

Il Collegio Arbitrale

composto dai Sigg.ri:

Prof. Avv. Claudio Consolo, Presidente

Prof. Avv. Gianluca Brancadoro, Arbitro

Prof. Avv. Tommaso Edoardo Frosini, Arbitro

nel procedimento arbitrale n. ARB/2315

tra

X S.P.A.

- Attrice

e

Y S.p.A. in fallimento

- Convenuta

in dipendenza

della controversia sorta in relazione al contratto d'appalto avente ad oggetto i lavori di nuova costruzione di ... da eseguire su area di ..., il cui Capitolato Generale d'Appalto, all'art. ..., prevede la seguente clausola compromissoria:

“Tutte le controversie derivanti dal presente contratto o in relazione allo stesso saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, da tre arbitri, nominati in conformità a tale Regolamento”.

* * *

I.- Fatto e svolgimento del processo arbitrale.

Prima del fallimento di Y (dichiarato dal Tribunale di ... con sentenza del ... luglio 2015), con domanda di arbitrato depositata in data3.2015, la attrice ha nominato quale arbitro di propria elezione il prof. avv. Gianluca Brancadoro e sottoposto al costituendo Collegio Arbitrale la vertenza insorta con l'impresa appaltatrice convenuta e basata sul dedotto grave inadempimento del contratto di appalto, risolto stragiudizialmente dalla società attrice che si è avvalsa della clausola risolutiva espressa.

A fronte di tali deduzioni parte attrice ha formulato i seguenti quesiti:

[...]

In data ... aprile 2015, la Camera arbitrale ha proceduto alla notificazione della domanda arbitrale alla convenuta a mezzo posta elettronica certificata nonché mediante invio dell'atto cartaceo all'indirizzo del legale rappresentante della

convenuta a mezzo corriere in data ... aprile 2015, constatato che i precedenti tentativi presso la sede legale della società non erano andati a buon fine. La Camera ha dato avviso alla convenuta della possibilità di depositare una memoria difensiva e di procedere alla nomina di un arbitro di propria elezione.

Considerato che la convenuta non ha provveduto al deposito di alcuna memoria, la Camera arbitrale in data ... ha avvertito la convenuta che in virtù degli articoli 10.4 e 14.2 del Regolamento, e vista la clausola compromissoria che ad esso rinvia, il Consiglio Arbitrale della Camera avrebbe provveduto a nominare un arbitro in sostituzione della parte nonché a nominare un terzo arbitro in funzione di Presidente del costituendo collegio arbitrale.

Con comunicazione del ... maggio 2015, riscontrata dalla attrice in data ..., la convenuta, adducendo di essere in grave crisi economica e paventando una imminente declaratoria di fallimento, ha invitato l'attrice a desistere dalla domanda di arbitrato.

Con delibera n. ... del Consiglio arbitrale del ... maggio 2015, vista la dichiarazione di accettazione e indipendenza frattanto resa dall'arbitro nominato da parte attrice, la Camera arbitrale ha confermato il prof. avv. Gianluca Brancadoro quale arbitro, ed ai sensi dell'art. 14 del Regolamento ha nominato il prof. avv. Tommaso Edoardo Frosini quale arbitro di parte convenuta nonché il prof. avv. Claudio Consolo quale terzo arbitro con funzioni di presidente del collegio arbitrale.

Con provvedimento n. ... del Consiglio Arbitrale del ... giugno 2016, la Camera ha confermato il Prof. Claudio Consolo e il Prof. Tommaso Edoardo Frosini nella rispettiva posizione di indipendenza. Inoltre, con provvedimento ... del Consiglio Arbitrale del ... luglio 2015, la Camera ha confermato nuovamente il Prof. Gianluca Brancadoro.

X ha provveduto al pagamento della propria quota parte di spese di avvio della procedura, mentre la convenuta non ha dato seguito al pagamento su di essa gravante. Ai sensi dell'art. 38.2 del Regolamento, il procedimento arbitrale è stato sospeso per un mese, finché X – al solo fine di impedire l'estinzione del procedimento arbitrale e con riserva espressa di ripetizione delle somme dal fallimento - ha versato anche la quota parte dovuta dalla convenuta.

