

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO



CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA
A.A. 2022/2023

I POTERI CAUTELARI DEGLI ARBITRI:
DAL DIVIETO NORMATIVAMENTE POSTO *EX ART. 818 C.P.C.* ALLA LEGITTIMAZIONE DELLA
POTESTÀ CAUTELARE ARBITRALE NELLA C.D. RIFORMA CARTABIA

RELATRICE: CHIAR.MA PROF.SSA BEATRICE ZUFFI

LAUREANDO: SIMONLUCIO IDOLO SCARPELLI
MATRICOLA N. 1198181

Alla mia famiglia.

Ai miei genitori, a cui devo tutto. Siete parte integrante di ogni mio piccolo successo.

Alla mia sorellina Claudia, conforto nei momenti più bui.

Ad Alice, mi hai dato l'immensa gioia dei miei due nipotini.

Ai miei nonni, Rosa, Pino e Idolo, che più di chiunque avrebbero voluto esserci.

Alla mia nonna Enza, presente ogni giorno della mia vita.

Questo traguardo sarebbe stato impossibile senza di te.

INDICE

<i>Introduzione</i>	1
---------------------------	---

CAPITOLO I

TUTELA CAUTELARE E ARBITRATO: LA NORMATIVA INTERNA PRIMA DELLA C.D. RIFORMA CARTABIA

PARTE PRIMA: L'ORIGINARIA DISCIPLINA DELLA TUTELA CAUTELARE NEL C.P.C.

<i>1.1 La tutela cautelare nell'ordinamento italiano: i provvedimenti cautelari e il procedimento cautelare uniforme</i>	6
<i>1.1.1 L'esigenza di una tutela cautelare tout court</i>	6
<i>1.1.2 I presupposti della tutela cautelare: il periculum in mora e il fumus boni iuris</i>	7
<i>1.1.2.1 (Segue): Cenni sui caratteri connotanti dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.</i>	13
<i>1.1.3 Il procedimento cautelare uniforme (cenni)</i>	14
<i>1.2 Il divieto di attribuzione di poteri cautelari agli arbitri ai sensi dell'originario art. 818 c.p.c.</i>	18
<i>1.2.1 L'assenza di legittimazione cautelare negli arbitri</i>	20
<i>1.2.2 La carenza del c.d. imperium negli arbitri</i>	21
<i>1.2.2.1 (Segue): Critiche alla teoria</i>	23
<i>1.2.3 L'esclusione sistematica della cognizione sommaria per gli arbitri</i>	26
<i>1.2.3.1 Arbitrato e istruzione preventiva</i>	28
<i>1.2.4 Raccordo fra la disciplina cautelare uniforme e le norme sul procedimento arbitrale</i>	31
<i>1.2.4.1 La competenza cautelare in presenza di convenzione arbitrale per arbitrato interno</i>	31
<i>(Segue): ... ed in presenza di convenzione per arbitrato estero</i>	34
<i>1.2.4.2 L'inefficacia del provvedimento cautelare in presenza di convenzione arbitrale ed altre vicende procedurali</i>	38
<i>1.2.5 La vexata quaestio della compatibilità della tutela cautelare con l'arbitrato libero (irrituale)</i>	39
<i>1.2.5.1 La tesi della rinuncia alla giurisdizione statale quale rinuncia tanto alla tutela di merito quanto a quella cautelare</i>	42
<i>1.2.5.2 L'implicito riconoscimento dell'ammissibilità della tutela cautelare in caso di controversie compromesse in arbitrato irrituale</i>	45

1.2.5.3	<i>L'evoluzione normativa</i>	47
1.2.5.4	<i>Problemi di coordinamento con le norme uniformi</i>	48

PARTE SECONDA: LE PRIME APERTURE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO ALL'ATTRIBUZIONE DI POTERI CAUTELARI AGLI ARBITRI

1.3	<i>La sospensione delle delibere societarie impugnate</i>	50
1.3.2	<i>L'articolo 35, c. 5, del decreto legislativo n. 5/2003</i>	50
1.3.2.1	<i>La vexata quaestio relativa alla tipologia degli atti sospendibili</i>	53
1.3.2.2	<i>Il riparto della competenza cautelare e la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari prima della costituzione del collegio arbitrale. L'applicabilità dell'art. 2378 co. 3-4 c.c.</i>	54
1.3.2.3	<i>L'ordinanza non reclamabile</i>	58
1.3.2.4	<i>La natura del provvedimento cautelare di sospensione delle delibere impugnate</i>	60
1.3.3	<i>La dubbia ammissibilità di clausole compromissorie statutarie volte a prevedere arbitrati liberi in ambito societario</i>	63
1.3.4	<i>L'attesa riforma introdotta dal decreto legislativo 40/2006</i>	66
1.3.4.1	<i>La clausola di salvezza delle diverse disposizioni di legge prevista nell'art. 818 c.c.</i> 66	
1.4	<i>Le previsioni di alcuni regolamenti di arbitrati amministrati nazionali in materia cautelare</i>	67
1.4.2	<i>L'arbitrato c.d. amministrato</i>	67
1.4.3	<i>I regolamenti italiani</i>	71

CAPITOLO II

LA LEGITTIMAZIONE CAUTELARE ARBITRALE NELL'ESPERIENZA DI ALCUNI ORDINAMENTI STRANIERI E NELLE REGOLAMENTAZIONI DELLE ISTITUZIONI ARBITRALI PERMANENTI DI RILEVANZA INTERNAZIONALE

2.1	<i>L'attribuzione di poteri cautelari agli arbitri nell'attuale contesto normativo internazionale</i>	75
2.1.1	<i>Le fonti convenzionali internazionali</i>	75
2.1.2	<i>UNCITRAL: La legge modello sull'arbitrato commerciale internazionale e l'opera di armonizzazione delle legislazioni interne in materia cautelare arbitrale</i>	77
2.1.3	<i>La legittimazione cautelare nell'arbitrato estero</i>	86

