contrattuale (e conseguente credito)*, cit., p. 2454).

<sup>40</sup> L'esempio è tratto da M. FARINA, *Art. 83-bis L. fall. Clausola arbitrale*, in L. GHIA, C. PICCININNI, F. SEVERINI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., p. 635, nt. 17.



domanda arbitrale, avente per oggetto un credito del fallito nei confronti del terzo, sia destinata all'improcedibilità *ex art. 83-bis* legge fall.

V'è chi, in effetti, ne dubita e anche a noi – per le ragioni che tosto si vedranno – la conclusione adombrata è parsa poco convincente<sup>41</sup>.

Il profilo relativo all'oggetto del procedimento arbitrale, cui si riferisce l'art. 83-*bis*, non è comunque l'unico a rendere problematica l'esegesi della norma.

Si è sopra ricordato che tra i presupposti della disposizione v'è quello della pendenza del procedimento arbitrale, al momento della dichiarazione di fallimento. Tuttavia, a dispetto di quanto stabilisce il precetto normativo, il fatto che la *rubrica legis* discorra genericamente di «Clausola arbitrale» porta a domandarsi se la norma voglia implicitamente dettare una regola anche quanto alla sorte della clausola compromissoria contenuta nel contratto non ancora integralmente eseguito ma dal quale il curatore si sia sciolto<sup>42</sup>. Va chiarito se l'improcedibilità del giudizio arbitrale sia conseguenza del venir meno della clausola compromissoria, e se sì per quale ragione. La soluzione a questo interrogativo condiziona la decidibilità in arbitrato di quei diritti che il fallito abbia già fatto valere in quella sede e di quelle pretese, sorte ovviamente prima della dichiarazione di fallimento, ma non ancora dedotte.

Infine, la norma – nell'occuparsi espressamente del solo caso di scioglimento del curatore dal contratto – nulla dice quanto alla sorte del giudizio arbitrale in corso, o del patto arbitrale cui non sia ancora stata data attuazione, quando il curatore sia subentrato nel contratto. La lettura *a contrario* dell'art. 83-*bis* legge fall. ha indotto la più parte della dottrina a riconoscere che l'accordo compromissorio vincoli l'amministrazione fallimentare che intenda far valere una pretesa derivante da quel negozio<sup>43</sup>. In precedenza, si è infatti affermato che la prosecuzione

---

<sup>41</sup> Cfr., sia pur nella diversità delle opinioni espresse (sulle quali diffusamente oltre par. 7), M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria*, cit., spec. p. 861 ss.; C. CAVALLINI, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 588; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria*, cit., pp. 91-93.

<sup>42</sup> Giustamente v'è stato chi in dottrina ha parlato di formulazione davvero infelice della norma. Così M. FARINA, *Art. 83-bis L. fall. Clausola arbitrale*, cit., p. 628.

<sup>43</sup> Prendono ovviamente le distanze da questa conclusione coloro che ravvisano nell'accordo compromissorio un contratto pendente, ai sensi dell'art. 72 legge fall. attri-

del rapporto comporta per la curatela l'acquisizione, in via derivativa, della posizione sostanziale e processuale del fallito, similmente a ciò che accade in caso di cessione del contratto: è pertanto da escludersi che rispetto alla clausola arbitrale, o al compromesso, conclusi dal fallito quando *in bonis*, il fallimento possa esprimere una scelta diversa rispetto a quella compiuta rispetto al contratto<sup>44</sup>.

6. Segue: *l'improcedibilità dell'arbitrato, ex art. 83-bis legge fall., quale conseguenza della sola nomina degli arbitri non seguita dalla loro accettazione. Critica*

Il panorama delle opinioni espresse in ordine all'esatta portata da assegnare all'art. 83-bis legge fall. si presenta vasto e piuttosto articolato, sì che l'analisi delle diverse ricostruzioni avanzate in argomento può contribuire a individuare l'esatto significato di quella previsione.

Anzitutto, v'è stato chi ha attribuito alla norma richiamata un significato davvero circoscritto, ritenendo che essa operi solo qualora gli arbitri, pur nominati, non abbiano ancora accettato l'incarico<sup>45</sup>.

Il ragionamento sotteso a questa lettura può riassumersi nei termini che seguono: l'art. 83-bis legge fall. condiziona l'improcedibilità dell'arbitrato alla circostanza che il contratto, che ne costituisce l'oggetto e al quale si riferiscono il compromesso o la clausola compromissoria, si sciogla a norma delle disposizioni della sezione IV legge fall.

Il rinvio normativo operato dalla disposizione è da intendersi all'intera disciplina che regola la sorte dei rapporti giuridici pendenti al mo-

buendo in questo modo al curatore una facoltà di scelta autonoma e in astratto anche diversa da quella espressa rispetto al negozio sostanziale. Nel senso opinato nel testo, invece, G. CANALE, *Clausola arbitrale*, cit., pp. 1572-1573; L. REISTANO, *Sub art. 83-bis*, cit., pp. 1144-1145; S. VINCRE, *Compromesso e clausola compromissoria*, in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione*, cit., pp. 329-330; F. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola*, cit., p. 932; A. DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Torino, 2007, p. 210.

<sup>44</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, cit., p. 91. Retro Cap. I, Sez. III.

<sup>45</sup> U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 263.

mento della dichiarazione di fallimento: non solo dunque all'art. 72 legge fall., ma anche le previsioni sui singoli contratti, tra le quali l'art. 78 legge fall. relativo al mandato, per il quale è previsto lo scioglimento solo in caso di fallimento del mandatario e non del mandante.

Ebbene, poiché il conferimento dell'incarico arbitrale può ricondursi al contratto di mandato, il giudizio arbitrale non potrebbe dichiararsi improcedibile se gli arbitri abbiano accettato la nomina, prima che uno dei paciscenti sia dichiarato fallito: l'applicazione dell'art. 78 legge fall. prevarrà su quella dell'art. 83-*bis*<sup>46</sup>.

Per contro, la regola dell'improcedibilità, sancita dalla norma, si applicherà se, al momento dell'apertura della procedura di insolvenza, sia stata notificata la nomina dell'arbitro senza che a ciò sia seguita la loro accettazione<sup>47</sup>.

La tesi sin qui descritta (che rivisita, in parte, gli esiti di quella dicotomica sopra illustrata) appare difficilmente accoglibile per più di una ragione.

Anzitutto, questa ricostruzione tradisce la *ratio* dell'art. 83-*bis* legge fall., quale emerge dalla lettura dei lavori preparatori. La relazione illustrativa della previsione, per quanto eccessivamente stringata e incompleta sul punto, discorre espressamente di giudizio arbitrale pendente. E tale deve considerarsi, oggi, sia il procedimento nel quale la parte si sia limitata a notificare all'altra la domanda di arbitrato, accompagnata dalla nomina del proprio arbitro di parte e dall'invito a indicare il proprio; sia il giudizio già avviato davanti al collegio, una volta che i suoi membri abbiano accettato l'incarico<sup>48</sup>.

A ciò si aggiunga che, stando all'esegesi letterale della norma assecondata da questa ricostruzione, si dovrebbe ritenere che «il contratto in cui la clausola compromissoria è inserita e del quale è previsto lo scioglimento» sia sempre e solo quello concluso tra parti e arbitri. Se così fosse, ci si domanda perché il legislatore avrebbe adoperato una perifra-

---

<sup>46</sup> U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 267.

<sup>47</sup> U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 268.

<sup>48</sup> R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., p. 94 ss. alla quale si rinvia anche per una indagine diacronica del concetto di litispendenza nell'arbitrato. Cfr. anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 810. Arbitrato*, cit., p. 221 ss.

si così articolata invece che limitarsi a far richiamo all'accordo concluso tra i paciscenti e il collegio arbitrale.

Inoltre, se davvero l'art. 83-*bis* legge fall. dovesse interpretarsi nei termini sin qui descritti, non ci si spiega perché il legislatore avrebbe circoscritto l'improcedibilità dell'arbitrato ai soli casi in cui l'oggetto del giudizio sia costituito da rapporti giuridici ancora pendenti. Non si coglie il senso di differenziare i destini dell'arbitrato, secondo che il contratto, cui l'accordo compromissorio accede, abbia o no esaurito i propri effetti alla data di apertura del fallimento.

Ma v'è di più. La tesi in parola ritiene che, ove gli arbitri abbiano già accettato l'incarico, il curatore non potrebbe sciogliersi dalla clausola arbitrale perché non si applicherebbe l'art. 83-*bis* legge fall. quanto piuttosto l'art. 78 legge fall., secondo cui il mandato non si scioglie nel caso di fallimento del mandante. Così ragionando, però, questa lettura si espone a una obiezione difficilmente superabile (e in parte comune alle ricostruzioni sulle quali ci siamo sopra soffermati): ci si concentra sul rapporto parti-arbitri, trascurando in questo modo il fatto che quel rapporto presuppone l'esistenza (ed è conseguenza) del patto arbitrale. Ed è rispetto al destino di quest'ultimo che la proposta interpretativa in esame non prende posizione<sup>49</sup>. È necessario allora chiarire se (ed eventualmente perché) dall'art. 83-*bis* legge fall. sia possibile trarre qualche indicazione generale circa la sorte della clausola arbitrale rispetto al contratto, ancora pendente, dal quale il curatore si sia sciolto.

*7. Segue: l'art. 83-bis legge fall. e l'idea secondo cui lo scioglimento del contratto determinerebbe la sopravvenuta inefficacia dell'accordo arbitrale. Critica*

Come accennato, l'esegesi dell'art. 83-*bis*, esaminata nel paragrafo che precede, non è stata assecondata dalla maggioranza degli interpreti la quale ha preferito ricostruire il significato della norma muovendo da opposte premesse.

---

<sup>49</sup> Lo osserva E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 6 nt. 15.

Da un lato, si è identificato il contratto dal quale il curatore si è sciolto con il negozio di diritto sostanziale, fonte delle obbligazioni non ancora integralmente eseguite da entrambe le parti. Dall'altro lato, si è affermato che la pendenza del giudizio arbitrale, che costituisce l'ulteriore presupposto applicativo dell'art. 83-*bis* legge fall., rimanderebbe a un procedimento nel quale sia stata almeno notificata la domanda di arbitrato alla controparte.

Condividiamo entrambi gli assunti. Dissentiamo, però, dalle deduzioni che la più parte degli Autori ne trae.

È opinione diffusa quella per cui dall'art. 83-*bis* sarebbe possibile ricavare due principi: quello (esplicitamente sancito) dell'improcedibilità del giudizio arbitrale e quello (implicito) della inefficacia sopravvenuta dell'accordo compromissorio relativo a quel negozio<sup>50</sup>.

Secondo i più, sarebbe proprio questo secondo principio a giustificare la regola stabilita dalla norma. Detto altrimenti, lo scioglimento del curatore dal contratto comporterebbe la sopravvenuta inefficacia anche della clausola compromissoria, in quanto accessoria al negozio. E questo spiegherebbe perché il procedimento arbitrale non potrebbe proseguire: l'uno e l'altra *simul stabunt simul cadent*<sup>51</sup>.

L'improcedibilità dell'arbitrato in corso altro non sarebbe, insomma, che la traduzione, in termini processuali, del venir meno del patto arbi-

---

<sup>50</sup> F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito alla luce delle riforme della legge concorsuali*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 363, nt. 24 secondo il quale «la previsione dell'improcedibilità dell'arbitrato assorbe, nell'ipotesi all'esame, quella di improponibilità». Nello stesso senso, E. FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, cit., p. 378, e già A. DIMUNDO, *Sub art. 83-bis*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, p. 811: pensiero che l'A. ribadisce anche nell'ultima ed. dell'opera, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015, p. 1105; anche F. FRADEANI, *Eccezione di arbitrato e fallimento*, cit., p. 387; L. REISTANO, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 1144; R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 930.

<sup>51</sup> Per riprendere un'espressione di F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare*, cit., p. 362, nt. 23.

trale per effetto dello scioglimento dal contratto<sup>52</sup>. Da ciò, la maggioranza della dottrina deduce non solo l'improcedibilità del procedimento

---

<sup>52</sup> S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 344, secondo cui l'espressione che si legge nella norma (...il procedimento arbitrale non può essere proseguito) «implica ovviamente che la clausola perde subito, con lo scioglimento del contratto – *ex lege*, per scelta, per patto, secondo le varie soluzioni degli articoli precedenti – ogni efficacia con la conseguenza enunziata nella norma della improseguibilità del relativo procedimento arbitrale, nonché, non meno sicuramente, con la conseguenza, se il procedimento non era stato ancora avviato, della sua improponibilità assoluta, e con esito di insanabilità e anzi inesistenza di ogni atto e provvedimento del procedimento arbitrale ove fosse stato incautamente introdotto e coltivato». In senso analogo, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 77, chiaro nel rilevare che il procedimento arbitrale pendente non potrebbe proseguire nemmeno se il curatore lo volesse. Sarebbe comunque necessaria una nuova convenzione alla quale il curatore, previamente autorizzato dal giudice delegato, potrebbe prestare il proprio consenso. Per queste ragioni (anche in un'ottica di economia processuale) l'A. ritiene che sarebbe stato opportuno aggiungere all'art. 83-*bis* legge fall., una clausola di riserva, che consentisse al curatore di prestare adesioni alla prosecuzione, se debitamente autorizzato. Cfr. anche G.U. TEDESCHI, *I rapporti giuridici preesistenti*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato. Impresa e lavoro*, 16, Torino, 2011, p. 391; F. LAMANNA, *I rapporti giuridici pendenti*, in A. JORIO, B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, cit., p. 589; F. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria*, cit., p. 933.

Discorre di inefficacia sopravvenuta della clausola arbitrale, quale motivo dell'improcedibilità dell'arbitrato sancita dall'art. 83-*bis* anche C. CAVALLINI, *Sub art. 83-bis*, in ID. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, cit., p. 590, sebbene secondo l'A. di sopravvenuta inefficacia della clausola compromissoria si possa parlare solo rispetto al giudizio arbitrale pendente, non già in generale quale conseguenza dello scioglimento dal contratto, da parte del curatore. Lo prova il fatto che, secondo l'A. «la sopravvenienza della clausola alle vicende estintive del contratto nel quale è contenuta appare infatti una chiara manifestazione dell'autonoma efficacia della stessa rispetto alle vicende del contratto (anche estintive), soprattutto se riferita alle violazioni commesse prima dello scioglimento conseguente al fallimento di uno dei compromittenti». Secondo Cavallini, insomma, il curatore sarebbe vincolato a rispettare quella clausola arbitrale ogni volta intenda far valere una pretesa, relativa al contratto dal quale si sarebbe sciolto e riguardante una violazione antecedente la dichiarazione di fallimento.

Già prima dell'entrata in vigore dell'art. 83-*bis* legge fall., concludevano nel senso che lo scioglimento del curatore dal contratto comporta l'inefficacia della clausola arbitrale che a esso si riferisce, A. LIPPONI, *Ancora su arbitrato e fallimento*, cit., p. 711 e C. VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, cit., p. 237, il quale appunto osserva che «se la clausola compromissoria, o anche il compromesso, accedono a un con-

(senza distinzione di sorta in ordine al *petitum* delle domande ivi dedotte) ma anche l'inammissibilità di qualsiasi domanda arbitrale che fosse proposta dal curatore, dopo lo scioglimento dal contratto, per far valere pretese negoziali del fallito, sorte ovviamente prima che egli fosse dichiarato tale<sup>53</sup>.

Chi così ragiona intravede nell'art. 83-*bis* l'espressione di un principio di accessorietà della convenzione di arbitrato rispetto al negozio di diritto sostanziale cui accede: se è il subentro nel contratto a vincolare il curatore all'accordo compromissorio, lo scioglimento dal negozio rende quel patto arbitrale inopponibile all'amministrazione fallimentare<sup>54</sup>.

---

tratto dal quale il curatore decide di sciogliersi, *nulla quaestio*, il contratto, le sue clausole e quanto vi si riferisce non ha più rilievo».

<sup>53</sup> S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema*, cit., p. 344; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 380; F. VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali*, cit., p. 786, secondo cui dalla accessorietà processuale rispetto al rapporto giuridico sostanziale consegue che non possa né proseguire né essere instaurato il giudizio arbitrale qualora il fallimento abbia determinato (automaticamente o per scelta del curatore) lo scioglimento del contratto pendente; L. PANZANI, *I contratti pendenti*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, p. 176; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 358; A. DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, cit., p. 293.

<sup>54</sup> Sotto questo profilo, è corretta l'idea di ritenere che il destino della convenzione arbitrale, che accede al contratto di diritto sostanziale, debba essere lo stesso, quale che sia la forma che assume il patto: clausola compromissoria o compromesso. Non possiamo che richiamarci alle considerazioni espresse nel par. 4, là dove – nell'escludere che la convenzione arbitrale possa considerarsi qualche cosa di autonomo e indipendente rispetto al contratto di diritto sostanziale cui accede – abbiamo ritenuto che questa considerazione possa valere a prescindere dalla forma che essa assume: clausola compromissoria o compromesso. In questi termini, con specifico riferimento alla fattispecie di cui all'art. 83-*bis* legge fall., si v. F. VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali*, cit., p. 793; A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, cit., p. 169; G. CANALE, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 1345; U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 269; E. FASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, cit., p. 377; M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 307. Per una diversa soluzione, che fa leva sul tenore della norma, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 117; L. PANZANI, *I contratti pendenti*, cit., che

Come osservato in dottrina, un siffatto ragionamento merita un plauso là dove conferma il ripudio della tesi c.d. dicotomica, poiché priva di qualsiasi rilievo la circostanza che a un accordo arbitrale sia stata data o no attuazione con la proposizione della domanda di arbitrato (e poi la nomina arbitrale) al momento della dichiarazione di fallimento<sup>55</sup>.

Per converso, non ci sembra che questa lettura possa condividersi là dove pretende di scorgere nell'art. 83-*bis* legge fall. una eccezione al principio dell'autonomia della convenzione arbitrale, e lega la sorte di questa a quella del negozio di diritto sostanziale cui accede.

È certamente corretto affermare che il curatore, quando subentra in un rapporto giuridico pendente, è vincolato alla clausola compromissoria, o al compromesso che le parti in relazione a quel contratto abbiano concluso<sup>56</sup>. È altrettanto esatto ritenere che questo accada perché l'accordo compromissorio è accessorio al contratto in questione. Non è, invece, condivisibile l'argomento *a contrariis*, ovvero l'idea che la clausola arbitrale diverrebbe inopponibile al curatore, se questi si scioglie dal contratto<sup>57</sup>.

Sicuramente, nulla impedirebbe al legislatore di stabilirlo: questo però confermerebbe, a più forte ragione, il principio generale dell'autonomia della clausola compromissoria di cui all'art. 808, comma secondo c.p.c. Tuttavia, in assenza di un esplicito dato normativo (che certo non può ravvisarsi nell'art. 83-*bis* legge fall.), ci sembra più corretto concludere in senso opposto, e affermare che la convenzione arbitrale continui a regolare quel rapporto contrattuale, anche a seguito del mancato subentro nel contratto da parte del curatore<sup>58</sup>.

dalla pretesa autonomia del compromesso, quale patto a sé stante, fanno derivare come conseguenza l'applicazione della disciplina sancita non dall'art. 83-*bis* ma dall'art. 72 legge fall.

<sup>55</sup> Così M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 861.

<sup>56</sup> Retro par. 4.

<sup>57</sup> F. CRISCUOLO, *Clausola arbitrale e fallimento*, cit., p. 325; L. BOGGIO, *Apertura del concorso e procedimento arbitrale estero tra Convenzione di New York del 1958, Reg. CE n. 1346/2000 (e Reg. UE n. 848/2015), Legge Marzano e Legge Fallimentare*, nota a Cass. sez. un., 21 luglio 2015, n. 15200, in *Giur. it.*, 2016, p. 412.

<sup>58</sup> In questi termini, R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 964; A.D. DE SANTIS, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., p. 197; anche E. ZUC-



8. Segue: *l'improcedibilità ex art. 83-bis legge fall. quale espressione del sopravvenuto disinteresse del curatore rispetto al contratto nel quale non è subentrato*

Quale che sia la figura civilistica alla quale accostare lo scioglimento previsto dall'art. 72 legge fall., l'effetto che si accompagna all'esercizio di questa facoltà è (solo) quello di impedire che quei negozi giuridici producano nuove obbligazioni in capo alle parti<sup>59</sup>; per converso, il mancato subentro non travolge i diritti e gli obblighi che siano sorti nel periodo in cui il contratto è rimasto efficace, che rimangono opponibili alla massa. E tra di essi l'accordo arbitrale.

La giustificazione dell'improcedibilità sancita dall'art. 83-bis legge fall. va, allora, ricercata altrove. Sotto questo profilo, però, non contribuisce certo a far chiarezza quanto si legge nella Relazione accompagnatoria al d.lgs. n. 5/2006, che riannoda la chiusura in rito del giudizio arbitrale al venir meno dell'interesse dell'amministrazione concorsuale verso il regolamento di interessi convenzionali sotteso al contratto.

La Relazione illustrativa ha fatto riferimento a un disinteresse rispetto a un procedimento che attiene a un regolamento di interessi oramai travolto dal fallimento: poiché il curatore si è sciolto da quel contratto, non v'è motivo perché il processo, relativo a quel negozio, prosegua.

---

CONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria*, cit., p. 91, secondo cui «il fatto che, una volta che il curatore abbia scelto di sciogliersi dal contratto contenente la clausola compromissoria, l'arbitrato in corso sia da ritenersi improseguibile non importa necessariamente che la clausola compromissoria si estingua insieme all'estinzione del contratto... Quando poi, come nella specie, non è pendente un processo arbitrale, l'art. 83 bis cit. non si applica per espressa sua previsione e occorre dunque fare ricorso alle regole generali sull'efficacia soggettiva del patto compromissorio». L'A., però, giunge a conclusioni diverse da quelle che noi accogliamo, poiché – come già altrove ricordato – accoglie la tesi secondo cui il curatore non agirebbe in giudizio in veste di sostituto processuale del fallito, bensì deducendo la titolarità di una posizione soggettiva autonoma rispetto a quella del fallito: circostanza, questa, che impedirebbe l'opponibilità del patto arbitrale alla procedura.

<sup>59</sup> L. GUGLIELMUCCI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in G. RAGUSA MAGGIORE, C. COSTA (diretto da), *Il fallimento*, II, Torino, 1997, p. 347 ss.; F. CAIAFA, Art. 72. *Rapporti pendenti*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, cit., p. 391.

A questo riguardo, in dottrina si è parlato di sopravvenuta carenza dell'oggetto del procedimento e si è affermato, poi, che la norma avrebbe previsto qualcosa di ovvio; si è scritto infatti che “un processo dichiarativo pendente di fronte ai giudici privati non può che chiudersi ove, per così dire, perda il suo oggetto sostanziale, a prescindere, peraltro, dal fondamento di quel giudizio, stia esso in un compromesso o in una clausola compromissoria”<sup>60</sup>.

Effettivamente, si potrebbe anche parlare di perdita dell'oggetto sostanziale dell'arbitrato, ma a patto però di intendersi. Vi possono essere casi in cui l'oggetto del giudizio viene effettivamente meno, sicché gli arbitri possono pronunciare un lodo con il quale dichiarano cessata la materia del contendere: questo potrebbe accadere se non sia stata dedotta in giudizio alcuna domanda di condanna da o contro il fallito, ma ci si sia limitati a chiedere l'accertamento dell'esistenza o della nullità di un contratto, ovvero la caducazione dei suoi effetti (tramite domanda di risoluzione, di annullamento, di rescissione, etc.).

È però statisticamente più frequente che a quelle domande (di accertamento o costitutive) ne siano cumulate altre con *petitum* di condanna, di adempimento, ovvero di natura restitutoria o risarcitoria.