Conseguentemente, la Camera ha trasmesso gli atti al collegio arbitrale che ha fissato la prima udienza al ...10.2015.

In data ... agosto 2015 il Curatore fallimentare della convenuta, mediante comunicazione via posta elettronica certificata diretta alla attrice nonché alla Camera arbitrale, ha chiesto che la domanda di arbitrato di X fosse dichiarata improcedibile.

All'udienza del ...10.2015 il collegio arbitrale, preso atto della assenza della parte convenuta, si costituiva formalmente, fissando la sede dell'arbitrato in Milano ai sensi dell'art. 4.2 del Regolamento, e dando atto della natura rituale dell'arbitrato. Inoltre, in tale occasione il collegio arbitrale ha assegnato termini congiunti al ... e al ... per note e deposito di documenti, anche per prendere posizione sulle eccezioni formulate, con la anzidetta comunicazione stragiudiziale, dal Curatore fallimentare della convenuta. Con le note del ... e ... parte attrice ha dedotto che il fallimento della convenuta non determina *ipso iure* la improcedibilità delle domande proposte; che la clausola compromissoria è opponibile al fallito; che anche il lodo arbitrale è opponibile al fallito, ancorché non costituito nel procedimento arbitrale. Nel merito l'attrice ha illustrato i fatti di grave inadempimento imputati alla convenuta e posti a fondamento della risoluzione stragiudiziale del contratto di appalto, di cui ha chiesto l'accertamento giudiziale, precisando di avere specifico interesse quanto meno all'accoglimento di tale domanda di accertamento mero della risoluzione per inadempimento imputabile alla convenuta per essere pendente altro processo, avanti al giudice ordinario, tra la odierna attrice ed il garante della società qui convenuta, escusso da parte attrice in conseguenza del dedotto inadempimento da parte della appaltatrice. La attrice ha indi precisato e quantificato le singole voci di danno oggetto della cumulata domanda risarcitoria.

In particolare, con le note del ... parte attrice ha precisato i suoi quesiti nel modo che segue:

[...]

Successivamente al deposito delle note autorizzate il collegio arbitrale ha fissato una nuova udienza al ... per la trattazione della causa.

A tale udienza, rilevata la perdurante assenza della convenuta, il collegio arbitrale ha invitato l'attrice a valutare l'opportunità di non opporsi a che fosse disposta la formale interruzione del processo arbitrale e di riassumerlo nei confronti del fallimento; e ciò ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 43 l.f. A tal fine il collegio arbitrale ha assegnato un termine per brevi deduzioni al

Depositata da parte attrice le note nel termine assegnato, il collegio arbitrale ha fissato la camera di consiglio. Con ordinanza motivata del ..., il collegio arbitrale ha dichiarato interrotto il procedimento arbitrale, ritenendo la soluzione non solo più cautelativa per l'attrice, ma, soprattutto, di massimo ed estremo rispetto del diritto al contraddittorio del Fallimento convenuto in arbitrato (fallito nelle more fra inizio della pendenza arbitrale e costituzione del collegio).

Con atto notificato a mezzo posta elettronica certificata in data ... l'attrice ha riassunto il processo nei confronti della convenuta in persona del curatore fallimentare.

All'udienza del ..., preso atto della regolarità della riassunzione del processo arbitrale nei confronti del fallimento, come da propria ordinanza, e della persistente assenza della parte convenuta, il Collegio Arbitrale ha concesso ad entrambe le parti termine fino al ... per il deposito di una "*memoria sulle istanze istruttorie, eventuali produzioni documentali e precisazione delle conclusioni, in cui si puntualizzino appieno le rispettive conclusioni e così anche quali domande di accertamento, quali domande costitutive e quali domande di condanna si siano proposte*" mandando la Segreteria della Camera Arbitrale a notificare alla parte non presente nel procedimento tale memoria unitamente al Verbale dell'udienza.

Sempre nella medesima udienza il Collegio Arbitrale ha fissato il termine del ... per il deposito di una comparsa conclusionale e nota spese ed il termine del ... per il deposito di una eventuale memoria di replica (solo per il caso di deposito della comparsa conclusionale della controparte), riservandosi ogni ulteriore provvedimento e, ove possibile, il lodo.