2.1.3.1 Svizzera: La potestà cautelare arbitrale attribuita ipso iure e il modello c.d. di concorrenza piena	86
2.1.3.2 Inghilterra: La clausola attributiva di poteri cautelari: “the parties are free to agree”	87
2.1.3.3 Francia: La legittimazione della potestà cautelare degli arbitri ed il regime del c.d. doppio binario	92
2.1.3.4 Germania: La competenza cautelare arbitrale ai sensi della sezione 1041 dello ZPO	94
2.1.3.5 Spagna: L’articolo 23 della LA del 2003 e l’attribuzione della potestà cautelare agli arbitri	96
2.2 Le previsioni regolamentari in materia di misure cautelari offerte dalle principali istituzioni arbitrali a livello internazionale.....	97
2.2.1 La principale forma di arbitrato commerciale internazionale: Arbitrato amministrato	97
2.2.1.1 Il regolamento dell’International Chamber of Commerce (ICC)	98
2.2.1.2 Il regolamento della London Court of International Arbitration (LCIA)	103
2.2.1.3 Altri regolamenti	106
2.3 L’Italia quale sede di arbitrato commerciale internazionale	109

CAPITOLO III

LA RIFORMA DELL’ARBITRATO NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE QUALE FRUTTO DELLA C.D. RIFORMA CARTABIA

3.1 Le direttive sulle modifiche da apportare in materia d’arbitrato contenute nella legge di delega n. 206/2021.....	116
3.1.1 L’attribuzione generalizzata del potere cautelare agli arbitri.....	118
3.1.1.1 Il sistema esclusivo per la competenza cautelare optato dalla Riforma Cartabia	119
3.1.1.2 L’espressa volontà delle parti	122
3.1.1.3 Il problema relativo alla carenza di poteri coercitivi degli arbitri e l’attuazione delle misure cautelari arbitrali	125
3.1.1.4 Il reclamo e la temuta ingerenza del giudice sull’andamento del procedimento arbitrale	132
3.1.1.5 La revoca e modifica del provvedimento cautelare	137
3.1.1.6 La sopravvenuta inefficacia del provvedimento cautelare	140

3.1.1.7	<i>La tutela cautelare e l'arbitrato irrituale</i>	142
3.1.2	<i>L'impatto della riforma dell'arbitrato sulla sospensione delle delibere assembleari</i>	145
3.1.2.1	<i>Il riordino delle norme che disciplinano l'arbitrato societario nel codice di rito</i>	145
3.1.2.2	<i>La sospensione delle deliberazioni assembleari ai sensi del nuovo art. 838-ter co. 4</i>	147
3.1.3	<i>Le modifiche apportate al Regolamento della Camera arbitrale di Milano a seguito della riforma dell'articolo 818 c.p.c. La figura dell'arbitro d'urgenza</i>	155
	Conclusioni.....	161
	BIBLIOGRAFIA	167

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si pone l'obiettivo di analizzare l'evoluzione dell'ordinamento italiano in ordine alla *vexata quaestio* della potestà cautelare arbitrale. Il quesito se i soggetti privati incaricati dalle parti di decidere la lite tra loro intercorrente in base ad una pattuizione compromissoria possano essere investiti del potere di adottare delle misure conservative o anticipatorie volte a cautelare il diritto oggetto di controversia, è stato oggetto di un lungo dibattito in dottrina e in giurisprudenza, principalmente in ragione del tradizionale convincimento che gli arbitri siano privi del c.d. *ius imperii* e che la concessione dei provvedimenti cautelari, in quanto strettamente connessa all'esigenza della loro attuazione, costituisca una prerogativa esclusivamente statale.

Con l'entrata in vigore del D. lgs. 149/2022, recante l'attuazione della c.d. Riforma Cartabia in base alle direttive di cui alla l. n. 206/2021, l'art. 818 c.p.c., che originariamente implicava un generale divieto per gli arbitri di pronunciare misure cautelari, è stato per così dire rovesciato; infatti l'attuale primo comma sancisce che: «Le parti, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali, possono attribuire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'istaurazione del giudizio arbitrale. La competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva.».

Gli studiosi che da tempo auspicavano l'avallo normativo sulla legittimazione della potestà cautelare arbitrale hanno evidenziato come il crescente ricorso alla figura dell'arbitrato quale meccanismo di risoluzione delle controversie e il fisiologico consequenziale aumento delle tempistiche procedurali di questo metodo alternativo di soluzione delle controversie, avessero palesato l'esigenza di consentire, specie in sede di arbitrato internazionale, ai collegi arbitrali di adottare provvedimenti capaci di preservare la situazione di fatto o di diritto ovvero di anticipare (in parte) gli effetti della futura decisione nelle more del giudizio di merito.

L'analisi prospettata richiederà, anzitutto, un rapido cenno alla disciplina positiva della tutela cautelare prevista per il giudizio statale. Pertanto, in apertura del presente elaborato, sarà analizzata la funzione della tutela cautelare, le sue caratteristiche e nondimeno il procedimento entro il quale questa si esplica, affinché il lettore possa avere tutti gli

strumenti necessari per comprendere le conseguenze della legittimazione della potestà cautelare arbitrale ai sensi del D. lgs. 149/2022.

In seguito saranno vagliate sia le *rationes* rinvenute dalla dottrina alla base del divieto originariamente posto dall'art. 818 c.p.c. sia l'ampiezza e le conseguenze applicative di detto divieto. A ciò seguirà un *excursus* sull'evoluzione normativa antecedente la Riforma Cartabia con specifico *focus* sul decreto legislativo n. 5/2003 recante la nuova disciplina dell'arbitrato societario e legittimante il potere cautelare degli arbitri di sospendere le deliberazioni assembleari.

L'analisi dell'attuale disciplina sarà altresì preceduta da un confronto comparatistico con diversi sistemi giuridici: passeremo in rassegna gli ordinamenti della Svizzera, dell'Inghilterra, della Francia, della Germania e della Spagna. Ciò permetterà di evidenziare come l'originaria impostazione prevista nel nostro ordinamento rappresentasse ormai da tempo una posizione retrograda (frutto di un atteggiamento di sostanziale diffidenza verso l'arbitrato) ed eccentrica anche rispetto alle soluzioni invalse nei regolamenti delle istituzioni arbitrali permanenti di rilievo internazionale.

