

TOMASO GALLETTO^(*)

**ARBITRATO E ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI :
UNA CONVIVENZA POSSIBILE ?^(**)**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Autonomia privata e regolazione della insolvenza. - 3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: natura ed effetti. - 4. Gli accordi nella prospettiva del legislatore. - 5. L'omologa giudiziale. - 6. L'adempimento e le vicende successive all'omologa. - 7. La patologia degli accordi: le controversie nella fase successiva all'omologa. - 8. Arbitrabilità o meno di tali controversie. - 9. I profili di criticità: (a) la formulazione della convenzione di arbitrato ed i problemi dell'arbitrato multiparte; (b) arbitrato e litisconsorzio necessario; (c) coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso. - 10. Le due opzioni possibili: arbitrato e processo a confronto. - 11. Per la convenienza della scelta arbitrale. - 12. Conclusioni.

1. Premessa.

L'oggetto della presente indagine riguarda la possibilità (e, in subordine, l'opportunità) del ricorso allo strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie nell'ambito degli accordi finalizzati alla risoluzione negoziata delle crisi di impresa.

Lo spunto per una riflessione sul tema nasce dalla constatazione che nella prassi gli accordi di ristrutturazione dei debiti che hanno interessato importanti imprese, anche quotate, non contengono convenzioni arbitrali per la risoluzione delle controversie che possano insorgere successivamente alla omologazione di tali accordi da parte della autorità giudiziaria.

A fronte di tale constatazione è ragionevole interrogarsi sulle ragioni del mancato ricorso allo strumento arbitrale.

Più precisamente il quesito riguarda l'individuazione di possibili ragioni di

^(*) *Professore a contratto di Diritto Processuale Civile Università di Genova, Avvocato*

^(**) *Testo della relazione, con l'aggiunta di un corredo essenziale di note, presentata al Seminario organizzato dalla Camera Arbitrale di Milano il 3 luglio 2013 sul tema "L'Arbitrato ai tempi della crisi. Giustizia arbitrale, crisi d'impresa, riduzione di costi e tempi delle controversie".*

ontologica incompatibilità dello strumento arbitrale rispetto alla risoluzione negoziale della crisi di impresa e, nell'ipotesi in cui si possa ritenere insussistente ritenere insussistente tale incompatibilità, i motivi che inducono le parti a non derogare, in ipotesi di controversie, alla competenza dell'autorità giudiziaria.

E' invero opinione diffusa che lo strumento arbitrale, connotato da flessibilità e libertà di forme, rappresenta una alternativa maggiormente competitiva rispetto al processo proprio con riferimento alla risoluzione di controversie che riguardino l'attività della impresa.

Il disfavore per l'opzione arbitrale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'impresa, desumibile dalla prassi che non prevede inserimento di convenzioni d'arbitrato in tali accordi, rappresenta quindi una anomalia le cui ragioni meritano di essere approfondite.

In questa prospettiva risulta necessario, sia pure nei limiti imposti dal presente lavoro, un inquadramento della natura e degli effetti degli accordi finalizzati alla risoluzione negoziata delle crisi d'impresa.

2. *Autonomia privata e regolazione della insolvenza.*

In Italia, la disciplina dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale (e solo di questi) attraverso l'apertura di procedure concorsuali aventi natura conservativa (amministrazione controllata e concordato preventivo) o liquidatoria (fallimento e liquidazione coatta amministrativa, quest'ultima applicabile alle sole imprese indicate dalla legge in ragione degli interessi pubblicistici coinvolti) è rimasta saldamente ancorata, per oltre 60 anni, alle disposizioni del R.D. 267/1942 (la "*legge fallimentare*").

Nel corso dei decenni diverse autorevoli ipotesi di riforma della legge fallimentare si sono susseguite nel tentativo di adeguare la disciplina concorsuale alla mutata realtà economica e sociale, ma nessuna di esse è stata trasformata in un testo legislativo.

Soltanto con riferimento alle grandi imprese è stata introdotta, nel 1979, una specifica procedura concorsuale (l'amministrazione straordinaria) che ha trovato peraltro una disciplina sistematica soltanto nel 1999 (con il D.lg.vo n. 270/99) con integrazioni con riferimento alle "*grandissime imprese*" nel 2004 (c.d. "*Decreto Marzano*") e, in epoca più prossima, con la speciale disciplina della insolvenza del vettore aereo ALITALIA (Legge 27 ottobre 2008, n. 166).

Per il resto si è mantenuto l'impianto della legge fallimentare del 1942, interpolato con le modificazioni conseguenti ai ripetuti pronunciamenti della Corte Costituzionale che hanno inciso in senso garantista, coerente con la Costituzione del 1948, sull'assetto autoritario dell'originario dettato normativo.

Sulla spinta degli enti esponenziali dell'economia reale (banche, associazioni di imprese) il legislatore è stato costretto ad intervenire nella materia dell'insolvenza confrontandosi con il profondamente mutato contesto socio-economico attuale, che

non trovava più risposte efficienti nella legge fallimentare del 1942.

Si è così giunti ad una prima riforma nel 2006 (con il D.lg.vo 5/2006) alla quale hanno fatto seguito una (limitata) correzione nel 2007, nonché successivi interventi - specialmente con riferimento alle questioni qui esaminate - nel 2010, nel 2012 e da ultimo con il recentissimo decreto legge n. 69 del 21 giugno 2013.

Nell'ambito della riforma è scomparsa una procedura concorsuale c.d. minore (l'amministrazione controllata), è stato profondamente modificato il concordato preventivo (reso più flessibile) e sono stati introdotti strumenti alternativi di risoluzione delle crisi aziendali (accordi di ristrutturazione, piani attestati di risanamento) ritenuti più confacenti alle esigenze del mercato, anche alla luce delle esperienze di altri ordinamenti.

Non è possibile in questa sede approfondire il contenuto della riforma al di là dei limiti segnati dagli argomenti specificamente esaminati.

Un dato, peraltro, prevale su tutti e connota l'intervento riformatore: adeguandosi alla visione fatta propria dagli ordinamenti ad economia avanzata la gestione dell'insolvenza non è più considerata strumento di controllo dell'estinzione dell'impresa e di distribuzione del residuo attivo ai creditori, ma una fase (patologica) della vita dell'impresa, alla quale, nei limiti del possibile, deve essere concessa la possibilità di una "nuova partenza" ("new start" secondo l'impostazione tipica degli U.S.A.) nell'interesse dei creditori e del mercato.

La gestione negoziata delle situazioni di "crisi" aziendale, siano esse potenzialmente destinate a sfociare nell'insolvenza o già ascrivibili alla fattispecie "insolvenza" di cui all'art. 5 legge fall. costituisce - non solo in Italia - la nuova frontiera del diritto concorsuale.

Sulla base della diffusa constatazione che la procedura fallimentare, pervasa dall'intervento della giurisdizione, mortifica le (residue) opportunità di ripresa dell'attività imprenditoriale e costituisce al contempo - in ragione della sua eccessiva durata - un ostacolo alla competitività, il legislatore della riforma del 2006 ha ridisegnato la procedura di concordato preventivo ed ha altresì individuato nuovi strumenti idonei a gestire la crisi dell'impresa ed alternativi alla procedura fallimentare.

L'obiettivo dichiarato della riforma è stato quello di ricondurre per quanto possibile - la gestione della crisi d'impresa nell'ambito dell'autonomia privata, riducendo correlativamente gli spazi di intervento pubblicistico, attraverso la giurisdizione¹.

Si è trattato di un lungo percorso che ha preso le mosse dalla constatazione di una diffusa prassi che a partire dagli anni '80 del secolo scorso aveva individuato negli accordi con il sistema bancario lo strumento privilegiato per la soluzione negoziata

¹ Per un'analisi della riforma e delle sue linee essenziali v. A. Jorio, "Le linee generali della riforma riformata" in "Il fallimento ... atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza", a cura di L. PANZANI, 2008, pag. 13. G. MINUTOLI, "L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito" in "Il Fallimento", 2008, pag. 1047.

della crisi di imprese di notevoli dimensioni, e nel contempo aveva evidenziato diffuse criticità principalmente addebitabili alla mancanza di un quadro di riferimento normativo idoneo a scongiurare il rischio, in caso di insuccesso del piano di risanamento, di rilevanti conseguenze penali (ricorso abusivo al credito, distrazione) e civili (revocatoria di atti disposizione patrimoniale).