Il termine per il deposito del lodo, originariamente in scadenza al ... aprile 2016 e poi al ... luglio 2016 in ragione della sospensione disposta dalla Segreteria Generale in base all'art. 32.3 del Regolamento per la durata dall'interruzione disposta dal Tribunale con l'ordinanza del ..., è stato infine prorogato dal provvedimento del Consiglio Arbitrale della Camera fino al ... settembre 2016.

Con "*Note difensive (contenenti deduzioni istruttorie e precisazione delle conclusioni)*" del ... la attrice ha quindi precisato le proprie conclusioni, e formulato richieste istruttorie, concentrando le proprie domande sulle domande dichiarative e di accertamento, come segue:

“QUESITO N. 1

Dica il Collegio se il contratto di appalto tra X e Y s'è risolto in forza delle clausole risolutive espresse di cui all'art. ... del Capitolato Generale di Appalto e all'art. ... del Verbale di accordo del ... o, comunque, per effetto del grave e colposo inadempimento dell'Appaltatore nell'esecuzione dell'opera.

QUESITO N. 2

Di conseguenza, e per il caso in cui le domande di accertamento non fossero ritenute improcedibili in questa sede, dica il Collegio se spetti alla X l'ammontare di € ..., come quantificato nel conto fiale in data ... e salva successiva diversa determinazione all'esito del completamento e collaudo dell'intervento, ovvero la somma maggiore o

minore ritenuta di giustizia al netto delle somme ritenute a titolo di garanzia in corso d'opera pari a € ... e, perciò, di € ..., salva diversa successiva determinazione in corso di giudizio.

QUESITO N. 3

Di conseguenza, e per il caso in cui le domande di accertamento non fossero ritenute improcedibili in questa sede, dica il Collegio se spetti alla X. il risarcimento dei danni e maggiori oneri da essa subiti a seguito del mancato completamento dei lavori da parte dell'appaltatore, per le somme seguenti, ovvero quelle maggiori o minori ritenute di giustizia e salva successiva diversa determinazione all'esito del completamento e del collaudo dell'intervento: € ... a titolo di maggiori costi per il completamento dei lavori; € ... a titolo di maggiori costi per il prolungamento dei lavori; € ... (oltre ad un ulteriore ammontare allo stato non determinabile per il perdurare dell'immobilizzazione dell'investimento) a titolo di danni per il ritardo nella commercializzazione.

QUESITO N. 4

Di conseguenza, e per il caso in cui le domande di accertamento non fossero ritenute improcedibili in questa sede, dica il Collegio se le somme riconosciute ai sensi dei precedenti quesiti debbano essere maggiorate di rivalutazione monetaria e interessi, anche anatocistici.

QUESITO N. 5

Dica il Collegio se le spese di giudizio arbitrale, ivi inclusi gli onorari degli arbitri e del segretario nonché le spese di difesa di X, debbano gravare, per il principio della soccombenza, su Y.

* * *

In relazione ai predetti quesiti, si rassegnano le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.mo Collegio Arbitrale, disattesa ogni contraria istanza, difesa ed eccezione, accogliere i quesiti che precedono, adottando ogni conseguente ed opportuna pronuncia e statuizione di accertamento, dichiarativa e costitutiva. Con ogni più ampia riserva".

Indi, in data ... la attrice ha depositato la comparsa conclusionale. Nel suo scritto conclusivo l'attrice ha nuovamente evidenziato che la decisione della controversia passa attraverso la soluzione di alcune questioni pregiudiziali. Segnatamente: la sussistenza della giurisdizione degli arbitri almeno limitatamente all'ambito più ristretto delle domande di accertamento e dichiarative; la possibile separazione delle

domande ai sensi e per gli effetti dell'art. 72, co. V, l.f.; il potere degli arbitri di pronunciarsi almeno sulla domanda di accertamento della già avvenuta risoluzione stragiudiziale del contratto d'appalto per grave inadempimento dell'appaltatore.

* * *

MOTIVAZIONE DEL LODO

1. Sulla procedibilità della domanda di accertamento della risoluzione stragiudiziale del contratto o, alternativamente, della domanda costitutiva di risoluzione del contratto per grave inadempimento.