Giunti al cuore del presente elaborato, saranno vagliate le principali tematiche concernenti e conseguenti il riconoscimento della *potestas* cautelare arbitrale operato con la recente Riforma Cartabia. Detta rassegna sarà posta con riferimento tanto ai principi e criteri direttivi contenuti nella legge di delega, quanto alle norme attuative introdotte nel codice di rito con il D. lgs. 149/2022. Specificatamente, verranno anzitutto analizzate le scelte legislative e relative conseguenze del modello di riconoscimento della potestà cautelare degli arbitri non *ex lege* bensì per espressa volontà delle parti e del modello di legittimazione (tendenzialmente) esclusivo della nuova *potestas* arbitrale. Ancora, verranno passate in rassegna le direttive della legge delega e le relative disposizioni attuative circa lo speciale reclamo di cui art. 818-*bis* c.p.c. Nel silenzio della legge, saranno altresì vagliate le proposte della dottrina in materia di revoca e modifica dell'ordinanza arbitrale *ex art.* 818 c.p.c. L'analisi si occuperà inoltre di mettere in luce il modello previsto dall'art. 818-*ter* c.p.c. per l'attuazione delle misure cautelari emanate dagli arbitri.

La Riforma in esame ha interessato anche l'arbitrato speciale societario, pertanto una compiuta analisi sulla legittimazione della potestà cautelare arbitrale non potrà esimersi dal

vagliare le novità introdotte in materia, con riferimento ai provvedimenti inibitori, anzitutto delle deliberazioni assembleari ed in generale, delle deliberazioni sociali.

CAPITOLO I

TUTELA CAUTELARE E ARBITRATO: LA NORMATIVA INTERNA PRIMA DELLA C.D. RIFORMA CARTABIA

Sommario:

PARTE PRIMA: L'ORIGINARIA DISCIPLINA DELLA TUTELA CAUTELARE NEL C.P.C.

1.1 La tutela cautelare nell'ordinamento italiano: i provvedimenti cautelari e il procedimento cautelare uniforme. 1.1.1 L'esigenza di una tutela cautelare *tot court*. 1.1.2 I presupposti della tutela cautelare: il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*. 1.1.3 Le caratteristiche dei provvedimenti cautelari: l'evoluzione del concetto di strumentalità. 1.1.3.1 (Segue): Cenni sui caratteri connotanti dei provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* 1.1.4 Il procedimento cautelare uniforme (cenni). 1.2 Il divieto di attribuzione di poteri cautelari agli arbitri ai sensi dell'originario art. 818 c.p.c. 1.2.1 L'assenza di legittimazione cautelare negli arbitri. 1.2.2 La carenza del c.d. *imperium* negli arbitri. 1.2.2.1 (Segue): Critiche alla teoria. 1.2.3 L'esclusione sistematica della cognizione sommaria per gli arbitri. 1.2.3.1 Arbitrato e istruzione preventiva. 1.2.4 Raccordo fra la disciplina cautelare uniforme e le norme sul procedimento arbitrale. 1.2.4.1 La competenza cautelare in presenza di convenzione arbitrale per arbitrato interno. (Segue):...ed in presenza di convenzione per arbitrato estero. 1.2.4.2 L'inefficacia del provvedimento cautelare in presenza di convenzione arbitrale e altre vicende procedurali. 1.2.5 La *vexata quaestio* della compatibilità della tutela cautelare con l'arbitrato libero (irrituale). 1.2.5.1 La tesi della rinuncia alla giurisdizione statale quale rinuncia tanto alla tutela di merito quanto a quella cautelare. 1.2.5.2 L'implicito riconoscimento dell'ammissibilità della tutela cautelare in caso di controversie compromesse in arbitrato irrituale. 1.2.5.3 L'evoluzione normativa. 1.2.5.4 Problemi di coordinamento con le norme uniformi.

PARTE SECONDA: LE PRIME APERTURE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO ALL'ATTRIBUZIONE DI POTERI CAUTELARI AGLI ARBITRI

1.3 La sospensione delle delibere societarie impugnate. 1.3.1 L'articolo 35, c. 5, del decreto legislativo n. 5/2003. 1.3.1.1 La *vexata quaestio* relativa alla tipologia degli atti sospensibili. 1.3.1.2 Il riparto della competenza cautelare e la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari prima della costituzione del collegio arbitrale. L'applicabilità dell'art. 2378 co. 3-4 c.c. 1.3.1.3 L'ordinanza non reclamabile. 1.3.1.4 La natura del provvedimento cautelare di sospensione delle delibere impugnate. 1.3.3 L'attesa riforma del decreto legislativo 40/2006. 1.3.3.1 La clausola di salvezza delle diverse disposizioni di legge prevista nell'art. 818 c.c. 1.4 Le previsioni di alcuni regolamenti di arbitrati amministrati nazionali in materia cautelare. 1.4.1 L'arbitrato c.d. amministrato. 1.4.2 I regolamenti italiani.

1.1 La tutela cautelare nell'ordinamento italiano: i provvedimenti cautelari e il procedimento cautelare uniforme

1.1.1 L'esigenza di una tutela cautelare tout court

Delle tre tipologie di tutela offerte dall'ordinamento italiano¹, la tutela cautelare è stata l'ultima ad ottenere un riconoscimento *tout court*.

Il codice di rito del 1865 contemplava, infatti, solo taluni procedimenti cautelari, solo talune azioni cautelari tipiche, per lo più conservative²; mancando in tal senso una disciplina organica dei procedimenti cautelari³.

L'impostazione tradizionale appena citata è stata superata successivamente con il codice di rito del 1940⁴, il quale rivoluzionò la materia - prevedendo una misura cautelare anticipatoria a carattere residuale e atipico di cui all'art. 700 c.p.c., e dunque - riconoscendo la possibilità di ottenere un provvedimento cautelare il cui contenuto non è predeterminato dalla legge bensì è «rimesso alla discrezionale valutazione operata dal giudice caso per caso e sulla base delle circostanze concrete.»⁵.