Ma il più grande ostacolo che si contrapponeva alla percorribilità di accordi finalizzati a rimuovere lo stato di insolvenza di una impresa era costituito dalla diffusa opinione che predicava *l'indisponibilità dell'insolvenza*.

Per la verità a partire dagli anni '90 del secolo scorso il fronte compatto che negava la possibilità di una rimozione dello stato di insolvenza attraverso strumenti negoziali si era incrinato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza².

La riforma, accentuando la “*privatizzazione*” della gestione della crisi d'impresa attraverso il negoziato tra il debitore e i creditori (anche una parte di essi) finalizzato a ricercare la migliore soluzione possibile del dissesto, consente - secondo la maggioranza degli interpreti - di ritenere superata la questione della (presunta) indisponibilità dell'insolvenza, anche se non mancano autorevoli inviti a considerare con prudenza la materia, che si presta a possibili distorsioni a danno della *par condicio creditorum*³.

In questa prospettiva il dibattito si sposta su un altro piano, quello dei limiti dell'autonomia privata in una materia che *in re ipsa* coinvolge rilevanti profili di ordine pubblico economico e dei confini da assegnare all'intervento dell'autorità giudiziaria.

Il principale strumento che il legislatore offre all'autonomia privata per giungere ad una composizione negoziale dell'insolvenza è rappresentato dagli “Accordi di ristrutturazione dei debiti” disciplinati dagli articoli da 182bis a 182 *quinquies* della legge fallimentare.

La disciplina legislativa, peraltro, è frammentaria e riguarda quasi esclusivamente l'aspetto procedimentale; nulla è previsto in ordine alla natura giuridica dell'accordo, alle conseguenze dell'inadempimento anche parziale, all'ammissibilità di azioni di annullamento per vizi di volontà e, più in generale, alla riferibilità a tali accordi della disciplina civilistica.

² Per una lucida disamina del problema v. L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela ereditaria*, in *Il Fall.*, 2009, 1029 ss., spec. 1033-34.

³ Per una sintesi del percorso che ha portato al riconoscimento di spazi per l'autonomia privata nella gestione delle crisi d'impresa v., se vuoi, T.GALLETTO, *Nuove prospettive nel diritto fallimentare italiano: il gruppo insolvente e la risoluzione negoziata delle crisi di impresa*, relazione presentata al Congresso del Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires Judiciaires - CNAJMJ - tenutosi a Roma il 7 maggio 2010, in *Rass. forense*, 2/2010, 267 Ss.

3. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: natura ed effetti.*

La dottrina prevalente ritiene che gli accordi abbiano natura essenzialmente privatistica, nonostante il necessario decreto di omologazione (elemento di natura pubblicistica). Sul punto si è affermato che anche nel sistema privatistico l'autonomia negoziale non è illimitata ed è soggetta a controlli esterni.

Se l'accordo è stipulato con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti può conseguire l'omologazione da parte del tribunale, ove consti l'idoneità del piano di risanamento ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Sono qui evidenti le peculiarità di tale strumento che, da un lato, non è obbligatorio per tutto il ceto creditorio, ma solo per coloro che aderiscono all'accordo, e, da altro lato, consente pagamenti preferenziali, non soggetti alla disciplina del concorso, in favore dei creditori estranei all'accordo, ipotesi che in passato era pacificamente riconducibile al paradigma della bancarotta preferenziale, in caso ovviamente di successivo fallimento.

Le ragioni che sono poste a fondamento della natura privatistica degli accordi di ristrutturazione tale da differenziarli nettamente dal concordato preventivo in cui coesistono momenti pubblicistici e privatistici, risiedono sostanzialmente nella assenza di un decreto di ammissione alla procedura, di nomina di organi deputati alla gestione e al controllo di essa, dalla mancata previsione di una votazione dei creditori e dalla mancata estensione degli effetti degli accordi ai creditori dissenzienti.

La recente riforma del 2012, peraltro, ha previsto la possibilità di innestare gli accordi di ristrutturazione del debito in un percorso aperto da una domanda di concordato c.d. "in bianco" finalizzata alternativamente alla formalizzazione successiva e alternativa di una proposta di concordato o di accordi di ristrutturazione del debito⁴.

Queste ultime previsioni normative hanno consentito la riviviscenza di quelle opinioni che tendono ad ascrivere anche gli accordi di ristrutturazione all'area della concorsualità, ipotizzando un apparentamento di questi ultimi al concordato preventivo.

Ma, nonostante le suggestioni che possono essere suscitate dal richiamato intervento legislativo, sembrano tuttora persuasive le opposte tesi che distinguono nettamente gli accordi di ristrutturazione dal concordato preventivo rispetto al quale, nonostante il recente intervento delle Sezioni Unite con la nota decisione n. 1521 del 23 gennaio 2013, resta irrisolta la questione della prevalenza della natura negoziale o pubblicistica dell'istituto⁵.

⁴ Per un accurato esame delle novità della riforma del 2012 v. S. AMBROSINI "Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012" in *il Fall.* 2012, 1137 ss.

⁵ Sulla incerta natura giuridica del concordato preventivo, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite con la *decisione richiamata nel testo*, v. G. LO CASCIO, "Concordato preventivo: natura giuridica e fase giurisprudenziali alterne" in *il Fall.* 2013, 525 secondo il quale si è di fronte ad un orientamento ondivago nel cui ambito è venuta anche meno la prospettiva di privatizzare la procedura di concordato

Ferma restando la già sottolineata differenziazione tra gli accordi di ristrutturazione ed il concordato, tuttavia, occorre riconoscere che la tesi che ascrive gli accordi all'area della concorsualità in senso lato non è priva di significativi supporti rinvenibili nella stessa frammentaria disciplina legislativa.

Il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, ovvero di acquisire titoli di prelazione se non concordati, che consegue alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (e che può essere anche ottenuto dal tribunale prima della formalizzazione dell'accordo, durante il corso delle trattative per la formalizzazione di esso) induce a riflettere sulla effettiva estraneità del fenomeno all'area concorsuale, ed analoghe riflessioni conseguono alla constatazione del differimento dei termini di pagamento dei creditori estranei all'accordo entro 120 giorni dalla omologazione di esso, in caso di crediti già scaduti a quella data, ovvero di 120 giorni dalla scadenza qualora a quella data non ancora scaduti.

D'altra parte, come è stato recentemente rilevato, anche gli accordi di ristrutturazione attuerebbero l'esigenza dell'universalità in quanto coinvolgono l'intero patrimonio del debitore, con una caratteristica che è comune a tutte le procedure concorsuali. Anche il profilo della *par condicio creditorum* non sarebbe contraddetto dalla disciplina degli accordi in quanto essa riceverebbe tutela indiretta nelle previsioni che da un lato consentono di regolare convenzionalmente la soddisfazione dei creditori aderenti all'accordo e, da altro lato, obbligano alla integrale soddisfazione dei creditori non aderenti⁶.

Non può quindi negarsi una certa ambiguità quanto alla natura degli accordi di ristrutturazione, rispetto ai quali non può escludersi l'emersione di profili di matrice pubblicistica che, senza alterarne la natura privatistica, li rendono comunque di incerta collocazione sistematica.

Pur nella ambiguità della quale si è fatto cenno in precedenza, la natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione non sembra discutibile.

In questa prospettiva è opportuno un cenno, nei limiti funzionali all'indagine qui condotta e riferita alla utilizzabilità dello strumento arbitrale, alla questione relativa alla causa ditali accordi ed alla struttura di essi.

Merita di essere condivisa l'opinione che ascrive alla rimozione negoziale dello stato di crisi o insolvenza la causa concreta degli accordi di ristrutturazione del debito, con ciò confermandosi il superamento del dogma della indisponibilità dell'insolvenza⁷.

Se sulla funzione (intesa quale causa concreta) degli accordi di ristrutturazione del

preventivo ed è tramontato ancora una volta il tentativo di una costruzione unitaria della sua natura giuridica (ivi p. 534).

⁶ In questo senso v. S. DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.judicium.it spec. 9 Ss.

⁷ In argomento v. V. ROPPO, *"Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)"*, in *Dir. Fall.*, 2008, 1, 289

debito nel senso che essi perseguono lo scopo di superare, rimuovendola, la situazione di crisi o di insolvenza si riscontra un ampio consenso, assai più dibattuta è invece la questione relativa alla tipologia strutturale dei menzionati accordi.