Parte attrice, a sostegno della procedibilità, nonostante il fallimento della convenuta, delle sue domande di accertamento della risoluzione o, in alternativa, di risoluzione *ope iudicis* del contratto, ha citato alcuni precedenti di legittimità nonché l'opinione recente, espressione tutt'altro che isolata di equilibrato approccio, di un Autore (Staunovo-Polacco) secondo cui la possibilità di prosecuzione dell'azione di risoluzione proposta avanti al giudice ordinario prima della declaratoria di fallimento dovrebbe essere consentita non solo quanto l'azione sia finalizzata alla liberazione della parte *in bonis* dagli obblighi contrattuali o l'attore voglia munirsi di un titolo da far valere contro il debitore una volta chiusa la procedura concorsuale; ma anche in tutti gli altri casi nei quali l'attore miri a far valere la pronuncia a sé favorevole al di fuori della procedura concorsuale. L'esempio portato dall'autore si addice al caso concreto, là dove si fa riferimento alla proposizione di una domanda di ***“accertamento dell'inadempimento e della risoluzione contrattuale in funzione dell'escussione di una garanzia di terzi, ovvero al contrario (ma il discorso non cambia), della liberazione della parte in bonis da una garanzia in conseguenza dell'altrui inadempimento”*** (STAUNOVO-POLACCO, *Trasmigrazione dell'azione di risoluzione nella verifica del passivo*, in *Fallimento*, 3/2015, 350 ss., 351). Questa posizione non appare in contrasto con quella della giurisprudenza di legittimità, che, anzi, per certi significativi versi si mostra allineata nel senso di ammettere la procedibilità, nel giudizio ordinario avanti al giudice (o agli arbitri), di tutte le domande che non abbiano immediatamente ad oggetto un diritto di credito nei confronti del fallito. Dovendo invece queste ultime domande solo necessariamente soggiacere alla logica della definizione in ambito concorsuale, ad opera del giudice delegato.

Il Collegio non ignora il diverso orientamento, più restrittivo, di cui sono espressione alcuni precedenti della giurisprudenza di merito, che vorrebbe l'azione di risoluzione essa pure attratta nella competenza del giudice delegato ogni qual volta consti che essa sia “finalizzata” a fungere da “premessa logica” per una successiva domanda di

condanna al risarcimento del danno. Si tratta, però, di propensione che non può, ad avviso di questo Collegio, essere assecondata, poiché non si rivengono, a suo favore, salde basi giuridico-sistematiche.

In primo luogo tale propensione postula che il giudice ordinario, oppure equipollentemente l'arbitro rituale, avanti al quale la domanda di risoluzione è proposta, si incarichi di svolgere una indagine sui motivi soggettivi che abbiano mosso l'attore a proporre la domanda giudiziale. Indagine non certo prevista, né autorizzata da alcuna disposizione del codice di rito (né tanto meno della legge fallimentare), la quale trascenderebbe la verifica della condizione di decidibilità della domanda nel merito rappresentata dall'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., oggettivamente verificabile sulla base delle affermazioni dello stesso attore.

In secondo luogo, l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale restrittivo in questione, nel negare la procedibilità del giudizio sulla domanda di risoluzione, finisce con lo svuotare completamente di contenuto la disposizione di cui all'art. 72, comma V, l.f., che espressamente fa salva la prosecuzione della "azione di risoluzione". Espressione normativa certo non nitidissima, ma entro il cui perimetro non si esita a ricondurre le domande di impugnativa negoziale (cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, in *Riv. arb.*, 1/2014, 1 ss., 12, secondo cui "la ratio dell'art. 72 ne permette l'applicazione a tutte le possibili liti "neutre" preesistenti al fallimento sul contratto sciolto, quali l'annullamento o la nullità, a condizione che non siano avanzate pretese di credito da parte del terzo contraente, che dovranno essere in ogni caso assoggettate al rito fallimentare"). Ed a fortiori allora dovranno intendersi perseguibili le domande che mirino a fare accertare lo scioglimento del contratto per effetto dell'operare di clausole risolutive espresse attivate *ante causam*. Tale disposizione ha infatti recepito l'orientamento giurisprudenziale che, prima della riforma della l.f. del 2006, negava la proponibilità di una azione di risoluzione per inadempimento proposta *dopo* il fallimento, perché, una volta dichiarato il fallimento, non sarebbe stato ipotizzabile un inadempimento del contratto imputabile al fallito, dato l'effetto di sospensione dell'esecuzione dei contratti che consegue al fallimento (così, DIMUNDO, *sub art. 72 l.f.*, in *Codice commentato del fallimento*, dir. da G. Lo Cascio, Milano, Ipsoa, 807).