Si faccia l'esempio di un contratto di conto corrente, in forza del quale il fallito – prima di essere dichiarato tale – abbia domandato davanti ad arbitri la restituzione di somme che l'istituto bancario avrebbe, a suo dire, indebitamente trattenuto. L'intervenuto fallimento del correntista avrà determinato l'automatico scioglimento del contratto; eppure, non si può certo affermare che il curatore abbia perso interesse per quel regolamento di interessi sostanziali, sotteso al contratto. Egli, infatti, vorrà verosimilmente coltivare quella pretesa che il fallito aveva fatto valere in sede arbitrale. In altri termini, è difficile ammettere che il giudizio arbitrale abbia perso il suo oggetto, così come lo è riconoscere che sia scemato l'interesse del curatore nei confronti di quel regolamento di interessi: su questi assunti, insomma, appare arduo giustificare l'improcedibilità del giudizio arbitrale.

---

<sup>60</sup> M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 816.

Cionondimeno, l'art. 83-*bis* legge fall. non lascia all'amministrazione fallimentare la scelta se proseguire quel giudizio, ma sancisce l'improcedibilità secca di quest'ultimo, senza eccezioni di sorta.

Se si pretende di applicare alla lettera la norma, è gioco forza concludere che il curatore non possa affatto coltivare in quella sede processuale le domande proposte dal fallito volte alla ricomposizione della massa attiva<sup>61</sup>. Egli potrà decidere se promuovere un giudizio statale o un nuovo giudizio arbitrale ma non potrà proseguire il procedimento già pendente<sup>62</sup>.

Si giunge così a una conclusione che non risponde certo a una logica di efficienza della procedura, nemmeno in termini di spese a carico del fallimento. E infatti, non è costoso soltanto proseguire l'arbitrato; è contraria a un principio di economia (anche processuale) pure l'idea di dover instaurare dapprimo un giudizio davanti a un giudice statale, senza poter beneficiare appieno delle risultanze istruttorie magari già raccolte davanti ad arbitri<sup>63</sup>.

Inoltre, ritenere che l'art. 83-*bis* trovi applicazione anche nell'ipotesi che qui si esamina potrebbe avvantaggiare, in alcuni casi, la posizione

---

<sup>61</sup> Osserva G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 77 che il procedimento arbitrale pendente non potrebbe proseguire nemmeno se il curatore lo volesse. Sarebbe comunque necessaria una nuova convenzione alla quale il curatore, previamente autorizzato dal giudice delegato, potrebbe prestare il proprio consenso. Per queste ragioni (anche in un'ottica di economia processuale) l'A. ritiene che sarebbe stato opportuno aggiungere all'art. 83-*bis* legge fall., una clausola di riserva, che consentisse al curatore di prestare adesione alla prosecuzione, se debitamente autorizzato.

<sup>62</sup> G. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., p. 277, secondo il quale il legislatore abbia proprio voluto riferire la prevista improcedibilità del giudizio arbitrale alle c.d. liti attive, quasi a stabilire una sorta di ritorsione nei confronti del curatore il quale «deve sapere che, se si scioglie dal contratto, rinuncia ai vantaggi che stava per acquisire con il giudizio arbitrale» e va incontro a una perdita di tempo e di denaro, dovendo incominciare *ex novo* un giudizio dinnanzi al giudice togato e dovendo comunque liquidare il compenso agli arbitri e al difensore che ha assistito il fallimento dinnanzi a lodo. Per una critica quanto all'interpretazione dell'art. 83-*bis* legge fall. v. subito nel testo.

<sup>63</sup> Un consonante rilievo si legge anche in R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 964; A.D. DE SANTIS, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013, p. 197.

del fallimento specie a fronte di una difesa mal impostata del fallito in sede arbitrale, alla quale il curatore potrebbe porre rimedio mediante la proposizione *ex novo* della domanda dinnanzi al giudice togato.

A ciò si aggiunge il fatto che ragionare nei termini che qui si criticano finisce per rendere diversa la condizione del contraente *in bonis* secondo che esso sia parte di un processo statale o di uno arbitrale: solo nel primo caso, infatti, sarebbe consentita la riassunzione della lite nei confronti del curatore; al contrario, là dove fosse in corso un giudizio arbitrale la parte non fallita dovrebbe subire l'improcedibilità (sobbarcandosi i costi sino a quel momento sopportati) e accollarsi l'onere di costituirsi in un nuovo processo, davanti a un giudice togato, ove il curatore riproponga la stessa domanda di condanna fatta valere dal fallito. Dunque, una soluzione contraria a un principio di economia, anche processuale, suscettibile oltretutto di creare una ingiustificata disparità di trattamento rispetto a situazioni processuali omologhe<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Oggi innegabile a seguito della riforma intervenuta con il d.lgs. n. 40/2006, che ha sensibilmente riavvicinato il giudizio arbitrale a quello che si svolge davanti a giudici togati. Così anche R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 927. Proprio valorizzando questo profilo, ci sembra che l'applicazione dell'art. 83-bis legge fall. meriti una correzione di tiro almeno nell'ipotesi in cui, al momento della dichiarazione di fallimento, sia in corso un giudizio arbitrale, nel quale il promissario acquirente abbia proposto (e trascritto) domanda costitutiva ex art. 2932 c.c., per mancato adempimento al contratto preliminare da parte del promittente venditore, poi fallito.

Immaginiamo che il contratto possa dirsi ancora tecnicamente pendente, perché – poniamo – il promissario acquirente abbia versato soltanto un acconto sul prezzo. In questa ipotesi, si deve riconoscere al curatore la possibilità di sciogliersi dal contratto e, là dove una siffatta facoltà fosse stata esercitata, dovremmo ritenere che, in virtù dell'art. 83-*bis* legge fall. il giudizio arbitrale in corso divenga improcedibile.

Crediamo invece che, anche nel caso di pendenza di un giudizio arbitrale, possa trovare applicazione il principio che le Sez. Un. nel 2015 hanno sancito con riguardo a un caso di giudizio statale ex art. 2932 c.c. cui sia sopraggiunto il fallimento di una delle parti (Cass. Sez. Un., 16 settembre 2015, n. 18131 cit.). Come sopra accennato (Cap. I, Sez. II, nt. 41) la Suprema Corte ha escluso che lo scioglimento del curatore dal contratto pendente possa considerarsi efficace, se la domanda giudiziale sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento e sia, perciò, opponibile alla procedura. Ci pare che questo principio debba poter trovare applicazione anche quando il giudizio sia stato introdotto davanti ad arbitri; stando all'insegnamento delle Sezioni Unite, il curatore potrà anche esercitare lo scioglimento dal contratto ma esso diverrà efficace

Per queste ragioni, a nostro avviso, l'art. 83-*bis* va reso oggetto di una lettura restrittiva che importa l'improcedibilità dei soli giudizi arbitrali nei quali sia stata proposta una domanda avente per oggetto la validità di un contratto.

Là dove insieme a quella domanda ne fosse stata cumulata una di condanna all'adempimento di quel contratto, ovvero una volta a ottenere la restituzione della prestazione già eseguita, ovvero il risarcimento dei danni provocati dall'inadempimento o dal ritardato adempimento, il procedimento arbitrale dovrebbe in tutto o in parte proseguire e gli arbitri potranno decidere della sola domanda pregiudiziale, qualora quella dipendente fosse stata proposta dalla controparte del fallito, in forza del principio del concorso formale; viceversa, qualora la domanda con *petitum* di condanna fosse stata proposta dal fallito, il giudizio arbitrale potrà proseguire sull'intero oggetto originario, nel contraddittorio con il curatore<sup>65</sup>.

In questa seconda ipotesi, la situazione che si crea non è dissimile a quella che si presenta quando la clausola arbitrale sia contenuta in un contratto già eseguito *ex uno latere*<sup>66</sup>; del resto, è pur sempre il negozio giuridico dal quale il curatore si sia sciolto a costituire la *causa petendi* della pretesa che l'amministrazione fallimentare intende far valere<sup>67</sup>.

---

solo dopo che (nel nostro caso) gli arbitri si siano pronunciati con un lodo di rigetto; il che vale – di fatto – a impedire l'operare dell'art. 83-*bis* legge fall.

<sup>65</sup> Anche secondo M. FARINA, *Art. 83-bis l. fall.*, cit., p. 629, la caducazione del contratto e la conseguente sopravvenuta inefficacia anche della clausola arbitrale che accede al primo renderà improcedibile l'arbitrato pendente nei soli casi in cui lo scioglimento del contratto pendente sia in grado di eliminare integralmente l'efficacia vincolante del contratto medesimo, «i.e. di travolgere per intero il regolamento degli interessi convenzionali pattuito *inter partes*».

<sup>66</sup> M. FARINA, *Art. 83-bis l. fall.*, cit., p. 635.

<sup>67</sup> Un consonante spunto in tal senso si legge in Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, cit. secondo cui quando il curatore agisce per l'escussione dei crediti sorti da un contratto dal quale egli si è sciolto o nel quale comunque egli ha deciso di non subentrare, proprio l'inerenza di quella pretesa al rapporto contrattuale fa sì che egli di necessità subentri nel contratto (o meglio: in ciò che di quel contratto residua) con la conseguenza della sua soggezione alla clausola compromissoria eventualmente inclusa nel contratto stesso.

Pertanto (ancora una volta) è la posizione che il curatore riveste rispetto a quei diritti che appare dirimente per confermare il vincolo all'accordo compromissorio. Se, come ci sembra preferibile, si scorga nel curatore un sostituto processuale del fallito, tanto nel caso in cui egli decida di sciogliersi da un contratto pendente quanto nel caso in cui si tratti di esercitare una pretesa che derivi un contratto che abbia già esaurito i propri effetti al momento della dichiarazione di fallimento, non v'è ragione per impedire a quell'arbitrato di proseguire.

Ad ogni modo, anche a voler assecondare una interpretazione letterale dell'art. 83-*bis* legge fall. (e, così, ritenere che tutti i giudizi arbitrali in corso al momento della dichiarazione di fallimento divengano improcedibili, quale che siano i *petita* delle domande proposte), non è certamente l'inefficacia sopravvenuta della clausola compromissoria – frutto del mancato subentro del curatore nel contratto – che giustifica quella conclusione.

Ed è proprio la negazione di questo principio che ci consente di affermare che, anche rispetto ai giudizi non ancora promossi, siano le regole generali sull'efficacia soggettiva dell'accordo arbitrale a stabilirne l'opponibilità al curatore, che si sia sciolto dal contratto, i cui effetti non siano ancora esauriti al momento della dichiarazione di fallimento<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> M. BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento*, cit., p. 219; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, cit., p. 92, che muta il proprio pensiero, espresso Sub art. 806 c.p.c., in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 116; in senso analogo, G. VONA, *L'art. 83-bis*, cit., pp. 281-282, sebbene l'A., come sopra ricordato, ritiene che la sorte della clausola compromissoria e del compromesso sia autonomamente regolata in base alla disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti.

Giunge alla medesima conclusione formulata nel testo, sia pur richiamandosi argomenti diversi (e, a nostro avviso, non decisivi), M. VISCONTI, *Le Sezioni Unite confermano: il riparto di attribuzioni*, cit., p. 539; l'A. muove dall'idea che il rapporto partiarbitri sia accostabile alla figura del mandato conferito nell'interesse dei terzi; osserva come questo tipo di mandato non si sciogla per effetto del fallimento di una delle parti e conclude nel senso che la clausola compromissoria resti efficace nonostante lo scioglimento del curatore dal rapporto di diritto sostanziale. Un siffatto modo di ragionare, però, non appaga perché finisce, anch'esso per il rapporto che si instaura tra paciscenti e arbitri con l'accordo compromissorio concluso dalle parti. Su questi aspetti, retro par. 3.

Perciò, il curatore che, sciolto dal contratto, voglia far valere pretese sorte prima della dichiarazione di fallimento rimarrebbe comunque vincolato alla convenzione arbitrale che accede a quel negozio e sarebbe pertanto tenuto a promuovere un giudizio arbitrale.

Una parte della dottrina ritiene che questa conclusione trovi conferma nell'art. 169-*bis* legge fall.: norma che, come noto, nel regolare la sorte dei contratti pendenti nel caso di concordato preventivo, stabilisce espressamente che lo scioglimento del contratto non determina il venir meno della clausola compromissoria. Anzi, secondo taluno, il legislatore, con l'introduzione dell'art. 169-*bis* legge fall. – cronologicamente successiva all'art. 83-*bis* legge fall. – avrebbe cercato di colmare la lacuna contenuta nella norma fallimentare<sup>69</sup>.

L'osservazione, per la verità, non appare decisiva, potendosi a essa obiettare che le finalità che connotano il concordato preventivo sono diverse da quelle che ispirano il fallimento e che, nel primo, l'imprenditore viene spossessato solo in modo attenuato, sì che possono iniziare o proseguire i giudizi di cognizione dei quali egli è parte<sup>70</sup>.

A nostro avviso, ciò che porta ad affermare che il patto arbitrale continua a vincolare le parti rispetto a potenziali liti relative a quei rapporti di dare e avere (sorti prima che il curatore, per legge o per volontà, si sciogliesse dal negozio) è la posizione che l'amministrazione fallimentare assume rispetto al diritto che essa intenda far valere: decisiva è la veste di sostituto processuale del fallito, che egli ricopre a vincolare, mentre appare privo di un rilievo decisivo il richiamo al principio di

---

<sup>69</sup> Lo nota M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, cit., p. 862 secondo il quale il principio sancito dall'art. 169-*bis* legge fall. dovrebbe trovare applicazione anche in caso di fallimento, altrimenti dovendosi arrivare «alla strana conseguenza di trattare processualmente in modo diverso le pretese restitutorie derivanti da un contratto che si scioglie, a seconda che ci si trovi di fronte a una dichiarazione di fallimento ovvero a un concordato preventivo».

<sup>70</sup> Evidenzia siffatte diversità tra procedure, A. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 239-240, sebbene l'A. osservi come l'introduzione dell'art. 169-*bis* legge fall. appaia il frutto di una scelta schizofrenica del legislatore. Un'analogia osservazione si legge in G. CANALE, *Clausola arbitrale*, cit., p. 1571.

accessorietà (o a quello dell'autonomia) della clausola compromissoria rispetto al contratto cui si riferisce<sup>71</sup>.

### 9. Sintesi dell'indagine svolta e rilievi conclusivi

L'analisi condotta fino a ora ha chiarito che il patto arbitrale vincola il curatore se l'oggetto della lite rimane compromettibile nonostante la dichiarazione di fallimento di una delle parti, senza che abbia rilievo la circostanza che il procedimento arbitrale penda oppure no al momento della dichiarazione di fallimento. Distinguere i due scenari può essere utile per chiarire la diversità degli adempimenti che gravano sul curatore, tenuto nel primo caso a nominare gli arbitri e, nel secondo, a ripristinare (si dovrà chiarire in che modo) il contraddittorio<sup>72</sup>.

Ci si è domandati se la conclusione sopra riportata (valida senz'altro quando la pretesa fatta valere dal curatore trova titolo in un contratto eseguito *ex uno latere*) si estenda anche al caso in cui il diritto che l'amministrazione fallimentare voglia far valere sorga da un rapporto

---

<sup>71</sup> Nella risoluzione del problema, valorizzano la posizione rivestita dal curatore rispetto al diritto dedotto in giudizio M. BOVE, *ult. op. cit.*, p. 861; M. FARINA, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 635; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Clausola compromissoria statutaria*, cit., p. 92; R. VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 964. Ritiene parimenti sia fuorviante (e inappagante) il mero richiamo al principio di accessorietà della clausola compromissoria M. VISCONTI, *Le Sezioni Unite si confermano: il riparto di attribuzioni fra giudice ordinario e arbitro estero configura una questione di giurisdizione*, cit., spec. p. 539, il quale peraltro giunge alla stessa conclusione opinata nel testo, valorizzando l'assimilazione della clausola arbitrale a quella del mandato conferito nell'interesse dei terzi.

Per una conclusione costruita esclusivamente sul principio di autonomia del patto arbitrale rispetto al contratto C. CAVALLINI, *Sub art. 83-bis. Clausola arbitrale*, cit., pp. 590-591, ove si legge che «proprio in virtù del principio di autonomia della convenzione medesima, ribadito nella recedente riforma dell'arbitrato (art. 808 c.p.c.), la sopravvivenza della clausola alle vicende estintive del contratto nel quale è contenuta appare infatti una chiara manifestazione dell'autonoma efficacia della stessa rispetto alle vicende del contratto (anche estintive) soprattutto se riferita alle violazioni commesse *prima* dello scioglimento conseguente al fallimento di uno dei compromittenti» (corsivo dell'A.).

<sup>72</sup> Oltre Cap. III, par. 5.



giuridico ancora pendente. Se è abbastanza pacifico in dottrina che ciò valga quando il curatore è subentrato nel contratto, non può dirsi altrettanto quando il curatore si è sciolto da quel negozio.

Ad onor del vero, è questa l'ipotesi tracciata dall'art. 83-*bis* legge fall., che stabilisce in questo caso l'improcedibilità del giudizio arbitrale in corso. La norma, però, non si presta affatto a una esegesi univoca. L'analisi condotta ha messo a fuoco l'esistenza di una molteplicità di ricostruzioni, che val la pena richiamare per sommi capi.

Secondo la lettura accolta dai più, l'art. 83-*bis* legge fall. confermerebbe (implicitamente) la relazione di accessorietà della clausola arbitrale al negozio cui essa si riferisce. La sancita improcedibilità del procedimento in corso sarebbe espressione della inefficacia dell'accordo compromissorio, sopravvenuta – appunto – a seguito dello scioglimento del curatore dal contratto. Il che giustificherebbe l'improponibilità in sede arbitrale di qualsiasi domanda giudiziale che il curatore volesse proporre in relazione a pretese relative a quel contratto.

Su questo criticabile assunto ha fatto leva anche quella diversa esegesi della norma, secondo la quale la clausola arbitrale perderebbe di effetto (travolgendo la *potestas iudicandi* degli arbitri, rispetto a un rapporto giuridico pendente) solo rispetto a un procedimento arbitrale in corso; per contro il curatore continuerebbe a essere vincolato all'accordo compromissorio, là dove volesse far valere in giudizio pretese di cui sia titolare il fallito, aventi titolo nel contratto rispetto al quale non vi sia stato subentro.

La tesi in parola ha sicuramente il pregio di assecondare una interpretazione letterale della previsione, giacché ne circoscrive la portata al solo procedimento arbitrale pendente. Tuttavia, l'argomentazione a essa sottesa non ci convince perché (un poco) contraddittoria: sembra, infatti, difficile sostenere che la clausola compromissoria perda di efficacia a seguito dello scioglimento del contratto, rendendo allora improcedibile l'arbitrato, ma al contempo possa validamente fondare futuri giudizi arbitrali, relativi a quello stesso negozio.

Escluso che il fondamento dell'art. 83-*bis* legge fall. sia da ricondurre al rapporto di accessorietà che lega la clausola arbitrale al contratto cui si riferisce, ci si è chiesti se, assecondando ciò che si legge nella Relazione illustrativa alla riforma del 2006, sia possibile scorgere la

*ratio* della norma nella perdita di interesse, da parte della procedura, rispetto al regolamento di interessi sotteso al contratto nel quale il curatore abbia scelto di non subentrare, e che risulta oggetto del giudizio arbitrale pendente.

Si è visto, però, come ciò non corrisponda sempre al vero, potendosi dare procedimenti arbitrali nei quali il fallito avesse proposto domande di condanna che il curatore, nonostante il mancato subentro nel contratto, potrebbe avere interesse a coltivare. Ebbene, stando al tenore letterale dell'art. 83-*bis* legge fall., è difficile escludere che essi vadano dichiarati improcedibili. Eppure, non v'è chi non veda come la curatela potrebbe avere interesse a coltivare quelle pretese.

Ragioni di economia processuale, da un lato, e la necessità di valorizzazione di una omologia di effetti tra lodo e sentenza del giudice statale, dall'altro lato, ci hanno indotto a preferire una lettura restrittiva della norma che consenta la prosecuzione dell'intero giudizio arbitrale, se il suo oggetto sia costituito da domande di condanna che fossero state proposte dal fallito, ovvero, solo in parte, in relazione alle domande pregiudiziali, qualora le pretese restitutorie fossero state avanzate dalla controparte del fallito, dovendo queste ultime essere fatte valere in sede di verifica del passivo.

Ad ogni modo – anche ad assecondare l'idea che il giudizio arbitrale in corso debba dichiararsi improcedibile, quale che sia il *petitum* delle domande proposte – va escluso che l'art. 83-*bis* legge fall. operi in relazione a quelle pretese, sorte dal negozio ma non ancora fatte oggetto di domanda arbitrale. Rispetto a esse, si è ritenuto di dover condividere l'idea che la convenzione arbitrale continui a vincolare il curatore là dove costui, dopo essersi sciolto dal contratto, voglia farle valere.

## CAPITOLO TERZO

### LA SORTE DEL GIUDIZIO ARBITRALE PENDENTE E DEL LODO IN CASO DI SOPRAVVENUTO FALLIMENTO DI UNA PARTE. PROFILI DI DIRITTO INTERNO E INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. *Transizione verso l'ultima parte dell'indagine.* 2. *L'improcedibilità delle liti arbitrali, quale conseguenza dell'attuazione del principio del concorso formale, di cui all'art. 52, comma secondo, legge fall. e quale effetto dello scioglimento del curatore dal contratto pendente, ai sensi dell'art. 83-bis legge fall.* 3. *Segue: La facoltà di contestare davanti ad arbitri il potere del curatore di sciogliersi dal contratto ex art. 83-bis legge fall.* 4. *La prosecuzione delle liti arbitrali in costanza di fallimento e le modalità di ripristino del contraddittorio con il curatore: l'art. 43, comma terzo, legge fall. e l'art. 816-sexies c.p.c. a confronto.* 5. *Segue: di alcuni aspetti processuali relativi all'istruttoria e ai costi dell'arbitrato proseguito nel contraddittorio con il curatore.* 6. *Arbitrato pendente in uno Stato membro dell'Unione europea e fallimento dichiarato in Italia. In particolare, la questione della procedibilità di una controversia passiva.* 7. *Arbitrato pendente in uno Stato terzo rispetto all'Unione europea e fallimento dichiarato in Italia. In particolare, la procedibilità o no di un arbitrato avente ad oggetto una controversia passiva.* 8. *Il curatore di fronte al lodo emesso prima della dichiarazione di fallimento della parte. In particolare, l'onere di impugnazione del lodo ex art. 96, comma secondo, n. 3, legge fall.*

#### *1. Transizione verso l'ultima parte dell'indagine*

Nelle pagine che precedono, ci si è chiesti se il curatore rimanga vincolato al patto arbitrale concluso dal fallito, quando ancora *in bonis*.

Per rispondere a questo interrogativo, si è dovuto verificare se la curatela, quando esercita un'azione che rinviene nel patrimonio del fallito, rispetti i limiti oggettivi e soggettivi di quella convenzione arbitrale: se, cioè, il diritto dedotto davanti ad arbitri sia lo stesso cui si riferiva l'accordo compromissorio e, se sì, a quale titolo quella pretesa sia fatta valere.

L'aver riconosciuto che l'amministrazione fallimentare, in questi casi, si atteggia a sostituto processuale del fallito ci ha permesso di dare al quesito sopra descritto una soluzione affermativa.

Ha imposto un supplemento di riflessione l'ipotesi in cui l'accordo arbitrale (o il giudizio in corso al momento dell'apertura del fallimento) riguardi un contratto non ancora interamente eseguito da entrambe le parti: si è reso necessario ricercare il fondamento dell'improcedibilità che l'art. 83-*bis* legge fall. prevede per i soli giudizi in corso alla data di dichiarazione di fallimento e nei casi di mancato subentro del curatore nel contratto.

Giunti a questo punto, ci interessa analizzare quali conseguenze processuali la sopravvenuta dichiarazione di fallimento a carico di una delle parti provochi sul procedimento arbitrale.