In estrema sintesi può dirsi che, quanto alla struttura negoziale degli accordi, si contendono il campo due tesi principali secondo la prima si tratterebbe di contratti plurilaterali con comunione di scopo mentre secondo l'altra si tratterebbe invece di un fascio di contratti bilaterali, collegati funzionalmente tra loro.

Non è certamente possibile in questa sede approfondire la questione⁸.

Nei limiti funzionali all'economia al presente lavoro può rilevarsi che in passato, con riferimento all'ipotesi del concordato stragiudiziale privo di regolazione, ma diffuso nella prassi, la giurisprudenza di legittimità si era espressa nel secondo senso e cioè nel riconoscere in tali accordi “*un fascio di contratti remissori*” (Cass. 18 marzo 1979 n. 1562).

Questa ricostruzione è posta in discussione da coloro che osservano che dal punto di vista funzionale la collocazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nella categoria dei contratti plurilaterali corrisponderebbe meglio alle pratiche di cooperazione tra i vari soggetti interessati, senza dimenticare peraltro che così facendo l'intera convenzione resta assoggettata alle vicende che possano riguardare un singolo creditore qualora la sua partecipazione all'accordo debba considerarsi essenziale (arg. ex art. 1420 cod. civ.).

L'elemento di maggiore criticità per una siffatta configurazione è rappresentato tuttavia dalla discutibile configurazione di una comunione di interessi tra tutti i partecipanti all'accordo, finalizzata al conseguimento di uno scopo comune, che è elemento imprescindibile per la configurabilità di un contratto plurilaterale, almeno nel senso fatto proprio dalla giurisprudenza.

E' anche stata avanzata, per la verità, una diversa opinione che ravvisa una posizione antagonista tra creditori ed imprenditore in crisi e conseguentemente raggruppa le posizioni dei primi in un unico centro di interesse, contrapposto a quello rappresentato dall'imprenditore.

In questa ipotesi, allora, il contratto sarebbe unico, bilaterale ma caratterizzato da una parte soggettivamente complessa (i creditori aderenti).

⁸ Per una interessante analisi dei profili strutturali e funzionali degli accordi di ristrutturazione dei debiti v. B. INZITARI, “*Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*”, in *Dir. Fall.* 2012, 13 ss.

Una accurata analisi dei profili civilistici degli accordi di ristrutturazione è contenuta in I.L. NOCERA, “*Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: una analisi di diritto civile*” in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1129 ss. ed ivi i necessari riferimenti bibliografici. Dello stesso Autore v., più recentemente, “*Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*”, in *Dir. Fall.* 2012, 376 ss., ove si sviluppa più compiutamente la tesi della natura essenzialmente privatistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti, anche in questo caso con il corredo di una ampia bibliografia.

Ciascuna delle ipotesi in precedenza sinteticamente richiamate presenta spunti di interesse che meriterebbero approfondimenti qui non consentiti: un profilo rilevante ai fini della qualificazione tipologica degli accordi è peraltro costituito dalla constatazione della variabilità del contenuto degli stessi, circostanza che rende oltremodo difficile (e probabilmente non esaustivo) un tentativo di classificazione generale.

Proprio l'estrema flessibilità e variabilità del contenuto concreto che nella prassi assumono gli accordi di ristrutturazione del debito può consentire, di volta in volta, la iscrizione all'una o all'altra delle categorie. Si tratta, in altri termini, di accordi che potrebbero essere definiti a “*struttura variabile*”, a seconda del loro effettivo e concreto contenuto e rispetto ai quali, allora, una definizione generale ed astratta sotto il profilo tipologico risulta non appagante.

Per quanto in questa sede rileva il dato significativo consiste nella constatazione, sia pure con diversa graduazione, della interdipendenza tra gli adempimenti a carico delle parti al fine della corretta attuazione dell'accordo.

Sia che si tratti di contratto plurilaterale, sia che si tratti invece di un fascio di contratti bilaterali avvinati da collegamento negoziale sia infine che si propenda per il contratto bilaterale con parte soggettivamente complessa (la pluralità di creditori aderenti) è evidente come nella patologia dell'accordo siano destinati ad emergere rilevanti profili di criticità.

L'inadempimento dell'imprenditore nei confronti di uno dei creditori aderenti ovvero di quest'ultimo nei confronti dell'imprenditore è suscettibile di alterare la fisiologia dell'adempimento dell'accordo, incidendo negativamente sugli interessi di coloro ai quali l'inadempimento non è imputabile⁹.

4. *Gli accordi nella prospettiva del legislatore.*

Venendo ora ad un sintetico esame della scarna disciplina dettata dal legislatore è agevole constatare che nessun aiuto può trarsi da tale disciplina ai fini della qualificazione tipologica.

Come si è in precedenza ricordato, infatti, la normativa è finalizzata a disciplinare gli aspetti procedurali e gli effetti degli accordi ex art. 182**bis** l.f. e demanda al tribunale la verifica della idoneità dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.

Le modalità attraverso le quali l'imprenditore proponente ed i creditori aderenti si

⁹ Sull'importante tema dell'inadempimento del debitore rispetto agli accordi stragiudiziali ex art. 182 bis l.f. v. *l'approfondita analisi di E.CAPOBIANCO, “Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi di impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore”, in Banca, borsa, tit. cred. 2010, 1, 295 ss. al quale si rinvia per i necessari approfondimenti.*

prefiggono di perseguire le finalità proprie dell'accordo, come in precedenza ricordate, sono rimesse all'autonomia negoziale delle parti, così sottolineandosi il diverso approccio, di stampo tendenzialmente privatistico, di composizione della crisi d'impresa che è stato fatto proprio dal legislatore.

5. *L'omologa giudiziale.*

Il momento pubblicistico che connota gli accordi di ristrutturazione del debito è costituito dalla omologa da parte del tribunale, dalla quale derivano rilevanti effetti, non altrimenti conseguibili.

L'accordo omologato esenta da revocatoria i pagamenti effettuati in conformità ad esso, consente a determinate condizioni di assicurare la prededucibilità dei crediti conseguenti alla erogazione di nuovi mezzi finanziari all'imprenditore ed esclude l'applicazione delle norme in tema di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice con riferimento ai pagamenti ed alle operazioni compiute in conformità all'accordo omologato.

L'ambito oggettivo della valutazione demandata al tribunale sul contenuto dell'accordo, inoltre, è graduato a seconda della presenza o meno di opposizioni alla omologazione.

In assenza di opposizioni, infatti, al tribunale è demandato sostanzialmente un controllo di mera legittimità, intesa quale corrispondenza dell'accordo al paradigma legale, senza possibilità di sovrapporre un giudizio prognostico di fattibilità a quello risultante dalla relazione dell'esperto che deve necessariamente accompagnare la documentazione dell'accordo, a meno che - ovviamente - l'impossibilità della corretta esecuzione dell'accordo emerga *ictu oculi*.

In presenza di opposizioni, invece, al tribunale è demandata la responsabilità di verificare la concreta fattibilità del piano alla luce delle contestazioni ad esso mosse ed il controllo giudiziario si configura conseguentemente assai più pregnante.¹⁰

6. *L'adempimento e le vicende successive all'omologa.*

Un aspetto particolarmente rilevante che connota la disciplina legislativa degli accordi di ristrutturazione del debito è costituito, come già è stato rilevato, dalla assenza di un momento pubblicistico di controllo dell'adempimento dell'accordo omologato.

L'adempimento e le vicende successive alla omologazione ricadono, ad ogni effetto, nella sfera privatistica e sono conseguentemente momenti demandati all'autonomia delle parti.

¹⁰ Una accurata ricognizione dei limiti del controllo giurisdizionale in sede di omologazione degli accordi di ristrutturazione può leggersi in G. CARMELLINO "Accordi di ristrutturazione e controllo giudiziale", in *Il Fall.*, 2013, 625 ss.

Anche le modificazioni successive al contenuto degli accordi sarebbero, nella interpretazione prevalente in dottrina e giurisprudenza, sottratte ad un nuovo controllo in sede giurisdizionale¹¹.

In questa prospettiva la prassi negoziale ha introdotto nell'ambito degli accordi pattuizioni specificamente dedicate alla gestione delle sopravvenienze e delle criticità sorte a valle della omologa, nella fase di adempimento dell'accordo.