L'inciso relativo alla trascrizione della domanda, alla fine del primo periodo del comma V dell'art. 72 l.f., parimenti, non dev'essere interpretato nel senso di restringere il campo delle azioni di risoluzione procedibili soltanto a quelle aventi ad oggetto un contratto traslativo immobiliare o comunque soggetto a trascrizione. Ciò

tradirebbe la *mens legis*. E' vero che la norma ha codificato, recependone integralmente la *ratio*, una corrente giurisprudenziale che individuava il paradigma della domanda di risoluzione procedibile in quella avente ad oggetto un contratto traslativo. Si ragionava, infatti, che l'immobile oggetto del contratto risolto non sarebbe mai stato acquisito al patrimonio del fallito, se l'effetto della pronuncia costitutiva di risoluzione "retroagisse" alla data di proposizione della domanda, e questa fosse stata trascritta prima della declaratoria di fallimento. Ma non soltanto i contratti traslativi di diritti reali, passibili di trascrizione, possono formare oggetto di una azione di risoluzione. Si ammette infatti che **in caso di domanda di risoluzione di contratti non soggetti a trascrizione** deve intendersi promossa prima del fallimento, indi procedibile, *"l'azione della quale prima del fallimento sia stato notificato al convenuto l'atto di citazione o depositato in cancelleria il ricorso introduttivo"* (DIMUNDO, *op. cit.*, 808). Basterà infatti, in questi casi, che la notificazione dell'atto di citazione, cui consegue la pendenza del giudizio e la instaurazione del rapporto processuale, sia avvenuta prima della declaratoria di fallimento, affinché la domanda sia opponibile alla curatela ed alla massa dei creditori. In terzo luogo, l'orientamento giurisprudenziale in parola è criticabile perché muove dall'assunto che la prosecuzione in sede ordinaria della azione di risoluzione ridonderebbe in un intollerabile allungamento della durata del giudizio in sede fallimentare, vertente su eventuali domande di condanna o restitutorie "dipendenti", e necessariamente da proporre in quella sede da parte del creditore del fallito. Si ragiona che *"laddove vengano chieste contemporaneamente l'azione di risoluzione e la conseguente azione di ripetizione e condanna, entrambe le domande dovranno essere trasferite in sede fallimentare, in quanto legate da un vincolo di connessione e dipendenza tale da rendere indispensabile una loro trattazione unitaria, posto che la regola dell'unicità del concorso impone la concentrazione processuale davanti al Giudice fallimentare di tutte le controversie che possono incidere nella esatta individuazione del passivo fallimentare"* (in questi termini Trib. Udine 16.3.2012 in www.ilcaso.it).

Tuttavia, mentre il diritto alla restituzione delle prestazioni eseguite in base al contratto risolto presuppone la avvenuta risoluzione del contratto, di talché senz'altro tra la domanda di risoluzione avanti al giudice ordinario e la domanda di condanna alle restituzioni proposta in sede fallimentare si lascerebbe ravvisare un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tale da imporre la applicazione dell'art. 295 c.p.c. (che è proprio l'esito che, secondo i fautori di questo orientamento, si dovrebbe scongiurare

per evitare di penalizzare la massa, imponendo una paralisi della procedura concorsuale), non altrettanto si lascia predicare – o quanto meno non sempre – se si guarda al rapporto tra la domanda di risoluzione per inadempimento e la domanda di risarcimento del danno da inadempimento. Il credito risarcitorio derivante dall'inadempimento del debitore, infatti, non necessariamente ha nella sua fattispecie costitutiva la rimozione del vincolo contrattuale tra le parti. Può ben essere, ad es., che il creditore della prestazione lamenti di aver subito un danno da ritardo nella esecuzione, come nel caso che occupa (in cui l'attore ha chiesto, *inter alia*, i danni da mancata tempestiva commercializzazione degli immobili da costruire). Ora, l'accoglimento della domanda risarcitoria non presupporrebbe necessariamente una previa pronuncia costitutiva o declaratoria di avvenuta risoluzione del contratto, perché il danno da ritardo non è un effetto incompatibile con la permanenza in vita dell'originario vincolo contrattuale.