Proprio perché i destini di questo giudizio dipendono, anzitutto, dal tipo di pretesa dedotta in lite, l'indagine che ci accingiamo a compiere tratterà partitamente i casi in cui la pronuncia di un lodo di merito è del tutto preclusa da quelli in cui essa è consentita, sia pur nel contraddittorio con il curatore.

Quanto al primo gruppo di ipotesi ci occuperemo, oltre che dell'improcedibilità delle liti arbitrali c.d. passive, di quella prevista *ex art.* 83-*bis* legge fall., chiedendoci, per questo specifico caso, se la parte *in bonis* possa contestare davanti ad arbitri l'illegittimità dello scioglimento del curatore (al solo fine di impedire l'improcedibilità) e, d'altro canto, con quali rimedi l'amministrazione fallimentare possa impugnare il lodo pronunciato in violazione dell'art. 83-*bis* legge fall.

Là dove, invece, la dichiarazione di fallimento consente la prosecuzione (in tutto o in parte) del giudizio arbitrale, si tratterà di capire come ricostituire il contraddittorio nei confronti del curatore; quali poteri processuali spettino a quest'ultimo; se gli siano opponibili gli atti processuali compiuti dal (o nei confronti del) fallito; quale sia il trattamento da riservare alle spese del giudizio; come il curatore possa impugnare il lodo pronunciato senza che il contraddittorio sia stato ripristinato nei suoi confronti.

Il quadro si completa con l'analisi degli effetti che il fallimento pronunciato in Italia provoca sui procedimenti arbitrali pendenti all'estero, dei quali il fallito sia parte. La soluzione alla questione, che si è posta di

frequente all'attenzione degli interpreti, esige considerazioni separate, secondo che trovi o non trovi applicazione il Reg. europeo n. 848/2015, sulle procedure di insolvenza.

Nel primo caso, il dato da cui partire è costituito dall'art. 18 del citato Reg., secondo il quale le conseguenze generate dal fallimento sui procedimenti (anche arbitrali) pendenti sono stabilite dalla legge dello Stato in cui il giudizio è in corso<sup>1</sup>. Le implicazioni che questa norma comporta non sono di poco momento, se si considera che il rinvio alla *lex loci arbitri* in essa contenuto è da intendersi operato, secondo i più, anche alla disciplina fallimentare di quell'ordinamento<sup>2</sup>. La previsione finisce per legittimare la prosecuzione di giudizi arbitrali, sebbene questo risulti in astratto precluso dall'applicazione della *lex fori concursus*, con il risultato di costringere lo Stato di apertura della procedura di insolvenza a riconoscere un lodo, che non avrebbe potuto essere pronunciato se l'arbitrato fosse stato domestico.

Una siffatta eventualità potrebbe ricorrere nei casi di liti c.d. passive, il cui trattamento nelle discipline fallimentari dei singoli Stati non è sempre omogeneo: come rammentato in precedenza, vi sono ordinamenti che non precludono, dopo la dichiarazione di fallimento, la prosecuzione del giudizio avente per oggetto un diritto che ricade nel patrimonio fallimentare, legittimano una decisione sulla sola questione relativa all'esistenza del diritto e impongono al creditore l'insinuazione della propria pretesa al passivo fallimentare, al solo fine di farne decidere l'opponibilità alla procedura<sup>3</sup>. Se una lite arbitrale c.d. passiva pendesse in uno di questi Stati, sarà necessario comprendere come quel credito possa trovare tutela in sede concorsuale in Paesi come il nostro,

---

<sup>1</sup> Nel riferirsi espressamente anche al giudizio arbitrale, l'art. 18 Reg. n. 848/2015 dissipa oggi qualsiasi dubbio, paventato da una parte minoritaria della dottrina nel vigore del precedente regolamento, circa l'esatta portata dell'art. 15 Reg. n. 1346/2000. Cfr. S. BARIATTI, *The European Insolvency Regulation and Arbitration*, cit., p. 267 ss.

<sup>2</sup> Questo avalla a maggior ragione la portata derogatoria della norma al principio generale stabilito dall'art. 7, secondo cui è la *lex fori concursus* a regolare gli effetti della procedura di insolvenza in tutti gli Stati membri. A. LEANDRO, *Il ruolo della lex concursus nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, Bari, 2008, p. 305.

<sup>3</sup> Ne costituisce un esempio l'ordinamento francese, cui abbiamo fatto cenno retro, Cap. I, nt. 23.

che invece sanciscono l'improcedibilità di quei giudizi: ci si deve domandare se quel credito possa essere ammesso al passivo in Italia, in attesa di essere accertato dal lodo estero, e se, in particolare, esso possa beneficiare di una qualche forma di accantonamento.

La questione della contemporanea pendenza, in due Paesi diversi, di un giudizio arbitrale e di una procedura fallimentare a carico di uno dei paciscenti, si presenta ancora più complessa in assenza di una disciplina convenzionale tra Stati. Per questo genere di ipotesi, sarà anzitutto necessario inquadrare il rapporto tra giudici italiani e arbitri stranieri (che, secondo la ricostruzione che ci sembra preferibile, va ricondotto a una questione di rapporti tra giurisdizioni); si dovrà, poi, verificare se le modalità con cui l'ordinamento italiano attua il principio del concorso formale (disponendo l'improcedibilità dei giudizi pendenti sui crediti alla data di fallimento) costituiscano espressione di un principio di ordine pubblico, così da negare il riconoscimento in Italia di un lodo pronunciato a valle di un procedimento arbitrale straniero che doveva arrestarsi per effetto della dichiarazione di fallimento di una parte.

In caso contrario, ferma comunque la necessità che quel creditore proponga domanda di insinuazione al passivo, si prospetterà la questione se e come ammettere quel credito con riserva, in attesa della pronuncia di quel lodo (e del suo riconoscimento in Italia)<sup>4</sup>.

Infine, sarà necessario individuare quale efficacia spetti al lodo pronunciato prima della dichiarazione di fallimento, se e in che termini esso possa considerarsi opponibile alla massa e in che modo, allora, il curatore lo possa contestare.

---

<sup>4</sup> Se la pone anche G. GARGIULO, *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero per risoluzione contrattuale (e conseguente credito)*, cit., p. 2445 ss. L'A. ritiene possibile invocare la figura dell'ammissione al passivo con riserva prevista dall'art. 96, comma secondo, n. 1, legge fall. e scorge l'avveramento della condizione, di cui discorre la norma, nell'accertamento del diritto di credito che il lodo estero conterrà.

*2. L'improcedibilità delle liti arbitrali, quale conseguenza dell'attuazione del principio del concorso formale, di cui all'art. 52, comma secondo, legge fall. e quale effetto dello scioglimento del curatore dal contratto pendente, ai sensi dell'art. 83-bis legge fall.*

Nel corso di questa indagine, si è fatto più volte richiamo alla perdita della capacità processuale del fallito rispetto alle controversie relative a diritti che ricadono nel patrimonio fallimentare. L'assunto esce oggi confermato dall'art. 43, legge fall.; la norma, dopo aver ribadito al primo comma che è il curatore a stare in giudizio in quei processi in luogo del fallito, prevede, al comma terzo, l'interruzione automatica delle liti pendenti. La sentenza che fosse pronunciata senza aver ripristinato il contraddittorio con il curatore non sarebbe soltanto inopponibile alla massa ma dovrebbe considerarsi affetta da nullità.

Come sopra accennato, la più parte degli interpreti preferisce ricostruire quel difetto di legittimazione processuale del fallito in termini relativi, con ciò volendo rimarcare non solo (e non tanto) la portata oggettiva di quel vizio (posto che la perdita di capacità processuale sarebbe circoscritta ai soli rapporti di carattere patrimoniale che ricadono nel fallimento) ma anche (e soprattutto) il limite soggettivo: tutt'ora si sostiene che la sopravvenuta carenza di legittimazione processuale potrebbe essere fatta valere solo dalla massa; pertanto, come spesso si legge in giurisprudenza, l'eventuale sentenza pronunciata tra fallito e terzo in costanza di fallimento (inopponibile alla procedura) diverrebbe efficace una volta chiusa la procedura, e potrebbe essere invocata, se di condanna, come titolo esecutivo<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Trib. Milano, 13 febbraio 2017, in *Dejure*; Trib. Bari, 29 settembre 2016, n. 4897, *ivi*; Cass., 22 ottobre 2014, n. 22459; Cass., 5 marzo 2003, n. 3245, cit. A questo proposito, specie dopo le modifiche che il d.lgs. n. 5/2006 ha apportato alla legge fallimentare, viene spontaneo chiedersi se e quando questo interesse ricorra in capo al creditore, nell'ipotesi di lite passiva, ovvero in capo al fallito, in caso di lite attiva. Nel primo caso, è ben vero che il decreto di accertamento dello stato passivo ha efficacia di giudicato solo ai fini della procedura concorsuale (art. 96, ultimo comma, legge fall.), ma è altrettanto che quel provvedimento costituisce prova scritta ai fini della concessione del decreto ingiuntivo (art. 120 legge fall.). Non sembra, dunque, che l'aggravio per il creditore di agire in via monitoria sia tale da giustificare quella che è stata definita in dottrina una contraddizione del sistema, giacché il fallito è privato della capacità proces-

Abbiamo già espresso altrove le nostre perplessità rispetto a questa conclusione: certo, non intendiamo negare che il passaggio in giudicato della sentenza, resa ignorando la sopravvenuta dichiarazione di fallimento di una delle parti, ne sani la nullità; né contestiamo il fatto che quel provvedimento, divenuto definitivo in costanza di fallimento, rimanga comunque inefficace rispetto alla massa. Ciò su cui dissentiamo è che – proprio in forza di questi argomenti – si consenta la prosecuzione del giudizio nel contraddittorio con il fallito. Ci sembra che ciò sia difficilmente accettabile, a maggior ragione se l'evento interruttivo (che per legge opera automaticamente) sia dichiarato in giudizio: l'inerzia o il disinteresse da parte del curatore non costituiscono di per sé ragioni sufficienti a giustificare la ripresa del processo nel contraddittorio con il fallito.

Questi rilievi possono estendersi anche al caso di un procedimento arbitrale in corso alla data di dichiarazione di fallimento: se il giudizio ha per oggetto controversie di carattere patrimoniale, se ne dichiarerà l'improcedibilità ovvero, a seconda dei casi, se ne disporrà la prosecuzione nel contraddittorio con il curatore. *Tertium non datur*.

Ricadremo nella prima ipotesi quando penda una lite c.d. passiva: gli arbitri, venuti a conoscenza della dichiarazione di fallimento del

---

suale ma il creditore non può procurarsi contro costui, in sede fallimentare, un valido titolo da opporgli una volta chiusa la procedura (così, M. MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori*, cit., spec. p. 97 s. cui *adde* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 8, secondo la quale consentire al fallito di proseguire in nome proprio la lite pendente, al fine di regolare il proprio patrimonio per l'eventualità di un ritorno *in bonis*, significa scontrarsi con l'istituto dell'interruzione generalizzata, che per sua funzione riguarda proprio eventi incidenti sulla legittimazione processuale della parte. Di qui, il rilievo secondo cui «non si spiegherebbe come mai il processo subisca un arresto, se il fallito, conservando in piena la sua legittimazione processuale, potesse continuare nella lite – senza beninteso poter spendere il giudicato nei confronti del curatore –»). In questi termini, provocatoriamente, già G. TARZIA, *Processi pendenti e fallimento*, cit., p. 74; A. CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*, cit., pp. 108-109. Su questi aspetti, retro Cap. I, parr. 4 e 13.



debitore, pronunceranno un lodo con il quale chiuderanno in rito il giudizio<sup>6</sup>.

In questo caso, va escluso che il contraddittorio debba ricostituirsi con il curatore; il creditore sarà tenuto a far valere il proprio diritto in sede di accertamento del passivo, ponendosi in questa sede il problema di come beneficiare degli effetti sostanziali della domanda arbitrale, divenuta improcedibile<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Sulla necessità di mantenere distinti i casi in cui opera l'interruzione del processo da quelli in cui quest'ultimo deve dichiararsi improcedibile, *ex multis*, M. MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, I, cit., p. 268 ss.; C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, cit., p. 224; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 367; più di recente, A. CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*, cit., p. 102 ss.; ID., *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum*, cit., p. 112; R. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 628 e poi I. DELLA VEDOVA, *Le sorti di un procedimento arbitrale in corso*, nota a Cass., 4 settembre 2004, n. 17891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 871.

<sup>7</sup> Ci si riferisce alla questione se, in sede di verifica del passivo, si possa discorrere tecnicamente di «riassunzione» della domanda a *petitum* condannatorio che la parte *in bonis* aveva proposto contro il fallito, prima che costui fosse dichiarato tale. Il problema meriterebbe un'attenzione ben più ampia e distesa di quella confinata allo spazio di nota, perché imporrebbe una riflessione in ordine all'oggetto del giudizio di verifica del passivo. Ne abbiamo già fatto cenno in precedenza, là dove ci siamo occupati del cumulo di domande connesse per pregiudizialità-dipendenza che sia pendente al momento della dichiarazione di fallimento, cercando di indagare il significato dell'art. 72, comma quinto, legge fall. (Cap. I, Sez. II). Ci si chiede ora quale sia il senso della norma là dove discorre di *proposizione* in sede di verifica del passivo della domanda restitutoria o risarcitoria, già versata in altra sede, prima e fuori dal fallimento.

Ebbene, nessuno nega che il giudice delegato, nel decidere della domanda con la quale il creditore insinua il suo diritto al risarcimento già dedotto in sede extra-fallimentare, conosca anche di questo diritto. Il punto è che esso non rappresenta più l'oggetto del giudizio di accertamento del passivo, ma ne costituisce soltanto una questione che il giudice dovrà conoscere per ammettere il diritto al passivo. La domanda già proposta fuori dal fallimento non ha, insomma, lo stesso *petitum* di quella di insinuazione al passivo e, a ben vedere, sono anche i soggetti nei cui confronti ciascuna di esse è proposta: la prima è diretta contro il fallito, la seconda nei confronti del curatore (retro Cap. I, par. 7).

Sono queste diversità, oggettive e soggettive, che rendono di fatto impossibile discorrere di riassunzione in sede fallimentare della domanda proposta in sede ordinaria (in questo senso, M. MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori*, cit., p. 104; G.F. RICCI, *Accertamento del passivo nel fallimento ed errori duri a morire*,

Peraltro, è possibile che, pur trattandosi di lite passiva, l'improcedibilità debba dichiararsi solo rispetto a una parte dell'oggetto del giudizio arbitrale: pensiamo al caso in cui sia stata proposta una domanda di

---

cit., p. 498. Discorrono, ancor oggi, di riassunzione G.U. TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, I, Torino, 2009, p. 984; F. CAIAFA, Art. 72. *Rapporti pendenti*, cit., p. 393). Questo fatto, però, non significa ancora che il creditore non possa beneficiare degli effetti sostanziali connessi a quella domanda (soprattutto, di quello interruttivo permanente della prescrizione, che consegue alla pendenza del processo). Ci sembra, infatti, che gli effetti dell'improcedibilità della lite pendente in costanza di fallimento non possano parificarsi a quelli di una estinzione, che in effetti fa salvo solo l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione ex art. 2945, comma terzo, c.c. (così, invece, G.F. RICCI, *ult. op. cit.*, p. 498). Se è vero che entrambe le vicende non conducono alla chiusura del processo con una decisione di merito, è altrettanto vero che solo l'estinzione presuppone il disinteresse della parte rispetto alla vicenda processuale, mentre altrettanto non può dirsi quanto alla improcedibilità, che invece la mancata pronuncia nel merito viene a subire. Ed è quanto potrebbe indurre a ritenere che l'improcedibilità possa essere trattata al pari di una decisione di rito, che non preclude alla parte interessata di beneficiare dell'effetto sospensivo della prescrizione (nel senso che l'effetto ex art. 2945 c.c. possa prodursi in caso di sentenze di rigetto in rito della domanda, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit. pp. 483-484 ma già R. ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, spec. p. 249 testo e nt. 46, che riconduce l'improcedibilità pronunciata nel contesto di una lite passiva, per effetto dell'intervenuto fallimento del debitore, a una decisione di rito, e considera così applicabile l'art. 2945, secondo comma, c.c.). Oltretutto, una siffatta lettura risulta in linea con la sensibilità dimostrata, anche di recente, dal legislatore quanto alla necessità che la parte non subisca pregiudizi di natura sostanziale derivante dalla diversità dei modelli processuali (lo rileva M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 286, richiamandosi alla disciplina introdotta in caso di *translatio* tra giurisdizioni dall'art. 59 legge n. 69/2009. Ci pare che questo rilievo debba valere, a maggior ragione, per l'ipotesi che ci occupa, nella quale la parte non erra nell'individuare correttamente il plesso giurisdizionale ma subisce il mutamento di rito).

A ben vedere, la possibilità per il creditore di beneficiare, anche in sede concorsuale, dell'effetto interruttivo permanente della prescrizione provocato dalla domanda di condanna resa improcedibile, può giustificarsi anche in altro modo. Per la precisione, si potrebbe ritenere che il giudizio pendente in sede ordinaria, anziché chiudersi in rito con una pronuncia di improcedibilità, resti sospeso per tutta la durata della procedura concorsuale in atto: lo stato di quiescenza in cui versa, ex art. 298 c.p.c., garantisce la conservazione degli effetti sostanziale della domanda e permette alle parti la riassunzione, una volta che il fallito tornato sia tornato *in bonis*, là dove ne residui interesse (cfr. M. MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori*, cit., p. 1305). Entrambe le soluzioni possono trovare applicazione anche in sede arbitrale.

condanna contro un soggetto, poi fallito, che annovera tra i suoi fatti costitutivi l'esistenza o il modo di essere di un rapporto contrattuale, la quale sia a sua volta oggetto di domanda nello stesso procedimento (la fattispecie descritta dall'art. 72, comma quinto, legge fall., relativa al cumulo di domande di risoluzione del contratto per inadempimento e di condanna al risarcimento dei danni, ne costituisce un efficace esempio). Se, come a noi è parso preferibile ritenere, la domanda c.d. pregiudiziale può essere decisa dagli arbitri, la controversia potrà proseguire *in parte qua*, previa ricostituzione del contraddittorio con il curatore<sup>8</sup>.

Si tratta ora di mettere a fuoco il significato che assume l'improcedibilità dichiarata ai sensi dell'art. 83-*bis* legge fall., quando il giudizio arbitrale abbia per oggetto un contratto non ancora integralmente eseguito da entrambe le parti, ma dal quale il curatore si sia sciolto.

Si è visto in precedenza come, in questi casi, secondo la maggioranza della dottrina, il giudizio arbitrale in corso dovrebbe dichiararsi *sempre* improcedibile, ferma la facoltà del curatore di riproporre la domanda davanti al giudice togato, qualora ne ravvisi l'opportunità<sup>9</sup>.

Al contrario, a noi è sembrato più corretto ritenere che il destino del procedimento arbitrale, in cui sia dedotto un rapporto giuridico pendente nel quale il curatore non sia subentrato, dipenda dai *petita* delle domande proposte.

Per la precisione, l'arbitrato diverrebbe improcedibile *ex art. 83-bis* legge fall., solo se l'oggetto delle domande calate in giudizio riguardi l'accertamento o il modo di essere di quel contratto, non le singole relazioni giuridiche nascenti dal rapporto negoziale. In virtù di questa lettura restrittiva della norma, l'improcedibilità qui potrebbe intendersi come cessazione della materia del contendere: il procedimento arbitrale si arresterebbe perché l'oggetto decisorio sarebbe venuto meno<sup>10</sup>.

Al di fuori di questa ipotesi, il giudizio arbitrale, nel quale siano state introdotte domande che abbiano come *causa petendi* il contratto dal

<sup>8</sup> Oltre, par. 4.

<sup>9</sup> In questi termini, M. FARINA, *Art. 83-bis l. fall. Clausola arbitrale*, cit., p. 631; F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato*, cit., p. 361; G. VONA, *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, cit., p. 277.

<sup>10</sup> Cap. II, par. 7.

quale il curatore si è sciolto, può a nostro avviso proseguire e giungere a lodo di merito, sia pur nel contraddittorio con il curatore.

Per la precisione, ciò accadrà là dove in sede arbitrale: a) il fallito, quando ancora *in bonis*, avesse proposto domanda di condanna all'adempimento della controparte; b) fossero state domandate, in via cumulata, la risoluzione del contratto (dal quale il curatore si sia poi sciolto) insieme alla condanna al risarcimento dei danni. In quest'ultima eventualità, se il cumulo di domande sia stato proposto dal fallito, l'intero giudizio potrebbe proseguire. Viceversa, ove fosse stato introdotto dalla parte *in bonis*, si assisterebbe alla separazione delle cause per effetto dell'art. 72, comma quinto, legge fall., salvo poi prevederne il coordinamento decisorio per il tramite dell'art. 295 c.p.c. o dell'art. 96, comma secondo, n. 1 legge fall.: così, la domanda pregiudiziale verrà decisa dagli arbitri mentre quella dipendente di condanna sarà conosciuta in sede di verifica del passivo<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Proprio l'analisi della fattispecie da ultimo descritta (nella quale il cumulo di domande si caratterizza per l'esistenza di una pregiudizialità di carattere costitutivo) conferma, a nostro avviso, l'opportunità di una lettura molto restrittiva dell'art. 83-*bis* legge fall. Infatti, se si asseconda la tesi maggioritaria e si ritiene che il giudizio arbitrale debba dichiararsi improcedibile anche in questo caso, risulterebbe difficile ammettere che il curatore possa riproporre davanti a un giudice statale anche la domanda costitutiva: a rigore, questo non sarebbe possibile, quanto meno là dove si accolga quella tesi, alla quale noi prestiamo adesione, che riconduce l'azione costitutiva all'esercizio di un potere, soggetto non a prescrizione, ma a decadenza. Se è necessario l'accoglimento della domanda nel merito per impedire la decadenza dall'esercizio dell'azione costitutiva, allora è evidente che un rigetto in rito della domanda o la chiusura del processo per estinzione determinerebbero l'irreversibile consumazione di quel potere (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 480-481). È vero che qui la chiusura in rito del procedimento arbitrale è una conseguenza che il curatore "subisce" per effetto della previsione normativa, sicché potrebbe valorizzarsi l'operare di una rimessione in termini. La laboriosità di una siffatta costruzione potrebbe, ad ogni modo, essere evitata se si fosse disposti ad assecondare quella lettura restrittiva della norma, che abbiamo proposto nel testo.

3. Segue: *La facoltà di contestare davanti ad arbitri il potere del curatore di sciogliersi dal contratto ex art. 83-bis legge fall.*

L'ipotesi di un giudizio arbitrale in corso, il cui oggetto sia costituito da un rapporto giuridico pendente nel quale il curatore non sia subentrato, solleva ulteriori questioni processuali.

Anzitutto, si tratta di capire quale sia la sorte del giudizio arbitrale, fintanto che il curatore non abbia scelto se sciogliersi dal contratto<sup>12</sup>. Verosimilmente, sarà necessario chiedere agli arbitri una sospensione per un breve periodo, finché il curatore non abbia espresso la propria decisione (se del caso, provocandola mediante la messa in mora prevista *ex art. 72, comma secondo, legge fall.*)<sup>13</sup>.

Il curatore potrebbe anche essersi limitato a comunicare in via stragiudiziale alla controparte la volontà di non proseguire nel rapporto giuridico, senza preoccuparsi di presenziare alla successiva udienza arbitrale. In questa sede il contraente *in bonis*, dopo aver eventualmente dato atto della dichiarazione di fallimento dell'avversario, potrà contestare la legittimità dell'iniziativa intrapresa dalla curatela, sollevando la relativa eccezione.

