

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati
Dott. LOMBARDO Luigi G. - Presidente -
Dott. ORILIA Lorenzo - rel. Consigliere -
Dott. BELLINI Ubaldo - Consigliere -
Dott. COSENTINO Antonello - Consigliere -
Dott. ABETE Luigi - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso n. 16307/2018 proposto da TECTON SOC. COOP. in liquidazione coatta amministrativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Simona Della Casa, Giorgio Descovich, e Claudio Russo;

- ricorrente -

contro

C.M.A. - Cooperativa Modenese Autotrasportatori Soc. Coop. in liquidazione coatta amministrativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Anselmo Sovieni, e Marco Meliti;

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte di Appello di Bologna n. 2810/2017, resa pubblica il 28.11.2017;
Udita la relazione della causa svolta dal Consigliere Dott. Lorenzo Orilia;
Udito il Sostituto Procuratore Generale, Dott.ssa Ceroni Francesca, che ha concluso per il rigetto del ricorso;
Uditi i Difensori delle parti.

Svolgimento del processo

1. Il 24 luglio del 2012 tra C.M.A.-Cooperativa Modenese Autotrasportatori e Tecton soc. coop. venne sottoscritto un contratto di subappalto per la realizzazione di un intervento edilizio in (OMISSIS), su un immobile di proprietà della Corte Corsini s.r.l., e venne concordato, a favore della subappaltatrice C.M.A., un corrispettivo di Euro 459.364,88 oltre eventuali maggiori importi per varianti o opere aggiuntive.

Dopo l'esecuzione dei lavori, la subappaltatrice C.M.A. emise fatture per complessivi Euro 475.052,74 e, in conseguenza del mancato pagamento, propose, nei confronti della committente debitrice Tecton, istanza di fallimento, poi oggetto di rinuncia per intervenuto accordo.

Il 30 maggio 2013, la Tecton propose nei confronti della C.M.A. domanda di arbitrato per ottenere la dichiarazione di risoluzione del contratto di subappalto, la determinazione del compenso spettante alla subappaltatrice C.M.A. in ragione, non già del corrispettivo convenuto, ma del valore venale delle opere e, infine, per ottenere il risarcimento dei danni provocati dall'iniziativa prefallimentare e quantificati nella misura di Euro 957.588,55.

La C.M.A. si oppose alle domande e, in via riconvenzionale, chiese il pagamento del corrispettivo maturato per le opere svolte.

In data 16.10.2014 la C.M.A. venne ammessa alla liquidazione coatta amministrativa e in data 30.10.2014 venne pubblicato il decreto ministeriale che dichiarava aperta la procedura concorsuale. Successivamente, con lodo depositato in data 12.11.2014, il collegio arbitrale, respinta la domanda principale di risoluzione del subappalto avanzata alla Tecton, accolse la domanda risarcitoria per l'iniziativa prefallimentare, riducendo l'importo richiesto a Euro 75.000,00, oltre rivalutazione e interessi. In accoglimento della domanda riconvenzionale della C.M.C, condannò la Tecton a pagare la somma di Euro 475.052,74, oltre interessi commerciali ex lege n. 231 del 2002.

2. Con atto 23.12.2014 Tecton impugnò il lodo davanti alla Corte d'Appello di Bologna deducendo:

- 1) che, essendo intervenuta nelle more la procedura di liquidazione coatta amministrativa nei confronti del creditore C.M.A., il lodo era stato pronunciato al di fuori della convenzione di arbitrato e senza rispettare il principio del contraddittorio;
- 2) che, per effetto della procedura concorsuale, il contratto si sarebbe sciolto e, pertanto, sarebbe divenuta inefficace la clausola compromissoria alla stregua della quale era stato radicato il giudizio arbitrale;
- 3) che il collegio arbitrale aveva violato gli artt. 100 c.p.c. e 1223 e 1458 c.c., affermando la carenza di interesse della Tecton a chiedere la risoluzione del contratto di appalto già integralmente eseguito;
- 4) che, in violazione degli artt. 1223, 1458 e 2041 c.c., il Collegio, ritenuta assorbita la domanda ex art. 2041 c.c. nell'ambito della reiezione della domanda risoluzione, aveva considerato comunque inapplicabile la suddetta norma;
- 5) che il collegio arbitrale aveva indebitamente determinato in via equitativa, ex art. 1226 c.c., il risarcimento spettante alla Tecton. La C.M.A. chiese il rigetto dell'impugnazione.