Ciò detto, il riconoscimento *tout court* della tutela cautelare ha assunto anche rilevanza costituzionale attraverso l'aggancio del principio di effettività della tutela giurisdizionale all'articolo 24 della nostra Carta Costituzionale; in forza del quale *la tutela giurisdizionale deve essere effettiva*.

¹ Le tutele offerte dal nostro ordinamento, oltre la tutela cautelare, sono riconducibili alle categorie della tutela c.d. dichiarativa e quella c.d. esecutiva.

² Sull'analisi delle caratteristiche e per le differenze tra misure cautelari conservative e anticipatorie v. *infra* il paragrafo 1.1.3.

³ BAIOCCHETTI, *i procedimenti cautelari*, in *la Nuova Procedura Civile*, 4, 2013, p. 2 ss.

⁴ Codice di Procedura Civile, R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443.

⁵ GIANA, *Codice di Procedura Civile commentato*, (a cura di) L.P. COMOGLIO e R. VACCARELLA, in *onelegale (onelegale.it)*, sub art. 700, ultima visita 25.06.2023.

Da tale prospettiva, nacque il corollario logico secondo cui «la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione.»⁶.

In relazione al principio da ultimo riportato, il fattore tempo assume una rilevanza primaria, in quanto, il processo ordinario, a cognizione piena, ha una sua fisiologica durata che, in determinati casi, contrasta con il principio di effettività della tutela.

Dunque, la tutela cautelare è un elemento imprescindibile di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale, in quanto, ove l'accertamento nel merito non fosse preceduto ed accompagnato da provvedimenti urgenti, la protezione dei diritti mancherebbe del fondamentale requisito dell'effettività⁷.

La tutela cautelare, infatti, rappresenta un fenomeno processuale che attribuisce, all'attore, la possibilità di richiedere - attraverso una cognizione rapida e pertanto sommaria - dei provvedimenti - incapaci di per sé a definire una controversia, non essendo idonei a passare in giudicato - funzionali a che il tempo necessario ad addivenire alla decisione ordinaria di merito non pregiudichi la tutela e soddisfazione del diritto dell'attore stesso⁸.

Volendo evidenziare un dato statistico, nella quotidianità della giustizia civile, spesso le tutele cautelari hanno un peso persino maggiore del processo ordinario di cognizione⁹.

Pertanto, ad oggi, l'ordinamento prevede la concessione di misure in grado di cautelare ogni tipologia di situazione giuridica soggettiva esistente, garantendo così l'effettività della tutela giurisdizionale.

1.1.2 I presupposti della tutela cautelare: il periculum in mora e il fumus boni iuris

Il provvedimento cautelare è un provvedimento giurisdizionale caratterizzato dalla sua attitudine a paralizzare quei pericoli capaci di mettere a repentaglio l'efficacia o l'utilità

⁶ Tale principio è stato enunciato per la prima volta in Italia da Chiovenda, sulla "*perpetuatio iurisdictionis*", in *Foro.it*, 1923, I, p. 362.

⁷ BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 330.

⁸ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile; VOL.1 "Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale"*, G. Giappichelli Editore, 2019, p. 205.

⁹ *Ivi*, p. 175.

della sentenza attesa, ossia tutte quelle situazioni che rappresentano il c.d. *periculum in mora*¹⁰.

Le norme che prevedono i singoli provvedimenti cautelari dettano e descrivono in maniera sufficientemente precisa il tipo di pregiudizio cui il ricorrente debba essere potenzialmente esposto al fine di ottenere il provvedimento cautelare richiesto.

Le singole norme¹¹ codicistiche prevedono, cioè, una gradazione del *periculum*, che vede agli antipodi, da un lato, il pericolo più tenue, che si concreta nella mera «opportunità della custodia»¹² nel caso del sequestro giudiziario di cose, la cui proprietà è oggetto di controversia; dall'altro lato, quella più intensa, tipica dei provvedimenti *ex art. 700*, per la cui concessione la legge richiede specificatamente un danno «imminente ed irreparabile».

Oltre al presupposto del *periculum in mora* la legge richiede il c.d. *fumus boni iuris*.

Il giudice - in sede di rilascio del provvedimento cautelare - dovrà accertare che la pretesa del ricorrente sia plausibile, che si possa cioè affermare che, ove si procedesse in un giudizio a cognizione piena, si andrebbe probabilmente incontro ad una decisione favorevole per il ricorrente stesso.

Tuttavia, le norme non prevedono un grado di “plausibilità” della fondatezza della domanda distinto per ciascun provvedimento¹³, pertanto, tale presupposto sarà comunque, di volta in volta, valutato in base al tipo di misura cautelare richiesta e al suo rapporto con la decisione di merito, che si dovrà pronunciare alla fine del processo di cognizione¹⁴. In

¹⁰ Il *periculum in mora* indica la sussistenza del pericolo che il ritardo nel provvedere possa pregiudicare irrimediabilmente la posizione di una parte. [...], (in dizionari Simone), [...] timore che giustifica, prima o nel corso di un giudizio ordinario di cognizione, l'esercizio di una azione cautelare, diretta ad ottenere provvedimenti cautelari. (in en. Giuridica ed. 2020).

¹¹ Nel sequestro conservativo il *periculum in mora* è tipizzato dal legislatore ed è costituito dal timore di perdere la garanzia del proprio credito. Il pregiudizio da neutralizzare è, dunque, l'insolvenza del debitore. (v. art. 271 c.p.c.). Nel sequestro giudiziario (art. 270 c.p.c.), invece, «[il] pericolo temuto può essere anche solo quello che la cosa sia malamente conservata», cfr. CONSOLO, *op. cit.* p. 232. «Nel caso dei procedimenti di istruzione preventiva il “*periculum in mora*” sta nella eventualità che vengano a mancare le condizioni e i presupposti materiali per un utile esperimento della prova testimoniale o della consulenza tecnica (artt. 692 e 696 c.p.c.)», così ALTAVILLA, *Accertamento tecnico preventivo e caratteri della relazione del consulente*, in *giuricivile (giuricivile.it)*, 2018.

