

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI TERNI

in composizione monocratica, ai sensi degli artt. 50-ter e 281-quater c.p.c., nella persona del dott. Mario MONTANARO ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile in primo grado iscritta al n. 1269/2009 del R.G.A.C., decisa all'odierna udienza del 7.2.2011 ex 281 sexies c.p.c.

tra

FALLIMENTO DELLA A.G.F. S.N.C. DI M.L. & C., in persona del Curatore *pro tempore*, Avv. **, giusta autorizzazione del G.D. in data 3.3.2009;

C.G., elettivamente domiciliato in Terni, presso lo studio dell'Avv. **;

- attore -

convenuto

OGGETTO: cessione di azienda.

OSSERVATO

che con l'atto introduttivo del presente giudizio il Fallimento della A.G.F. s.n.c. ha chiesto la condanna di G. C. al pagamento della somma di € 9.499.139,53 (o, in subordine, di quella di € 7.981.838,16) quale saldo del corrispettivo dovuto per la cessione dell'azienda di distribuzione di prodotti editoriale e non, destinati ai giornali, nella provincia di Terni già facente capo alla Società fallita, oltre interessi al tasso di cui al d.lgs. 9.10.2002, n. 231 a decorrere dal 1° 11.2006 ed anatocistici successivamente alla notifica dell'atto di citazione, in esecuzione del contratto (preliminare, secondo la qualificazione datane dalle parti) sottoscritto in data 28.3.2006;

che il convenuto, costituendosi tempestivamente in giudizio, ha eccepito in via preliminare come il punto 8) del suddetto accordo intervenuto tra G. C. e la Società fallita stabilisca espressamente che "Qualunque controversia dovesse insorgere in relazione al presente contratto, comprese quelle inerenti alla sua validità, interpre-

tazione, esecuzione e risoluzione nonché segnatamente all'eventuale riduzione del prezzo, sarà demandata ad un collegio arbitrale composto da tre membri uno nominato da ciascuna delle parti contendenti ed il terzo nominato d'accordo fra questi e in caso di disaccordo dal Presidente del Tribunale di Perugia. Detto Collegio deciderà in via rituale e secondo diritto";

che la riforma della legge fallimentare di cui al d.lgs. 9.1.2006, n. 5 ha introdotto l'art. 83-bis l.fall. rubricato "Clausola arbitrale", che tuttavia disciplina esclusivamente la sorte dell'arbitrato pendente una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento di uno degli originari compromettenti laddove il curatore decida per lo scioglimento del rapporto contrattuale in cui è contenuta la clausola arbitrale (o in relazione al quale v'è stata la devoluzione agli arbitri);

che la norma suddetta nulla dice in relazione all'ipotesi in cui il contratto in cui è contenuta la clausola arbitrale continui a spiegare effetti tra le parti; e, dunque, con riferimento al caso in cui il curatore agisca in giudizio per l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto che contenga la clausola arbitrale ed il contraente *in bonis* eccepisca l'avvenuto deferimento agli arbitri delle controversie derivanti dal contratto in questione;

che, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del 2006, il curatore che subentrava in un contratto stipulato dal fallito in cui fosse contenuta una clausola compromissoria non poteva riconoscere l'efficacia di tale clausola, in quanto la clausola arbitrale, sebbene ritenuta un patto autonomo, andava ricondotta allo schema negoziale del mandato collettivo (art. 1726 c.c.) e di quello conferito nell'interesse di terzi (art. 1723, co. 2, c.c.), rispetto ai quali la revoca da parte di uno solo dei mandanti – del fallimento, nel caso di specie – non poteva avere efficacia estintiva del rapporto giuridico costituito attraverso detto accordo (cfr. Cass. 17.4.2003, n. 6165; Cass. 18.8.1998, n. 8145; Cass. 14.10.1992, n. 11216);

che questo Giudice non ignora come successivamente alla riforma si sia affermato da alcuno in dottrina che alla fattispecie all'attenzione di questo Tribunale troverebbe applicazione la disciplina generale dettata dall'art. 72 l.fall. per i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti, dovendosi ascrivere la clausola compromissoria al novero dei contratti già perfezionati ma non ancora (pienamente) eseguiti da entrambe le parti, con la conseguenza che sarebbe rimessa al curatore, autorizzato dal comitato dei creditori, la decisione tra scioglimento del contratto (la clausola compromissoria) o il subentro nello stesso, con la possibilità per il contraente *in bonis* di rivolgersi al