Si tratta di previsioni negoziali idonee ad assicurare nella maggior misura possibile la flessibilità del piano di attuazione dell'accordo al fine di gestire le vicende sopravvenute.

In questo ambito le parti, anche attraverso la predisposizione di idonei flussi informativi, si obbligano ad una gestione negoziata, per quanto possibile, delle sopravvenienze.

E' peraltro evidente che non tutte le sopravvenienze e/o gli inadempimenti successivi alla omologa possono essere definitivamente risolti attraverso strumenti negoziali.

In questa prospettiva assume un autonomo rilievo (anche sotto il profilo funzionale ed economico) la gestione dell'eventuale contenzioso.

7. La patologia degli accordi: le controversie nella fase successiva all'omologa.

Le controversie nella fase successiva all'omologa dell'accordo possono naturalmente essere di diversa natura.

Accanto alle controversie che riguardano la validità e l'efficacia dell'accordo in sé vi sono quelle originate da inadempimenti imputabili all'una o all'altra parte dell'accordo.

Si è detto in precedenza che, almeno con riferimento agli accordi di ristrutturazione del debito resi conoscibili al pubblico, non è rinvenibile alcuna previsione di arbitrabilità delle relative controversie. Queste ultime risultano demandate alla cognizione del tribunale che ha provveduto alla omologazione dell'accordo.

Si tratta allora di verificare se questa scelta sia determinata da ragioni di impossibilità di ricorrere allo strumento arbitrale ovvero da ragioni di opportunità che militino in favore della sottoposizione della controversia all'autorità giudiziaria ordinaria.

I due profili meritano di essere separatamente indagati.

8. Arbitrabilità o meno di tali controversie.

¹¹ Una interessante analisi delle vicende relative alla fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione può leggersi in M. FABIANI, "Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo", in *Il Fall.*, 2013, 769 ss.

Il primo quesito che sorge spontaneo dalla constatazione che la prassi riconduce alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria tutte le controversie comunque originate dalla stipulazione e/o dall'esecuzione degli accordi di ristrutturazione del debito omologati riguarda la possibile non arbitrabilità delle relative controversie.

Sotto questo profilo non sembra rinvenibile nel sistema un divieto di arbitrabilità. Ai sensi dell'art. 806 c.p.c., invero, la non arbitrabilità di una controversia discende alternativamente dal rilievo che essa abbia ad oggetto diritti indisponibili ovvero dalla sussistenza di un espresso divieto di legge.

Dalle considerazioni che precedono emerge con sufficiente evidenza che, anche a seguito della riforma della legge fallimentare e della conseguente espressa previsione di una disciplina negoziale di componimento delle crisi d'impresa, in questa materia non sia predicabile l'indisponibilità dei diritti, nemmeno sotto il profilo che attiene alla rimozione delle cause dell'insolvenza.

Non vi sono quindi ostacoli costituiti dalla presenza di diritti indisponibili, né la presenza di momenti pubblicistici di controllo del contenuto degli accordi ai fini dell'omologa è suscettibile di rendere indisponibili i diritti patrimoniali connessi alla stipulazione degli accordi.

Sotto un diverso profilo, non è rinvenibile alcun espresso divieto di legge in ordine alla arbitrabilità delle controversie che abbiano ad oggetto accordi di ristrutturazione del debito. Anzi, proprio dal mancato richiamo dell'art. 186 l.f. in tema di risoluzione e annullamento del concordato dovrebbe desumersi che il legislatore non ha inteso dettare una regola che imponga il necessario ricorso al tribunale per le controversie originate dagli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Ancora, non può ritenersi non arbitrabile una controversia ricollegata ad un accordo di ristrutturazione dei debiti in considerazione della possibile ascrivibilità di quest'ultimo all'area delle procedure concorsuali in senso lato.

L'arbitrato, invero, non è ontologicamente incompatibile con una procedura concorsuale ed a riprova della correttezza dell'affermazione sarà sufficiente richiamare quelle disposizioni della legge fallimentare che autorizzano il curatore alla stipulazione di compromessi, previa autorizzazione del comitato dei creditori (art. 35 l.f.) e più in generale il pacifico orientamento della dottrina e della giurisprudenza che esclude l'arbitrabilità esclusivamente con riferimento a specifiche tipologie di controversie endofallimentari o comunque tali da incidere sulla verifica dello stato passivo¹².

La natura e l'oggetto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, quindi, non

¹² Sul tema, assai delicato, relativo ai limiti dell'arbitrabilità delle controversie in ambito fallimentare v. recentemente M. BOVE, "Arbitrato e fallimento", in www.judicium.it. Sull'argomento v. altresì le considerazioni enunciate da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, 2007, sub art. 806, 110 ss.

impediscono il ricorso allo strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie che possono insorgere con riferimento a tali accordi.

Questa constatazione, naturalmente, non implica la insussistenza di profili di criticità della scelta arbitrale.

9. I profili di criticità: (a) la formulazione della convenzione di arbitrato ed i problemi dell'arbitrato multiparte; (b) arbitrato e litisconsorzio necessario; (c) coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso. -

L'incerta struttura tipologica degli accordi di ristrutturazione del debito (contratto plurilaterale, fascio di contratti, oppure contratto bilaterale con parte soggettivamente complessa) della quale si è fatto cenno in precedenza si riverbera immediatamente, quale profilo di criticità, sulla opzione di devolvere in arbitrato le controversie originate da tali accordi.

(a) Un primo profilo di criticità si rinviene nella constatazione che le controversie originate da accordi ex art. 182bis l.f. tendenzialmente coinvolgono più di due parti.

Ciò è sicuramente vero se si ritiene che l'accordo sia un contratto plurilaterale, ma è vero anche se si propende per una qualificazione di esso quale pluralità di contratti collegati funzionalmente ed ancora se si ragiona in termini di contratto bilaterale ma con parte soggettivamente complessa.

Nella generalità dei casi, quindi, la controversia darà luogo ad un arbitrato con più di due parti.

Da tale constatazione deriva la necessità di una attenta formulazione della convenzione di arbitrato, idonea a dare vita ad un arbitrato multiparte.

Sono note in proposito le delicate questioni che si sono poste in passato e che tuttora impegnano gli arbitri e le istituzioni che amministrano l'arbitrato quando la controversia coinvolge una pluralità di parti.

A riprova della importanza e della complessità delle questioni suscitate dall'arbitrato che vede coinvolte più di due parti ovvero una pluralità di contratti tra le stesse parti può richiamarsi il nuovo Regolamento di Arbitrato della ICC, entrato in vigore il 10 gennaio 2012, il quale dedica una intera (e nuova) sezione alle questioni in oggetto.

Non è possibile in questa sede approfondire le scelte operate dal citato nuovo regolamento della ICC, ma può essere significativo ricordare che nell'ultimo decennio gli arbitrati amministrati dalla ICC con più di due parti sono stati superiori al 30% del totale e che quasi ogni anno viene amministrato un arbitrato con più di venti parti¹³.

¹³ Per un commento al nuovo regolamento della ICC v. F. MAZZA *"Il nuovo regolamento di arbitrato della ICC"* in *Riv. Arb.* 2013, 43 ss. . In particolare, con riferimento alle nuove regole introdotte in tema di arbitrato con pluralità di parti v. p. 59 ss.

Gli accordi di ristrutturazione del debito sembrano costituire una ipotesi paradigmatica di arbitrato multiparte (si pensi, a solo titolo di esempio, alle controversie che riguardino la validità di tali accordi, necessariamente coinvolgenti tutti i soggetti che li hanno sottoscritti).

E' noto, in proposito, che il legislatore della riforma dell'arbitrato del 2006 si è posto il problema (precedentemente ignorato dal codice di procedura) dell'arbitrato con pluralità di parti.

L'art. 816-*quater* c.p.c. dispone che quando più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione di arbitrato ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se si verifica una delle seguenti circostanze:

- (i) la convenzione di arbitrato devolve ad un terzo la nomina degli arbitri;
- (ii) se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero
- (iii) se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano ad un terzo la nomina.

Se non si verificano le circostanze sopra indicate il procedimento arbitrale si scinde in tanti distinti procedimenti quante sono le parti chiamate in arbitrato.

Nell'ipotesi di litis consorzio necessario, peraltro, se non si verificano le circostanze in precedenza indicate [sub (i), (ii) e (iii)] l'arbitrato è improcedibile.