¹² V. nota 11

¹³ Per i provvedimenti anticipatori è richiesto un grado di plausibilità maggiore rispetto ai provvedimenti c.d. conservativi. Ciò detto per due ordini di ragioni: da un lato, i primi possono contenere previsioni più incisive per gli interessi del convenuto rispetto ai provvedimenti cautelari tipizzati dalla legge, dall'altro quest'ultimi sono destinati, anche ove non si instaurasse un giudizio di merito, comunque a divenire inefficaci.

¹⁴ In tal senso CONSOLO, *op. cit.*, p. 210, il quale, sul punto sottolinea per l'appunto che è molto discusso in dottrina se ad integrare il *fumus boni iuris* basti la “verosimiglianza” delle ragioni addotte dal ricorrente, la

particolare, il giudice cautelare richiederà, ai fini del riconoscimento della tutela richiesta, un grado sempre maggiore di plausibilità della fondatezza della domanda al crescere del pregiudizio relativo agli interessi del convenuto.

Dunque, a titolo esemplificativo, mentre da un lato, ove richiesta l'istruzione preventiva, sarà sufficiente che la domanda non sia manifestamente inammissibile, non essendo tali misure direttamente funzionali alla protezione interinale del diritto sostanziale oggetto del giudizio di merito bensì volte a salvaguardare la fruttuosità del diritto processuale alla prova¹⁵; dall'altro lato, ove avanzata la richiesta di emanazione di provvedimenti d'urgenza *ex art. 700*, il giudice, per quanto allo stato degli atti, dovrà porre in essere un'analisi particolarmente accurata del requisito del *fumus*¹⁶.

1.1.2 Le Caratteristiche dei provvedimenti cautelari: l'evoluzione del concetto di strumentalità

Passando ora all'analisi di quelle che sono le caratteristiche della tutela cautelare¹⁷, si osserva come quest'ultima sia, anzitutto, caratterizzata dal connotato della provvisorietà; ossia, il provvedimento cautelare è destinato ad essere sostituito dalla sentenza di merito, avendo - il provvedimento cautelare - quale unico scopo, quello di neutralizzare gli effetti negativi della durata del processo.

Una seconda caratteristica è rinvenibile - a prescindere dal contenuto del provvedimento cautelare disposto - nell'immediata efficacia.

“possibilità” ovvero la mera “probabilità” ecc.. Tuttavia la nozione di *fumus* più che uno standard valutativo uniforme rappresenta un connotato derivante dal carattere strumentale caratterizzante il giudizio cautelare.

¹⁵«I procedimenti di istruzione preventiva sono caratterizzati dall'assunzione del mezzo istruttorio al fine di evitare la dispersione della prova nelle more del tempo processualmente occorrente per la loro assunzione in via ordinaria.». Cfr. AMENDOLAGINE, *Istruzione preventiva (procedimento di)*, in *ilprocessocivile (ilprocessocivile.it)*, ultima visita 03/07/2023.

¹⁶ CONSOLO, *op. cit.*, p. 209 ss.

¹⁷ La tutela cautelare ha quattro caratteristiche connotanti: (i) la strumentalità e quindi non autosufficienza; (ii) l'immediata efficacia; (iii) la provvisorietà nel tempo; (iv) il carattere ipotetico, e pertanto prognostico, del giudizio richiesto al giudice cautelare. Per un'esaustiva analisi delle caratteristiche della tutela cautelare si fa rinvio a *ivi*, p. 205 ss.; CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2018, CEDAM, *sub 669-bis* ss.

Ancora, la tutela cautelare è connotata da ipoteticità, in quanto - come detto *supra* con riferimento al presupposto del *fumus* - per la sua emanazione è richiesta al giudice una prognosi, sulla base di una cognizione sommaria, della fondatezza della pretesa fatta valere dall'istante¹⁸. Si parla in effetti di carattere ipotetico, più o meno marcato, quale elemento pervasivo della tutela cautelare, posto che quest'ultima viene concessa quando ancora non è accertata l'esistenza del diritto cautelando; anzi, spesso (ossia tutte le volte in cui l'istanza di tutela cautelare è avanzata *ante causam*) il processo ordinario, finalizzato ad ottenere la statuizione incontrovertibile sulla situazione giuridica dedotta, non è neppure iniziato¹⁹.

Da ultimo, la tutela cautelare è connotata dalla c.d. strumentalità:

In passato, prima della riforma del 2005, la tutela cautelare era tutta uniformemente assoggettata al requisito stringente della strumentalità, operando per tutti i provvedimenti cautelari la previsione *ex art. 669-novies* c.p.c., ai sensi del quale: «[s]e il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'articolo 669*octies*, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia».

Andando per ordine, bisogna anzitutto rilevare che il principio tradizionalmente accolto dall'ordinamento italiano è stato quello di assegnare al provvedimento cautelare una durata nel tempo limitata.

Deputato alla determinazione temporale della durata delle misure cautelari è, sin dalla sua introduzione nel codice di rito, l'art. 669-*novies*²⁰; il quale, come anticipato, ha regolato, sino la riforma del 2005, indistintamente dalla tipologia della misura richiesta, l'«inefficacia del provvedimento cautelare».

Le previsioni di cui agli artt. 669-*octies* e *novies* assicurano la strumentalità del giudizio cautelare, la quale è stata da sempre giustificata sulla base della funzione della tutela cautelare stessa; ovverosia quella di evitare che la durata del giudizio potesse rendere inutile,

¹⁸ CONSOLO, *op cit.*, p. 209 ss.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 669-*octies* c.p.c.: «L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-*novies*.». Ricordiamo anche che, ai sensi dell'art. 669-*ter* c.p.c.: «Prima dell'inizio della causa di merito la domanda si propone al giudice competente a conoscere del merito.».

²⁰ Per un'esaustiva analisi sull'art. 669-*novies* cfr. CONSOLO, *op. cit.* p. 249 ss., il quale evidenzia che: «Anzitutto, e questo vale anche per i provvedimenti cautelari anticipatori, l'efficacia della misura cautelare non può mai andare oltre, come è ovvio, la conclusione del processo sul merito od il suo esito in una pienamente efficace sentenza seppur passata in giudicato, favorevole all'attore, e che alla misura possa così sostituirsi.».

sul piano sostanziale, la decisione definitiva di merito²¹ e pertanto in difetto di questa, citando Calamandrei, il provvedimento cautelare «è destinato a venir meno per carenza di scopo.».

