

Arbitrato

# Arbitrato e fallimento

di **Marina Nitrola** (\*)



Il rapporto tra arbitrato e fallimento è sempre stato al centro di dibattiti dottrinari e giurisprudenziali, dando luogo a interpretazioni non sempre univoche. Le riforme intervenute nel 2006 hanno parzialmente fatto luce negli angoli che la normativa lasciava oscuri, chiarendo punti sino ad allora lasciati all'interpretazione. Permangono, tuttavia, numerosi dubbi legati al se, e al come, arbitrato e fallimento possano convivere. Senza pretese di esaustività, si vuole offrire una panoramica delle conseguenze che il fallimento produce sulla procedura arbitrale, a seconda della fase in cui quest'ultima viene interessata dalla dichiarazione di fallimento di una parte. Verificata la possibilità, per il curatore, di compromettere in arbitri controversie, nonché l'opponibilità allo stesso della convenzione arbitrale sottoscritta dall'imprenditore *in bonis*, ci si soffermerà sugli effetti che la dichiarazione di fallimento produce nel procedimento arbitrale in corso e sulle cautele da adottare affinché esso si concluda nel rispetto dei principi che regolano l'arbitrato. Infine, posta l'opponibilità del lodo alla procedura fallimentare, saranno vagliati i rimedi a disposizione del curatore per impugnare la decisione assunta dagli arbitri.

## Premessa

L'arbitrato nasce dalla volontà delle parti di derogare alla giurisdizione ordinaria, sottoponendo le controversie a soggetti privati, che le stesse incaricano di dirimere la lite. Allo strumento arbitrale vengono tradizionalmente attribuite caratteristiche di efficienza, economicità e riservatezza: peculiarità che ben si adattano a perseguire gli scopi posti agli imprenditori che intendono operare efficacemente in concorrenza.

L'impatto del fallimento di una parte sull'arbitrato in cui questa sia coinvolta è oggetto da tempo di studi e approfondimenti e le riforme legislative intervenute in materia arbitrale e concorsuale nel 2006 (1) hanno definitivamente colmato alcune carenze normative precedentemente esistenti, dalle quali alcuni autori ricavano una sostanziale incompatibilità tra procedura arbitrale e fallimentare.

Data l'appetibilità che lo strumento arbitrale ha per l'imprenditore *in bonis* ed il crescente favore che questo mezzo di risoluzione delle liti ha raccolto negli ultimi anni, indagare la sorte delle clausole, dei lodi e dei procedimenti arbitrali dopo la dichiarazione di fallimento appare un'attività quasi doverosa, data l'attuale, delicata situazione economica.

## Arbitrato successivo alla dichiarazione di fallimento

Il mezzo attraverso cui derogare alla giurisdizione or-

dinaria in favore dell'arbitrato è la sottoscrizione di una "clausola compromissoria" o di un "compromesso": accordi con cui vengono deferite agli arbitri, rispettivamente, controversie non ancora insorte o già pendenti.

Ammesso che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, possa sottoscrivere compromessi (art. 35 l.f.) il combinato disposto dagli articoli 806 c.p.c. e 24 l.f., consente di spingersi oltre, e tracciare la linea di confine tra le controversie che il curatore può compromettere in arbitri e quelle che, invece, devono essere deferite ad altro giudice.

L'art. 806 c.p.c. prevede la possibilità di devolvere alla cognizione arbitrale tutte le controversie che

### Note:

(\*) *Funzionario della Camera Arbitrale di Milano. Le opinioni espresse dall'autrice non vincolano l'Istituzione.*

(1) Riforme attuate, rispettivamente, con d. ls. 9 gennaio 2006, n. 5 (c.d. "Riforma organica delle Procedure Concorsuali") e d. ls. 2 febbraio 2006, n. 40 (c.d. "Riforma dell'Arbitrato"). Le riforme hanno consentito di prendere definitivamente le distanze dall'orientamento che escludeva il ricorso allo strumento arbitrale in materia concorsuale, materia di carattere pubblicistico ed affidata alla competenza inderogabile del tribunale fallimentare, in forza della *vis a contraria* di cui all'art. 24 l.f. Per una disamina dei precedenti orientamenti a favore dell'incompatibilità tra gli strumenti, nonché dei problemi interpretativi posti dalle Riforme, si veda E. Frascaroli Santi, *L'art. 83 bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio (a cura di) *Sull'arbitrato: Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 367 e ss.

non abbiano ad oggetto diritti indisponibili (2), diversamente dall'art. 24, a norma del quale il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente "a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore". Il dato testuale di quest'ultima norma suggerisce, tuttavia, che le "azioni che derivano dal fallimento" siano solo quelle che hanno quale presupposto necessario, appunto, la dichiarazione di fallimento e ne siano diretta conseguenza.