3. La Corte d'Appello di Bologna, con sentenza 28.11.2017, ha respinto l'impugnazione del lodo, osservando, per quanto ancora interessa in questa sede:

- 1) che la Tecton era carente di interesse rispetto alla questione del contraddittorio e che, comunque, la censura era infondata, perchè la C.M.A. era stata ammessa alla liquidazione coatta in data 16.11.2014, dopo che si erano concluse tutte le attività difensive e si era svolta (in data 10 ottobre 2014) l'udienza di discussione;
- 2) che il lodo era stato pronunciato in data 12.11.2014, quando il contratto era ancora valido ed efficace, perchè la pubblicazione del decreto ministeriale di liquidazione coatta risaliva al 30.10.2014: da quella data il commissario liquidatore aveva avuto un termine di 60 giorni per deliberare se subentrare o meno nel contratto di subappalto e, durante tale spatium deliberandi, il contratto era rimasto valido ed efficace, seppur quiescente; non poteva inoltre trovare applicazione l'art. 17 del contratto di subappalto (risoluzione in caso di apertura di procedure concorsuali), posto che tale norma doveva ritenersi inefficace ai sensi della L.Fall., art. 72, comma 6, (applicabile anche alla procedura di liquidazione coatta amministrativa per effetto del richiamo operato dalla L.Fall., art. 201), con l'ulteriore conseguenza dell'improduttività di effetti della missiva con cui la Tecton aveva inteso esercitare il diritto riconosciuto dall'art. 17; inoltre, non risultava specificata la violazione del principio del contraddittorio;

4. Contro tale pronuncia, ha proposto ricorso per cassazione la Tecton sulla base di due motivi, contrastati con controricorso dalla C.M.A. in liquidazione.

Con ordinanza interlocutoria n. 22463/2021, resa all'adunanza camerale del 24.6.2021, il Collegio ha rinviato la causa alla pubblica udienza per il rilievo nomofilattico della questione circa l'efficacia della clausola compromissoria qualora sia pendente il termine per l'esercizio della facoltà spettante al commissario liquidatore L.Fall., ex art. 81 e, conseguentemente, circa l'assoggettamento del credito alla procedura di liquidazione coatta amministrativa.

Il Pubblico Ministero ha rassegnato conclusioni scritte chiedendo il rigetto del ricorso.

Le parti hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c.

All'udienza pubblica, il Pubblico Ministero ha insistito nelle precedenti richieste.

I difensori hanno discusso la causa riportandosi ai rispettivi scritti.

Motivi della decisione

1. Preliminarmente, va disattesa la richiesta di interruzione del giudizio di cassazione avanzata il 24.2.2021 dal difensore della Tecton in ragione della liquidazione coatta amministrativa intervenuta nelle more del giudizio di legittimità: essendo il giudizio di cassazione dominato dall'impulso di ufficio, non rilevano gli eventi che colpiscono le parti, come costantemente affermato da questa Corte (cfr. tra le varie, Sez. 1, n. 27143 del 15/11/2017, Rv. 646008 - 01; Sez. 1, n. 7477 del 23/03/2017, Rv. 645844 - 01; Sez. L, n. 21153 del 13/10/2010, Rv. 614856 - 01; Sez. U, n. 14385 del 21/06/2007, rv. 598042 - 01; lo stesso principio vale per la liquidazione coatta amministrativa: Sez. 1, Sentenza n.9461 del 2020; Sez. lav., 22/03/2004, n. 5699; Sez. U, n. 6224 del 23/10/1986, Rv. 448482 - 01; Sez. U., 17/02/1983, n. 1196).

1.1. Passando adesso all'esame dei motivi di ricorso, col primo di essi la ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione al combinato disposto dell'art. 829 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 9, e della L.Fall., artt. 21, 52 e 93, per non avere la Corte territoriale rilevato la nullità del lodo pronunciato fuori dei limiti della convenzione di arbitrato e per il mancato rispetto del principio del contraddittorio.

Osserva che il provvedimento di liquidazione coatta è stato emesso in pendenza del termine per il deposito del lodo e senza che gli arbitri fossero stati messi a conoscenza della procedura concorsuale, con conseguente impossibilità per gli stessi di assumere quei provvedimenti necessari a garantire il rispetto del contraddittorio a norma dell'art. 816 sexies c.p.c., comma 1.

Ritiene quindi che il lodo pronunciato nei confronti di un soggetto privo di capacità sostanziale e processuale dovrebbe essere dichiarato nullo e, comunque, inefficace.