Non si può assecondare, pertanto, l'orientamento, in ultima analisi caratterizzato solo da un *adducere inconueniens*, ma privo di addentellati normativi e sistematici cogenti, sposato da alcuni precedenti di merito, che pure ha ricevuto l'avallo di Autori significativi (come MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo dell'azione di risoluzione contrattuale pendente alla data del fallimento* in *Fall.*, 2013, 1394 ss., 1397, secondo il quale: “*Il nesso che lega la domanda di risoluzione alle conseguenti pretese restitutorie o risarcitorie si lascia chiaramente apprezzare nei termini della pregiudizialità- dipendenza; e naturale verrebbe, pertanto, pensare che lo strumento deputato, nella circostanza, ad attuare il coordinamento di cui or ora si è detto sia costituito dalla sospensione necessaria del procedimento dipendente ai sensi dell'art. 295 c.p.c. Senonché, in virtù della sua persistente configurazione come procedimento speciale e sommario, quantomeno nella sua fase necessaria di competenza del giudice delegato, il giudizio di verifica dello stato passivo, ove le istanze dipendenti vanno necessariamente convogliate, non è suscettibile di sospensione né, tantomeno, di una sospensione di durata potenzialmente lunghissima come quella per pregiudizialità-dipendenza disciplinata dalla norma del codice di rito poc'anzi citata*”).

Appare invece, in definitiva, in assenza di ragioni sistematiche cogenti che depongano in senso ostativo, senz'altro da assecondare l'orientamento, anche più di recente venuto affermandosi presso la stessa giurisprudenza di merito (Trib. Salerno, 1 febbraio 2013, in *Fall.*, 1/2013, 1391), secondo cui la norma di cui all'art. 72, co. V, l.f., “*va perciò interpretata nel senso che le azioni di risoluzione quesite prima*

dell'apertura del concorso restano assegnate al giudice ordinario e sottoposte al rito del giudizio di cognizione, con opponibilità della sentenza alla massa (proprio in quanto già pendenti), anche quando il contraente voglia ottenere il risarcimento o le restituzioni, che però andranno sempre richieste nella verifica del passivo”.

La soluzione di proseguire nella cognizione e decisione della (sola) domanda di risoluzione contrattuale non solo non collide con il principio di esclusività dell'accertamento dei crediti, proprio del procedimento di accertamento del passivo e rientrante nella competenza funzionale del giudice delegato, ma oltretutto appare rispettosa della scelta, operata a monte dalle parti compromittenti, di optare per una giurisdizione alternativa a quella statale per la risoluzione delle controversie inerenti il loro rapporto. Manifestazione di autonomia negoziale, questa, che proprio perché non lede i principi che ispirano la disciplina concorsuale, merita vieppiù di essere assecondata a tutela di tutti quegli operatori (sovente anche stranieri) che scelgono di devolvere la lite in un arbitrato che ha sede in Italia.

Anche la giurisprudenza di legittimità, del resto, come premesso, non solo non appare addurre argomenti contrari rispetto alla soluzione cui codesto Collegio Arbitrale ritiene di addivenire, ma, anzi, ha essa stessa, in alcuni significativi casi, ammesso la procedibilità di domande financo di condanna proposte da creditori del fallito (pur già ammessi allo stato passivo e muniti di causa di prelazione) in sede extraconcorsuale. Così, Cass., Sez. I, 4 aprile 1998, n. 3495, richiamata nei suoi atti dalla attrice, premesso che l'incapacità del fallito non è assoluta “*ma relativa alla massa dei creditori e pertanto il fallito conserva capacità - c.d. suppletiva - (non solo per le azioni aventi contenuto personale ma anche) per quelle aventi contenuto patrimoniale nel caso in cui in ordine ai rapporti che le suffragano gli organi fallimentari siano volutamente inerti*”, ha ritenuto ammissibile che una società creditrice del fallito, il cui credito era assistito da garanzia ipotecaria su un immobile del terzo garante, dopo che il suo credito nei confronti della società fallita era stato già ammesso al passivo, agisse in via monitoria, sempre nei confronti della propria debitrice fallita, così da munirsi di titolo esecutivo e dar luogo a pignoramento e ad esecuzione forzata nei confronti del terzo, proprietario del bene gravato da ipoteca.