Almeno astrattamente appare, quindi, configurabile la possibilità che siano deferite ad arbitri le controversie idonee ad incidere sulla formazione della massa fallimentare, con la doverosa esclusione delle liti di diretta derivazione del fallimento e strettamente collegate alla funzione dello stesso (3).

Il mezzo con cui avvalersi del sistema arbitrale sarà, come detto, la sottoscrizione di un compromesso per la risoluzione di controversie già insorte, o di una clausola compromissoria, da inserirsi nei contratti che il curatore dovesse stipulare nell'esercizio provvisorio dell'impresa, a norma dell'art. 104 l.f.

La normativa concorsuale prevede dunque la possibilità che il curatore possa far valere in arbitrato le pretese attive che il fallimento supponga di vantare, ma non vi sono disposizioni che disciplinino con quali modalità e limiti possano essere devolute in arbitrato anche le pretese vantate *contro* il fallimento. Sebbene non sia normativamente previsto che il curatore subisca gli effetti di una clausola arbitrale sottoscritta dall'imprenditore *in bonis*, la possibilità che ciò accada si ricava dalla lettura dell'art. 83 bis l.f., introdotto nel 2006. L'articolo dispone, infatti, che il procedimento arbitrale pendente non possa essere proseguito "se il contratto in cui è contenuta la clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione".

Interpretando *a contrario* la norma, qualora il curatore decida di subentrare nel contratto contenente la clausola compromissoria, il relativo procedimento - già pendente - può senz'altro proseguire.

Se ne deve dedurre che il curatore sia vincolato dalla clausola compromissoria in ogni caso in cui il contratto in cui questa è contenuta non sia automaticamente sciolto, in conseguenza della dichiarazione di fallimento o a seguito di una scelta del curatore, a norma degli artt. 72 ss. l.f.

L'art. 72 l.f., in particolare, dispone che, salve le eccezioni previste dagli articoli successivi, l'esecuzione dei contratti non ancora completamente adempiuti al momento della dichiarazione di fallimento, resti sospesa/paralizzata.

Il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei cre-

ditori, può decidere se subentrare nel contratto o sciogliersi dal medesimo, ma nella prima ipotesi si ritiene non sia possibile disgiungere il contratto stesso dalla clausola compromissoria ivi contenuta (4): il curatore che subentri in un contratto non potrà, dunque, sottrarsi agli effetti di quest'ultima.

## Fallimento di una parte nel corso del procedimento arbitrale

Quanto alle sorti del procedimento arbitrale già instaurato (5) qualora, nel corso dello stesso, intervenga il fallimento di una delle parti, occorre fare anzitutto riferimento al già citato art. 83-bis l. fall., a norma del quale, in ogni caso in cui il contratto sia stato sciolto per legge o per volontà del curatore, l'arbitrato sarà improcedibile.

Qualora invece il curatore subentri nel contratto, l'art. 32 comma 2 l. fall. trasferisce in capo a questo la capacità di stare in giudizio - previa autorizzazione del giudice delegato - che il fallito ha perso per l'effetto della sentenza di fallimento; il curatore è, in tal modo, vincolato alla convenzione arbitrale, che peraltro si ritiene già eseguita con la nomina degli arbitri e la loro accettazione (6).

La perdita della capacità processuale di una parte, nel processo ordinario, comporta l'interruzione dello stesso e l'art. 43, co. 3 l.f. prevede, infatti, che "l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo". Si ritiene, tuttavia, che l'istituto dell'interruzione non si applichi al procedimento arbi-

### Note:

(2) Non è meritevole di accoglimento la tesi in virtù della quale la dichiarazione di fallimento renderebbe indisponibili i diritti in capo al fallito; a riguardo, infatti, è stato giustamente osservato che si tratta di indisponibilità relativa e che, comunque, non impedisce che il curatore, nell'amministrare il patrimonio del fallito, prenda eventualmente parte al giudizio arbitrale. Così, E. Frascarioli Santi, *L'art. 83 bis l.f. e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio (a cura di) *op. cit.*, p. 371.