Quest'ultima previsione è particolarmente insidiosa come dimostrano recenti esperienze nelle quali è stata dichiarata l'improcedibilità dell'arbitrato per difetto delle condizioni in precedenza richiamate, nonostante l'intervento volontario del litis consorte pretermesso.

Non è possibile in questa sede discutere sulla correttezza della declaratoria di improcedibilità dell'arbitrato nell'ipotesi sopra ricordata, questione che vede divisi i numerosi, autorevoli commentatori di tale decisione¹⁴.

¹⁴ Il riferimento è al lodo pubblicato in *Riv. dir. proc.* 2011, 943 ss., con nota critica di B. SASSANI, *Sull'esclusione del litis consorte necessario dal giudizio arbitrale*, ivi 951 ss.; commenta favorevolmente il lodo A.GRAZIOSI, *Consenso delle parti e intervento del litis consorte necessario pretermesso, in arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 293 ss.

In senso critico v. C.CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 858 ss.; sempre in senso critico, v. altresì M. GRADI, *Adesione del litis consorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litis consorti originari: uno "strano caso" di improcedibilità dell'arbitrato*, in *Giust. civ.*, 2012 1, 2863 ss.

In senso dubitativo, ma tendenzialmente favorevole alla soluzione prescelta dal citato lodo v. recentemente A. BRIGUGLIO, *Amleto, la pluralità diparti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1533 ss.

Più in generale sull'intervento litis consortile nell'arbitrato v. F. CORSINI, *L'intervento del litis consorte necessario nel procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 589 ss.

Ai fini della presente indagine è sufficiente sottolineare la delicatezza della questione per le conseguenze che ne possono derivare sulla procedibilità dell'arbitrato.

Una soluzione idonea ad evitare l'insorgere di insidiose questioni è certamente quella della stipulazione di una convenzione di arbitrato nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione del debito, che demandi ad un terzo la nomina degli arbitri, così soddisfacendosi una delle condizioni poste dall'art. 816-*quater* c.p.c.

In questa prospettiva può essere particolarmente opportuna l'utilizzazione della clausola modello della Camera Arbitrale di Milano con la previsione ulteriore che tutti gli arbitri saranno nominati dalla Camera.

Il regolamento della Camera Arbitrale, per parte sua, è in grado di consentire una corretta amministrazione dell'arbitrato multiparte.

(b) Si è già rilevato che le controversie nascenti da accordi di ristrutturazione del debito sono suscettibili di dare luogo ad ipotesi di litis consorzio necessario, vicenda tra le più dedicate nell'ambito dell'arbitrato multiparte.

Ma anche in questa ipotesi, che deve ritenersi tendenzialmente fisiologica con riferimento agli accordi di ristrutturazione del debito, la scelta dell'arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale, sulla base di una convenzione di arbitrato che devolva a quest'ultima la nomina degli arbitri è in grado di superare le criticità sollevate dal litisconsorzio necessario.

Una residua criticità, tuttavia, persiste in relazione all'ipotesi di litis consorzio necessario nell'ipotesi in cui il litis consorte non sia chiamato fin dall'inizio nel procedimento arbitrale.

Le norme in tema di intervento di terzi, di cui all'art. 816*quinquies* c.p.c., infatti, dispongono che la chiamata in arbitrato di un terzo può avvenire soltanto con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri, essendo sempre ammesso l'intervento del litis consorte necessario. In ciò la norma codicistica si differenzia dall'arbitrato societario, nell'ambito del quale la chiamata in causa ai sensi degli artt. 106 e 107 c.p.c. è ammessa fino alla prima udienza di trattazione e non necessita quindi dell'assenso di tutte le parti e degli arbitri (arg. ex art. 35 comma 2 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5).

Nella disciplina ordinaria, dunque, se il litis consorte necessario non è chiamato in arbitrato sin dall'inizio, ovvero non interviene spontaneamente, nella sussistenza delle condizioni poste dall'art. 816 *quater* c.p.c., l'integrazione del contraddittorio può risultare impossibile perché necessita del consenso del chiamato, di tutte le altre parti e degli arbitri.

Anche con riferimento a questo delicato profilo, peraltro, è possibile rinvenire una soluzione nel regolamento della Camera Arbitrale.

L'art. 22 del regolamento, sotto la rubrica "poteri del Tribunale Arbitrale" prevede

infatti (comma 5) il potere del Tribunale Arbitrale, sentite le parti, di disporre, se richiesto, la partecipazione di un terzo al procedimento (naturalmente il terzo potrà essere chiamato qualora sia vincolato dalla stessa convenzione d'arbitrato, ipotesi che qui si assume per verificata in quanto la convenzione di arbitrato risulterebbe apposta nell'accordo di ristrutturazione dei debiti).

(c) Un ulteriore profilo di criticità, oggettivamente ineliminabile, riguarda la posizione dei co-obbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

Salvo che non sia diversamente disposto nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, infatti, la posizione di questi soggetti risulta estranea alla regolazione negoziale della crisi d'impresa e l'efficacia dell'accordo certamente non si estende alla loro posizione soggettiva.

La questione è analogamente regolata, con riferimento al concordato preventivo, dall'art. 184 l.f. il quale come è noto dispone che l'efficacia obbligatoria del concordato omologato per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per l'ammissione alla procedura non pregiudica i diritti di questi ultimi contro i co-obbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

La soluzione più razionale è, evidentemente, quella di coinvolgere i coobbligati o obbligati in via di regresso del debitore nell'accordo. Anche sotto questo profilo, dunque, il connotato plurilaterale della eventuale controversia emerge con evidenza.

10. Le due opzioni possibili: arbitrato e processo a confronto.

Le considerazioni che sono state svolte in merito alla astratta arbitrabilità delle controversie che traggano la loro origine nella stipulazione di accordi di ristrutturazione del debito depongono univocamente in senso favorevole alla scelta arbitrale, pur nella consapevolezza delle difficoltà insite nella gestione di un procedimento arbitrale che coinvolge tendenzialmente più parti.

Esclusa quindi una ontologica incompatibilità dello strumento arbitrale nella gestione dei conflitti originati dalla composizione negoziale dell'insolvenza dell'impresa, l'indagine sulle ragioni della mancata utilizzazione dell'arbitrato nell'esperienza pratica degli accordi ex art. 182bis l.f. deve necessariamente volgersi ai profili di opportunità che possano giustificare questa scelta.

L'indagine non può che riguardare un sintetico confronto tra le due possibili opzioni per la gestione del contenzioso originato dagli accordi di ristrutturazione del debito.

Il confronto riguarda da un lato la scelta in favore del processo civile ordinario (privilegiata dalla prassi conosciuta) e, dall'altro, la scelta per lo strumento arbitrale.

La comparazione tra processo arbitrale e processo ordinario è impietosa per quest'ultimo: alla rapidità e relativa stabilità dell'esito del primo si contrappone la lentezza ed imprevedibilità dell'esito del secondo (storicamente, oltre il 50% delle

sentenze civili di primo grado impugnate in appello è oggetto di riforma)¹⁵.

Come è stato correttamente rilevato, tuttavia, la crescita della domanda di arbitrato riscontrata a livello europeo (e senza considerare l'amplissima diffusione dell'istituto negli Stati Uniti) non può essere spiegata soltanto in ragione della durata contenuta del relativo procedimento, dal momento che il fenomeno arbitrale è in crescita anche in quegli ordinamenti in cui la durata del processo civile è del tutto ragionevole¹⁶.

La durata contenuta del procedimento arbitrale, quindi, è soltanto una delle ragioni del crescente successo dell'istituto; la scelta arbitrale è orientata anche da considerazioni sulla specifica competenza e preparazione degli arbitri in determinate materie, caratterizzate da elevata complessità anche sotto il profilo tecnico, e sulla maggiore flessibilità dello strumento arbitrale rispetto al processo ordinario con riferimento sia alla procedura sia ai mezzi di prova utilizzabili.

In altri termini, è l'ampio potere dispositivo che l'arbitrato assicura alle parti del relativo procedimento a segnare la profonda differenza con il giudizio ordinario e a rendere preferibile, in molti casi, la scelta arbitrale. Sono quindi molteplici le ragioni che rendono l'arbitrato maggiormente competitivo rispetto al giudizio ordinario, ma non vi è dubbio che - almeno nel contesto italiano - la celerità con la quale in sede arbitrale si giunge ad una pronuncia sul merito della controversia è il principale elemento che orienta la scelta di stipulare una convenzione arbitrale.