Come anticipato, le misure c.d. *conservative* mirano, per l'appunto, a conservare lo stato dei fatti in corso di causa o a preservare il patrimonio. Tale finalità c.d. conservativa²² viene in rilievo in relazione ai provvedimenti tipicizzati dalla legge, tra i quali, a titolo esemplificativo, il sequestro giudiziario ed il sequestro conservativo.

Per quanto concerne, invece, i provvedimenti c.d. *anticipatori*, questi mirano ad anticipare gli effetti del provvedimento finale ad un momento antecedente la definizione della controversia.

Pertanto, la finalità del provvedimento cautelare anticipatorio non è quella di, citando nuovamente Calamandrei, «assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo», bensì quella di evitare che «il soggetto titolare del diritto permanga in uno stato di insoddisfazione, in quanto è la stessa permanenza in tale stato, che produce un danno successivamente non riparabile.»²³.

Quanto detto si riscontra soprattutto nell'ambito dei c.d. provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*²⁴, i quali, in presenza di un danno “*imminente ed irreparabile*”, al fine di assicurare la piena utilità della futura decisione di merito, si sganciano dalla finalità conservativa, tipica dei provvedimenti cautelari prima dell'introduzione dell'art. 700 nel codice di rito del 1940.

²¹ Citando la nota definizione di Calamandrei, la tutela cautelare ha: «lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo». Così, TRAVI, *Tutela cautelare [dir. amm.]*, 2013, in *treccani (treccani.it)*.

²² Sul punto CONSOLO, *op. cit.*, p. 206: «Non costituisce, invece, un carattere della tutela cautelare il fatto di essere meramente conservativa. Beninteso, essa ha spesso questa finalità: ciò avviene per i provvedimenti cautelari di contenuto tipizzato già dalle norme (sequestri giudiziario e conservativo, provvedimenti di istruzione preventiva). [...] Altre volte, per assicurare la piena utilità della futura decisione di merito ove vi sia il pericolo di un pregiudizio assai serio (imminente ed irreparabile), la disposizione cautelare si sgancia dalla stessa finalità conservativa ed assume una finalità e un contenuto in tutto o in parte provvisoriamente anticipatori degli effetti della tutela di merito. Ciò avviene soprattutto in materia di provvedimenti di urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, il cui contenuto non è tipizzato dalla legge [...]».

²³ Cfr. *e-justice.europa.eu*, ultima visita 05/06/2023.

²⁴ Art. 700 c.p.c. «Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.».

In altre parole, il provvedimento cautelare assume così un carattere ed un contenuto - che per quanto provvisorio è - in grado di anticipare²⁵ provvisoriamente gli effetti della decisione di merito²⁶.

Come anticipato, il concetto di strumentalità del giudizio cautelare ha avuto una forte evoluzione a seguito dell'entrata in vigore della legge 80/2005²⁷, con la quale è stata attenuata la strumentalità tra il giudizio di merito e le misure anticipatorie.

Pertanto - a seguito dell'entrata in vigore della legge 80/2005 - se da un lato, bisogna cogliere quanto disposto dell'art. 669-*novies*, il quale sancisce che: «[s]e il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'articolo 669-*octies*, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia»; d'altro lato bisogna precisare che la norma appena citata trova campo di applicazione solo in relazione ai provvedimenti c.d. conservativi, vista la disapplicazione del combinato disposto degli artt. 669-*octies* e *novies* per quanto concerne i provvedimenti cd. anticipatori²⁸, ai sensi dell'ultimo comma del 669-*octies* così come modificato dalla riforma del 2005 sopra citata²⁹.

Dunque, l'elemento strutturale dei provvedimenti cautelari, rinvenibile in entrambe le succitate categorie di provvedimenti, non è più l'inefficacia di questi nelle ipotesi in cui non si addivenisse al provvedimento di merito, bensì l'ipotesi di inefficacia nel caso in cui si arrivi alla pronuncia di quest'ultimo. Affermando ciò, il carattere della provvisorietà assume una diversa prospettiva, da intendersi quale perpetua e costante eventualità che la decisione cautelare potrà - ove fatto accesso alla tutela di merito - essere superata dalla pronuncia definitiva che statuisce sulle sorti della lite³⁰.

²⁵ Sul dibattito relativo all'identificazione dei presupposti necessari per poter attribuire ad un provvedimento natura anticipatoria v. paragrafo 1.3.1.4 di questo elaborato.

²⁶ CONSOLO, *op. cit.*, p. 218.

²⁷ Con la Legge n. 80/2005 si ha la conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali. Cfr. *normattiva (normattiva.it)*.

²⁸ Nell'attuale panorama normativo, la strumentalità del provvedimento cautelare e la caratteristica della strutturale provvisorietà permangono nella natura intrinseca delle statuizioni interinali in esame, tuttavia - relativamente ai provvedimenti cautelari anticipatori - con le modifiche apportate nel 2005 e nel 2006 si parla di strumentalità "attenuata" del provvedimento cautelare, e conseguentemente "ridotta" la provvisorietà, ancorché non rimossa. Sul punto v. CONSOLO, *op. cit.*, p. 208.

²⁹ V. *supra*, nota 27, sulla legge 80/2005.

³⁰ CONSOLO, *op. cit.*, p. 208.

Concludendo con una precisazione in ordine all'onere di instaurazione della causa di merito, bisogna osservare come, anche a fronte di cautele anticipatorie è configurabile un tale onere, tuttavia «[...] non per evitare la caducazione della misura ma, al contrario, per ottenere tale caducazione attraverso l'accertamento della inesistenza della situazione giuridica soggettiva cautelanda.»³¹; tale onere sarà dunque invertito, in quanto graverà sul soggetto destinatario della misura.

Quanto anticipato, in relazione al combinato disposto degli 669-*octies*, comma 1 e *novies*, tornerà utile al fine di affrontare compiutamente quanto si dirà in seguito (v. paragrafo 1.2.5) sulla compatibilità tra la tutela cautelare e l'arbitrato c.d. libero.