Il collegio arbitrale, prima di dichiarare l'improcedibilità della lite, dovrà a nostro avviso pronunciare gli opportuni provvedimenti onde ricostituire il contraddittorio con il curatore (anche solo al fine di decidere della questione della legittimità dello scioglimento). Là dove si ritenga che non sussistano i presupposti dell'improcedibilità, il giudizio potrà proseguire.

In realtà, quella appena descritta è una soluzione dalla quale ha preso le distanze una parte della dottrina, la quale ha escluso, invece, che gli arbitri possano occuparsi del legittimo esercizio dello scioglimento da parte del curatore.

Chi così ha concluso, ha anzitutto valorizzato un'esegesi letterale dell'art. 83-*bis* legge fall.: la norma paralizzerebbe «la procedibilità (e, a maggior forza, la proponibilità) di qualsiasi domanda arbitrale succes-

---

<sup>12</sup> Un cenno al problema in L. REISTANO, *Sub art. 83-bis*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., p. 1145.

<sup>13</sup> E. FASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, cit., p. 378; G. CANALE, *Clausola arbitrale*, cit., p. 1579.

siva allo scioglimento *dal* contratto (e *del* contratto) da parte del curatore, legittimo o illegittimo che sia» stato<sup>14</sup>.

Da ciò si è dedotto che la parte *in bonis* sarebbe tenuta anzitutto a far accertare dal Tribunale fallimentare l'illegittimità dello scioglimento del curatore dal vincolo contrattuale; solo se la sua domanda fosse accolta, potrebbe attivare in sede arbitrale le pretese correlate all'esecuzione del contratto stipulato dal debilito fallito<sup>15</sup>.

Si tratta di una ricostruzione del problema che non ci persuade.

Non intendiamo certo contestare il rilievo formulato da questa dottrina, secondo cui l'azione finalizzata all'accertamento dell'illegittimità dello scioglimento dal contratto, esercitata dal curatore, rientra tra quelle derivanti dal fallimento<sup>16</sup>. E si tratterebbe, anzi, di un'azione non compromettibile in arbitri, poiché coltivabile nelle forme processuali inderogabili del reclamo *ex art. 36 legge fall.*, proposto al giudice delegato<sup>17</sup>.

Il punto, però, è un altro, perché in questo contesto non v'è bisogno di un accertamento sulla legittimità dello scioglimento operato al curatore, che è sì questione che appartiene alla competenza del Tribunale fallimentare, ma della quale gli arbitri possono certamente conoscere, essendo pregiudiziale al vaglio della loro *potestas iudicandi*, *arg. ex art. 817, comma secondo, c.p.c.*

Oltretutto, se si asseconda la soluzione che qui si esamina si corre il rischio di veder vanificata l'attività processuale svolta in arbitrato fino al momento della dichiarazione di improcedibilità *ex art. 83-bis legge fall.* se poi in sede fallimentare si appurasse l'illegittimità dello scioglimento dal contratto. Infatti, l'accoglimento del reclamo *ex art. 36 legge fall.* non legittimerebbe la ripresa di quel procedimento arbitrale ma costringerebbe a iniziarne uno nuovo.

---

<sup>14</sup> F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione di arbitrato*, cit., p. 364 (corsivi dell'A.).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità*, loc. cit. cui *adde* F. CORSINI, *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria*, cit., p. 933.

<sup>17</sup> F. DE SANTIS, *Le azioni che derivano dal fallimento*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, I, Milano, 2009, pp. 504-505.

L'improcedibilità dell'arbitrato pendente *ex art. 83-bis legge fall.* reca, infine, un'ulteriore questione: ci si chiede cosa succede se gli arbitri – invece che pronunciare legittimamente la chiusura in rito del procedimento – emettano un lodo di merito. In questi casi, il curatore potrà proporre impugnazione per nullità *ex art. 829, comma primo, n. 4, c.p.c.* (ammesso vi abbia interesse), lamentando la carenza sopravvenuta del potere decisorio e ottenere una pronuncia rescindente dalla Corte d'appello<sup>18</sup>.

*4. La prosecuzione delle liti arbitrali in costanza di fallimento e le modalità di ripristino del contraddittorio con il curatore: l'art. 43, comma terzo, legge fall. e l'art. 816-sexies c.p.c. a confronto*

Si tratta ora di capire come debba ripristinarsi il contraddittorio quando il giudizio arbitrale può proseguire nonostante la sopravvenuta dichiarazione di fallimento di una parte.

Le ipotesi cui ci riferiamo possono riguardare a) le liti c.d. attive relative a rapporti giuridici già eseguiti *ex uno latere* o ancora pendenti alla data di dichiarazione di fallimento, se il curatore vi è subentrato; b) le liti c.d. attive, che hanno ad oggetto pretese del fallito, sorte da rapporti giuridici pendenti, dai quali il curatore si sia sciolto (se si ritenga, come a noi è parso preferibile, che qui non operi l'art. 83-bis legge fall.); c) le controversie c.d. passive già pendenti al momento della dichiarazione di fallimento di una parte, nelle quali il soggetto *in bonis* abbia proposto contro il fallito una domanda relativa all'accertamento o al modo di essere del rapporto contrattuale, dalla quale dipende quella di condanna alla restituzione di quanto già eseguito o al risarci-

---

<sup>18</sup> M. FARINA, *Art. 83-bis L. fall.*, cit., p. 633. Il riferimento, espresso nel testo, all'interesse del curatore si spiega alla luce della ricostruzione fortemente restrittiva che abbiamo accolto quanto ai casi nei quali effettivamente può essere dichiarata l'improcedibilità del giudizio arbitrale. Al contrario, seguendo quella più ampia lettura dell'art. 83-bis assecondata dai più, la prospettiva dei rimedi a disposizione del curatore contro un lodo di merito emesso in violazione dell'improcedibilità stabilita da quella norma potrebbe in effetti rendersi più concreta.

mento danni: mentre questa seconda domanda sarà attratta al rito della verifica del passivo, la prima potrà essere decisa dagli arbitri.

In tutti i casi descritti, se il processo in corso pendesse davanti a un giudice togato si applicherebbe pacificamente l'art. 43, comma terzo legge fall.: il giudizio dovrebbe considerarsi automaticamente interrotto dalla data di apertura del fallimento e destinato all'estinzione se le parti, entro tre mesi dal momento di avvenuta conoscenza legale dell'evento interruttivo, non lo avessero riassunto<sup>19</sup>.

Ebbene, non è certo che le stesse modalità processuali con le quali nel processo statale si dà rilievo all'intervenuta dichiarazione di fallimento possano operare anche in sede arbitrale: in questo contesto, l'applicazione dell'art. 43, comma terzo, legge fall. è tutt'altro che condivisa, come dimostra l'acceso dibattito sviluppatosi tra gli interpreti e le diverse proposte ricostruttive avanzate.

Chi nega l'ingresso di quella norma in arbitrato muove dall'assunto generale secondo cui le vicende che, alterando il contraddittorio tra le parti, provocano l'interruzione di un processo statale comportano in arbitrato conseguenze diverse<sup>20</sup>.

Si tratta di una affermazione difficilmente contestabile: anche prima dell'introduzione dell'art. 816-*sexies* c.p.c., l'art. 820, comma terzo, c.p.c. – pur richiamandosi ad alcune soltanto di quelle vicende: i.e., la morte delle parti – si limitava solo a prorogare di trenta giorni il termine per il deposito del lodo<sup>21</sup>.

Non v'è dubbio che l'art. 820, comma terzo, c.p.c. fosse una previsione estremamente lacunosa (posto che si riferiva solo al caso del decesso quale evento in grado di alterare il contraddittorio tra le parti) e

<sup>19</sup> Sul concetto di conoscenza legale dell'evento, v. subito oltre nt. 35.

<sup>20</sup> C. PUNZI, voce *Arbitrato*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 18; ID., *L'interruzione del processo*, Milano, 1963, p. 268; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 673; L. SALVANESCHI, Sub *art. 816-sexies. Arbitrato*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2014, p. 534; G.F. RICCI, Sub *art. 816-sexies*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 368; M.F. GHIRGA, Sub *art. 299. Interruzione del processo*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, cit., p. 29 ss.

<sup>21</sup> G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, p. 256 ss.



per certi versi, poco rispettosa del diritto di difesa<sup>22</sup>. Gli interpreti, però, finivano comunque per ricorrere a quella disposizione nel caso di sopravvenuto fallimento di uno dei paciscenti, valorizzando la circostanza che, anche in questo caso la parte avrebbe perso la capacità processuale<sup>23</sup>.

Probabilmente, prima del 2006, anche un altro fattore deponeva contro l'interruzione del procedimento arbitrale, in caso di sopravvenuto fallimento della parte: prima del d.lgs. n. 5/2006, il legislatore non si richiamava a quella vicenda anomala nemmeno qualora fosse stato pendente un giudizio statale. L'applicazione degli artt. 299 ss. c.p.c. avveniva solo per analogia, valorizzando la circostanza che il fallimento, come la morte, determina la perdita per il soggetto della capacità di stare in giudizio.

Le riforme che hanno interessato, sia pur parzialmente, sia l'arbitrato sia il fallimento hanno modificato non poco il quadro normativo tutt'ora vigente.

Per un verso, si è previsto, appunto, che il fallimento interrompa il processo e lo interrompa d'ufficio (art. 43, comma terzo, legge fall.).

Per altro verso, quanto all'arbitrato, l'art. 820, terzo comma, c.p.c. è stato sostituito con l'attuale art. 816-*sexies* c.p.c. Allo stato, il quadro delle modifiche soggettive che impongono di ricostituire il contraddittorio tra le parti si presenta ampliato: oggi, accanto alla morte, il legi-

---

<sup>22</sup> Così, in generale, rispetto all'art. 820, comma terzo, c.p.c., M.F. GHIRGA, *Fatti interruttivi del processo e arbitrato*, in *Sull'Arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 397; per una critica analoga, riferita al caso dell'applicazione della norma al fallimento, A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit. (ed. 1995), p. 67, secondo cui l'applicazione analogica dell'art. 820, comma terzo, c.p.c. al caso del fallimento di una delle parti non assicurerebbe un adeguato rispetto del diritto di difesa del curatore, dato il termine (molto breve) di proroga per la pronuncia del lodo; nello stesso senso, A. CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*, cit., p. 110.

<sup>23</sup> Propendevano per questa soluzione, G. BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 489; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 99-100; A. CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum*, cit., p. 111; A. CAVALAGLIO, *Sui rapporti tra clausola compromissoria, processo arbitrale, lodo rituale*, cit., p. 710; A. FUSILLO, *Processo arbitrale e fallimento sopravvenuto*, cit., p. 329; R. TISCINI, *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, cit., p. 628.

slatore si è riferito al venir meno della parte e, genericamente, alle altre ipotesi di perdita della capacità legale. Inoltre, sono mutate anche le conseguenze che questi eventi comportano sul piano del giudizio arbitrale: si è, infatti, attribuito agli arbitri il potere di individuare le misure più idonee per ripristinare il contraddittorio, finanche sospendendo il procedimento<sup>24</sup>.

Una parte degli interpreti invoca l'applicazione dell'art. 816-*sexies* c.p.c. in caso di sopravvenuto fallimento di uno dei paciscenti, escludendo che possa venire in gioco l'art. 43, comma terzo, legge fall. La conclusione è motivata in forza di un duplice argomento: anzitutto, si rimarca il fatto che l'interruzione del giudizio è vicenda rimasta estranea alla disciplina dell'arbitrato, pure in occasione dell'ultima riforma<sup>25</sup>. In particolare, si scorge il fondamento di questa esclusione nella necessità di evitare quegli automatismi che sarebbero capaci di rallentare lo svolgimento normalmente snello di un procedimento arbitrale<sup>26</sup>. Per queste ragioni, si preferisce ricondurre la fattispecie alla disciplina dell'art. 816-*sexies* c.p.c. come avveniva nel vigore dell'art. 820, comma terzo, c.p.c., e si assegna al fallimento il rango di sopravvenuta causa di incapacità della parte, al pari della morte.

In secondo luogo, si osserva come l'art. 816-*sexies* c.p.c. lasci al collegio la più ampia discrezionalità nella scelta delle modalità con cui informare il curatore della pendenza dell'arbitrato: potrebbero provve-

---

<sup>24</sup> Come è stato notato, si tratterebbe di una sospensione che si affianca a quelle già individuate dall'art. 819-*bis* c.p.c. ma che, partecipando della stessa natura, provocherebbe la sospensione anche del termine per pronunciare (G. CANALE, *Clausola arbitrale*, cit., p. 1579).

<sup>25</sup> M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 504; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 15; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 135; C. CAVALLINI, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 594; U. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, cit., pp. 271-272; G.F. RICCI, *Sub art. 816-sexies*, cit., p. 368; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 513; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., pp. 368-369, testo e nt. 30; G. GARGIULO, *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero*, cit., p. 2451.

<sup>26</sup> Una siffatta spiegazione si ritrova in L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-sexies*, cit., p. 543, che peraltro conclude esprimendo la propria preferenza per l'opposta tesi che applica l'art. 43, comma terzo, legge fall. all'arbitrato.

dervi gli arbitri, oppure essi stessi potrebbero invitare le parti a operare in tale senso, entro un certo termine<sup>27</sup>.

Il collegio potrebbe addirittura decidere di sospendere il giudizio assegnando ai paciscenti un termine per il deposito dell'istanza di prosecuzione<sup>28</sup>. Termine che, ove non stabilito, coincide con l'anno dalla cessazione dell'evento, in forza dell'art. 819-*bis*, comma terzo, c.p.c., trascorso inutilmente il quale, il procedimento arbitrale dovrà essere dichiarato estinto.

L'art. 816-*sexies* c.p.c. non chiarisce poi cosa accada se le parti, chiamate a informare il curatore della pendenza del giudizio arbitrale, non vi ottemperino. Le eventualità prospettabili sono più d'una: in forza del secondo comma di quella previsione, gli arbitri possono (ma non necessariamente debbono) rinunciare al mandato. Se ciò accadrà, il giudizio arbitrale non potrà rimanere pendente *sine die*. Il collegio sarà comunque tenuto a dichiarare l'estinzione del giudizio, essendosi verificata una condizione che gli impedisce di decidere nel merito; saranno liquidati i compensi (anche dei difensori) e disposte le cancellazioni delle domande<sup>29</sup>.

Benché l'applicazione dell'art. 816-*sexies* c.p.c. al caso di sopravvenuto fallimento risulti di per sé plausibile, si tratta di una soluzione che non ci convince del tutto.

---

<sup>27</sup> G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 132; E. FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis L.F. e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 378; G. CANALE, *Clausola arbitrale*, cit., p. 1579, che prospetta anche la possibilità che gli arbitri mettano in mora il curatore ex art. 72, comma secondo, legge fall.

<sup>28</sup> A questo proposito, come è stato correttamente rilevato in dottrina, il fatto che l'art. 816-*sexies* c.p.c. qualifichi la sospensione come una misura facoltativa non deve trarre in inganno, essendo gli arbitri costretti a quella scelta in tutti quei casi in cui la parte colpita dall'evento non stia ciononostante in giudizio o il contraddittorio non sia stato prontamente ricostituito (così M.F. GHIRGA, *Fatti interruttivi del processo*, cit., p. 400).

<sup>29</sup> In arg. R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., spec. p. 316 e p. 331 e, con specifico riferimento al caso del sopravvenuto fallimento, A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore*, cit., p. 175; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-*sexies**, cit., p. 544; G. CANALE, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 1355.

A nostro avviso, coglie nel segno chi osserva che a quella norma si potrebbe far ricorso solo se mancasse una previsione *ad hoc* dettata per il caso di sopravvenuto fallimento nei giudizi davanti al giudice togato; disposizione, però, che non manca affatto, essendo rinvenibile proprio nell'art. 43, comma terzo, legge fall.<sup>30</sup>.

Né ci sembra sussistano ostacoli ad applicare questa norma. Se è vero, infatti, che l'interruzione, così come disciplinata dal c.p.c., è vicenda sconosciuta all'arbitrato, è altrettanto vero che l'interruzione prevista dall'art. 43, comma terzo, legge fall. risponde a una logica diversa, frutto di una normativa speciale che non a caso deroga alle disposizioni del c.p.c.<sup>31</sup>.

L'interruzione contemplata dalla norma fallimentare opera automaticamente, non necessita della dichiarazione in udienza dell'evento interruttivo e si giustifica alla luce delle esigenze di natura pubblicistica che persegue la procedura concorsuale<sup>32</sup>.

Per questo motivo stride ancora di più ritenere che, a fronte del fallimento di una delle parti, gli arbitri, a differenza del giudice togato, siano liberi di scegliere la misura più idonea da impartire per ripristinare il contraddittorio con il curatore. Non solo non vi è ragione per escludere l'applicazione dell'art. 43, comma terzo, legge fall. ma soprattutto appare ingiustificata la discrezionalità che l'art. 816-*sexies* c.p.c. assegnerebbe, in questo caso, ai giudici privati<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Concludono nel senso che possa applicarsi l'art. 43, comma terzo, legge fall. anche in caso di giudizio arbitrale, A. CASTAGNOLA, *ult. op. loc. cit.*; G. CANALE, *Clausola arbitrale*, cit., p. 1580, proprio valorizzando l'equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza (ragione per la quale l'A. esclude che l'art. 43, comma terzo, legge fall. possa applicarsi là dove penda un procedimento per arbitrato libero: ID., *op. cit.*, p. 1587); L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-sexies*, cit., p. 544 (che – nel riprendere peraltro un rilievo già formulato da A. CASTAGNOLA, *op. cit.*, p. 177, osserva che se la disciplina dell'arbitrato dovesse prevalere su quella generale del fallimento, allora dovrebbe trovare applicazione l'art. 816-*quinquies* c.p.c., giacché il curatore che subentra nel contratto si atteggiare a successore a titolo particolare del fallito); F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare*, cit., p. 357.

<sup>31</sup> A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore*, cit., p. 174; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-sexies*, cit., p. 545.

<sup>32</sup> A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, cit., p. 825.

<sup>33</sup> A. CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore*, cit., p. 174.

Essi, resi edotti del fallimento di una delle parti, disporranno formale interruzione del procedimento arbitrale, in attesa che esso sia riassunto da o nei confronti del curatore entro il termine massimo di tre mesi dal momento della conoscenza legale dell'evento<sup>34</sup>. In questa ipotesi, si prospetterà la questione (ben nota agli interpreti con riguardo al processo instaurato davanti al giudice togato) del *dies a quo* di decorrenza del termine trimestrale indicato: momento, questo, che potrà ovviamente essere diverso secondo che intenda riassumere la parte *in bonis* o il curatore<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> In questi termini ha proceduto Coll. Arb., 7 settembre 2016, cit. il quale, dichiarata improcedibile la domanda di condanna al risarcimento dei danni derivanti dalla risoluzione del contratto (a sua volta oggetto di domanda arbitrale), ha poi disposto l'interruzione del giudizio arbitrale, ex art. 43, comma terzo, legge fall. quanto alla domanda pregiudiziale, assegnando termine alla parte *in bonis* per la riassunzione nei confronti della curatela.

<sup>35</sup> Varrà anche per l'arbitrato, l'insegnamento più recente tratto dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui, al fine del decorso del termine trimestrale per la riassunzione, non è sufficiente la sola conoscenza da parte del curatore fallimentare dell'evento interruttivo rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, ma è necessaria anche la conoscenza dello specifico giudizio sul quale detto effetto interruttivo è in concreto destinato a operare.

Come noto, la Corte costituzionale, intervenuta con una sentenza interpretativa di rigetto dell'art. 305 c.p.c. ha chiarito che il *dies a quo* per la riassunzione del processo, automaticamente interrotto dal momento della dichiarazione di fallimento, decorra dal giorno in cui la parte interessata sia venuta a conoscenza legale dell'evento interruttivo (Corte cost., 21 gennaio 2010, n. 17, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1122 con nota di M. FABIANI). Sebbene l'ordinanza di rimessione alla Consulta avesse prospettato l'incostituzionalità della norma con precipuo riguardo alla posizione della controparte del fallito (Trib. Biella, 5 marzo 2009), un'attenta dottrina, nell'annotare quell'ordinanza, aveva evidenziato la necessità che il termine trimestrale per la riassunzione della lite decorresse anche per il curatore dal momento della conoscenza legale del processo: *dies a quo*, questo, che non poteva, perciò, coincidere con quello della sentenza dichiarativa di fallimento (cfr. C. CONSOLO, R. MURONI, *Amministrazione straordinaria e termine a quo dell'interruzione del processo e per la sua riassunzione*, nota a cit. Trib. Biella, 5 marzo 2009, in *Il fall.*, 2009, p. 955).

La giurisprudenza più recente ha colto quello spunto e ha così stabilito che anche per il curatore il termine per la riassunzione del processo interrotto decorra da quando si sia avuta conoscenza c.d. legale dello specifico giudizio sul quale quell'effetto interruttivo è destinato ad operare, «acquisita per il tramite di una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa dell'evento che determina l'interruzione del processo

In caso di inerzia di entrambe le parti in ordine alla rituale prosecuzione del giudizio, gli arbitri dovrebbero dichiarare l'estinzione del giudizio arbitrale, con quanto ne consegue rispetto alla perdita degli effetti della domanda giudiziale che era stata proposta in precedenza da (e/o) contro il fallito<sup>36</sup>.

A stemperare di molto la diversità tra le due descritte ricostruzioni sono proprio i risvolti applicativi cui ciascuna di esse conduce: sia la tesi dell'interruzione automatica del giudizio arbitrale sia quella che invoca l'art. 816-*sexies* c.p.c. non consentono al processo arbitrale di rimanere quiescente *sine die*<sup>37</sup>. A mutare è soltanto il termine entro il quale pronunciare il lodo di estinzione del giudizio che, là dove si invochi l'art. 43, comma terzo legge fall., sarà sempre lo stesso: certo nella durata, nella decorrenza del *dies a quo* ma soprattutto ragionevolmente breve.

Resta inteso che se, a valle della prosecuzione del giudizio per effetto dell'iniziativa assunta dalla parte *in bonis*, il curatore non si costi-

---

assistita da fede privilegiata». Anche per l'organo concorsuale, perciò, il termine di riassunzione non può decorrere dalla dichiarazione di fallimento. In questi termini, Cass., 28 dicembre 2016, n. 27165; Trib. Roma, 1 aprile 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano, 27 marzo 2014, in *Il fall.*, 2014, p. 1205, con osservazioni di G. BERTAZZI, Cass., 7 marzo 2013, n. 5650, *ivi*, 2014, p. 170 ss. con osservazioni di F. TOMASSO, *Riassunzione del processo interrotto per fallimento e legale conoscenza del fatto interruttivo per il curatore*; Cass., 13 marzo 2013, n. 6331. In arg. anche F. COSSIGNANI, *Il termine per la riassunzione del processo interrotto ex art. 43 l. fall. per il curatore*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1370.

<sup>36</sup> Ci sembra che questa sia proprio una di quelle fattispecie, in cui – attesa la gravità del vizio processuale, com'è la mancata integrazione del contraddittorio – si impone agli arbitri la pronuncia di un lodo, con il quale essi declinano il loro potere di decidere nel merito. Così, M.F. GHIRGA, *Fatti interruttivi del processo e arbitrato*, cit., pp. 404-405.

<sup>37</sup> Lo nota L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-sexies*, cit., p. 545; per un'analoga osservazione, di recente, A. PAOLETTI, *Sub art. 816-sexies c.p.c.*, in M.V. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (diretto da), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, cit., spec. p. 292.

tuisse in giudizio in sostituzione del fallito, gli arbitri potranno proseguire la lite e pronunciare un lodo opponibile alla massa<sup>38</sup>.

Va ora chiarita la sorte del lodo con il quale gli arbitri abbiano deciso nel merito, ignorando il sopraggiunto fallimento a carico di una delle parti.