La consapevolezza che il “*fattore tempo*” è una condizione imprescindibile del “*rendere giustizia*” in particolare in un sistema economico integrato nel quale le scelte imprenditoriali *includono* nell'analisi degli investimenti anche l'efficacia e la rapidità della risposta giudiziale è sottolineata, ancora recentemente, nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012 predisposta dal Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione Ernesto Lupo.¹⁷

I dati statistici che si rinvergono nella menzionata Relazione sono tuttavia sconfortanti: la durata media dei procedimenti nelle Corti di appello è pari a 1051 giorni, quella nei tribunali a 463 giorni e quella presso i giudici di pace a 378 giorni.

Si tratta peraltro di dati statistici che ricomprendono nella media tutte le tipologie di procedimenti che si svolgono in sede di merito e che conseguentemente non rispecchiano l'effettività della situazione dei giudizi di cognizione, la durata dei quali è oggettivamente maggiore di quella risultante dal mero dato statistico.

D'altra parte è sufficiente prendere in considerazione il dato relativo al numero dei procedimenti pendenti di merito al 30 giugno 2012 (pari a 5.388.544) per rendersi

¹⁵ Secondo le rilevazioni dell'Ufficio Statistica della Corte di Cassazione per l'anno 2011, inoltre, il 35% dei provvedimenti ulteriormente impugnati in sede di legittimità è stato oggetto di annullamento, con o senza rinvio.

¹⁶ In argomento v. le interessanti considerazioni di V. VIGORITI, *Criteri di scelta tra giudizio ordinario e arbitrato*, in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 3 ss.

¹⁷ Cfr. Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, Roma, 25 gennaio 2013 pag. 71 in www.cortedicassazione.it.

conto che questo arretrato è “*una montagna insensibile alla pur costante e generosa attività di erosione posta in essere nei diversi programmi di gestione*”.¹⁸

In questo contesto si colloca il rinnovato interesse dei giuristi e persino del legislatore rispetto alla risoluzione in sede arbitrale delle controversie civili in materia di diritti disponibili, testimoniato ad esempio dalla previsione della istituzione di Camere Arbitrali, di Conciliazione e ADR costituite dai Consigli Circondariali degli Ordini degli Avvocati presso ciascun tribunale ai sensi dell'art. 29 lett. n) della legge 31 dicembre 2012 n. 247, recante la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense.

11. Per la convenienza della scelta arbitrale.

Nella comparazione tra processo ordinario e processo arbitrale assume un particolare rilievo la gestione del fattore tempo. Accanto all'ampia libertà e flessibilità che l'ordinamento consegna all'autonomia delle parti in ordine alla gestione del “*processo*” arbitrale, altri fattori concorrono a determinare la maggior competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario.

Fra questi rileva in primo luogo il fattore “tempo”.

Il tempo necessario per conseguire la pronuncia arbitrale evidenzia la maggior competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario sotto due distinti profili:

- (i) *la prevedibilità e*
- (ii) *la disponibilità.*

Per quanto riguarda il primo profilo, la legge dispone che se non è fissato un termine per la pronuncia del lodo questo deve essere pronunciato entro 240 giorni dalla accettazione della nomina da parte degli arbitri (art. 820 c.p.c.).

Le parti sono quindi poste in grado di conoscere, sin dalla stipulazione della convenzione arbitrale (o del compromesso), il tempo necessario per ottenere la decisione della controversia.

E' vero che determinati eventi (o ragioni sopravvenute) possono comportare uno slittamento del tempo della decisione finale degli arbitri (assunzione di mezzi di prova o licenziamento di consulenza tecnica, pronuncia di un lodo non definitivo o parziale, modificazione della composizione dell'organo arbitrale), ma anche in queste ipotesi i tempi della proroga sono scanditi dalle norme e sono quindi anch'essi prevedibili.

La *prevedibilità* del tempo della decisione è certamente un valore rilevante, di particolare interesse per le parti in conflitto: essa consente, quanto meno, una programmazione delle attività che possono essere incise dalla decisione arbitrale in funzione dei prevedibili tempi di essa.

¹⁸ Così, testualmente, la Relazione sopra citata, pag. 72.

Ma anche il secondo profilo evidenziato, relativo alla *disponibilità* del tempo dell'arbitrato, è assai rilevante.

Le parti possono, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, non soltanto prevedere *ex ante* (con la convenzione arbitrale o il compromesso) il termine per la pronuncia del lodo in misura maggiore o minore di quello generalmente previsto dalla legge, ma anche - con il consenso dell'organo arbitrale - prorogare una o più volte il termine.

All'interno del procedimento arbitrale, poi, le parti possono modulare come meglio ritengono le scansioni temporali per l'espletamento delle attività necessarie per giungere alla decisione arbitrale.

I tempi del processo arbitrale non sono rigidamente scanditi come nel processo ordinario e, ciò che più conta, essi sono disponibili, in quanto anche sotto questo profilo vige il principio che privilegia l'autonomia delle parti.

Si è quindi in presenza di una straordinaria flessibilità del tempo del processo (a seconda della convenienza delle parti) alla quale si contrappone la rigidità delle scansioni temporali del processo civile.

In altri termini, mentre nel giudizio ordinario i tempi sono eterodiretti (dalla legge, dal giudice), nel processo arbitrale essi sono dettati dall'autonomia delle parti.

La circostanza che, con la riforma del 2006, il termine per la pronuncia del lodo possa essere prorogato, anche su istanza degli arbitri (o di una sola parte), ad opera del Presidente del Tribunale (art. 820, comma 3, lett. b) c.p.c.) rappresenta una eccezione alla regola generale che vede nelle parti i soggetti legittimati a disporre del tempo dell'arbitrato.

Non vi è dubbio, allora, che il dominio ad opera delle parti del fattore tempo (nel procedimento e nella decisione arbitrale) è elemento che caratterizza l'arbitrato contemporaneamente ne esalta la competitività rispetto al processo ordinario¹⁹.

Un aspetto che è spesso sottolineato dai detrattori della scelta arbitrale riguarda l'eccessivo costo di questo strumento di risoluzione delle controversie

E' opinione diffusa (e risalente) che l'arbitrato sia uno strumento di risoluzione delle controversie civili molto costoso e, in quanto tale, elitario.

Tale opinione merita di essere rivisitata (e rivista) alla luce dell'evoluzione che il fenomeno arbitrale ha conosciuto negli ultimi decenni.

Le iniziative assunte dagli organi comunitari già nell'ultimo decennio del secolo scorso, intese a favorire il ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle

¹⁹ Condividono l'opinione che il tempo della decisione costituisca un fattore di competitività dell'arbitrato rispetto al processo civile G. ALPA -V. VIGORITI (*Arbitrato (nuovi profili dell')*) in Digesto IV, Discipline privatistiche, Sez. Civile, Aggiornamento *****, 2011, 38 Ss. spec. 71), ma sottolineano nel contempo la tendenza, specialmente nell'arbitrato amministrato, a sottrarre alle parti il controllo del termine per la pronuncia del lodo. La constatazione è condivisibile, ma non è a mio avviso ostativa alle conclusioni enunciate nel testo.

controversie civili e commerciali, hanno fatto emergere le potenzialità dell'arbitrato anche con riferimento a controversie di valore non particolarmente elevato, ferma restando la cautela, suggerita anche dalla Corte di Giustizia, rispetto alla generale applicazione dell'arbitrato nella materia dei diritti dei consumatori²⁰.

L'indagine dal punto di vista del diritto comparato, inoltre, consente di rilevare una generale tendenza volta a favorire il ricorso allo strumento arbitrale.

In questa prospettiva il problema dei costi dell'arbitrato assume un particolare rilievo, poiché l'onerosità della procedura può costituire effettivamente un deterrente rispetto alla scelta arbitrale.

La questione, tuttavia, deve essere affrontata distinguendo le varie componenti del costo dell'arbitrato.

Innanzitutto dalle voci del costo dell'arbitrato deve essere scomputata quella riferita all'assistenza legale (non obbligatoria, tra l'altro, ma ora a differenza del passato, riservata agli avvocati nell'ambito dell'arbitrato rituale ex art. 2, comma V, della legge n. 247 del 2012) posto che il costo di essa è del tutto analogo a quello da sostenersi in un ordinario processo di cognizione.