(3) A titolo esemplificativo ed in modo non esaustivo, si può e si deve escludere, anzitutto, l'arbitrabilità delle questioni riguardanti la validità e legittimità della sentenza dichiarativa del fallimento, così come del reclamo di cui all'art. 18 l.f., dei gravami di cui all'art. 22, dei reclami contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, (art. 36 l.f.), dell'accertamento del passivo disciplinato dagli articoli 92 ss. l.f., delle relative impugnazioni (art. 98 l.f.).

(4) Cass. n. 6165 del 2003, con commento di A. Lipponi, in *Riv. arbitrato*, 2004, 701 ss.

(5) Si ritiene che tale momento coincida con la notifica della domanda di arbitrato. Per un'ampia disamina degli effetti collegati agli adempimenti da compiersi nella fase introduttiva del procedimento arbitrale, si veda C. Punzi, *Disegno sistematico dell'Arbitrato*, 1, Padova, 2000, pp. 498 e ss.

(6) P. Fusai, *L'Arbitrato nel diritto fallimentare*, in C. Cecchella (a cura di), *L'Arbitrato*, Torino, 2005, p. 572.

trale (7) e che, pertanto, trovi applicazione unicamente l'art. 816 *sexies* c.p.c.: la prosecuzione del procedimento deve essere preceduta da "idonee misure", che gli arbitri devono adottare al fine di garantire il rispetto del principio del contraddittorio.

In concreto, avuta debita comunicazione della dichiarazione di fallimento, dovrà essere data opportuna notizia al curatore del procedimento arbitrale pendente (8), affinché questi sia messo in condizione di valutare la possibilità e/o l'opportunità di subentrare nel contratto da cui origina l'arbitrato o di sciogliersi dal medesimo.

Avuta debita notizia del fallimento, il Tribunale Arbitrale dovrà comunicare - o mandare di farlo alla parte non fallita - la pendenza del procedimento alla curatela. Ciò può avvenire assumendo apposita ordinanza, nella quale dovranno essere indicati in modo esaustivo i dettagli del giudizio arbitrale (adempimenti procedurali svolti e da compiersi, domande formulate dalle parti) ed assegnato al curatore congruo termine per la propria costituzione nel procedimento. Per garantire spazio a tali valutazioni, l'art. 816 *sexies* c.p.c. prevede che gli arbitri possano sospendere il procedimento, disponendo in tal senso contestualmente alla comunicazione che viene data dal curatore del procedimento o dopo che questi abbia avuto notizia dello stesso.

Rendendo debitamente nota la pendenza del procedimento arbitrale e avvisando il curatore a norma dell'art. 816 *sexies* c.p.c., il lodo reso sarà opponibile al ceto creditorio, anche se il curatore decida di non prendere parte al giudizio.

Si rammenti che, qualora la parte a cui gli arbitri abbiano mandato di integrare il contraddittorio non vi provveda, i primi potranno rinunciare all'incarico (861 *sexies*, co. 2 c.p.c.); nel caso in cui il collegio decida, invece, di proseguire nel procedimento nonostante l'assenza del curatore, il lodo reso sarà opponibile alla massa. Il curatore conserva, tuttavia, la possibilità di intervenire nel procedimento ai sensi dell'art. 816 *quinques* c.p.c., ed il lodo sarà, in tal caso, opponibile al ceto creditorio (9).

Quanto alle sorti del procedimento arbitrale, a mente del citato art. 72 l.f., occorre guardare al rapporto contrattuale a cui l'arbitrato si riferisce: nel caso in cui esso non si sia ancora concluso il curatore ha, come detto, la possibilità di sciogliersi dal vincolo contrattuale o subentrare nel contratto e, conseguentemente, nel procedimento.

Nel primo caso, a norma dell'art. 83 *bis* l.f., gli arbitri dovranno prendere atto dell'impossibilità di proseguire il procedimento arbitrale; qualora invece il curatore subentri nel rapporto, bisognerà ulterior-

mente distinguere a seconda dell'oggetto del giudizio: se l'arbitrato verte su diritti vantati dal fallito, potrà senz'altro proseguire, mentre qualora la pretesa incida direttamente sul passivo, dovrà essere fatta valere a norma delle disposizioni di cui al Capo V della legge fallimentare, con conseguente improcedibilità dell'arbitrato.