1.1.2.1 (Segue): Cenni sui caratteri connotanti dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

Per i provvedimenti d'urgenza ex art. 700, differentemente da quanto sopra affermato in merito ai provvedimenti c.d. *conservativi*, la legge non tipicizza il contenuto³², ponendo, tuttavia, quale limite, la condizione per cui il contenuto di tali provvedimenti d'urgenza non può mai anticipare effetti che l'eventuale sentenza di merito, favorevole a colui che ha richiesto la tutela cautelare d'urgenza, non sarà in grado di produrre. Il provvedimento ex art. 700 c.p.c. potrà invero predisporre effetti minori ovvero identici, ma comunque sempre rientranti nell'ambito della tutela di merito richiesta³³.

Volendo approfondire la questione dell'atipicità, è bene ricordare anzitutto l'onere - in capo al ricorrente - di specificare il contenuto del provvedimento d'urgenza richiesto; in altre parole, oltre a dover individuare il diritto cautelato ed il pregiudizio al quale sarebbe esposto, il ricorrente dovrà indicare anche lo specifico provvedimento che sarà idoneo a scongiurare, per l'appunto, il c.d. *periculum*. Il tutto in ossequio al, ed al fine di rispettare il, principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato³⁴.

³¹ Ivi, p. 248.

³² «La norma in esame ha introdotto nel nostro ordinamento una forma di tutela cautelare urgente e atipica [...].», così, GIANA, *op. cit.*, sub art. 700.

³³ Cfr. *ibidem*.

³⁴ Per un esaustivo approfondimento cfr. CONSOLO, *op. cit.*, p. 223.

E' infine utile evidenziare come l'atipicità dei provvedimenti d'urgenza trovi un ulteriore limite, ossia quello relativo al requisito normativamente posto della residualità.

I provvedimenti *ex* 700 c.p.c. sono infatti dei provvedimenti destinati ad offrire tutela anticipatoria solo allorché - al ricorrere dei presupposti previsti dalla norma³⁵ - non vi siano altri strumenti cautelari tipici capaci di soddisfare l'esigenza cautelare relativa al caso concreto³⁶. Corollario logico di quanto appena asserito è quello per cui il contenuto del provvedimento, dalla legge definito «impropriamente» d'urgenza³⁷, non potrà essere quello previsto dalla legge in relazione a provvedimenti cautelari da quest'ultima tipizzati. (sequestri conservativi, giudiziari ecc.).

Conclusa la sommaria descrizione ed analisi di quelle che sono le caratteristiche, i presupposti e le tipologie di provvedimenti cautelari, possiamo ad analizzare gli snodi principali del procedimento entro il quale si esplicano le tutele cautelari, così come unificato dalle riforme del 1990 - 1993.

1.1.3 Il procedimento cautelare uniforme (cenni)

Il procedimento cautelare uniforme è ad oggi regolato dalle norme del Libro IV, Capo III, Titolo I, sez. I, del codice di procedura civile³⁸.

³⁵ È bene sottolineare che, per quanto sia vero che in relazione ai provvedimenti c.d. anticipatori venga meno lo scopo conservativo, è altrettanto vero che permane la funzione cautelare e di conseguenza, l'esigenza di rinvenire i presupposti del *fumus* e del *periculum in mora* ai fini dell'attribuzione del provvedimento richiesto. Pertanto, in merito ai provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., i «presupposti per l'applicazione del procedimento d'urgenza sono il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*. Il primo requisito viene inteso come probabile esistenza del diritto cautelare, mentre il secondo attiene al pericolo attuale che il diritto del ricorrente possa subire un pregiudizio che, tenuto conto delle circostanze di fatto, si presenta come imminente ed irreparabile. Infatti, l'irreparabilità deve essere intesa quale ragionevole e probabile pericolo che il diritto del ricorrente subisca un pregiudizio non altrimenti risarcibile.», in *broccardi (broccardi.it)*, ultima visita 03/07/2023.

³⁶ Così CONSOLO, *op. cit.*, p. 224, anche se l'art. 700 recita soltanto che l'accesso al disposto potrà avvenire «fuori dai casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo», con riferimento agli artt. 670 e 699 (rispettivamente, sequestro giudiziario e istruzione preventiva in corso di causa).

³⁷ «[...] il nome adottato dal legislatore non deve trarre in inganno: esso non ha nulla di specifico, posto che le norme di tutela cautelare hanno tutti un carattere d'urgenza dovendo al più presto cercare di parare il temuto pregiudizio (anche se è vero che solo nell'art. 700 si prevede letteralmente che esso deve essere anche "imminente").». Così, *ivi*, p. 218.

³⁸ Per un esaustivo studio del procedimento cautelare uniforme v. CONSOLO, *op. cit.*, p. 239 ss.; CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, sub 669-bis ss.; BAIOCCHETTI, *op. cit.*, p. 6 ss.; SCARPA, GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, Cedam, 2015.

Le riforme del 1990 - 1993 hanno introdotto una disciplina procedimentale uniforme per tutte le cautele, il cui campo di applicazione è delineato dall'art. 669-*quaterdecies*, ai sensi del quale le disposizioni previste dalla sez. I «si applicano ai provvedimenti previsti nelle sezioni II, III e V di questo capo, nonché, in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal Codice civile e dalle leggi speciali. [...]».

In ogni caso, andando per ordine, l'art. 669-*bis* regola la proposizione dell'istanza cautelare, dettando per quest'ultima la forma del ricorso - a prescindere che l'introduzione del giudizio cautelare avvenga *ante causam* o meno - ed il contenuto della domanda, applicandosi in tal senso il disposto di cui all' art. 125.1 c.p.c.

Volgendo uno sguardo alle norme sulla competenza nel procedimento cautelare uniforme, si può osservare come la competenza cautelare sia ancorata alla competenza per il merito.

Gli artt. 669-*ter* e *quater*, esplicitano la volontà del legislatore di far coincidere la competenza cautelare con quella per il merito, cosicché la richiesta dei provvedimenti cautelari deve essere proposta innanzi al giudice competente per il giudizio ordinario, ove quest'ultimo non sia ancora stato introdotto, ovvero, davanti al giudice già adito per la tutela di merito, ove la richiesta di provvedimenti cautelari sia posta in corso di causa³⁹.