Il costo per la gestione amministrativa dell'arbitrato, riferibile alla funzione di segreteria, è invece effettivamente più elevato - in generale - dell'importo del contributo unificato dovuto per le cause in sede ordinaria, ma il servizio reso non è in alcun modo paragonabile a quello effettuato dalle cancellerie dei tribunali²¹.

Il costo relativo alla remunerazione dell'organo arbitrale, infine, è peculiare della procedura prescelta e non comparabile con un analogo costo riferito al processo ordinario.

Tale costo, peraltro, non è altro che il riflesso, sotto il profilo patrimoniale, della circostanza per cui nell'arbitrato sono le stesse parti (direttamente o in via mediata) a scegliere il/i componente/i dell'organo giudicante.

I vantaggi di questa opportunità, che consente di individuare i soggetti astrattamente più idonei (per capacità, esperienza) a dirimere il conflitto, non necessitano di particolari sottolineature e valgono certamente a giustificare la maggior onerosità,

²⁰ Per un inquadramento delle delicate questioni che si pongono in tema di arbitrato delle controversie dei consumatori v., se vuoi, T. GALLETTO, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in (a cura di ALPA - VIGORITI) *Arbitrati*. Milano, 2012, Sezione IV, Cap. I, 92 ss.. Particolarmente importanti sono, in proposito, le decisioni della Corte di Giustizia Mostaza, 26 ottobre 2006, C-168105 e Asturcom, 6 ottobre 2009, C-40/08.

²¹ Questa affermazione di maggiore onerosità del costo della gestione amministrativa dell'arbitrato rispetto al costo del contributo unificato dovuto per le cause in sede ordinaria è suscettibile di essere messa in discussione in conseguenza del vertiginoso aumento degli importi del contributo unificato che, rispetto alla originaria quantificazione al momento della sua introduzione nel 2002 risultano alla data odierna incrementati del 500% come è stato rilevato da una recente indagine pubblicata il 28 gennaio 2013 da Il Sole-24ore.

sotto questo profilo, della scelta arbitrale²².

D'altra parte, anche nel processo arbitrale vige il principio della soccombenza, in base al quale i costi del processo devono essere rimborsati alla parte vincitrice. In questa prospettiva deve essere disapprovata la tendenza degli arbitri (per la verità oggi meno diffusa che in passato) a compensare tra le parti i costi della procedura anche in assenza di plausibili ragioni giustificative di tale scelta. Quest'ultima, tra l'altro, poteva forse in passato trarre spunto da una inesatta percezione del fenomeno arbitrale, da taluno inteso quale strumento volto a perseguire una soluzione in senso lato transattiva della controversia.

Oggi una tale visione dell'arbitrato non è più sostenibile, anche alla luce della recente riforma del 2006 che ha fortemente accentuato la connotazione processuale dell'arbitrato (emblematica è, in proposito, l'equiparazione - di cui all'art. 824-bis c.p.c. - del lodo, quanto agli effetti, alla sentenza civile).

La tendenza dell'ordinamento processuale civile, tra l'altro, è evidentemente orientata a considerare eccezionale l'ipotesi di compensazione (parziale o totale) delle spese di causa (v. artt. 91 e 92 c.p.c. nel testo novellato nel 2009), e non vi è ragione per una diversa soluzione nell'ambito del processo arbitrale.

Attraverso il corretto uso del potere di allocare le spese originate dalla controversia, allora, il maggiore costo della procedura arbitrale dovrebbe tendenzialmente fare carico alla parte soccombente, rendendo neutri per la parte vincitrice gli effetti patrimoniali della scelta arbitrale, in astratto più onerosa di quella del giudizio ordinario.

Anche l'opzione per un organo arbitrale monocratico può contribuire a diminuire la maggiore onerosità dei costi arbitrali rispetto a quelli del giudizio ordinario e questa scelta, in effetti, è sempre più privilegiata nell'ambito dell'arbitrato amministrato, naturalmente ove la natura della controversia e la convenzione di arbitrato lo consentano.

L'arbitrato amministrato, per parte sua, si propone quale scelta privilegiata sia in ragione della prevedibilità dei costi della procedura (generalmente più competitivi di quelli risultanti dalle tariffe forensi), sia per la maggior professionalità del servizio complessivamente reso alle parti.

Come è stato rilevato da autorevole dottrina *“in questa materia la funzione delle Camere arbitrali è veramente preziosa e porta ad esaltare la convenienza dell'arbitrato amministrato e a giustificarne la preferenza rispetto all'arbitrato ad*

²²Si è in proposito rilevato che *“L'affermazione corrente che l'arbitrato sia oneroso, e che lo sia in misura incomparabilmente superiore al processo ordinario, risponde dunque al vero, ma si spiega con la complessività dell'apparato. In ogni caso essa vale solo nell'ottica dell'esborso di denaro, e non tiene conto dei costi che derivano dall'immobilizzazione dei capitali e dall'incertezza dei rapporti esasperata dalla durata del processo civile.”* (G. ALPA - V. VIGORITI *Arbitrato (nuovi profili dell')*, 67).

hoc.

Invero la formazione e la diffusione di tabelle contenenti le misure minime e massime delle spese dell'arbitrato nonché delle spese amministrative, e dei compensi agli arbitri, coniugate con la sottrazione agli arbitri e il conferimento agli organi delle istituzioni arbitrali del potere di determinare queste spese e questi compensi sono la risposta più idonea alle critiche e ai sospetti che, in materia di costi dell'arbitrato, hanno investito, soprattutto in questi ultimi tempi, l'arbitrato, giungendo sino a provocare provvedimenti legislativi per vietarne l'applicazione e proclamare la nullità dei relativi patti compromissori. Tutto ciò significa che l'arbitrato amministrato rappresenta la forma più evoluta di arbitrato, adeguata al nostro tempo e capace di rispondere all'attesa di soluzioni delle controversie rapide ed efficienti, e di garantire e soddisfare la domanda di giustizia di tutti, soggetti pubblici e privati.

*Arbitrato amministrato, dunque come "servizio" ma anche come "ufficio" socialmente elevato, strumento di giustizia a vantaggio della collettività e segno di progresso e di civiltà"*²³.

In ogni caso, e conclusivamente sul punto, deve rilevarsi che, come è stato recentemente sottolineato, l'arbitrato è un *genus* ricco di molte *species*, atte a garantire tutela anche in caso di ridotta importanza economica delle aspettative²⁴.

Merita infine un cenno, nella prospettiva qui sostenuta della convenienza della scelta arbitrale, la questione della fiscalità nell'arbitrato.

Esula certamente dalle finalità dell'intervento (e dalle capacità del suo autore) una approfondita disamina dei profili fiscali riconducibili al fenomeno arbitrale.

I complessi meccanismi dell'imposizione indiretta in tema di arbitrato formano oggetto di indagini specialistiche che, ancora recentemente, ne hanno chiarito l'ambito applicativo; ad essi è quindi opportuno fare rinvio per una esaustiva trattazione²⁵.

L'attenzione al profilo fiscale in questo contesto, invece, è incentrata sulla verifica della sussistenza o meno di ragioni che, dal punto di vista tributario, inducano a preferire lo strumento arbitrale al giudizio ordinario.

In disparte i profili relativi all'imposta di bollo, alla quale sono soggetti tutti gli atti e

²³ In questo senso, testualmente, C. PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1325 ss. spec. 1337.

²⁴ Cfr. G. ALPA - V. VIGORITI (*Arbitrato, (nuovi profili dell')*, cit., 67), i quali osservano che *"Il confronto fra processo ordinario e arbitrato in punto di costi non può essere quindi impostato in termini semplicistici, segnando solo la dispendiosità del secondo, perché l'arbitrato sa essere funzionale anche alla tutela di interessi minori, con oneri addirittura inferiori a quelli del processo ordinario."*

²⁵ Per una completa disamina dei profili fiscali dell'arbitrato v. per tutti DOMINICI, *Aspetti tributari in ALPA-VIGORITI* (a cura di), *L'arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, 2012, 1481 ss.

i provvedimenti del procedimento arbitrale, salva diversa regolamentazione, mentre nel processo civile ordinario l'imposizione avviene su base forfettaria (il c.d. *contributo unificato*), ciò che maggiormente rileva attiene all'imposta di registro.