giudice delegato affinché assegni al curatore un termine per decidere tra le due opzioni, pena lo scioglimento del contratto;

che è di tutta evidenza come l'opinione sopra riportata – e condivisa dalla Curatela attrice in sede di discussione orale – si fondi sulla stessa premessa del citato orientamento della giurisprudenza di legittimità formatosi nel regime previgente, ossia che la clausola compromissoria costituisca un patto autonomo rispetto al contratto in cui pure è inserita, e dunque alla stessa debba trovare applicazione la disciplina relativa ai contratti non eseguiti; ne conseguirebbe, allora, che l'esercizio dell'azione di adempimento delle obbligazioni nascenti da un contratto che prevede una clausola arbitrale da parte del curatore innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria costituisca – con tutta evidenza – manifestazione da parte dello stesso della scelta di sciogliersi dalla clausola arbitrale, che dunque non spiegherebbe più efficacia tra le parti, con conseguente impossibilità per la controparte *in bonis* di eccepire il difetto di giurisdizione per avere le parti pattuito una clausola arbitrale;

che, tuttavia, tale prospettiva è stata criticata da altra parte della dottrina, che muove dalla diversa premessa dell'accessorietà del patto di compromissorio rispetto al rapporto sostanziale, ritenendo dunque come lo stesso non sia riconducibile alla disciplina dei rapporti pendenti;

che altri ancora hanno rilevato come, anche a voler sostenere la tesi dell'autonomia del patto, difficilmente si possa giungere a qualificare la clausola compromissoria come rapporto pendente ai sensi dell'art. 72 l.fall., in quanto la stessa non implica a carico delle parti alcun obbligo di prestazione; e come la mancata nomina degli arbitri possa essere equiparata al mancato adempimento di un obbligo, tutto riducendosi alla sottrazione della controversia all'Autorità giudiziaria;

che, in altri termini, ad essere pendente è il contratto tra le parti perché non ancora (interamente) eseguito, se il curatore non si è avvalso della potestà di sciogliersi dallo stesso accordatogli dall'art. 72 l.fall., mentre la clausola arbitrale si limita a statuire per il caso in cui tra le parti dovesse insorgere una controversia afferente al contratto che la contiene;

che, come altri hanno osservato, dalla norma dettata dall'art. 83-*bis* l.fall. – e, dunque, senza necessità di invocare l'art. 78 l.fall. (peraltro, modificato dalla riforma), come si faceva nella giurisprudenza formatasi nel regime previgente – è piuttosto possibile dedurre un principio generale di compatibilità tra

fallimento e procedura arbitrale, consentendo così di affermare anche che, in caso di subentro nel contratto in cui è prevista una clausola compromissoria, il curatore sia tenuto a rispettare la stessa, al pari di qualsiasi altra clausola di tale contratto;

che, infatti, sebbene la norma dell'art. 83-*bis* l.fall. affermi la natura accessoria della clausola compromissoria con riferimento alla sola ipotesi presa in considerazione dalla stessa (e diversa – si ripete – da quella all'esame di questo Giudicante), vale a dire quella di un giudizio arbitrale pendente e di scioglimento del contratto su iniziativa del curatore ai sensi dell'art. 72 l.fall., sulla scorta di tale previsione si deve pervenire alla conclusione che nell'ipotesi di subentro nel contratto da parte del curatore il patto compromissorio conservi piena efficacia anche nei confronti del curatore subentrante: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del rapporto sostanziale in cui è subentrato e di cui pure – come nel caso in esame – chieda l'adempimento;

che, inoltre, tale soluzione permette di conservare integra la posizione sostanziale e processuale del contraente *in bonis*, che diversamente verrebbe a subire l'inefficacia della clausola arbitrale per il solo fatto che sia intervenuto in fallimento dell'altra parte, nonostante il curatore abbia optato per la prosecuzione dell'efficacia del contratto tra questi ed il fallimento, tanto da chiederne l'esecuzione – come, appunto, nel caso in esame;