Rimprovera alla Corte d'Appello di avere errato nel qualificare i soggetti il cui diritto di difesa è stato leso dalla pronuncia del lodo e richiama, a tal fine, il principio dell'avocazione in sede fallimentare di tutte le azioni dirette a far valere diritti di credito, principio applicabile anche quando - come nel caso in esame - l'asserito credito verso il fallimento sia opposto in compensazione di un credito del fallito.

2. Col secondo motivo, la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 4 e 9, e comma 3, per non avere la Corte territoriale rilevato la nullità del lodo pronunciato fuori dei limiti della convenzione di arbitrato, nonché la violazione e falsa applicazione della L.Fall., artt. 201, 72, 81 e 83: dopo aver richiamato la L.Fall., art. 83 bis, la ricorrente rileva che, nel caso in esame, il contratto di subappalto si è comunque sciolto sia per la mancata dichiarazione di subentro da parte del commissario liquidatore sia per effetto della espressa dichiarazione 18.12.2014 da essa formulata nell'esercizio di una specifica facoltà contenuta nell'art. 17 del contratto di subappalto. Dal venir meno del contratto di appalto fa quindi discendere il venir meno anche della clausola arbitrale, sicché - a suo dire - gli arbitri non avevano più il potere di decidere la controversia ad essi devoluta sulla base di una convenzione ormai non più vincolante.

Il lodo, quindi, sempre a dire della ricorrente, sarebbe stato emesso da un collegio arbitrale incompetente per sopravvenuta inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato, tempestivamente eccepita con l'impugnazione: gli arbitri avrebbero dunque deciso fuori dei limiti del compromesso.

Rileva inoltre la ricorrente che lo scioglimento del contratto di appalto per il fallimento dell'appaltatore a norma della L.Fall., art. 81 costituisce un effetto legale ex nunc della sentenza dichiarativa e non della decorrenza del termine per la comunicazione della dichiarazione di subentro.

Ritiene pertanto errata l'affermazione della Corte d'Appello, secondo cui il contratto si considera sciolto solo al decorrere del termine assegnato al curatore per l'esercizio della facoltà di subentro. Ritiene inoltre inapplicabile al caso di specie la norma della L.Fall., art. 72, comma 6, (che

stabilisce l'inefficacia delle clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento), la quale - secondo la ricorrente - si riferirebbe solo ai contratti bilateralmente ineseguiti, come sarebbe imposto da ragioni sistematiche e dalla stessa ratio della norma, destinata a consentire al curatore l'esercizio della facoltà di subentro in rapporti contrattuali che, in quanto non ancora eseguiti da entrambi i contraenti, potrebbero costituire poste attive per la massa dei creditori; il che non potrebbe dirsi per i contratti non più in esecuzione. E richiama dottrina e giurisprudenza di merito. Rimprovera poi alla Corte di merito di avere escluso l'intuitus personae.

3. Ritiene il Collegio che il secondo motivo di ricorso sottopone alla Corte "questioni di massima di particolare importanza", che vanno rimesse alla decisione delle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2.

Si tratta, innanzitutto, di stabilire quale sia la sorte della clausola compromissoria inserita in un contratto di appalto (o di subappalto) e la permanenza della potestas iudicandi del collegio arbitrale, qualora tale collegio, ignorando l'intervenuta apertura della procedura concorsuale (fallimento o liquidazione coatta amministrativa), pronunci il lodo durante il decorso del termine di 60 giorni che la legge fallimentare concede al curatore, in caso di fallimento (L.Fall., art. 81) o, come nel caso in esame, al commissario liquidatore (L.Fall., art. 201 che fa espresso richiamo anche alla sezione IV del Titolo II, Capo III) per decidere di subentrare o meno nel rapporto.

La particolare rilevanza della questione era già stata colta in sede di adunanza camerale ed aveva indotto il Collegio a rinviare la causa alla pubblica udienza (cfr. ordinanza interlocutoria n. 22463/2021 del 24.6.2021 cit).

Il panorama normativo di riferimento è il seguente:

- art. 816 sexies c.p.c. (Morte, estinzione o perdita di capacità della parte) comma 1: "Se la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio. Essi possono sospendere il procedimento".

- L.Fall., art. 72 (Rapporti pendenti), comma 6, a norma del quale "sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento";

- L.Fall., art. 81 (Contratto di appalto):

"Il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie".