Con riferimento a quest'ultima, a seguito delle riforme introdotte nel codice di rito in materia di arbitrato, risulta che il solo lodo arbitrale *omologato* è soggetto ad imposizione di registro secondo quanto disposto dall'art. 8 Tariffe, Parte I, allegata al T.U. n. 131/1986, purché emesso nel territorio dello Stato.

Un'imposizione, quindi, sostanzialmente analoga a quella applicabile alle sentenze del giudice civile ordinario.

Del tutto diversa, invece, l'ipotesi del lodo arbitrale *non omologato*, che è soggetto a tassazione *solo in caso d'uso* (art. 2, Tariffa, Parte II).

In questa prospettiva emerge un aspetto di maggior competitività dell'arbitrato.

Come è stato correttamente rilevato, infatti, *"tale disposizione rappresenta certamente l'aspetto caratterizzante dell'imposizione sull'arbitrato, in quanto finisce per rimettere all'interesse delle parti l'imposizione sul lodo, consentendo così di giungere alla soluzione della controversia e ad una spontanea attuazione del lodo senza l'aggravio di costi fiscali. In tal modo è l'interesse delle parti a condizionare l'imposizione, ricadendo sul soccombente anche l'onere dell'imposta di registro, evitabile in presenza della prevenzione della procedura esecutiva e della preventiva dichiarazione di esecutività del lodo finalizzata a ciò.*

*Con tale sistema di imposizione si è in effetti incentivato in modo rilevante il ricorso alla giustizia privata, sottraendo l'imposizione sul processo agli automatismi propri della funzione pubblica svolta dagli organi dell'amministrazione della giustizia "*²⁶*.*

La maggior appetibilità dello strumento arbitrale sotto il profilo dell'imposizione indiretta, peraltro, si esaurisce nei limiti sopra indicati (lodo non omologato che non necessiti del ricorso alla esecuzione forzata).

Il legislatore non ha sinora ritenuto opportuno introdurre norme agevolative della fiscalità indiretta nell'arbitrato, come invece ha fatto ad esempio in materia di procedimenti di mediazione finalizzati alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, di cui al D.lgs. 28 del 2010.

Ai sensi dell'art. 17 del menzionato Decreto, infatti, i verbali di conciliazione redatti presso organismi abilitati sono esenti dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, e l'imposta è dovuta solo per la parte eventualmente eccedente (l'intero procedimento, poi, è esente da imposta di bollo e sono previsti crediti di imposta, sino a 500 euro, per le indennità corrisposte agli organismi di mediazione).

E' evidente come la previsione di una analoga agevolazione fiscale per l'arbitrato potrebbe conseguire il risultato di incentivare le parti a fare ricorso allo strumento arbitrale, con conseguente effetto deflattivo del contenzioso civile ordinario.

²⁶ Cfr. TINELLI, *Profili Tributari dell'arbitrato*, in *Riv.Arb.*1993, 29, spec.38.

Pur non essendo possibile individuare l'importo in termini di minor gettito tributario di una siffatta previsione normativa, se si rammentano i costi per la collettività della inefficienza della giustizia civile (che la Banca d'Italia calcola in un punto percentuale del P.I.L. annuo) ne deriva che il minor gettito riveniente dalla imposizione indiretta applicata alle sentenze civili sarebbe ampiamente compensato dal minor costo globale del “*servizio giustizia*”.

In questa prospettiva non sembra allora azzardato auspicare un intervento del legislatore fiscale inteso ad agevolare - nei limiti compatibili con le esigenze di bilancio - il ricorso allo strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie civili e commerciali, contribuendo così a completare il quadro normativo che, come si è cercato di illustrare, determina la maggiore competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio civile ordinario.

Questo intervento agevolativo avrebbe, tra l'altro, l'effetto di invogliare le parti a ricorrere allo strumento arbitrale (in ipotesi all'arbitrato amministrato) con corrispondente diminuzione dell'accesso alla giustizia ordinaria.

Se è pacifica l'impossibilità per il legislatore di prevedere ipotesi di arbitrato obbligatorio, non altrettanto può dirsi di iniziative incentivanti sotto il profilo fiscale, idonee ad orientare la libera determinazione delle parti di avvalersi dello strumento arbitrale.

12. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni svolte in precedenza è possibile cercare di trarre le fila del discorso per giungere ad alcune sintetiche conclusioni.

Per quanto riguarda la astratta percorribilità della scelta arbitrale per la regolazione delle controversie che traggano origine da accordi di ristrutturazione del debito non sembra siano rinvenibili ostacoli che impediscano il ricorso all'arbitrato nella materia considerata.

Per quanto concerne le eventuali ragioni di inopportunità dell'opzione arbitrale, l'esito della sintetica comparazione tra processo ordinario e processo arbitrale che è stata svolta in precedenza depone significativamente in favore dell'arbitrato.

La maggior competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario quanto ai tempi di conseguimento di una decisione sul merito della lite è oggettivamente innegabile, anche a fronte delle statistiche sulla durata media di un giudizio di primo grado che sono state precedentemente ricordate.

L'aspetto sul quale è opportuno riflettere, peraltro, non è solo quello della velocità della conclusione del procedimento: altrettanta importanza, infatti, deve essere riconosciuta alla *disponibilità* dei tempi del processo arbitrale che è riservata alle parti e che è un vero e proprio valore aggiunto peculiare dello strumento arbitrale.

Anche per quanto riguarda il fattore costo, rispetto al quale non può negarsi una potenziale maggiore onerosità dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario, deve

rilevarsi il profilo economico dei numerosi vantaggi indiretti che sono offerti dall'arbitrato.

La possibilità di scegliere il giudice più adatto a risolvere una determinata controversia, invero, non ha termine di comparazione con il giudizio ordinario e costituisce un valore suscettibile di quantificazione economica.

La decisione assunta da persona competente, infatti, tende ad assicurare maggiore stabilità alla pronuncia ed a scoraggiare l'impugnazione, con evidenti vantaggi per la parte vittoriosa in termini di tempo necessario ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione controversa.

In questa prospettiva, allora, il maggior costo della procedura arbitrale si dissolve a fronte del costo riconducibile al protrarsi per molti anni (in qualche caso oltre un decennio) delle controversie davanti al giudice ordinario con conseguente impossibilità di programmazione basata sull'esito della lite.

L'arbitrato, specialmente se amministrato con conseguente controllo sulla regolarità formale della procedura, esce vincitore anche nella sfida sul costo, per le ragioni sinteticamente ricordate in precedenza.

Certo il cammino per una compiuta affermazione dell'arbitrato è ancora lungo, ma non è senza significato che - in un recente convegno - il Vice-Presidente della Corte Costituzionale abbia avuto modo di osservare che *«intermediazione preventiva e arbitrato possono anche lasciare scorgere, naturalmente in lontananza, lo scenario, eventuale e probabile, di un futuro privatistico della stessa giustizia civile e amministrativa»*²⁷.

Non vi sono allora ragioni per escludere la possibile convivenza tra accordi di ristrutturazione dei debiti e strumento arbitrale, specialmente se l'opzione in favore di quest'ultimo è accompagnata dall'ulteriore scelta dell'arbitrato amministrato che garantisce ex ante la conoscibilità delle regole del processo e dei costi della procedura.

In questa prospettiva non sembrano rinvenibili oggettive ragioni, né sotto il profilo giuridico, né sotto quello dell'opportunità, che giustifichino la mancata opzione in favore dello strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie originate da accordi ex art. 182 *bis* l.f.

D'altra parte, e conclusivamente, è singolare la constatazione che vede da un lato gli operatori escludere il ricorso allo strumento arbitrale nell'ambito dei menzionati accordi e, dall'altro, le banche sottoporre a giudizio arbitrale le controversie che possano tra loro insorgere in relazione agli obblighi derivanti dal “Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare

²⁷ L. MAZZELLA, *Riflessioni sulla giustizia tra teoria e prassi*, intervento al Convegno “La giustizia: teoria e prassi”, organizzato dalla Scuola Superiore di studi avanzati Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Roma, 6 marzo 2013, pag. 12 del dattiloscritto.

le crisi d'impresa", predisposto dalla Associazione Bancaria Italiana (circolare serie legale n. 9 del 3 aprile 2000).

Anche per queste ragioni non può che auspicarsi che in futuro gli accordi di ristrutturazione dei debiti contemplino il ricorso alla soluzione arbitrale, mediante procedura amministrata, per la risoluzione delle controversie che da essi traggano origine.