Posto che nel caso che occupa ricorre un cumulo tra domanda di accertamento della risoluzione di un contratto e domanda risarcitoria, ben può invocarsi anche il *dictum* di Cass., Sez. I, 29.10.2008, n. 25984 (in una fattispecie di cumulo tra la domanda di risoluzione del contratto di vendita e la domanda di risarcimento del danno da inadempimento). Anche secondo la Cassazione, la domanda di risoluzione del

contratto di vendita, se trascritta prima della apertura del fallimento, è da ritenersi sottratta alla cognizione del giudice delegato, perché il suo accoglimento da parte del giudice adito in precedenza avrebbe comunque un effetto retroattivo opponibile ai creditori. Il processo su tale domanda può dunque essere riassunto contro il fallito e proseguire davanti al giudice ordinario in relazione alla sola domanda di risoluzione contrattuale.

A tale orientamento si è conformato, da ultimo, anche Trib. Milano, 24 agosto 2012 (in Banca dati *Cedam Pluris*) la cui sentenza recita in motivazione: "*L'azione di risoluzione di un contratto di compravendita immobiliare per inadempimento dell'acquirente non trova ostacolo nella sopravvenienza del fallimento del convenuto qualora essa risulti "quesita", prima della dichiarazione di fallimento, mediante la trascrizione della relativa domanda giudiziale, non trattandosi di azione derivante dal fallimento ai sensi dell'art. 24 1. fall. - R.D. n. 267 del 1942. La connessa domanda di accertamento del credito per danni subiti va invece assoggettata alla regola del concorso e non è più coltivabile in sede ordinaria*" (nello stesso senso, si erano espressi già Trib. Verona, 17 aprile 2012, in www.ilcaso.it; e Trib. Asti, 17 gennaio 2009, in Banca dati *Cedam Pluris*).

Né offre argomenti per distanziarsi da questa soluzione, sistematicamente coerente, il più recente *dictum* di Cass., Sez. Un., 21 luglio 2015, n. 15200, ord. (in *Giur. it.*, 11/2015, 2445 ss., nt. GARGIULO, *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero per risoluzione contrattuale (e conseguente credito)*). Questa sentenza, in un caso di sopravvenuto fallimento della parte di un arbitrato rituale, ha semplicemente ribadito che non è applicabile ai crediti vantati nei confronti di un soggetto sottoposto a procedura concorsuale la regola per la quale il curatore che subentri in un contratto stipulato dal fallito nel quale sia contenuta una clausola compromissoria non può disconoscere tale clausola (o, in caso di posteriorità della dichiarazione di fallimento alla conclusione dell'arbitrato irrituale, non può sottrarsi agli effetti di questo), ancorché la clausola compromissoria configuri un patto autonomo e, se il fallimento sia stato dichiarato dopo che gli arbitri o i periti siano stati già nominati ed abbiano accettato l'incarico, non può disconoscere gli effetti del rapporto già perfezionato e che ha avuto esecuzione. La S.C. ha precisato infatti che solo per le domande di condanna, aventi ad oggetto diritti di credito vantati in arbitrato nei confronti del fallito, "*vale la regola che la clausola arbitrale non consente di derogare allo speciale, ed inderogabile, procedimento di verifica dello stato passivo. Ai sensi della L. Fall., art. 52, comma 2, ogni credito verso il soggetto sottoposto a procedura concorsuale*

deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo 5". Ma qui si tratta solo di decidere, previa affermazione della sua procedibilità, sulla domanda di accertamento mero della avvenuta risoluzione stragiudiziale di un contratto di appalto, per grave inadempimento dell'impresa appaltatrice. Effetto, quello della prospettata risoluzione del rapporto negoziale *inter partes*, che secondo la ricostruzione attorea si è già prodotto in epoca anteriore alla declaratoria di fallimento della impresa convenuta ed in relazione al quale sovviene pertanto la constatazione che "se il fallimento è dichiarato – come in questo caso – dopo che gli arbitri siano stati già nominati ed abbiano accettato l'incarico, il Curatore non può disconoscere gli effetti del rapporto già perfezionato e che ha avuto esecuzione" (Cass., Sez. I, 24.6.2015, n. 13089).