La fattispecie è molto simile a quella che si verifica in un processo che si svolge davanti a un giudice togato quando la morte o la perdita della capacità della parte intervengono tra la notificazione dell'atto di citazione e la costituzione in giudizio: l'interruzione opera qui automaticamente e «non possono essere compiuti atti del procedimento» (art. 298, comma primo, c.p.c.).

Ebbene, diversamente dal caso di sentenza emessa nei confronti dell'erede *ante litem*, nella fattispecie poc'anzi richiamata, il processo è stato correttamente instaurato: è vero che l'istituto dell'interruzione – posto a presidio della necessità di ripristinare il contraddittorio nei confronti dell'avente causa – non ha funzionato nel concreto; è parimenti vero che quella sentenza è stata pronunciata in un momento in cui il processo doveva considerarsi quiescente; quel provvedimento, però, non può considerarsi inesistente, bensì soltanto nullo, e perciò impugnabile con gli ordinari mezzi di impugnazione<sup>39</sup>. Il successore che non sia stato destinatario della notificazione del provvedimento potrà esercitare il proprio diritto a impugnare avvalendosi dello stesso trattamento processuale riservato al contumace involontario dall'art. 327, comma secondo, c.p.c.<sup>40</sup>. La sentenza potrà, così, essere gravata entro il termine lungo di sei mesi che decorrerà non dalla pubblicazione del provvedi-

---

<sup>38</sup> G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 77; M. NITROLA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 756; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale*, cit., p. 16.

<sup>39</sup> C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., pp. 259-261 ma già G. PAVANINI, *Sentenza nei confronti di un defunto ed opposizione di terzo da parte dell'erede (Rilievi in tema di nullità della sentenza)*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, pp. 236-237. In generale, considera nulla e non inesistente la sentenza pronunciata, durante la quiescenza del processo, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, II, cit., p. 740, nt. 121.

<sup>40</sup> In giurisprudenza, Cass., 16 maggio 2003, n. 7699 cui *adde* in dottrina G.P. CALIFANO, *L'interruzione del processo. Gli artt. 299 ss. c.p.c.*, cit., p. 154.

mento ma dal momento in cui il destinatario ne abbia avuto conoscenza<sup>41</sup>.

Là dove, al contrario, la decisione sia stata notificata al successore, scatterà in capo a costui l'onere di impugnare il provvedimento, sì che in mancanza la sentenza passerà in giudicato e quel vizio potrà considerarsi sanato<sup>42</sup>.

A noi sembra che questo regime possa trovare applicazione, *mutatis mutandis*, anche nel caso di sopravvenuto fallimento di una parte, ogni volta che la decisione del giudice togato (o degli arbitri) sia stata comunque pronunciata in violazione dell'automatica interruzione del processo, imposta dall'art. 43, comma terzo, legge fall. Quando sopraggiunge il fallimento di una parte, non si ha certo una successione del curatore al fallito (lo si è visto), quanto piuttosto una sostituzione processuale forzata, che consegue pur sempre ad una sopravvenuta incapacità processuale del sostituito. Incapacità, questa, che comporta l'automatica interruzione del processo, come avviene quando l'evento interruttivo colpisce la parte, dopo che la domanda avversaria le è pervenuta ma prima della sua costituzione in giudizio.

Qualora si tratti di arbitrato, il lodo pronunciato senza che il contraddittorio sia stato ricostituito con il curatore deve considerarsi viziato, a prescindere dalla modalità processuale con la quale si intenda dare rilievo nel processo alla sopraggiunta dichiarazione di fallimento (interruzione automatica del giudizio, *ex* art. 43, comma terzo, legge fall. ovvero assunzione dei provvedimenti più opportuni da parte degli arbitri, *ex* art. 816-*sexies* c.p.c.).

A questo proposito, sono almeno due le questioni che pone quel lodo viziato: da un lato, ci si chiede quale censura il curatore possa prospettare nel proporre impugnazione per nullità del lodo *ex* art. 828 c.p.c. alla Corte d'appello. Dall'altro lato, ci si domanda se – anche per questo genere di impugnazione – possa invocarsi per analogia l'art. 327, comma secondo, c.p.c.

Quanto al primo interrogativo, appare pienamente condivisibile quella recente proposta interpretativa che riconduce il vizio, dal quale il

---

<sup>41</sup> C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 261.

<sup>42</sup> C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, cit., p. 311, cui *adde* M.F. GHIRGA, *Sub art. 304. Interruzione del processo*, cit., p. 289 ss.



lodo sarebbe affetto, al motivo di cui all'art. 829, comma primo, n. 4, seconda parte, c.p.c.: si tratterebbe di un'ipotesi di carenza, in capo agli arbitri, del potere di decidere nel merito, per mancanza di una condizione di decidibilità; un vizio – come è stato definito – che colpisce il contraddittorio in senso statico: il giudice non avrebbe dovuto decidere nel merito la lite, perché la parte non sarebbe stata messa nelle condizioni di potersi difendere<sup>43</sup>.

La Corte d'appello, accolta l'impugnazione, annullerà il lodo senza però poter essere giudice del rescissorio, sicché il curatore, in forza della clausola compromissoria o del compromesso che avevano fondato il precedente giudizio arbitrale, dovrà introdurne uno di nuovo se intende ottenere un provvedimento di merito<sup>44</sup>.

Si pone poi il problema per il curatore di rispettare il termine annuale per proporre impugnazione per nullità di lodo; termine che, *ex art.* 828, comma secondo, c.p.c., dovrebbe decorrere dalla data dell'ultima sottoscrizione della decisione arbitrale. Ci si domanda in che modo tutelare l'amministrazione fallimentare che potrebbe aver ignorato l'esistenza di quell'arbitrato ed essere venuta a conoscenza dell'esistenza del lodo,

---

<sup>43</sup> E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità di lodo dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, p. 231; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-sexies*, cit., p. 541; e poi M.F. GHIRGA, *Fatti interruttivi del processo*, cit., p. 408.

<sup>44</sup> Si tratterebbe, dunque, di un vizio ben più grave di quello previsto dall'art. 828, comma primo n. 9 c.p.c., che pur sempre attiene alla violazione del contraddittorio ma che ricorre quando il lodo è il frutto dello svolgimento di un procedimento che impedisce l'uguaglianza, la parità di *chances* tra le parti (si pensi ai casi di pronuncia della terza via. Su questi aspetti, ancora E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità*, cit., p. 233). È proprio a questa censura che M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 506, riconduce il vizio che affliggerebbe il lodo nel caso di cui ci stiamo occupando: secondo l'A., il curatore che ritenga che gli arbitri abbiano pronunciato per errore il lodo nei confronti del fallito, potrebbe censurare il provvedimento ai sensi dell'art. 829, comma primo, n. 9, c.p.c., invocando, se del caso, la rimessione in termini *ex art.* 153, comma secondo, c.p.c. Il riferimento a siffatta censura non ci convince, posto che presuppone che la violazione del diritto di difesa sia avvenuta nel corso del procedimento nei confronti di una parte che era in grado di difendersi (in questi termini, anche G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 135); al contrario, nel caso che ci riguarda si tratta di un vizio che concerne l'assenza di un presupposto processuale, che giustifica la conseguenza (più grave) dell'esclusione del potere della Corte d'appello di decidere del merito.

ben oltre il termine per l'impugnazione. Ove non si ritenga possibile invocare per analogia l'applicazione dell'art. 327, comma secondo, c.p.c., ci si potrà pur sempre richiamare all'art. 153, comma secondo, c.p.c. e all'istituto della rimessione in termini, evitando così la decadenza del curatore dal potere di impugnazione<sup>45</sup>.

5. Segue: di alcuni aspetti processuali relativi all'istruttoria e ai costi dell'arbitrato proseguito nel contraddittorio con il curatore

Resta ora da verificare cosa accada al procedimento arbitrale quando il contraddittorio sia stato ricostituito con il curatore. Anzitutto, si pone il problema se la procedura fallimentare sia vincolata alla nomina del collegio arbitrale, effettuata in precedenza dal fallito.

Milita a favore di questa conclusione la qualificazione del rapporto che lega tutte parti a tutti gli arbitri nominati: vi si scorga un contratto di mandato, un contratto d'opera intellettuale o un contratto atipico, la parte che conferisce l'incarico è pur sempre soggettivamente complessa, non coincidendo certo solo con il fallito. Questa considerazione elide perciò la *ratio* sulla quale si fonda l'art. 78 legge fall., là dove si legittima il curatore (del fallito, unico mandante) a sciogliersi dal contratto<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> M. BOVE, *ult. op. loc. cit.*

<sup>46</sup> Osserva M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 160, nt. 158 che è la stessa disciplina degli effetti del fallimento sul contratto di mandato (art. 78 legge fall.) a dimostrare che il curatore, subentrato nella posizione del fallito, è vincolato alla scelta arbitrale compiuta in precedenza. In senso analogo anche A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, cit., p. 827, il quale ritiene che questa conclusione esca a più forte ragione confermata nel caso in cui si tratti di un arbitrato pendente, relativo a un rapporto giuridico pendente dal quale il curatore non si sia sciolto. Per questa ipotesi, il subentro dell'amministrazione fallimentare nel rapporto sostanziale non potrebbe non comportare l'accettazione di tutte le clausole del contratto, ivi compresa quella compromissoria cui le parti abbiano dato seguito con la nomina degli arbitri. In senso analogo, anche G. CANALE, *Clausola arbitrale*, cit., p. 1572; N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 489, secondo il quale in nessun caso il curatore potrebbe sciogliere unilateralmente il rapporto con gli arbitri nominati prima della dichiarazione di fallimento, se il patto compromissorio gli è opponibile. *Contra*, invece,

Diversamente, se il fallimento è dichiarato prima della nomina del collegio arbitrale, ma dopo che la domanda di arbitrato è stata notificata alla controparte, il curatore dovrà formulare al giudice delegato una proposta di nomina dell'arbitrato di parte, *ex art. 25, comma primo, n. 7 legge fall.*, che potrà essere accolta, una volta verificata la sussistenza in capo agli arbitri dei requisiti previsti dalla legge<sup>47</sup>.

---

M. MACCHIA, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, cit., p. 822.

<sup>47</sup> In dottrina, ci si è domandati se il giudice delegato debba limitarsi a verificare la presenza dei requisiti richiesti per svolgere l'ufficio arbitrale o possa spingersi a indagare anche l'arbitrabilità della lite o la validità della convenzione arbitrale. A nostro avviso, la soluzione corretta è la prima: diversamente, si rischia che, prima e fuori dall'arbitrato, si inneschi un principio di controversia tra le parti, in una sede del tutto inadeguata (come quella fallimentare) e magari con una inevitabile coda del reclamo, davanti al Tribunale fallimentare, in composizione collegiale, *ex art. 26 legge fall.* In questi termini, già, S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 346. Perciò, l'unico requisito che il giudice delegato sarà tenuto ad accertare in capo agli arbitri è quello dettato dall'art. 812 c.p.c.: può rivestire l'ufficio arbitrale chi è dotato di capacità d'agire.

Sotto altro profilo, ci si è chiesti se il giudice delegato si limiti a esercitare un potere meramente formale, sì che gli sarebbe precluso valutare la proposta di nomina dell'arbitro anche sulla base di altri elementi, come l'imparzialità o le conoscenze tecniche della persona proposta. A questa conclusione, che condividiamo, giunge S. LA CHINA, *ult. op. loc. cit.* Di contrario avviso si mostra, invece, G. CABRAS, *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, II, Padova, 2010, p. 1527, il quale valorizza il tenore letterale dell'art. 25 legge fall., che discorre di nomina di soggetti proposti, non di mera designazione, come nel caso della sostituzione dei componenti del comitato dei creditori, *ex art. 37-bis legge fall.*: solo in questo caso si potrebbe dire che il giudice delegato eserciti un potere dipendente dalle determinazioni di altri.

Merita almeno un cenno la questione relativa alla fissazione della sede dell'arbitrato: il problema può sorgere sia prima che l'arbitrato sia stato instaurato, sia – una volta iniziato il procedimento arbitrale – qualora il curatore, di concerto con la controparte, voglia modificare o revocare la scelta operata *illo tempore* dal fallito o dagli arbitri stessi. Non v'è motivo per negare l'ammissibilità di un siffatto atto (che ben potrebbe essere motivato solo da ragioni di opportunità e che, in ogni caso, è espressione di un principio di signoria delle parti sulle modalità di svolgimento del procedimento arbitrale); va soltanto precisato che la scelta operata dal curatore richiede comunque l'autorizzazione del giudice delegato, ai sensi dell'art. 25, n. 6, legge fall. e assurge al rango di atto straordinaria amministrazione (necessitando allora dell'autorizzazione del comitato

All'opposto, il curatore rimane libero di revocare al difensore il mandato che il fallito gli aveva attribuito. In questo caso, si pone la stessa questione che si affaccia nel processo davanti a un giudice togato, quanto al trattamento da assegnare al compenso dell'avvocato per l'attività svolta prima che fosse pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento. V'è chi ha dubitato che possa considerarsi prededucibile anche il credito maturato dal difensore prima della dichiarazione di fallimento, sul rilievo che il curatore, pur avendo scelto di subentrare in quel processo, rimarrebbe comunque estraneo alla precedente fase del giudizio<sup>48</sup>; non manca però chi, invece, valorizza il fatto che la procedura beneficerebbe comunque dell'attività difensiva svolta in precedenza per concludere così nel senso della prededucibilità di quel credito, senza che, a questo proposito, abbia rilievo la circostanza che vi sia stata una successione nei mandati alle liti<sup>49</sup>. E mi sembra essere questa la soluzione da preferire, che deve trovare applicazione anche in ordine a trattamento da riservare agli onorari degli arbitri, da qualificarsi quali crediti prededucibili<sup>50</sup>.

---

dei creditori, ex art. 35 legge fall.) qualora i paciscenti decidano di trasferire la sede arbitrale all'estero. In questi termini, già S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 102-103 e M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 505 nt. 40.

<sup>48</sup> Si tratta invero di argomenti che risalgono a decisioni risalenti nel tempo (v. ad es. Cass., 5 giugno 1939, in *Foro it.*, 1940, p. 97) delle quali dà criticamente conto F. DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1988, p. 127.

<sup>49</sup> Così E. MARINUCCI, *I crediti prededucibili nel fallimento*, Milano, 1998, pp. 145-147 (cui si rinvia anche per richiami bibliografici). L'A. propende in generale per l'integrale prededucibilità degli oneri del giudizio, quando il curatore vi subentra al fallito, valorizzando l'analogia con il principio che si ricava dall'art. 72 legge fall., relativa al subentro della curatela nei rapporti giuridici pendenti. Si legge infatti che «il curatore che subentra in un giudizio in corso, espone (nel bene e nel male) la massa all'esito di un giudizio così come l'avrebbe esposta se il giudizio lo avesse promosso egli stesso: il regime degli oneri non può quindi seguire nelle due ipotesi, criteri diversi». Per una analoga conclusione, G. CANALE, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 1348, testo e nt. 49.

<sup>50</sup> S. VINCRE, *op. cit.*, p. 111; N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, cit., p. 492. I due precedenti di merito che ci constano (e di cui si dispone solo in massima) riguardano arbitrati irrituali, conclusi oltretutto prima della apertura della dichiarazione di fallimento della parte, Trib. Parma, 13 febbraio 2003, in *Il fall.*, 2004, p. 89, con nota di L. CASELLI, *Natura dei crediti dei professionisti nell'arbitrato irrituale*; Trib. Napoli, 9 aprile 2002, n. *ivi*, 2003, p. 1233.

Residuano infine alcune questioni relative allo svolgimento dell'istruttoria arbitrale, una volta che il curatore sia divenuto parte del giudizio. Ci si chiede quale efficacia abbiano rispetto a costui i mezzi di prova raccolti in precedenza e in che termini l'istruttoria subisca un'alterazione per effetto della presenza nel giudizio del curatore in luogo del fallito. Si tratta di quesiti che, in parte, si prospettano anche quando il giudizio nel quale il curatore subentra, in luogo del fallito penda davanti al giudice togato.

In linea di principio, sembra potersi concludere che l'istruttoria svolta in precedenza abbia pieno effetto nei confronti del curatore, posto che costui assume la stessa posizione del fallito; il problema si pone semmai con riguardo alla confessione giudiziale resa dal fallito quando *in bonis*, qualora si riconosca che anche essa possa assumere efficacia di prova legale in arbitrato. Anche a voler muovere da questa premessa, però, è da escludere che quella confessione abbia efficacia pienprobante: da un lato, sembra negarlo l'art. 2733 c.c., là dove riconosce che la confessione fa piena contro colui che l'ha resa. Dall'altro lato, come è stato notato in dottrina, appare determinante il principio espresso dall'art. 2731 c.c. e così il rilievo che il confitente deve essere persona capace di disporre del diritto non solo nel momento in cui presta confessione ma anche quando gli effetti della confessione si ripercuotono sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio<sup>51</sup>. Ad ogni modo, l'attribuzione in questi casi dell'efficacia di prova liberamente apprezzabile alla confessione resa dal fallito quando *in bonis* è conclusione che esce a maggior ragione avvalorata se si accoglie la ricostruzione, alla quale abbiamo mostrato di aderire, che guarda al curatore come a un sostituto processuale del fallito<sup>52</sup>. È vero che l'assunzione da parte del curatore del ruolo di parte del giudizio, in veste di legittimato straordinario ad agire, non comporta qui – come di norma accade in questi casi – la formazione di un processo necessariamente litisconsortile; questa circostanza, però, non sembra ostacolare l'applicazione della regola imposta dall'art. 2733, comma secondo, c.c., secondo cui in caso di litisconsorzio

---

<sup>51</sup> S. VINCRE, *ult. op. cit.*, p. 106.

<sup>52</sup> Cap. I, Sez. III.

necessario la confessione resa da uno soltanto dei litisconsorti ha efficacia di prova liberamente apprezzabile per tutti<sup>53</sup>.

Infine, merita almeno un cenno la questione relativa all'efficacia delle prove raccolte nel giudizio arbitrale destinato ad essere dichiarato improcedibile *ex art. 83-bis* legge fall. Il problema ha ragione di porsi se si accolga la tesi sposata a maggioranza dagli interpreti e si ritenga che il curatore possa riproporre, davanti al giudice statale, la domanda di condanna proposta dal fallito in arbitrato, relativa a una pretesa sorta dal contratto dal quale il curatore si sia sciolto. In quest'ottica, ci si chiede se e in che termini si possa tenere conto dell'istruttoria già svolta in sede arbitrale. L'interrogativo riguarda soprattutto le prove costituenti, per le quali ci sembra possibile applicare in via analogica l'art. 310, comma quarto, c.p.c. e ritenere che esse assumano davanti al giudice togato l'efficacia di argomenti di prova.

*6. Arbitrato pendente in uno Stato membro dell'Unione europea e fallimento dichiarato in Italia. In particolare, la questione della procedibilità di una controversia passiva*

Sino a questo momento l'impatto del fallimento di uno dei paciscenti sulla convenzione arbitrale conclusa dal fallito, o sul giudizio arbitrale in corso, è stato indagato dando per presupposto che sia la procedura fallimentare sia il procedimento arbitrale pendessero in Italia.

Si tratta ora di verificare se e in che modo il curatore italiano sia vincolato a un arbitrato quando esso si svolga all'estero. La risposta alla questione si presenta piuttosto articolata perché richiede di risolvere quesiti ulteriori, che spaziano dal riconoscimento nell'ordinamento straniero della sentenza fallimentare italiana, all'individuazione della legge applicabile alla clausola arbitrale o al giudizio in corso quando il fallimento è stato pronunciato in Italia, al riconoscimento del lodo estero nel nostro ordinamento.

---

<sup>53</sup> S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, cit., pp. 338-339; G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, cit., pp. 146-148; G.A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, pp. 367-368.

Il tema, che meriterebbe ben più ampie riflessioni e il cui sviluppo in questa sede può essere soltanto abbozzato, richiede anzitutto di distinguere secondo che il Reg. europeo n. 848/2015, sulle procedure di insolvenza trovi applicazione oppure no<sup>54</sup>.

Come già rammentato, la disciplina europea sulle procedure di insolvenza è ispirata al principio secondo cui la legge del luogo di apertura della procedura di insolvenza di carattere principale regola gli effetti di quella procedura in tutti gli Stati membri nei quali essa è riconosciuta (art. 7 Reg. n. 848/2015); a questo principio generale il legislatore europeo affianca più di un'eccezione, tra cui quella espressa dall'art. 18, in base al quale gli effetti della procedura di insolvenza su un procedimento (anche arbitrale) relativo a un bene o a un diritto del quale il debitore è sprossessato sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale il procedimento è pendente.

L'approccio che l'attuale regolamento ha assunto nei confronti del problema che ci occupa non è nuovo ma ricalca quello fatto proprio dal previgente Reg. n. 1346/2000: si trattava di garantire un bilanciamento tra le legittime aspettative delle parti e la certezza delle operazioni condotte in Stati diversi da quello nel quale la procedura concorsuale è stata aperta<sup>55</sup>. Questo spiega perché il legislatore abbia talvolta limitato l'applicazione della *lex fori concursus* a vantaggio delle discipline di altri ordinamenti, come accade appunto nel caso in cui il fallimento dichiarato in uno Stato sorprenda un giudizio arbitrale che sia in corso altrove.

A questo proposito, sebbene oggi la questione si presenti piuttosto pacifica, conviene rimarcare che la nozione di procedimenti in corso su beni o diritti di cui il fallito risulta sprossessato (che si ritrova nell'art. 15 Reg. n. 1346/2000 e nell'art. 18 di quello attualmente in vigore) sia

---

<sup>54</sup> Peraltro, non sarebbe del tutto corretto ritenere che sia sufficiente la pendenza di un arbitrato in uno Stato diverso da quello europeo nel quale è stata aperta una procedura di insolvenza a carattere principale, per consentire l'applicazione del Reg. n. 848/2015: l'art. 1, comma secondo, del cit. Reg. esclude infatti che la normativa europea possa applicarsi se il debitore rientra in una delle categorie indicate dall'art. 1 comma secondo, del cit. Reg.: sia, cioè, un istituto bancario o di un'impresa assicuratrice, etc.

<sup>55</sup> Così si esprime il considerando 24 del prev. Reg. su cui anche S. BARIATTI, *The European Insolvency Regulation and Arbitration*, cit., p. 268.

considerata come sinonimo di processo di cognizione. La dottrina, prima, e la Corte di Giustizia, poi, hanno escluso che il concetto di *lawsuit pending* potesse riferirsi a processi di esecuzione forzata, i cui destini invece rimangono stabiliti dalla *lex fori concursus*<sup>56</sup>.

Rispetto alla disciplina del precedente regolamento, quella attualmente in vigore è esplicita, poi, nell'estendere la portata applicativa dell'art. 18 anche al procedimento arbitrale; sicché, là dove questi fosse in corso quando in uno Stato diverso una delle parti sia dichiarata fallita, sarà la *lex loci arbitri* a stabilire gli effetti che il fallimento determina su quel giudizio arbitrale. Ad ogni modo, a questa conclusione, oggi sancita *ex positivo iure*, si giungeva anche in passato attesa la natura giurisdizionale, riconosciuta al procedimento arbitrale e la parificazione degli effetti del lodo a quelli di una sentenza, che costituivano argomenti di per sé argomenti decisivi<sup>57</sup>.

Semmai era un'altra la ragione che rendeva controversa l'applicazione dell'art. 15 Reg. n. 1346/2000. Si tratta, oltretutto, di un aspetto sul quale il legislatore del *Recasting*, con l'art. 18, non è espressamente intervenuto.