"La prosecuzione del rapporto non è consentita nel caso di fallimento dell'appaltatore, quando la considerazione della sua persona è stato un motivo determinante del contratto".

"Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche".

- L.Fall., art. 83 bis (Clausola compromissoria): "Se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito".

- L.Fall., art. 200, comma 1 (Effetti del provvedimento di liquidazione per l'impresa): "Dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si applicano gli artt. 42, 44, 45, 46 e 47 e se l'impresa è una società o una persona giuridica cessano le funzioni delle assemblee e degli organi di amministrazione e di controllo, salvo per il caso previsto dall'art. 214".

- L.Fall., art. 201 (Effetti della liquidazione per i creditori e sui rapporti giuridici preesistenti):

"Dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si applicano le disposizioni del titolo II, capo III, sezione II e sezione IV e le disposizioni dell'art. 66."

"Si intendono sostituiti nei poteri del tribunale e del giudice delegato l'autorità amministrativa che vigila sulla liquidazione, nei poteri del curatore il commissario liquidatore e in quelli del comitato dei creditori e in quelli del comitato di sorveglianza".

Secondo un principio generale, costantemente affermato da questa Suprema Corte, lo scioglimento del contratto di appalto in conseguenza del fallimento dell'appaltatore, a norma della L.Fall., art. 81,

costituisce un effetto legale "ex nunc" della sentenza dichiarativa (cfr. tra le tante Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 21411 del 18/09/2013 Rv. 627933; Sez. 1, Sentenza n. 23810 del 20/11/2015 Rv. 637708; Sez. 1, Ordinanza n. 20398 del 2017).

Tali massime, però, non soccorrono nel caso di specie, la cui peculiarità sta nel fatto che, come risulta dalla sentenza impugnata (v. pagg. 4 e 5), la procedura concorsuale è intervenuta proprio in pendenza del deposito del lodo e ad istruttoria ormai chiusa: infatti, il decreto ministeriale di apertura della procedura è stato pubblicato il 30 ottobre 2014, successivamente al deposito delle comparse conclusionali e di replica e dopo l'udienza di discussione, ma prima del lodo, che è stato pronunciato il successivo 12.11.2014.

Altra peculiarità della fattispecie sottoposta al giudizio della Corte sta nel fatto che, nei dodici giorni compresi tra la data di pubblicazione del decreto ministeriale di apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa e la pubblicazione del lodo, nessuna delle parti ha provveduto a comunicare agli arbitri l'evento, con la conseguenza che il provvedimento è stato emesso dal collegio arbitrale all'oscuro della intervenuta liquidazione coatta e nelle more dello spatium deliberandi di 60 giorni spettante ex lege al commissario liquidatore ai fini dell'eventuale subentro nel rapporto (termine spirato il 29 dicembre 2014 senza alcuna dichiarazione di subentro).

Occorre quindi stabilire quale sia la natura della fase dedicata allo spatium deliberandi del curatore (o del commissario liquidatore) e quale sia la sorte del lodo intervenuto in questa fase.

Secondo una parte della dottrina, durante lo spatium deliberandi riservato al curatore, si verificherebbe una fase di quiescenza o di sospensione degli effetti del contratto, una sorta di "blocco" con salvezza, comunque, della potestas iudicandi, soluzione questa - adottata dalla Corte d'Appello e condivisa dalla difesa della controricorrente - che individua il momento della risoluzione del contratto nella scadenza del termine di 60 giorni concesso dalla L.Fall., art. 81 al curatore per deliberare l'eventuale subentro nel contratto, senza che la dichiarazione di subentro sia intervenuta: in tal caso, lo scioglimento del contratto di appalto, piuttosto che conseguenza automatica del fallimento di uno dei contraenti, sarebbe l'effetto della scelta del curatore, che nel termine di legge non ha dichiarato di volere subentrare nel rapporto; secondo altra dottrina, invece, durante lo spatium deliberandi riservato al curatore si verificherebbe comunque l'inefficacia di tutte le clausole contrattuali, compresa la clausola compromissoria, inefficacia, fondata sull'automatico scioglimento del contratto dovuto agli effetti ex nunc della sentenza dichiarativa di fallimento - o del decreto di liquidazione coatta amministrativa - dell'appaltatore, anche in applicazione della L.Fall., art. 83 bis (tesi sostenuta dalla odierna ricorrente sulla scorta di qualche pronuncia di merito).