Nel caso di originario cumulo tra azione di risoluzione negoziale (o di mero accertamento della stessa) e domanda di condanna al risarcimento del danno da inadempimento, pertanto, la domanda costitutiva (o, come nel caso che occupa, *principaliter* di accertamento mero della già avvenuta risoluzione stragiudiziale) ben può essere decisa nel merito dal giudice ordinario o dall'arbitro, mentre la eventuale cumulata domanda di condanna, avente ad oggetto il credito risarcitorio da inadempimento vantato nei confronti del fallito dev'essere dichiarata improcedibile dal giudice ordinario (o dagli arbitri) ed il creditore dovrà proporre tale domanda nelle forme e secondo il rito previsto dall'art. 52 l.f. avanti al giudice delegato.

Ad abundantiam merita segnalare che, in forza degli artt. 817, comma 2, c.p.c. e 12 Reg. Camera Arbitrale di Milano, un'eventuale carenza di *potestas iudicandi* arbitrale, qual è quella che a voler seguire la impostazione "restrittiva", cui il Collegio non ritiene di prestare adesione per le anzidette ragioni, discenderebbe *sic et simpliciter* dal sopravvenire del fallimento della parte convenuta, avrebbe dovuto essere tempestivamente eccepita dalla curatela, dopo l'interruzione di questo giudizio *ex art. 43 legge fall.* e la sua tempestiva riassunzione ad opera dell'attrice. Una siffatta iniziativa di parte è invece qui mancata, non essendo l'organo fallimentare nemmeno comparso, a seguito della riassunzione del procedimento arbitrale. Ciò nonostante il Collegio ha ritenuto comunque doveroso evidenziare le ragioni della non persuasività, a monte, dell'impostazione "restrittiva", che avrebbe consentito (seppur infondatamente, come si è visto) al fallimento convenuto di svolgere l'attività di eccezione ad esso riservata, e comunque mancata.

2. Sul merito della domanda di accertamento della risoluzione per inadempimento proposta da X.

Nel merito la domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione stragiudiziale del contratto, per effetto della attivazione delle clausole risolutive espresse, appare fondata e non bisognosa di ulteriore istruttoria.

[...]

Sulla loro [n.d.r. dei danni lamentati da X] debenza ed esatta quantificazione, tuttavia, per quanto rilevato in ordine ai limiti della *potestas iudicandi* degli arbitri in ordine a domande, anche solo limitate all'accertamento dell'*an debeat*, aventi ad oggetto diritti di credito nei confronti del fallito, il Collegio non può pronunciarsi.

* * *

P.Q.M.

Il Collegio Arbitrale, a seguito della camera di consiglio deliberante in Roma il ... luglio 2016, definitivamente pronunciando all'unanimità sulla controversia tra le parti:

(i) in accoglimento del primo quesito, così come formulato con le note difensive contenenti la precisazione delle conclusioni di parte attrice del ..., accerta e dichiara che il contratto *inter partes* è stato legittimamente risolto dall'attrice a seguito di grave inadempimento dell'impresa appaltatrice convenuta;

(ii) per le ragioni processuali dedotte nella parte motiva del presente lodo, legate alla improcedibilità, nella presente sede arbitrale, di domande di condanna o anche solo di mero accertamento aventi ad oggetto diritti di credito della società attrice nei confronti della convenuta fallita, dichiara assorbiti i quesiti secondo, terzo e quarto, vertenti, rispettivamente, sulla spettanza delle penali contrattuali, sul diritto al risarcimento del danno da inadempimento e sulla rivalutazione monetaria e sugli interessi maturati sui predetti importi; quesiti dalla stessa parte attrice, con le proprie note difensive del ..., espressamente formulati in via condizionata "*per il caso in cui le domande di accertamento non fossero ritenute improcedibili in questa sede*";

(iii) in parziale accoglimento del quinto quesito, vista la soccombenza parzialmente reciproca, dichiara parzialmente compensate le spese di difesa ed i costi dell'arbitrato,

[...].