Nessuno negava a quella norma (e oggi all'art. 18) una finalità derogatoria rispetto al principio generale previsto dall'abr. art. 4 prev. Reg. (oggi art. 7 Reg. n. 848/2015), secondo cui è la legge dello Stato di apertura della procedura di insolvenza a regolare gli effetti di quella procedura

---

<sup>56</sup> I. FLETCHER, *Choice of Law Rules*, in G. MOSS, I. FLETCHER, S. ISAAC, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2016, § 4.44; ma già A. LEANDRO, *Il ruolo della lex concursus nel Regolamento comunitario*, cit., p. 304 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Il Reg. n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza*, in F. FERRARI (a cura di), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2002, pp. 387-388; cfr. anche Corte di Giustizia, 17 marzo 2005 (C- 294/02 *AMI Semiconductor*) e, soprattutto, Corte di Giustizia, 24 ottobre 2013 (C-85/2012, *Landesbanki*).

<sup>57</sup> I dubbi che si ponevano rispetto all'inclusione dell'arbitrato, tra i procedimenti cui faceva riferimento la norma, nascevano dalle divergenti traduzioni del testo del regolamento, non essendo perciò chiaro se la norma si riferisse solo ai processi pendenti davanti ai giudici statali, sebbene – come ricordato nel testo – la maggioranza degli interpreti optasse per un'estensione della norma anche ai giudizi arbitrali: M. VIRGOS, F. GARCIMARTIN, *European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 141.



in tutti gli altri Paesi membri: ciò che non risulta pacifico è l'ampiezza effettiva di quella eccezione.

Infatti, quanto meno in astratto, l'art. 18 Reg. si presta a essere interpretato in due distinti modi.

Secondo una prima lettura, che potremmo definire più restrittiva, il senso di questa norma potrebbe scorgersi in ciò: solo la *lex fori concursus* può stabilire l'*an* della prosecuzione dei giudizi (anche arbitrali) in corso al momento della apertura della procedura di insolvenza, dal momento che la sorte della convenzione arbitrale, sulla quale l'arbitrato si regge, spetta alla disciplina dello Stato di apertura; appurato che ciò sia possibile, allora sarà la legge dello Stato in cui è in corso un processo di cognizione a prevedere quale sia rispetto a esso l'impatto del fallimento: se, cioè, quel giudizio debba interrompersi, sospendersi, ovvero riassumersi nel contraddittorio con il curatore, etc.<sup>58</sup>.

Si tratta di una ricostruzione del problema certamente plausibile ma, a nostro modesto avviso, inappagante. A ben vedere, infatti, se il significato della norma si riducesse a ciò, la previsione rischierebbe di mostrarsi inutile: il suo precetto, infatti, altro non sarebbe che la traduzione di un principio del diritto internazionale processuale, secondo cui il processo è regolato dalla legge del luogo in cui si svolge (art. 12 legge n. 218/95)<sup>59</sup>.

Al contrario, proprio perché l'art. 18 è norma contenuta in una fonte convenzionale, si è indotti a pensare che la sua portata possa spingersi oltre. Da questo punto di vista, allora, ci sembra preferibile quell'interpretazione più liberale dell'art. 15 Reg. n. 1346/2000, secondo la quale il destino del giudizio arbitrale in corso, in uno Stato diverso da quello di apertura della procedura di insolvenza, sarà stabilito dal diritto fallimentare del luogo in cui ha sede il procedimento arbitrale, al quale è demandato il compito di stabilire quali conseguenze processuali il fallimento comporta rispetto a quel processo.

---

<sup>58</sup> P. MILLETT, *Cross-border insolvency: the effect of insolvency proceedings on pending arbitrations*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 2009, p. 8.

<sup>59</sup> M. VANZETTI, *Lehman Brothers International Europe in Administration: sorte dei processi pendenti in Italia e delle domande volte a far valere crediti nei suoi confronti*, nota a Trib. Milano, 22 novembre 2008, in *Int'lis*, 2009, p. 20.

Il problema, come si intuisce, ha una ricaduta pratica notevole soprattutto rispetto alle c.d. liti passive. Possono, infatti, essere diverse le modalità con le quali ciascun ordinamento declina il c.d. principio del concorso formale, non essendo per forza necessario che l'insinuazione al passivo di un credito comporti in quella sede anche l'accertamento dell'esistenza del diritto fatto valere contro il fallito; è possibile, infatti, che quella pretesa, là dove già *sub iudice*, possa continuare a costituire oggetto di quel giudizio, con effetti opponibili alla massa<sup>60</sup>.

Ci sembra che la *ratio* dell'art. 15 prev. Reg., oggi art. 18 Reg. n. 848/2015, possa giustificarsi proprio alla luce del diverso modo con il quale il concorso formale trova attuazione nei singoli ordinamenti: il senso della norma dovrebbe essere quello di attribuire alla *lex loci arbitri* il compito di stabilire la sorte del giudizio arbitrale, in caso di sopravvenuto fallimento, come se questo fosse stato dichiarato all'interno di quell'ordinamento<sup>61</sup>. Va da sé che, se si accoglie questa lettura, si deve essere disposti ad ammettere che il lodo, ammissibilmente pronunciato all'estero, debba essere riconosciuto nello Stato di apertura della procedura di insolvenza di carattere principale, anche quando in questo ordinamento quella decisione non avrebbe potuto essere resa.

Ne derivano interessanti conseguenze, se si ipotizza che la procedura fallimentare sia stata aperta in Italia: si immagini che, al momento

---

<sup>60</sup> È questa la soluzione per la quale ha optato l'ordinamento francese. Il che dimostra come il principio del concorso formale non risponda alla stessa coerenza logica del principio del concorso sostanziale, che invece in tutti gli Stati si traduce nell'arresto delle procedure esecutive o cautelari individuali in costanza di fallimento, al fine di garantire la *par condicio creditorum*.

<sup>61</sup> Così B. WESSELS, *International insolvency Law*, II, Deventer, 2017, p. 391, spec. [10712e]; S. BARIATTI, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 269.

*Per incidens*, giova osservare come la preferenza espressa dal Reg. n. 848/2015 per la *lex loci arbitri* – al fine di regolare gli effetti del procedimento arbitrale già pendente alla data di dichiarazione di fallimento – renda inapplicabile l'art. 83-bis legge fall. quando la procedura di insolvenza aperta in Italia sorprenda un procedimento arbitrale, in corso in un diverso Paese europeo, avente per oggetto un negozio dagli effetti non ancora esaurito: il curatore potrà anche sciogliersi da quel contratto; tuttavia, non sarà certo dall'art. 83-bis legge fall. che si potrà dedurre l'improcedibilità del giudizio arbitrale dovendosi semmai guardare alle norme dello Stato in cui l'arbitrato si svolge (così, già C. VELLANI, *L'art. 83-bis L. fall. e l'art. 15 Regolamento*, cit., p. 865).

della dichiarazione di insolvenza della parte debitrice, penda in Francia un arbitrato, volto a ottenere la condanna del fallito all'adempimento di una prestazione di carattere patrimoniale non personale. Come noto, nello Stato francese, il giudizio arbitrale può proseguire in costanza di fallimento, sia pur soltanto sulla questione relativa all'esistenza del diritto di credito. In forza dell'art. 18 Reg. n. 848/2015, allora, il creditore francese dovrà ricostituire il contraddittorio con il curatore italiano nel procedimento arbitrale; al contempo, dovrà insinuare la propria pretesa nel passivo del fallimento italiano, dando conto della pendenza di un giudizio arbitrale all'estero e, perciò, circoscrivendo la cognizione del giudice delegato alla sola questione della opponibilità del credito alla massa. Il lodo arbitrale francese sarà opponibile alla procedura italiana, quanto meno rispetto all'accertamento relativo al diritto di credito<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Ha accolto l'interpretazione dell'art. 18, che abbiamo prospettato da ultimo nel testo, l'*High Court of Justice* nel 2008, davanti alla quale era stato impugnato il lodo emesso da un Collegio arbitrale inglese, nella controversia instaurata nel Regno Unito da *Vivendi* contro *Elecktrim*: uno dei tanti contenziosi che coinvolgevano le due società e che, quanto al caso deciso nel Regno Unito, riguardava la mancata attuazione di un accordo commerciale, lamentata da *Vivendi*, per la quale era richiesta la condanna di *Elecktrim* al risarcimento del danno (*Queen's Bench Division*, 2 ottobre 2008 [2008] EWHC 2155 (Comm.), cit.). Mentre era in corso quel giudizio arbitrale, la convenuta *Elecktrim* veniva dichiarata fallita in Polonia, dove aveva il proprio COMI. Davanti al Collegio arbitrale inglese, si invocava l'applicazione dell'art. 142 legge fall. polacca, secondo cui il fallimento dichiarato in Polonia comporta la perdita di efficacia delle convenzioni arbitrali concluse dal fallito e l'improcedibilità di tutti giudizi arbitrali in corso, alla data di apertura della procedura. In forza di quella previsione la società fallita pretendeva che si arrestasse anche il procedimento arbitrale pendente nel Regno Unito. Gli arbitri, prima, e l'*High Court of Justice* di Londra, poi, hanno però disatteso questa conclusione, escludendo che la sorte dell'arbitrato inglese dovesse essere regolata dalla legge polacca. I giudici inglesi hanno invocato proprio l'art. 15 Reg. 1346/2000 e negato, a nostro avviso correttamente, che potesse trovare applicazione la *lex fori concursus*, in virtù dell'art. 4 comma 2, lett. e): la legge dello Stato di apertura della procedura di insolvenza regola la sorte della convenzione arbitrale quand'essa non risulta ancora eseguita (su questo aspetto e sugli esatti confini applicativi da assegnare agli artt. 4-15 Reg. n. 1346/2000 (oggi artt. 7-18 Reg. n. 848/2015), P. WIDMANN, *Il caso Vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento*, cit., spec. pp. 135-136; S. BARIATTI, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 275); diversamente, il senso dell'art. 15 doveva, per l'appunto, scorgersi nel fatto che fosse la *lex loci arbitri* a stabilire quali conseguenze determinasse il fallimento di una delle parti.

Si tratta, semmai, di comprendere se e come il credito, *sub iudice* dinnanzi a un collegio arbitrale estero possa essere ammesso al passivo, atteso che il giudice delegato non potrà decidere della esistenza del suo diritto di credito.

Al riguardo, si deve tenere presente, da un lato, il fatto che il lodo, alla luce dell'esegesi dell'art. 18 che abbiamo assecondato, produrrà effetti in Italia una volta che sia pronunciato; dall'altro lato, la circostanza che oggi si intravede nell'arbitrato estero l'esercizio di una forma di giurisdizione.

In forza di questa duplice premessa, ci sembra possibile invocare la figura dell'ammissione al passivo con riserva, *ex art. 96*, comma secondo, n. 1 legge fall.

La posizione di chi vede demandato l'accertamento del proprio diritto di credito all'arbitrato pendente in uno Stato europeo può essere accostata a quella di coloro che sono titolari di crediti che sono soggetti a una giurisdizione italiana diversa da quella civile. Per costoro, il legislatore (e talvolta la giurisprudenza) valorizza la categoria dei crediti condizionati e ammette che i titolari di quelle pretese possano beneficiare dell'accantonamento nell'attesa di conoscere l'esito della pronuncia<sup>63</sup>. Non si vedono ostacoli nel riconoscere l'estensione dello stesso

---

La medesima lettura dell'art. 15 prev. Reg. è stata condivisa anche dalla Cass. Sez. Un., 25 maggio 2015, n. 10800, cit., nel caso *Aeradria-Ryanair*. La vicenda prendeva le mosse da un arbitrato instaurato nel Regno Unito da *Ryanair*, in forza di una clausola compromissoria contenuta in un contratto di appalto concluso con *Aeradria*, nel quale le parti demandavano a un arbitrato internazionale il potere di decidere di ogni controversia fosse insorta nell'esecuzione di quel contratto. In pendenza del giudizio arbitrale, *Aeradria*, già sottoposta a concordato preventivo, era stata dichiarata fallita in Italia. Per quanto qui interessa, la Cassazione ha confermato la procedibilità del giudizio arbitrale straniero, invocando l'art. 15 Reg. n. 1346/2000, che già il collegio arbitrale inglese aveva applicato nel caso *Vivendi-Elecktrim*, così confermando l'idea che dovesse essere la *lex loci arbitri* a stabilire se l'arbitrato già pendente al momento della dichiarazione di fallimento di una parte potesse procedere oppure no. Una conclusione analoga a quella raggiunta nel testo è espressa da L. BOGGIO, *Apertura del concorso e procedimento arbitrale estero*, cit., p. 415.

<sup>63</sup> Ad onor del vero, non è pacificamente ammessa dagli interpreti la possibilità che crediti appartenenti a una giurisdizione diversa da quella civile e da quella tributaria beneficino del regime dell'ammissione al passivo con riserva (in mancanza di previsioni analoghe agli artt. 87-88 del D.P.R. n. 602/1973 che, appunto, costituiscono una

trattamento anche al creditore straniero, il cui credito sia oggetto di arbitrato: la riserva di giurisdizione a favore dell'arbitrato estero, che il legislatore europeo consente si svolga anche in deroga a rigorose declinazioni del principio del concorso formale nei singoli Stati membri, legittima il creditore interessato a beneficiare di forme di accantonamento ed eventualmente a esercitare il diritto di voto per il concordato fallimentare, nell'attesa che il lodo sia pronunciato e poi riconosciuto in Italia.

*7. Arbitrato pendente in uno Stato terzo rispetto all'Unione europea e fallimento dichiarato in Italia. In particolare, la procedibilità o no di un arbitrato avente ad oggetto una controversia passiva*

Resta da chiarire cosa accada quando il procedimento arbitrale penda in un ordinamento terzo rispetto all'Unione europea. Il problema si avverte quando manchino convenzioni tra Stati in materia fallimentare, che disciplinino la sorte dei processi (anche arbitrati) in corso in un certo ordinamento quando all'estero sia stato dichiarato il fallimento di una parte.

Il destino dell'arbitrato e il trattamento da riservare al titolare del credito verso il fallito, oggetto di quella lite, dipendono dall'applicazione dei principi del diritto internazionale privato e processuale, sia dello Stato in cui l'arbitrato pende, sia dello Stato in cui il fallimento è stato dichiarato.

---

eccezione parziale al principio del concorso formale). In giurisprudenza, lo riconoscono Cass. Sez. Un., 16 maggio 2008, n. 12371 e Cass. Sez. Un., 29 gennaio 1999, n. 789; in dottrina, cfr. G. FAUCEGLIA, *Gli effetti del fallimento per i creditori: profili generali*, in A. CALAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, Padova, 2011, p. 347 ss. V'è, peraltro, chi ritiene che il giudice delegato possa ugualmente conoscere di questi crediti: con il d.lgs. n. 5/2006, l'accertamento compiuto in sede di accertamento del passivo avrebbe effetti soltanto all'interno della procedura, senza che il decreto pronunciato in sede di verifica del passivo abbia attitudine al passaggio in giudicato; il giudice delegato, accertando dell'esistenza del c.d. diritto al concorso si limiterebbe a conoscere *incidenter tantum* dell'esistenza del diritto che appartiene a una giurisdizione diversa da quella civile. Così S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali*, cit., pp. 408-409.

Preliminarmente, si dovrà appurare se la sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata a carico di uno dei paciscenti abbia attitudine a produrre effetti nel Paese in cui pende l'arbitrato e se quest'ultimo sia in grado di riconoscerla: in caso di esito positivo, le norme di conflitto della *lex loci arbitri* stabiliranno la sorte del procedimento arbitrale, se e in che termini, cioè, esso possa proseguire<sup>64</sup>.

Al contempo, però, dopo aver chiarito se e come ricostituire il contraddittorio con il fallito o il curatore nel giudizio arbitrale dovremmo chiederci se il lodo, qualora pronunciato, sia suscettibile di riconoscimento in Italia.

Il Reg. n. 848/2015 – lo si è visto – risolve a monte la questione. Questo, quanto meno se si accetta l'idea che l'art. 18 imponga all'ordinamento in cui è aperta una procedura di insolvenza a carattere principale di considerare efficace una decisione arbitrale resa in un diverso Paese membro, se la disciplina fallimentare di quest'ultimo ammetta la pronuncia del lodo, nonostante la sopravvenuta dichiarazione di insolvenza di una parte. In mancanza di una convenzione tra Stati, però, torna a nostro avviso rilevante la distinzione tra liti c.d. attive e liti passive.

Quanto alle prime, dall'art. 43, comma primo, legge fall. italiana, si ricava il principio secondo cui il curatore può proseguire il giudizio (anche arbitrale) instaurato dal fallito quando *in bonis*, se la domanda giudiziale proposta è volta a ottenere la condanna del terzo all'adempimento di un diritto; immaginando che un fallimento sia stato aperto in Italia, tenderemmo ad ammettere che, se *la lex loci arbitri* consente la prosecuzione del procedimento arbitrale nonostante il fallimento, il lodo che sarà pronunciato diverrà opponibile alla massa. Ci si può porre il problema di verificare come la legge del luogo della sede arbitrale preveda il ripristino del contraddittorio: in ogni caso, il rispetto di quelle norme darà luogo ad una decisione che vincolerà la procedura concorsuale.

Un discorso diverso va svolto per quegli arbitrati che abbiano per oggetto liti c.d. passive: in mancanza di una disciplina convenzionale

---

<sup>64</sup> D. BAIZEAU, *Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable Law*, cit., spec. p. 104 ss.

analoga a quella prevista dall'art. 18 Reg. n. 848/2015, tenderemmo a escludere che un lodo straniero, avente per oggetto l'accertamento di un credito concorsuale, possa essere riconosciuto nel nostro ordinamento, quand'anche fosse stato pronunciato, previa ricostituzione del contraddittorio con il curatore italiano. La spiegazione, a nostro avviso, non va ricercata in un'estensione extra-territoriale dell'art. 52 legge fall.: escludiamo, infatti, che una norma processuale possa avere un'efficacia extra-territoriale condizionando la sorte di un arbitrato pendente all'estero. Ci sembra più corretto affermare che gli effetti provocati da un fallimento sul giudizio arbitrale in corso siano regolati dalle norme di conflitto *lex loci arbitri*<sup>65</sup>. Cionondimeno, riteniamo che, in caso di controversia avente per oggetto un credito verso il fallito, se il lodo fosse pronunciato, esso non potrebbe circolare in Italia.

Ciò che glielo impedisce non è tanto il fatto che l'imprenditore sarebbe soggetto processualmente incapace, ai sensi dell'art. V.1 della Convenzione di New York del 1958, sul riconoscimento dei lodi. La capacità processuale del paciscente va, infatti, misurata al momento della conclusione dell'accordo arbitrale<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Così, in effetti, ha operato il Collegio arbitrale svizzero (e dopo di lui il Trib. Federale Svizzero, 31 marzo 2009, 4P. 170/2005, cit.) chiamato a decidere del destino dell'arbitrato in corso tra Vivendi ed *Elektrim* (su altra controversia rispetto a quella inglese cui abbiamo fatto sopra richiamo). Peraltro, la conclusione raggiunta in entrambe le sedi (arbitrale e giudiziaria) desta più di qualche perplessità, quanto alla norma di conflitto concretamente individuata: in mancanza di un'espressa previsione nella legge di diritto internazionale privato svizzero, quanto alla legge da applicare nel caso di sopravvenuto fallimento di una delle parti, si è ritenuto dover guardare alle norme in tema di capacità giuridica della parte in arbitrato. Poiché gli artt. 154-155 lett. c) dell'IPRG rinviano alla *lex incorporationis*, sia il collegio arbitrale che il tribunale hanno considerato corretto il richiamo alla legge polacca ed applicato l'art. 142 della disciplina fallimentare di quello Stato, escludendo che l'arbitrato potesse proseguire (per una critica a questa soluzione ed in generale per un panorama sulle diverse possibili proposte ricostruttive del problema, G. NATER-BASS, O. MOSIMANN, *Effects of Foreign Bankruptcy on International Arbitration*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2011, spec. p. 174 ss.).

<sup>66</sup> Lo nota P. WIDMANN, *Il caso Vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento*, cit., p. 140, criticando proprio le conclusioni cui era pervenuta nella vicenda *Vivendi-Elektrim*, la Corte di Varsavia, investita del riconoscimento del lodo inglese, pronunciato nonostante il fallimento di una parte dichiarato in corso di causa.

Quel che probabilmente precluderà la circolazione di quel lodo è l'impossibilità di considerare arbitrabili quelle controversie, che in Italia non sono compromettibili non tanto per l'oggetto in sé quanto per ragioni di ordine processuale; se si vuole, si può anche ricondurre la fattispecie a un caso di contrarietà all'ordine pubblico processuale, di cui probabilmente è espressione il principio che si ricava dall'art. 52, comma secondo, legge fall. che impone a tutti i creditori di far conoscere il loro credito, anche rispetto al profilo relativo alla sua esistenza, attraverso il rito della verifica del passivo. Per quanto scivolosa sia l'accezione di ordine pubblico (e lo dimostra la diversità con cui viene declinato nei singoli Stati)<sup>67</sup> ci pare che questa soluzione giustifichi *a contrario* la posizione di una norma, come l'art. 18 Reg. n. 848/2015, che – proprio e solo perché applicabile all'interno di un contesto convenzionale – consente di derogare alle modalità di declinazione del principio del concorso formale, tipiche dello Stato di apertura della procedura di insolvenza<sup>68</sup>.

---

L'argomento, poi disatteso in sede di impugnazione del provvedimento di diniego del riconoscimento del lodo, è parso appunto inconsistente posto che l'art. 5 V.1 della Convenzione di New York si riferirebbe all'originaria incapacità della parte al momento della conclusione dell'accordo.

<sup>67</sup> R.H. KREINDLER, *The New York Convention and Insolvency: Challenges and Questions Based on Recent Case Law and Practice*, in *Riv. Arb.*, 2016, spec. p. 289 s.

<sup>68</sup> L'esempio ci è offerto dall'ordinamento francese, secondo cui un lodo pronunciato su lite c.d. passiva sarebbe contrario all'ordine pubblico nella parte in cui esso condanna il fallito, ma non in quella relativa all'accertamento dell'esistenza o dell'ammontare del credito fatto valere nei confronti dell'imprenditore insolvente. Nell'ordinamento d'Oltralpe, perciò, è consentita la circolazione (e l'efficacia anche nei confronti della massa) di lodi esteri che abbiano quel contenuto (pur sempre a condizione che il creditore abbia insinuato la sua pretesa nel passivo (sia pur per sottoporre alla *cognitio* del giudice fallimentare il solo profilo dell'opponibilità del proprio diritto alla procedura): S. VORBURGER, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 208-212; N. HANNAN, *International Commercial Arbitration and Cross-Border Insolvency*, *Int'l Trade & Business Law Review*, 2014, p. 446; R.H. KREINDLER, *The New York Convention and Insolvency*, cit., p. 291.

In Italia, per una conclusione analoga a quella formulata nel testo, A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., pp. 122-123; M. VANZETTI, *Lehman Brothers International Europe in Administration*, cit., p. 21. Sulla possibilità di ricondurre all'ordine pubblico



8. *Il curatore di fronte al lodo emesso prima della dichiarazione di fallimento della parte. In particolare, l'onere di impugnazione del lodo ex art. 96, comma secondo, n. 3, legge fall.*

Intendiamo ora occuparci della sorte del lodo arbitrale pronunciato prima della dichiarazione di fallimento e del quale sia parte il fallito.

Prima di chiarire con quali rimedi il curatore possa impugnare quella decisione, è però pregiudiziale conoscere se quel lodo sia o non sia opponibile alla procedura. Perché ciò accada, l'atto dovrà essere munito di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, come in generale prescrive l'art. 45 legge fall., non bastando a tal fine la mera sottoscrizione degli arbitri, ai quali non è riconosciuta la qualifica di pubblici ufficiali. Ai fini che qui ci occupano, sarà necessaria la registrazione del lodo nei pubblici registri (qualora il suo oggetto sia costituito da un diritto reale immobiliare)<sup>69</sup> oppure il suo deposito ai fini dell'*exequatur*<sup>70</sup>.