Con riferimento ai contratti già eseguiti, rilevata come sopra l'inapplicabilità dell'art. 83 *bis* l.f., ne consegue l'impossibilità, per il curatore, di decidere se sciogliersi o subentrare nel contratto. Se la dichiarazione di fallimento avviene in pendenza di un arbitrato relativo ad un contratto già eseguito, è pertanto necessario guardare alle azioni concretamente proposte dalle parti: se viene fatto valere un diritto di credito nei confronti della parte fallita, la relativa domanda dovrà essere proposta a norma del citato Capo V legge fallimentare e l'arbitrato sarà improcedibile; ove invece la controversia sia stata promossa per far valere un diritto del fallito, non è possibile imporre al curatore il giudizio arbitrale (10).

### Fallimento successivo alla decisione arbitrale

AmMESSO che il fallimento possa intersecare l'arbitrato nella fase embrionale dello stesso e nel corso del successivo procedimento, resta da chiedersi se l'accertamento contenuto nel lodo arbitrale possa avere incidenza sulla formazione del passivo e, se sì, quali siano gli strumenti a disposizione del curatore per opporsi alla "sentenza arbitrale".

#### Note:

(7) Sugli effetti della dichiarazione di fallimento sul giudizio arbitrale quali "varianti" di quanto avviene nel giudizio ordinario, si veda G. F. Ricci, *Svolgimento del Procedimento*, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato: titolo VIII libro IV codice di procedura civile - artt. 806-840*, pp. 368-369, in nota. In senso favorevole all'interruzione del procedimento arbitrale, A. Castagnola, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio (a cura di) *op. cit.*, pp. 167 e ss.

(8) Qualora, invece, il Tribunale Arbitrale non sia ancora costituito, sarà necessario che la parte non fallita rinnovi la notifica della domanda di arbitrato alla curatela.

(9) M. Vanzetti, *Clausola arbitrale nel fallimento*, in V. Benedetti, C. Consolo, L. G. Radicati Di Brozolo (a cura di), *Commentario Breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, p. 437.

(10) In tema di arbitrato pendente relativo a rapporti contrattuali già eseguiti, è stato osservato che "la pretesa che il curatore può in tal senso far valere non coincide con quella dedotta (o deducibile) nel giudizio arbitrale nei confronti del debitore: quest'ultima costituisce, infatti, solo una *premissa logica*, una *questione pregiudiziale* da risolversi *incidenter tantum* della prima". Ne deriva che "la pretesa recuperatoria del curatore fuoriesce dall'oggetto della clausola compromissoria o dell'arbitrato". M. Vanzetti, *op. cit.*, p. 436.

Assumendo l'esistenza di un lodo deliberato e sottoscritto prima della dichiarazione di fallimento, ogni dubbio riguardante l'opponibilità dello stesso al giudice della verifica endofallimentare va risolto in senso positivo.

Anteriormente alla menzionata Riforma dell'Arbitrato, parte degli autori attribuiva natura negoziale anche al lodo *rituale* (11), con conseguente difficoltà ad ammettere che il credito accertato con lodo fosse direttamente opponibile al giudice delegato (12), come invece era (ed è) quello accertato con sentenza.

L'art. 824 *bis* c.p.c., introdotto nel 2006, prevede che, a far data dalla sua ultima sottoscrizione, il lodo abbia "gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria"; di conseguenza il giudice della verifica del passivo, di fronte ad un credito riconosciuto dall'arbitro, dovrà assumere la stessa posizione che terrebbe di fronte ai crediti accertati con sentenza pronunciata da un giudice togato.

L'art. 96, co. 2, n. 3, l.f. ammette al passivo con riserva i "crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento", salva la possibilità che il curatore proponga o prosegua il giudizio di impugnazione.