che, in conclusione, si ritiene di dover aderire all'opinione autorevolmente sostenuta in dottrina secondo cui alla scelta del curatore di mantenere il contratto è inscindibilmente legata l'affermazione che lo stesso è vincolato all'opzione per tutela arbitrale effettuata dal compromittente fallito;

che è appena il caso di rilevare come sia priva di ogni pregio l'eccezione spiegata dal Fallimento attore – in verità, soltanto in sede di discussione orale – di “inopponibilità della clausola compromissoria come conseguenza della mancata espressa sottoscrizione della stessa”, in quanto il contratto di cui la Curatela domanda l'esatto adempimento non sarebbe il frutto di una specifica pattuizione tra le parti; e ciò sebbene la stessa parte attrice invochi a tale proposito quanto allegato da parte convenuta, ossia che “il Sig. C. ed il L. hanno dato incarico alla Sig.ra C. di predisporre il contratto preliminare utilizzando il testo dell'atto 8-3-2000 del Notaio Cl. e provvedendo ad effettuare le necessarie correzioni”, affermando dunque una predisposizione da parte di un terzo

in conformità alla concorde volontà di una delle parti, e non certo la predisposizione da parte di una delle parti, e segnatamente dell'odierno convenuto ed accettata dalla Società fallita quale parte contrattualmente più debole;

che, pertanto, in accoglimento dell'eccezione spiegata da parte convenuta, con la presente sentenza deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria adita per essere la presente controversia devoluta all'arbitrato rituale ai sensi del punto 8) del contratto (preliminare, secondo la qualificazione datane dalle parti e dalla Curatela) di cessione di azienda stipulato tra le parti in data 28.3.2006;

che, infatti, a seguito delle modifiche apportate all'istituto dell'arbitrato dalla novella del 1994 tanto all'arbitrato rituale che a quello irrituale è stata riconosciuta natura "privata", configurandosi in ogni caso la devoluzione della

controversia ad arbitri come rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato per effetto di un'opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico (alla stregua, cioè, di un *dictum* di soggetti privati); pertanto, la differenza tra le due fattispecie di arbitrato non si può più fondare sul rilievo che, nel primo, e non nel secondo, le parti abbiano demandato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, dovendosi, per converso, ravvisare la differenza nella circostanza che, nell'arbitrato rituale, le parti stesse intendono pervenire alla pronuncia di un lodo suscettibile di esecutività (onde produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c.) con l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale, mentre in quello irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di una controversia attraverso uno strumento strettamente negoziale (vale a dire, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà), impegnandosi, per l'effetto, a considerare la decisione degli arbitri come espressione, appunto, di tale personale volontà (cfr. Cass. 12.10.2009, n. 21585; Cass. 2.7.2007, n. 14972; Cass. 20.7.2006, n. 16718); e tale conclusione non è messa in discussione dalla riforma operata dal d.lgs. 2.2.2006, n. 40;

che l'assoluta novità della questione all'esame di questo Giudice – di cui non constano precedenti giurisprudenziali editi o pubblicati – e l'opinabilità della soluzione in considerazione delle differenti posizioni espresse in dottrina integrano quelle gravi ed eccezionali ragioni che, ai sensi dell'art. 92, co. 2, c.p.c., consentono di disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti;

che la presente sentenza costituisce parte integrante del verbale dell'odierna udienza del 7.2.2011, nel corso della quale ne viene data lettura, ed è immediatamente depositata in Cancelleria, ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c.;

P.Q.M.

Il Tribunale di Terni, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando sulla causa indicata in epigrafe, ogni altra difesa, eccezione ed istanza, anche istruttoria, disattesa:

- **dichiara** il difetto di giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria per essere la presente controversia rimessa ad arbitrato rituale ai sensi del punto 8) del contratto di cessione di azienda stipulato tra le parti in data 28.3.2006;

- **compensa** integralmente tra le parti le spese di lite.

Terni, 7.2.2011

CASO.it

IL GIUDICE
(Mario Montanaro)