Appurato che il lodo emesso abbia data certa anteriore al fallimento, ha senso chiedersi se esso sia divenuto oppure no definitivo, per affron-

---

le norme del diritto fallimentare nazionale, v. A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale: una prospettiva comparatistica*, Padova, 2004, p. 271; L. MARKERT, *Arbitrating in the financial crisis: insolvency and public policy versus arbitration and party autonomy. Which law governs?*, in *Contemporary Asia Arb. Journal*, 2009, pp. 239-240. Un'opposta soluzione è avanzata da G. GARGIULO, *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero*, cit., pp. 2451-2452, che esclude che l'inderogabilità del rito della verifica del passivo prevalga sulla scelta operata dalle parti in favore di una giurisdizione diversa da quella italiana, tanto da ritenere che il credito, accertato da lodo estero, possa godere dello stesso trattamento che la legge italiana assegna ai crediti tributari o a quelli maturati dalla p.a., per i quali è consentita una deroga parziale al principio del concorso formale, ossia l'insinuazione al passivo di quelle pretese in via condizionata ex art. 96, comma secondo, n. 1 legge fall. In termini analoghi, L. BOGGIO, *Apertura del concorso e procedimento arbitrale*, cit., p. 412.

<sup>69</sup> G. TOTA, *Sulla legittimazione del curatore all'opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nel contraddittorio del solo fallito*, nota a Cass., 28 maggio 2003, n. 8545, cit., p. 723.

<sup>70</sup> Così, da ultimo, A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, cit., pp. 828-829, il quale prospetta anche l'eventualità che il lodo sia comunicato alle parti a mezzo plico raccomandato, sebbene egli lasci aperta la questione relativa alla necessità che il timbro postale faccia corpo unico con il documento, perché possa considerarsi integrato il requisito della data certa.

tare poi partitamente il tema dei mezzi di impugnazione a disposizione del curatore, anche in relazione alla posizione che egli assume rispetto al lodo.

Conviene continuare a distinguere tra liti attive e lite passive, sebbene le ricadute applicative della distinzione siano modeste quando si sia già giunti alla pronuncia del lodo. Come noto, l'esistenza di una sentenza del giudice, non ancora passata in giudicato, che abbia accertato l'esistenza di un credito verso il fallito costituisce deroga parziale al principio del concorso formale: ciò nel senso che quella pronuncia legittima il creditore domandare l'ammissione al passivo con riserva, destinata a sciogliersi dopo che il curatore abbia deciso di rinunciare all'impugnazione di quel provvedimento nelle competenti sedi ordinarie o dopo aver esperito con esiti negativi i gravami.

Può dirsi ampiamente condivisa in dottrina l'idea che il regime, dettato dall'art. 96, comma secondo, n. 3, legge fall. possa estendersi anche al lodo rituale di condanna (o di accertamento) del credito verso il fallito, pubblicato prima che la procedura fosse aperta.

La dottrina, infatti, ha ritenuto di poter parificare la decisione arbitrale alla sentenza emessa da un giudice ordinario o speciale, non ancora passata in giudicato, cui l'art. 96, comma secondo, n. 3 fa richiamo<sup>71</sup>.

Si è pervenuti a questo risultato affrontando in modo condivisibile due questioni: quanto alla prima, ci si è domandati se nell'accezione di «sentenza», cui la norma si riferisce sia ricompreso anche il lodo. E la risposta, sul punto, non poteva che risultare positiva, attesa l'omologia

---

<sup>71</sup> È rimasta isolata in dottrina l'opinione contraria di A. BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 65 che ricavava l'impossibilità di applicare l'art. 96, comma secondo n. 3 (anche nel testo previgente la riforma del 2006, allora rappresentato dall'art. 95, comma terzo, legge fall.) dalla circostanza che il ricorso all'arbitrato fosse inammissibile in tema di verifica del passivo. L'argomentazione – come da altri osservato, S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 120 – provava troppo: invero, lo svolgimento di un giudizio davanti a un giudice ordinario risulta precluso se ha per oggetto un credito nei confronti del fallito, e ciononostante la legge riconosce che la sentenza già pronunciata al momento della dichiarazione di fallimento sia opponibile al curatore e faccia stato nei suoi confronti se egli non la impugni, in questi termini anche A. CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum*, cit., p. 115.

di effetti tra lodo e sentenza, che oggi l'art. 824-*bis* c.p.c. testualmente sancisce<sup>72</sup>.

Proprio alla luce del principio sancito da questa norma, si è risolta in senso positivo anche la seconda questione, relativa alla possibilità di far rientrare l'arbitro nella nozione di «giudice speciale» cui si riferisce l'art. 96, comma secondo, n. 3 legge fall.

Se, dunque, il fallimento sorprenda il lodo reso su lite passiva prima che questi sia divenuto definitivo, il curatore che intenda contestare l'esistenza e l'ammontare di quel credito non potrà che procedere proponendo apposita impugnazione o sostituendosi al fallito, nella posizione processuale da questi rivestita in fase di impugnazione<sup>73</sup>.

In realtà, la conclusione non sarebbe diversa se si accogliesse l'idea, tutt'ora sposata da una (minoritaria ma autorevole) dottrina, che parifica l'efficacia del lodo rituale a quella di un negozio<sup>74</sup>. Infatti, nemmeno

---

<sup>72</sup> S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 348; E. ZUCCONI GALI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 17; A. D. DE SANTIS, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., p. 198; G. IMPAGNATELLO, *L'accertamento del passivo*, in G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto delle procedure concorsuali*, cit., pp. 228-229; F. LAMANNA, *I rapporti giuridici pendenti*, in A. JORIO, B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, cit., p. 589. Anche prima del d.lgs. n. 5/2006 concludeva nel senso che il curatore dovesse impugnare il lodo non ancora divenuto definitivo per evitare l'ammissione al passivo del credito, oggetto di decisione arbitrale, A. CAVALAGLIO, *Sui rapporti tra clausola compromissoria, processo arbitrale*, cit., p. 715.

<sup>73</sup> Ci pare che questa conclusione possa confermarsi anche per il caso in cui, prima della dichiarazione di fallimento, sia stato pronunciato un lodo parziale di condanna generica. L'intervenuto fallimento del debitore comporterà senz'altro l'improcedibilità del giudizio arbitrale ancora pendente sul *quantum*: ciò, in ragione dell'esclusività del rito della verifica del passivo.

Tuttavia, l'ammissione di quel credito al concorso non potrà che avvenire con riserva, ex art. 96, comma secondo, n. 3, legge fall., nell'attesa di conoscere la scelta operata dal curatore se impugnare il lodo di condanna generica (al pari, insomma, di quanto accadrebbe se fosse stata pronunciata una sentenza dal medesimo contenuto; in questi termini, A. CARRATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum*, cit., spec. pp. 113-114). Qualora, invece, il lodo fosse divenuto definitivo, il giudice delegato potrebbe pronunciarsi (direttamente e limitatamente) sul *quantum* (così anche G. CA-NALE, *Clausola arbitrale*, cit., p. 1583-1584).

<sup>74</sup> Il riferimento è alla tesi di C. PUNZI, «Efficacia di sentenza» del lodo, cit., p. 163 ss.; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, cit., p. 430 ss.; G. RUFFINI,

ragionando in questi termini, potrebbe negarsi l'applicazione analogica dell'art. 96, comma secondo, n. 3 legge fall. al credito accertato da un lodo non ancora divenuto definitivo. La tesi favorevole alla natura negoziale del lodo scorge, infatti, nell'art. 824-*bis* c.p.c. una norma che parifica il regime processuale del lodo a quello della sentenza, e riconduce così l'impugnazione per nullità di lodo a un gravame processuale in senso stretto, non già a una mera azione di annullamento contrattuale<sup>75</sup>.

Se questo è vero, allora si deve convenire che la pendenza di un giudizio di nullità *ex* art. 828 c.p.c. assume, ai fini concorsuali, lo stesso rilievo attribuito a un giudizio di appello, che abbia per oggetto un credito vantato verso un soggetto dichiarato nel frattempo fallito: in entrambi i casi il credito potrà essere ammesso al passivo con riserva, nell'attesa della definitività della pronuncia, sia essa resa da arbitri o da giudici dello Stato. La riserva sarà sciolta a favore o meno del creditore, secondo che l'impugnazione confermi la decisione (con conseguente ammissione del credito), ovvero la riformi (portando in questo modo all'esclusione del credito dal passivo).

Va chiarito cosa accada in quei casi in cui la Corte d'appello (in veste di giudice *ex* art. 828 c.p.c.) si limiti a rescindere il provvedimento.

Come ha evidenziato un'attenta dottrina, l'ammissione al passivo con riserva di quel credito apre infatti nuovi scenari<sup>76</sup>.

Nel vigore della previgente legge fallimentare, il destino del creditore, il cui diritto fosse stato accertato con lodo non ancora definitivo al momento dell'apertura della procedura concorsuale a carico del debitore, era quello del rigetto della istanza di insinuazione al passivo, con conseguente onere di proporre opposizione (art. 95, comma terzo, prev. legge fall.); questo giudizio veniva poi sospeso *ex* art. 295 c.p.c., in attesa di conoscere la sorte dell'impugnazione promossa al di fuori del fallimento; in questo contesto, dunque, l'esito rescindente del giudizio di nullità di

Sub *art. 817*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 281 ss.

<sup>75</sup> C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, cit., pp. 433-434.

<sup>76</sup> M. MONTANARI, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 542.

lodo semplicemente obbligava il giudice dell'opposizione al passivo a decidere anche dell'esistenza di credito, in ragione dell'annullamento della decisione arbitrale.

Nell'attuale regime, invece, la situazione si prospetta in termini diversi: la perdurante esistenza della convenzione di arbitrato disposta dall'art. 830, comma terzo, c.p.c., a dispetto dell'annullamento del lodo (salvo il caso di annullamento in base all'art. 829, comma primo, n. 1, c.p.c.) non rileva (come non rilevava in passato), in ragione dell'esclusività del rito fallimentare per l'ammissione al passivo. Tuttavia, diversamente da quanto accadeva prima della Riforma del 2006 alla legge fallimentare, il credito, accertato da quel lodo poi annullato, sarà stato ammesso al passivo con riserva, che ora dovrà essere sciolta, in ragione della rescissione del lodo, con conseguente venir meno dell'accantonamento predisposto a favore del creditore. Peraltro, si tratterà di una perdita soltanto apparente: infatti, l'accertamento del credito, oggetto del lodo annullato, dovrà essere compiuto in sede di verifica del passivo, davanti al giudice delegato, secondo il regime previsto per le domande di ammissione tardiva *ex art. 101 legge fall.* Si tratterà, però, di una insinuazione tardiva c.d. incolpevole, che consentirà così al creditore – una volta che il suo credito sia stato accertato dal giudice delegato – di beneficiare anche delle somme cui avrebbe avuto diritto dai riparti precedenti, alla luce di quanto previsto dall'art. 112 legge fall.<sup>77</sup>.

Un discorso più lineare può svolgersi invece rispetto al lodo che sia stato pronunciato sull'esistenza di un diritto di credito (o di un diritto reale) del fallito verso un terzo: così come il giudizio arbitrale può proseguire, intervenuto il fallimento di uno dei paciscenti, nel contraddittorio con il curatore (essendogli in astratto opponibile il patto arbitrale), del pari il lodo pronunciato prima della apertura della procedura potrà essere impugnato dalla curatela mediante i gravami ordinari, previsti *ex art. 827 c.p.c.* In ogni caso, si tratterà di verificare se quel lodo risulti opponibile al fallimento, nel rispetto delle formalità imposte dall'art. 45 legge fall. e se la curatela sia ancora in termini per poter impugnare

---

<sup>77</sup> M. MONTANARI, *Lodi rituali*, cit., pp. 543-544.

quella decisione (essendo allora necessario accertare quando l'organo fallimentare abbia avuto conoscenza legale del provvedimento)<sup>78</sup>.

Resta da affrontare la sorte di un lodo reso su un rapporto giuridico pendente dal quale il curatore si sia sciolto, dopo il deposito della decisione. In questo caso, ciò che il curatore intenderà fare in ordine al subentro nel contratto, dal quale è sorto il credito accertato dal lodo, non impatterà sulla scelta dell'amministrazione fallimentare di proporre o proseguire il giudizio di impugnazione contro quella decisione: la scelta di gravare la decisione arbitrale si apprezza solo sul piano schiettamente processuale, ed è del tutto indipendente dalla facoltà (o dall'obbligo) del curatore di sciogliersi dal contratto<sup>79</sup>. Detto più chiaramente, ci sembra che l'improcedibilità, di cui fa parola l'art. 83-*bis* legge fall., possa operare fintanto che il procedimento non sia giunto a lodo: il curatore può insomma sciogliersi dal contratto, senza che ciò pregiudichi la possibilità di gravare la decisione arbitrale che sia ancora suscettibile di impugnazione.

---

<sup>78</sup> Per una analoga osservazione in tal senso, G. SANTAGADA, *Sulle impugnazioni esperibili dal curatore fallimentare avverso un lodo pronunciato anteriormente alla dichiarazione di fallimento*, cit., p. 719.

<sup>79</sup> G. CANALE, *Clausola arbitrale*, cit., p. 1589; C. CAVALLINI, *Sub art. 83-bis*, cit., p. 596; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, cit., p. 515.

## BIBLIOGRAFIA

- ACONE M., *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot!* nota a Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1577 ss.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN P., *Procedura di insolvenza ed arbitrato nelle ultime riforme legislative in Spagna*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 146 ss.
- ALVINO E., *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, nota a Cass., 23 gennaio 1964, n. 162, in *Dir. fall.*, 1965, II, p. 12 ss.
- AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A., *Il fallimento*, Padova, 2009
- ANDRIOLI V., voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 374 ss.
- APICE U., *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 263 ss.
- APICE U., *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Torino, 2010
- ASPRELLA C., *Arbitrato estero, regolamento di giurisdizione e fallimento di una delle parti*, nota a Cass. Sez. Un., 25 maggio 2015, n. 10800, in *Giur. it.*, 2016, p. 1196 ss.
- ATTARDI A., *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, p. 417 ss.
- AULETTA F., *Le questioni pregiudiziali*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005
- AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942
- BACCAGLINI L., *Di alcuni profili processuali nei giudizi di accertamento dei crediti nel fallimento*, nota a Cass., ord. 21 dicembre 2016, n. 26639, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 799 ss.
- BACCAGLINI L., *Il processo sulle obbligazioni solidali paritarie e l'azione di regresso*, Milano, 2015
- BACCAGLINI L., *Mera produzione della sentenza dichiarativa di fallimento ed interruzione del processo pendente*, nota a Cass., 10 maggio 2002, n. 6771, in *Il fall.*, 2003, p. 374
- BALESTRA G., *Trascrizione della domanda e potere del curatore fallimentare: luci (e qualche ombra) nella decisione delle Sezioni Unite*, nota a Cass. sez. un., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Il fall.*, 2015, p. 1284 ss.
- BARIATTI S., *The European Insolvency Regulation and Arbitration*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 267 ss.

- BATTAGLIA G., *Contratto preliminare di compravendita e fallimento del promittente venditore*, nota a Cass. sez. un., 16 settembre 2015, n. 18131, nota a Cass. sez. un., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1693
- BENATTI F., *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 9 ss.
- BENINCASA D., *Considerazioni comparatistiche sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 249 ss.
- BERLINGUER A., *La compromettibilità per arbitri. Studi di diritto italiano e comparato*, I-II, Torino, 1999
- BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996
- BETTAZZI G., *In tema di scioglimento del curatore dal preliminare di vendita*, nota a Cass. sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Il fall.*, 2005, p. 755
- BOCCAGNA S., *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di C. Punzi*, II, Torino, 2008, p. 313 ss.
- BOCCAGNA S., Sub art. 819-ter, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (diretto da), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, Padova, 2017
- BOCCAGNA S., *Translatio iudicii tra giudici e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 375 ss.
- BOGGIO L., *Apertura del concorso e procedimento arbitrale estero tra Convenzione di New York del 1958, Reg. CE n. 1346/2000 (e Reg. UE n. 84872015), Legge Marzano e Legge Fallimentare*, nota a Cass. sez. un., 21 luglio 2015, n. 15200, in *Giur. it.*, 2016, p. 403 ss.
- BONELLI G., *Del fallimento*, in *Commentario al Codice del commercio*, VIII, 1, Milano, 1938
- BONFATTI S., CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011
- BONSIGNORI A., *Arbitrati e fallimento*, in *Il fall.*, 1998, p. 125 ss.
- BONSIGNORI A., *Arbitrati e fallimento*, Padova, 1995
- BONSIGNORI A., *Arbitrati e fallimento*, Padova, II ed., 2000
- BONSIGNORI A., *Compromesso, arbitrato e fallimento*, in *Il fall.*, 1996, p. 413
- BONSIGNORI A., *Procedimento arbitrale e fallimento*, nota a Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 601 ss. e poi in *Studi in onore di Mario Vellani*, I, Milano, 1998, p. 113 ss.
- BOTTAI L.A., Sub art. 52 legge fall., in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, Milano, 2014
- BOVE M., *Ancora sui rapporti tra clausola compromissoria e fallimento*, nota a Trib. Torino, 10 febbraio 2016, in *Il fall.*, 2016, p. 854 ss.



- BOVE M., *Arbitrato e fallimento*, in F.P. LUISO, F. VASSALLI, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, Torino, 2014, p. 484 ss.
- BOVE M., *La giustizia privata*, Trento, 2015
- BOVE M., *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)
- BOVE M., CECHELLA C., *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006
- BOZZA G., *Arbitrato e fallimento*, nota a Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Il fall.*, 1993, p. 475 ss.
- BOZZA G., *I principi della formazione dello stato passivo*, in A. JORIO, B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, p. 595 ss.
- BRIGUGLIO A., *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 239 ss.
- BUCOLO F., *Orientamenti giurisprudenziali sul curatore-parte e il curatore-terzo nell'ottica dell'interesse perseguito*, in *Il fall.*, 1980, 826 ss.
- CABRAS G., *Arbitrati e procedure di insolvenza*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, II, Padova, 2010
- CAIAFA F., Art. 72. *Rapporti pendenti*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, p. 391 ss.
- CALIFANO G.P., *L'interruzione del processo civile. Gli artt. 299 ss. c.p.c.*, Napoli, 2004
- CANALE G., *Clausola arbitrale*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (diretto da), *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, I, Torino, 2016, p. 1563 ss.
- CANALE G., *Dopo un quarto di secolo le Sezioni unite risvegliano la ragione e cacciano i mostri...*, nota a Cass. sez. un., 12 novembre 2004, n. 21499, in *Giur. it.*, 2005, p. 780 ss.
- CANALE G., *Sub art. 83-bis*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, p. 1335 ss.
- CANDIAN A., *Il processo di fallimento*, Padova, 1939
- CANDIAN A., *Legittimazione processuale e negoziale del fallito*, in *Temi*, 1946, p. 583 ss.
- CAPACCIOLI E., *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 526 ss.
- CARLEO R., *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998
- CARPI F., *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 659 ss.
- CARRATTA A., *Arbitrato rituale su credito ed interferenze con la verifica del passivo*, nota a Coll. arb., 20 febbraio 1997, in *Riv. arb.*, 1998, p. 101 ss.

#### BIBLIOGRAFIA

- CARRATTA A., *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, nota a Coll. arb., 29 gennaio 1998, in *Riv. arb.*, 1999, p. 105 ss.
- CARRATTA A., voce *Procedure concorsuali (riforma delle) II) Profili processuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 2005
- CARRATTA A., *Diritto e processo nelle azioni di restituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012 (suppl.), p. 79 ss.
- CASELLI G., *Sub art. 24 legge fall.*, *Organi del fallimento*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI (a cura di), *La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1977
- CASTAGNOLA A., *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 169 ss.
- CASTAGNOLA A., *Le rivendiche mobiliari nel fallimento*, Milano, 1996
- CASTAGNOLA A., *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 821 ss.
- CAVALAGLIO A., *Arbitrato libero, giurisdizione ordinaria e verifica fallimentare dei crediti: gli incerti confini*, nota a Cass., 16 giugno 2000, n. 8231, in *Riv. arb.*, 2001, p. 439 ss.
- CAVALAGLIO A., *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova, 1975
- CAVALAGLIO A., *Sui rapporti tra clausola compromissoria, processo arbitrale, lodo rituale e giudizio fallimentare di verifica dei crediti*, nota a Cass., 26 agosto 1998, n. 8495, in *Riv. arb.*, 1998, p. 705 ss.
- CAVALAGLIO A., voce *Interruzione nel processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. it. (disc. Priv.)*, sez. civ., X, Torino, 1993
- CAVALLINI C., *Il trasferimento della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 473 ss.
- CAVALLINI C., *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano, 2009
- CAVALLINI C., *Sub art. 83-bis*, in ID. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, I, Milano, 2010, p. 581 ss.
- CECCHHELLA C., *L'arbitrato*, Torino, 1991
- CECCHHELLA C., *Limiti soggettivi di efficacia del patto compromissorio*, nota a Cass., 25 maggio 1995, n. 5724, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1373 ss.
- CECCHHELLA C., *Sull'opposizione di terzo ordinaria proposta incidentalmente in un giudizio di opposizione di terzo revocatoria al lodo arbitrale e sulla equiparazione del lodo a sentenza*, nota a Cass., 22 giugno 2005 n. 13442, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1091 ss.

- CERINO CANOVA A., *L'effetto espansivo della cassazione o della riforma sulle pronunce di altri processi (art. 336, cpv. c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 465 ss.
- CIPRIANI F., *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 239 ss.
- COLESANTI V., *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una «svolta» nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 329 ss.
- COLESANTI V., *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972
- COLESANTI V., *Giudizio arbitrale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1998, I, p. 166 ss.
- CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 841 ss.
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, I-II, Padova, 1985
- CONSOLO C., *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza, con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n.223, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1107
- CONSOLO C., *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 659 ss.
- CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1133 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I-II, Torino, 2017
- CORAPI D., BENINCASA D., *Considerazioni comparatistiche sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 249 ss.
- CORSINI F., *Parti*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di Procedura civile*, Bologna, 2016
- CORSINI F., *Sull'opponibilità al curatore della clausola compromissoria sottoscritta dalla società fallita, quando era in bonis*, nota a Trib. Torino, 10 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2017, p. 925 ss.
- COSTANTINO G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979
- COSTANTINO G., *Sub artt. 98-99*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, Torino, 2006
- COSTANZA M., *Quale limite alla vis attractiva?*, nota a Trib. S.M. Capua Vetere, 9 maggio 2014, in *Il fall.*, 2015, p. 214 ss.
- CRISCUOLO F., *Clausola arbitrale e fallimento*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Contratti in corso di esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, p. 319 ss.

BIBLIOGRAFIA

- D'ALESSANDRO E., *Le sezioni unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra art. 295 e art. 337 c.p.c.: much ado about nothing?*, nota a Cass. sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Giur. it.*, 2012, p. 2601 ss.
- D'ALESSANDRO E., *Riflessioni sull'art. 336, 2° comma, c.p.c. (a margine di un recente disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile)*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 77 ss.
- DANOVI F., *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999
- DE CRISTOFARO M., *Il Reg. n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza*, in F. FERRARI (a cura di), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2002
- DE FERRA G., *Effetti del fallimento per il fallito*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI (a cura di), *La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1986
- DE MARTINI A., *Attività negoziale e attività processuale del fallito durante il fallimento*, in *Dir. fall.*, 1971, I, p. 205 ss.
- DE SANTIS A.D., *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013, p. 173 ss.
- DE SANTIS F., *Le azioni che derivano dal fallimento*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, I, Milano, 2009
- DE SANTIS F., *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 357 ss.
- DE SANTIS F., *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012
- DE SEMO G., *Diritto fallimentare*, Padova, 1964
- DE SEMO G., *Perdita della legittimazione processuale del fallito e suoi limiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, 312 ss.
- DEL VECCHIO F., *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1986, I, p. 284 ss.
- DEL VECCHIO F., *Il curatore come terzo ed avente causa del fallito*, in *Dir. fall.*, 1984, I, p. 237 ss.
- DEL VECCHIO F., *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1988
- DELLA VEDOVA I., *Le sorti di un procedimento arbitrale in corso in seguito al sopravvenuto fallimento di una delle parti*, nota a Cass., 4 settembre 2004, n. 17891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 865 ss.