Si potrebbe obiettare che, alla totale equiparazione tra lodo arbitrale e sentenza giurisdizionale, si contrappone l'impossibilità, per il primo, di produrre effetti nei confronti dei terzi, estranei al giudizio arbitrale, quali sono il curatore e gli altri creditori istanti per l'ammissione al passivo. A tal proposito, come è stato osservato (13), se fosse accordata al curatore e ai creditori la possibilità di respingere l'autorità del lodo in quanto *res inter alios acta*, si giungerebbe alla assurda conclusione per cui le parti che abbiano derogato alla giurisdizione ordinaria a favore dell'arbitrato dovrebbero adire l'autorità giurisdizionale, affinché la statuizione contenuta nel lodo venga recepita in una sentenza.

Affermata l'opponibilità della pronuncia arbitrale (14) al fallimento, il curatore non è, comunque, sprovvisto di mezzi idonei a "proporre o proseguire il giudizio di impugnazione" a norma del citato art. 96, co. 2, n. 3., l.f.

Il mezzo di impugnazione considerato "ordinario" avverso il lodo arbitrale è l'impugnazione per nullità, disciplinata dagli articoli 828-830 c.p.c., cui si affiancano la revocazione e l'opposizione di terzo (art. 831 c.p.c.).

In presenza di una delle circostanze annoverate dall'art. 829 quali motivi di nullità, potrà essere proposta la relativa impugnazione; tuttavia, l'art. 828

c.p.c. prevede che essa sia proposta nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e non sia più proponibile decorso un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione apposta allo stesso.

In considerazione dei termini entro cui può essere esperito, appare infrequente che il curatore possa avvalersi di tale strumento.

Anche il rimedio della revocazione per i motivi di cui all'art. 395 c.p.c. appare scarsamente fruibile dal curatore, che tuttavia potrà, senza limiti temporali, ricorrere all'opposizione di terzo, in base al combinato disposto dagli articoli 831 e 404 c.p.c., nella sua qualità di soggetto posto a tutela degli interessi della massa fallimentare.

### Note:

(11) La distinzione tra arbitrato rituale e irrituale può essere delineata e riassunta guardando alla natura della decisione degli arbitri: nel primo caso il lodo avrà efficacia di sentenza, mentre all'esito di un arbitrato irrituale esso avrà, a norma dell'art. 808 *ter* c.p.c., efficacia di contratto ("determinazione contrattuale"). A modesto avviso di chi scrive, nell'ipotesi in cui vi sia dichiarazione di fallimento di una parte nel corso di un procedimento arbitrale *irrituale*, valgono le stesse considerazioni svolte per quello rituale, così come è configurabile l'opponibilità di un lodo irrituale alla procedura fallimentare. I creditori non possono, infatti, negare l'efficacia degli atti negoziali con cui il debitore abbia disposto del proprio patrimonio in loro pregiudizio prima dell'avvio della procedura fallimentare, salvo il positivo esperimento di un'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare. D'altro canto, il giudice della verifica del passivo non può negare l'esistenza del credito riconosciuto in un lodo, sia esso rituale o irrituale, senza la dimostrazione del fondamento di uno dei mezzi di impugnazione ammessi contro le decisioni degli arbitri. A tale ultimo proposito, si rammenti che il citato art. 808 *ter* elenca motivi di impugnazione peculiari per il lodo c.d. "contrattuale". Tali motivi rappresentano i vizi di un atto avente natura negoziale: la relativa azione, pertanto, si prescrive nel termine quinquennale fissato dall'art. 1442, co. 1, c.c. Si segnala, infine, che in dottrina viene largamente ammessa l'applicabilità di tutte le impugnative ordinarie per i vizi che costituiscono cause di nullità e annullabilità dei contratti, facendo leva sulla qualificazione "contrattuale", appunto, che il legislatore del 2006 ha attribuito al lodo irrituale e rilevando, nell'impianto normativo, l'assenza di un divieto espresso.

(12) Precedentemente alla riforma, la norma di riferimento era l'art. 95, co. 3, l.f.

(13) M. Montanari, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, in Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio (a cura di), *op. cit.*, pp. 529 e ss.

(14) Sebbene non si possa parlare di "lodo passato in giudicato", si rammenti che, decorsi i termini utili per proporre l'impugnazione per nullità, il lodo arbitrale acquisisce una stabilità simile a quella della sentenza passata in giudicato, con la conseguenza che il giudice della verifica dovrà, a maggior ragione, attenersi alle statuizioni contenute nel lodo stesso.