Le conseguenze della scelta tra l'una e l'altra opzione sono rilevanti: nel primo caso, infatti, la sorte della operatività della clausola arbitrale sarebbe dipendente dal potere di subentro riconosciuto al curatore (o commissario liquidatore) e, quindi, il lodo intervenuto nelle more dello spatium deliberandi riconosciuto al curatore sarebbe valido (lo scioglimento del contratto L.Fall., ex art. 81 sarebbe, dunque, l'effetto eventuale di una precisa scelta dell'organo fallimentare); nel secondo caso, invece, il giudizio arbitrale sarebbe comunque improseguibile e il lodo eventualmente pronunciato sarebbe affetto da nullità per carenza di potestas iudicandi.

Ulteriore questione di diritto da risolvere, che presenta i caratteri di "questione di massima di particolare importanza", è rappresentata dalla portata della L.Fall., art. 72, occorrendo stabilire, innanzitutto, se la norma (che sancisce l'inefficacia delle clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento) sia applicabile ai soli contratti non ancora eseguiti da entrambi i contraenti oppure anche ai contratti non più in esecuzione.

Sul versante giurisprudenziale, nel 2003 le Sezioni Unite di questa Suprema Corte, sulla scia di una risalente pronuncia del 1969 (la n. 2064/1969 sempre delle SS.UU.) affermarono il principio secondo cui in sede arbitrale non possono essere fatte valere ragioni di credito vantate verso una parte sottoposta a fallimento o ad amministrazione straordinaria, giacché l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri, proprio del compromesso o della clausola compromissoria, è in ogni caso (si

tratti cioè di arbitrato rituale o di arbitrato irrituale) paralizzato dal prevalente effetto, prodotto dal fallimento o dalla apertura della procedura di amministrazione straordinaria, dell'avocazione dei giudizi, aventi ad oggetto l'accertamento di un credito verso l'impresa sottoposta alla procedura concorsuale, allo speciale, ed inderogabile, procedimento di verifica dello stato passivo (cfr. Sez. U, Sentenza n. 9070 del 06/06/2003 Rv. 563982; nello stesso senso v. la più recente Sez. U, Ordinanza n. 15200 del 21/07/2015 Rv. 635994).

Il principio è stato ribadito in altre pronunce: v. Sez. 1, Sentenza n. 17891 del 04/09/2004 Rv. 576708, ove si afferma che, quando nel corso di un giudizio arbitrale una delle parti costituite venga dichiarata fallita prima della deliberazione e della sottoscrizione del lodo e il curatore faccia valere, con l'impugnazione del dictum arbitrale, tale circostanza chiedendo l'improcedibilità del giudizio, il giudice di merito deve dichiarare tale improcedibilità per la vis attractiva della L. Fall., che determina la improcedibilità delle pretese fatte valere nei procedimenti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento.

La ratio comune sta nell'esigenza di concentrare davanti ad un unico organo, individuato attraverso il procedimento stabilito dalla legge speciale, tutte le azioni dirette a far valere diritti di credito sul patrimonio del debitore insolvente, per assicurare, anche nella successiva fase di cognizione, il concorso dei creditori (e dei titolari di diritti reali mobiliari) con il contraddittorio esteso a tutti i creditori potenzialmente concorrenti e realizzare così, nel *simultaneus processus*, il principio della *par condicio creditorum* (cfr. Sentenza n. 17891 del 04/09/2004 cit.; Sez. U, Sentenza n. 9070 del 2003 cit.). Nel caso che ci occupa, davanti agli arbitri si discuteva sostanzialmente non solo di crediti vantati verso l'impresa sottoposta a procedura concorsuale, ma anche di crediti contrapposti (infatti, con la domanda di accesso all'arbitrato la committente Tecton aveva avanzato una rilevante pretesa risarcitoria per Euro 957.588,55, somma poi drasticamente ridimensionata dagli arbitri ad Euro 75.000,00, a fronte di una contrapposta domanda riconvenzionale di pagamento di compenso di Euro 475.052,74 oltre interessi avanzata dalla C.M.C., riconvenzionale integralmente accolta, per cui in definitiva la parte debitrice non è risultata l'impresa C.M.C. sottoposta alla procedura concorsuale, ma il committente).

Le questioni di diritto da risolvere, per la delicatezza della materia su cui vertono e per il loro rilevante impatto sulla economia reale, assumono i caratteri di "questioni di massima di particolare importanza", che impongono la rimessione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2.

P.Q.M.

visto l'art. 374 c.p.c., comma 2, rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma, il 25 novembre 2021.

Depositato in Cancelleria il 16 marzo 2022.