- DI LAURO A., *Il fallimento è causa di interruzione del processo?*, nota a Trib. Napoli, 17 dicembre 1968, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 507
- DI MAJO ADOLFO, *Contratto preliminare concluso da imprenditore fallito. La tutela del promissario acquirente da soggetto fallito e la pubblicità immobiliare*, nota a Cass. sez. un., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Giur. it.*, 2015, p. 2576 ss.
- DI MAJO ALESSANDRO, *Preliminare di vendita di immobile indiviso e fallimento di uno dei venditori*, nota a Cass. Sez. un., 14 aprile 1999, n. 239, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 678 ss.
- DI MARZIO F., *Azione di risoluzione del contratto (e di risarcimento danni) e fallimento della parte inadempiente*, nota a Cass., 29 ottobre 2008, n. 25984, in *Il fall.*, 2009, p. 1179 ss.
- DI MARZIO G., *Impugnativa contrattuale e fallimento del contraente convenuto*, nota a Trib. S.M. Capua Vetere, 6 maggio 2014, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it)
- DIMUNDO A., *Sub art. 72*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015
- DIMUNDO A., *Sub art. 83-bis*, in G. LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2015
- DIMUNDO A., *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Torino, 2007, p. 210 ss.
- FABIANI M., *Decreto di esecutorietà dello stato passivo e accertamento negativo del credito*, nota a Cass., 22 gennaio 1997, n. 664, in *Il fall.*, 1997, p. 1084 ss.
- FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011
- FABIANI M., *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, in *Il fall.*, 1990, p. 898 ss.
- FABIANI M., *Sub art. 24*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, p. 424 ss.
- FARINA M., *Art. 83 bis l. fall. Clausola arbitrale*, in L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, p. 627 ss.
- FAUCEGLIA G., *Gli effetti del fallimento per i creditori: profili generali*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, Padova, 2011
- FAVARA F., *Effetti del fallimento sulla clausola compromissoria*, nota a Cass., 20 marzo 1965, n. 462, in *Rass. Avv. Stato*, 1965, p. 1075 ss.
- FAZZALARI E., BRIGUGLIO A., MARENGO R. (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994
- FERRARA F. jr. (e BORGIOLO A.), *Il fallimento*, Milano, 1995

#### BIBLIOGRAFIA

- FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970
- FESTI F., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001
- FICARELLA G., *L'eccezione di carenza di «data certa» del documento nel procedimento di accertamento del passivo*, nota a Cass. Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Il fall.*, 2014, p. 179 ss.
- FINOCCHIARO A., voce *Interruzione del processo*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 445
- FLETCHER I., MOSS G., ISAAC S., *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2016
- FOUCHARD PH., *Ecrits: droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, Paris, 2007
- FRADEANI F., *Eccezione di arbitrato e fallimento, tra vecchi e nuovi problemi interpretativi*, nota a Trib. Terni, 7 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 384 ss.
- FRASCAROLI SANTI E., *Aspetti dell'azione del curatore nell'esercizio di diritti del fallito*, nota a Cass., 12 maggio 1965, n. 912, in *Dir. fall.*, 1966, II, p. 5 ss.
- FRASCAROLI SANTI E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012
- FRASCAROLI SANTI E., *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 367 ss.
- FRIGNANI A., *L'arbitrato commerciale internazionale: una prospettiva comparatistica*, Padova, 2004
- FUSILLO A., *Processo arbitrale e fallimento sopravvenuto*, nota a Coll. Arb., 25 febbraio 1998, in *Riv. arb.*, 1998, p. 327 ss.
- GARBAGNATI E., *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942
- GARGIULO G., *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero per risoluzione contrattuale (e conseguente credito)*, nota a Cass. sez. un., 21 luglio 2015, n. 15200, in *Giur. it.*, 2015, p. 2445 ss.
- GHIDINI M., *Sul curatore del fallimento (riflessi della dottrina della rappresentanza e della surrogazione)*, in *Temi Emiliana*, 1933, p. 41 ss.
- GHIGNONE F., *Arbitrato e fallimento*, in A. BUONFRATE, C. GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre adr*, Torino, 2006, p. 314 ss.

BIBLIOGRAFIA

- GHIRGA M.F., *Fatti interruttivi del processo e arbitrato*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 393 ss.
- GHIRGA M.F., *Interruzione del processo*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di Procedura civile*, Bologna, 2014
- GIORGETTI M., *La capacità processuale del fallito nei giudizi litisconsortili con il fallimento*, nota a Cass., 5 marzo 2003, n. 3245, in *Il fall.*, 2003, p. 1083 ss.
- GROPPOLI L., «Indisponibilità» dell'accertamento del passivo: riflessi sull'arbitrato, nota a Cass., 24 giugno 2015, n. 13089, in *Il fall.*, 2016, p. 316 ss.
- GROPPOLI L., *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Il fall.*, 2009, p. 134 ss.
- GUGLIELMUCCI L., *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2017
- GUGLIELMUCCI L., Sub art. 72 legge fall., *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI (a cura di), *La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979
- HANNAN N., *International Commercial Arbitration and Cross-Border Insolvency*, *Int'l Trade & Business Law Review*, 2014, p. 446
- IMPAGNATIELLO G., *L'accertamento del passivo*, in G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013, p. 207 ss.
- JORIO A., *I rapporti giuridici pendenti*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO (a cura di), *Il fallimento*, Padova, 2009
- JORIO A., *Le crisi di impresa. Il fallimento*, Milano, 2000
- KREINDLER R.H., *The New York Convention and Insolvency: Challenges and Questions Based on Recent Case Law and Practice*, in *Riv. Arb.*, 2016, p. 289 s.
- LA CHINA S., *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995
- LA CHINA S., *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011
- LAMANNA F., *I rapporti giuridici pendenti*, in A. JORIO, B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, p. 587 ss.
- LANFRANCHI L., *Fallimento e giudizi pendenti*, in *Dir. fall.*, 1993, I, 478 ss.
- LANFRANCHI L., *La verifica del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979
- LAZIC V., *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, The Hague, 1998
- LEANDRO A., *Il ruolo della lex concursus nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, Bari, 2008
- LIEBMAN E.T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1980 (ristampa 1935)

BIBLIOGRAFIA

- LIEBMAN E.T., *Una lacuna nell'art. 295 cod. proc. civ.?*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 175
- LIPPONI A., *Ancora su arbitrato e fallimento*, nota a Cass., ord. 17 aprile 2003, n. 6165, in *Riv. arb.*, 2004, p. 701 ss.
- LO MORO BANZI C., *L'ammissione al passivo con riserva*, Padova, 1981
- LUISO F.P., *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 773 ss.
- MACCHIA M., *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, nota a Trib. Reggio Emilia, 2 dicembre 2005, in *Il fall.*, 2006, p. 816 ss.
- MARICONDA V., *Cessione del credito e clausola compromissoria: la Cassazione «evidentemente» si contraddice*, nota a Cass., 1 settembre 2004, n. 17351, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1585 ss.
- MARINELLI M., *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, nota a Cass. sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.*, 2001, p. 51 ss.
- MARINUCCI E., *I crediti prededucibili nel fallimento*, Milano, 1999
- MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009
- MARINUCCI E., Sub art. 824-bis c.p.c., in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, VII, Torino, 2014, p. 644 ss.
- MARKERT L., *Arbitrating in the financial crisis: insolvency and public policy versus arbitration and party autonomy. Which law governs?*, in *Contemporary Asia Arb. Journal*, 2009, p. 219 ss.
- MAZZOCCA D., *Diritto fallimentare*, Napoli, 1996
- MENCHINI S., voce *Sospensione del processo civile di cognizione*, in *Enc. Dir.*, 1990, XLIII, p. 1 ss.
- MENCHINI S., *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993
- MENCHINI S., *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297, 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, nota a Cass. sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 689 ss.
- MENCHINI S., MOTTO A., *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2014, p. 376 ss.
- MENCHINI S., MOTTO A., Sub artt. 819-bis e -ter, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010



- MENCHINI S., MOTTO A., Sub artt. 819-bis, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2010
- MEOLI B., SICA S., *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in V. BUONOCORE, A. BASSI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, II, Padova, 2010
- MILLETT P., *Cross-border insolvency: the effect of insolvency proceedings on pending arbitrations*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 2009, p. 8
- MONDINI P.F., *Il ruolo del curatore nella gestione della procedura fallimentare. Autonomia e personalità nell'esercizio delle funzioni*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, p. 215 ss.
- MONTANARI M., *Accertamento giudiziale della legittimità del recesso e restituzione del doppio della caparra: fallimento e separazione delle cause*, Osservazioni a Trib. Verona, 28 ottobre 2013, in *Il fall.*, 2014, p. 440 ss.
- MONTANARI M., *Ancora sulla chiusura anticipata del fallimento in pendenza di giudizi*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- MONTANARI M., *Contrapposte domande in sede ordinaria e di verifica del passivo fallimentare e sospensione per pregiudizialità*, nota a Trib. Monza, 5 maggio 2015, in *Il fall.*, 2016, p. 337 ss.
- MONTANARI M., *Decisioni pronunciate nei confronti del solo fallito e opposizione di terzo*, nota a Cass., 28 maggio 2003, n. 8545, in *Il fall.*, 2004, p. 739 ss.
- MONTANARI M., *Fallimento del promittente venditore e ragionevole durata del processo*, nota critica a Cass., 23 giugno 2010, n. 15218, in *Il fall.*, 2010, p. 1248
- MONTANARI M., *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 94 ss.
- MONTANARI M., *Fallimento e giudizi pendenti sui crediti*, I, Padova, 1991
- MONTANARI M., *Fallimento e giudizio arbitrale su crediti nella prospettiva della concezione negoziale dell'arbitrato rituale*, nota a Cass., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Il fall.*, 2004, p. 320 ss.
- MONTANARI M., *La recente riforma della normativa in materia di chiusura del fallimento: primi rilievi*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- MONTANARI M., *La sopravvenienza del fallimento in corso di causa tra riforma e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, nota a Cass., 22 maggio 2007, n. 11858, in *Il fall.*, 2008, p. 307 ss.
- MONTANARI M., *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 529 s.

BIBLIOGRAFIA

- MONTANARI M., *Procedimenti endo- ed extraconcorsuali: durata e prospettive*, in *Il fall.*, 2010, p. 1038 ss.
- MONTANARI M., *Sulla translatio in sede di verifica del passivo dell'azione di risoluzione contrattuale pendente alla fata del fallimento*, nota a Trib. Salerno, 1 febbraio 2013, in *Il fall.*, 2013, p. 1391 ss.
- MONTANARI M., *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 146 ss.
- MONTANARI M., *Le impugnazioni dello stato passivo*, in A. BASSI, V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, III, Padova, 2011, p. 82 ss.
- MONTELEONE G.A., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975
- MONTESANO L., *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 385 ss.
- MORINI D., *Arbitrato e fallimento*, nota a Coll. arb., 24 novembre 1993, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 772 ss.
- MOSS G., FLETCHER I., ISAACS S., *EU Regulation on insolvency proceedings*, Oxford, 2016
- MURONI R., *L'ambito soggettivo di efficacia della clausola compromissoria e la sua opponibilità al creditore attore in surrogatoria*, nota a Cass., 25 maggio 1995, n. 5724, in *Giur. it.*, 1996, p. 1524 ss.
- MURONI R., *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008
- NAPOLITANO A., *L'impatto dell'art. 43, comma terzo, legge fallim., sulle cause in corso alla data di dichiarazione di fallimento*, nota a Cass., 4 maggio 2016, n. 11264, in *Dir. fall.*, 2017, II, p. 184 ss.
- NARDO G., *Questioni in tema di arbitrato libero e fallimento*, nota a Cass., 18 agosto 1998, n. 8145, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 1215 ss.
- NATER-BASS G., MOSIMANN O., *Effects of Foreign Bankruptcy on International Arbitration*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2011, p. 163 ss.
- NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2017
- NITROLA M., *Arbitrato e fallimento*, in *I contratti*, 2012, p. 756 ss.
- ORIANI R., *È possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, nota a Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1010 ss.
- PAGNI I., *Azione ex contractu e processo: casi e questioni, dalla domanda alla sentenza*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, Milano, 2006

- PAGNI I., *La concessione abusiva del credito tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Le società*, 2007, p. 442 ss.
- PAGNI I., *Lo scioglimento del contratto preliminare ad opera del curatore dopo le Sezioni Unite*, nota a Cass. sez. un., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Il fall.*, 2015, p. 1284 ss.
- PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986
- PAJARDI P., PALUCHOWSKY A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002
- PAJARDI P., PALUCHOWSKY A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008
- PAOLETTI A., Sub art. 816-sexies c.p.c., in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (diretto da), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2017
- PAVANINI G., *Sentenza nei confronti di un defunto ed opposizione di terzo da parte dell'erede (Rilievi in tema di nullità della sentenza)*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, pp. 236-237
- PLENTEDA D., *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in U. APICE (diretto da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, III, Torino, 2010
- POLLASTRO I., *Azione di responsabilità nella procedura fallimentare: profili applicativi*, nota a Trib. Milano, sez. impresa, 15 dicembre 2015, in *Giur. it.*, 2016, p. 1420 ss.
- PROFETA V., *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 1173 ss.
- PROTO C., *Crediti verso il fallito, arbitrato e fallimento*, nota a Cass., 18 agosto 1998, n. 8145, in *Il fall.*, 1999, p. 979 ss.
- PROTO PISANI A., *Pregiudizialità e ragionevole durata dei processi*, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1066 ss.
- PROTO PISANI A., *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*, nota a Cass. sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Foro it.*, 2014, c. 950 ss.
- PROTO PISANI A., *Processo civile di cognizione terzi nel diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 555 ss.
- PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974
- PUNZI C., «Efficacia di sentenza del lodo», in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato (l. n. 80/2005 e d.lgs. n. 40/2006)*, Milano, 2006, 163 ss.;
- PUNZI C., *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1 ss.
- PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I-II-III, Padova, 2012

- PUNZI C., *L'interruzione del processo*, Milano, 1963
- PUNZI C., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 430 ss.
- RAGUSA MAGGIORE G., *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974
- RECCHIONI S., *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999
- RECCHIONI S., *Sub art. 24 legge fall.*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, I, Milano, 2008
- REDENTI E., voce *Compromesso*, in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1959, p. 482 ss.
- REISTANO L., *Sub art. 83-bis*, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la Riforma*, Torino, I, 2010, p. 1142 ss.
- RICCI E.F., *Il sonno della ragione e i suoi mostri*, nota a Cass. sez. un., 6 luglio 1979, n. 3878, in *Giur. comm.*, 1980, p. 346 ss.
- RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974
- RICCI E.F., *Le «azioni di recupero» dei creditori in pendenza di fallimento*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 7 ss.
- RICCI E.F., *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 1021 ss.
- RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, I-II, Milano, 1997-1998
- RICCI G.F., *Accertamento del passivo nel fallimento ed errori duri a morire*, in *Dir. fall.*, 2014, I, p. 494 ss.
- RICCI G.F., *Sub art. 816-sexies*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, Bologna, 2007
- RICCI G.F., *Sub art. 819-ter c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, Bologna, 2007
- RICCI G.F., *Sub art. 819-bis e -ter*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, Bologna, 2007
- RIEDI R., *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI (a cura di), *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2010
- ROSAPEPE R., *L'accertamento del passivo*, in A. BASSI, V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, III, Padova, 2011, p. 55 ss.
- RUFFINI G., *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, nota a Cass. sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.*, 2001, p. 51 ss.
- RUFFINI G., *Sub art. 819-ter*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010
- RUFFINI G., *Sub art. 817*, in S. MENCHINI (a cura di), *La riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 2007

- SALVANESCHI L., *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 374 ss.
- SALVANESCHI L., *Arbitrato*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di Procedura civile*, Bologna, 2014
- SALVANESCHI L., *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 384 ss.
- SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999
- SALVANESCHI L., *Sub art. 816-sexies*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010
- SANDULLI M., *La crisi dell'impresa*, Torino, 2007
- SANTAGADA G., *Sulle impugnazioni esperibili dal curatore fallimentare avverso un lodo rituale pronunciato anteriormente alla dichiarazione di fallimento*, nota a Cass. 22 giugno 2005 n. 13442, in *Riv. arb.*, 2006, p. 709 ss.
- SANZO S., *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2008
- SATTA S., *Diritto fallimentare*, Padova, 1996
- SCALA A., *Prime impressioni sulla nuova disciplina dei rapporti tra dichiarazione di fallimento e giudizi pendenti*, in *Il fall.*, 2007, p. 497 ss.
- SOTGIU N., *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in C. PUNZI (a cura di), *Disegno sistematico dell'arbitrato*, III, Padova, 2012, p. 469 ss.
- STAUNOVO POLACCO E., *Sul rapporto tra verifica del passivo e giudizi pendenti su domande pregiudiziali all'accertamento dei crediti*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)
- STAUNOVO POLACCO E., *Trasmigrazione dell'azione di risoluzione nella verifica del passivo*, nota a Trib. Torino, 17 maggio 2014, in *Il fall.*, 2015 p. 348 ss.
- SUDIERO F., *Arbitrato irrituale, estinzione della società e fallimento*, nota a Trib. Udine, 11 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 635 ss.
- TANGA A., *La domanda di risoluzione del contratto tra cognizione ordinaria e accertamento del passivo*, nota a Trib. Torino, 17 maggio 2014, in *Dir. fall.*, 2015, II, p. 466 ss.
- TARZIA G., *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 631 ss.
- TARZIA G., *Processi pendenti e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 67 ss.
- TEDESCHI G.U., *L'accertamento del passivo*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, I, Torino, 2009
- TEDESCHI G.U., *I rapporti giuridici preesistenti*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato. Impresa e lavoro*, 16, Torino, 2011, p. 391 ss.
- TEDESCHI G.U., *Le procedure concorsuali*, I, 2, Torino, 1996
- TEDESCHI G.U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006

- TEDIOLI F., *Appunti sul rapporto tra arbitrato rituale e sopravvenuto fallimento di una delle parti*, in *Studium juris*, 2006, p. 526 ss.
- TISCINI R., *Effetti del fallimento sul procedimento arbitrale pendente*, nota a Cass., 4 settembre 2004, n. 17891, in *Il fall.*, 2005, p. 623 ss.
- TIZI F., *Fallimento e giudizi arbitrali pendenti sui crediti*, nota a Cass., 4 settembre 2004, n. 17891, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 430 ss.
- TOMASSO F., *Osservazioni a Cass.*, 7 marzo 2013, n. 5650, in *Il fall.*, 2014, p. 170 ss.
- TOTA G., *Sulla legittimazione del curatore all'opposizione ordinaria di terzo avverso il lodo arbitrale pronunciato nel contraddittorio del solo fallito*, nota a Cass., 28 maggio 2003, n. 8545, in *Riv. arb.*, 2004, p. 713 ss.
- TOUCHENT D., *Les effets d'une clause d'arbitrage après l'ouverture d'une procédure collective*, in *Petites affiches*, 2004, p. 20 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987
- TRISORIO LIUZZI G., *Le Sezioni Unite e la sospensione del processo civile per pregiudizialità*, nota a Cass. sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Foro it.*, 2014, c. 946 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013
- TRISORIO LIUZZI G., *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 633 ss.
- TROIANO R., *Subentro del curatore nei giudizi pendenti e dichiarazione di fallimento*, nota a Cass., 6 luglio 2001, n. 9164, in *Il fall.*, 2002, p. 820 ss.
- VACCARELLA R., *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e A.G.O.*, nota a Coll. arb., 9 marzo 1996, in *Giust. Civ.*, 1997, p. 267 ss.
- VANZETTI M., *Compensazione e procedimento fallimentare*, Milano, 2012
- VANZETTI M., *Lehman Brothers International Europe in Administration: sorte dei processi pendenti in Italia e delle domande volte a far valere crediti nei suoi confronti*, nota a Trib. Milano, 22 novembre 2008, in *Int'Lis*, 2009, p. 16 ss.
- VANZETTI M., *Lehman Brothers International Europe in Administration: sorte dei processi pendenti in Italia e delle domande volte a far valere crediti nei suoi confronti*, nota a Trib. Milano, 22 novembre 2008, in *Int'lis*, 2009, p. 11 ss.
- VANZETTI M., *Sub art. 83-bis*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (diretto da), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2017
- VANZETTI M., *Compensazione e processo fallimentare*, Milano, 2012

BIBLIOGRAFIA

- VASSALLI F., *Diritto fallimentare*, II.1, Torino, 1997
- VECCHIONE R., *Compromessi in arbitri e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1957, II, p. 294 ss.
- VELLANI C., *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, 1996
- VELLANI C., *L'art. 83-bis L. fall. e l'art. 15 Regolamento CE n. 1346 del 2000*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 861 ss.
- VERDE G., *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 178 ss.
- VERDE G. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005
- VERDE G., *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, nota a Cass. Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, p. 84 ss.
- VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2013
- VESSIA F., *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi arbitrali pendenti*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 773 ss.
- VINCRE S., *Arbitrato rituale e fallimento*, Milano, 1996
- VINCRE S., *Compromesso e clausola compromissoria*, in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 312 ss.
- VINCRE S., *Fallimento e arbitrato rituale (premesse per uno studio)*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 729 ss.
- VINCRE S., *Opponibilità ed efficacia nei confronti del curatore della clausola compromissoria*, nota a Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, in *Il fall.*, 2004, p. 523 ss.
- VIRGOS M., GARCIMARTIN F., *European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004
- VITOLO R., *Arbitrato e fallimento*, in G. FAUCEGLIA, L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2009, p. 923 ss.
- VOCINO C., *Il fallito nel suo processo*, in *Dir. fall.*, 1972, I, p. 249 ss.
- VONA G., *L'art. 83-bis: effetti del fallimento sui giudizi arbitrali*, in *Dir. Fall.*, 2014, I, p. 272 ss.
- VONA G., *La stipula del patto compromissorio e la nomina degli arbitri nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 421 ss.
- VORBURGER S., *International arbitration and Cross-Border Insolvency. Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2014
- VULLO E., *Le Sezioni unite si pronunciano per l'inammissibilità della riconvenzionale nei confronti del curatore*, nota a Cass. sez. un., 12 novembre 2004, n. 21499, in *Corr. giur.*, 2005, p. 197 ss.

#### BIBLIOGRAFIA

- VULLO E., *Note in tema di arbitrato, concessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 137 ss.
- WESSELS B., *International insolvency Law*, II, Deventer, 2017
- WIDMANN P., *Il caso Vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente all'estero, tra lex fori concursus e lex loci arbitri*, nota a High Court of Justice, Queen's Bench Division, 2 ottobre 2008 [2008] EWHC 2155 (Comm); Court of Appeal, 9 luglio 2009, [2009] EWCA Civ 677, Trib. Fed. svizzero, 31 marzo 2009 4P.170/2005, in *Int'Lis*, 2010, p. 128 ss.
- ZANARONE G., *La risoluzione del contratto nel fallimento*, Milano, 1970
- ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 1 ss.
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, nota a Trib. Napoli, sez. impresa, 25 novembre 2014, in *Le società*, 2016, p. 84 ss.
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004
- ZUFFI B., *Le Sezioni Unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*, nota a Cass. sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Corr. giur.*, 2012, 1322



## COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

### UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)

2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)

3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)

4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)

5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quagliani* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)

6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)

7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)

8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)

9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)

11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)

12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)

13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)

14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)

15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)

16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)

17. *Contrasto al lavoro infantile e decent work* - MATTEO BORZAGA (2018)

18. *Retroattività e diritti reali* - CARLO BONA (2018)

19. *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti* - LAURA BACCAGLINI (2018)