Tuttavia, all'interno delle norme sopra citate vi sono eccezioni alla regola generale, le quali si manifestano ogni qualvolta l'organo deputato a decidere nel merito, la specifica controversia, non abbia la potestà cautelare. In tali ipotesi, l'individuazione del giudice competente a decidere in via cautelare avviene mediante la c.d. competenza virtuale per il merito, ossia quella che si sarebbe avuta, nella fattispecie, ove la competenza di merito non fosse stata affidata ad un organo carente di poteri cautelari⁴⁰. A ben vedere costituisce un'ulteriore deroga alla generale regola che ancora la competenza cautelare a quella di merito,

³⁹ LICCI, *La competenza cautelare nelle controversie devolute ad arbitri*, in *Riv. arb.*, 2019, p. 339; la quale sul punto precisa che la «*[r]atio* della scelta è facilitare l'individuazione dei criteri di determinazione della competenza cautelare, raccordando la cognizione cautelare con quella di merito, coerentemente con il carattere strumentale (oggi attenuato o eventuale per le misure cautelari a contenuto anticipatorio) dei provvedimenti cautelari.».

⁴⁰ Ivi, *op. cit.*, p. 340, la quale sul punto rammenta che «[...] quando la competenza reale del merito sia affidata per materia o per valore all'ufficio del giudice di pace, la domanda cautelare deve proporsi al tribunale territorialmente competente in ragione della competenza territoriale del giudice di pace. Ed infatti, il giudice di pace, non troppo diversamente dagli arbitri, è sprovvisto del potere di emanare provvedimenti cautelari.» Sulla competenza cautelare in caso di convenzione arbitrale, e dunque sull'analisi del disposto dell'art. 669-*quinquies*, v. paragrafo 1.2.4.1 del presente elaborato.

il disposto *ex 669-quater*, co. 1, relativo ai casi di pendenza dei termini di impugnazione. In tali ipotesi la competenza cautelare è attribuita al giudice *a quo*, ovvero sia colui il quale ha statuito la sentenza da impugnare e pertanto non è più il giudice di merito.

Deputato, invece, a regolare la fase di trattazione è l'art. 669-*sexies*, il quale, valorizza il contraddittorio prevedendo che l'accoglimento della domanda cautelare possa avvenire solo dopo l'instaurazione di quest'ultimo.

La regola generale è quella per cui il giudice, con un decreto allegato al ricorso, fissa un'udienza in cui le parti compariranno e ordina la notifica del ricorso e del decreto alla controparte entro un termine stabilito dal giudice stesso. Tuttavia, ove - con la notificazione del ricorso alla controparte - vi fosse il rischio di pregiudicare la fruttuosità della cautela richiesta, ai sensi dell'articolo 669-*sexies*, comma 2, il giudice, su richiesta motivata del ricorrente e mediante decreto, concederà il provvedimento *inaudita altera parte*, fissando l'udienza per sentire le parti in contraddittorio; durante tale udienza, il giudice ascolterà le parti e potrà confermare, modificare o revocare la misura cautelare concessa - *inaudita altera parte* - mediante ordinanza.

A fini di completezza ricordiamo che, l'articolo 669-*sexies*, comma 1, prevede che: «il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda».

Dalla lettera della norma emerge dunque che, il giudice, ammettendo e conseguentemente assumendo le prove ritenute indispensabili, deve dunque porre in essere l'istruttoria che questi ritiene più opportuna, tenendo in considerazione due aspetti: da un lato, la tutela interinale non può essere concessa unicamente sulla base informazioni fornite dalla parte richiedente, e dall'altro, non può essere seguita una procedura ordinaria di istruzione (altrimenti comprometterebbe il motivo cautelare).

Sulle disposizioni di cui agli articoli 669-*octies* e *novies* si rinvia a quanto già detto al paragrafo 1.1.3 che precede.

La riforma del procedimento cautelare ha poi previsto, agli artt. 669-*decies* e *terdecies*, i due rimedi esperibili contro il provvedimento cautelare, rispettivamente: la revoca ed il reclamo.

Il reclamo è una vera e propria impugnazione della misura cautelare emanata dal giudice monocratico; un doppio grado di cognizione che vede un giudice collegiale - del quale il magistrato di prima istanza non potrà mai farne parte - espletare il riesame del giudizio di primo grado.

Lo strumento - finora sommariamente descritto, al di là della natura di vera e propria di impugnazione, - si differenzia dalla “modifica e revoca” del provvedimento cautelare, in quanto, per ottenere in quest’ultime è richiesta la presenza di mutamenti nelle circostanze ovvero la sussistenza di fatti precedenti dei quali si è venuti a conoscenza successivamente all’emanazione del provvedimento stesso.

Generalmente, la competenza per la modifica e la revoca della misura cautelare, ai sensi dell’articolo 669-*decies*, compete al giudice del merito che esercita la giurisdizione cautelare. Tuttavia, tale competenza spetterà al giudice della cautela allorquando si tratti di provvedimenti cautelari anticipatori e il giudizio di merito non è ancora pendente, ovvero quando il giudizio di merito è pendente innanzi a un soggetto che non ha potestà cautelare⁴¹.

In conclusione - all’art. 669-*duodecies* - sono state novellate le modalità attuative dei provvedimenti cautelari. Precisamente si prevede che: (i) per i provvedimenti di sequestro continuano ad applicarsi le disposizioni previste dagli artt. 677 ss.; (ii) per i provvedimenti aventi ad oggetto somme di denaro, si applicano le norme previste dal libro III del codice di rito, salvo le disposizioni relative la notifica del titolo esecutivo e del precetto. In altre parole in tali casi vigono le norme di cui agli artt. 491 ss.; (iii) per le prestazioni aventi ad oggetto prestazioni di fare, non fare, consegna e rilascio, si applicano le norme previste per l’esecuzione forzata in forma specifica.

⁴¹ I provvedimenti cautelari, anche se confermati in sede di reclamo, possono essere soggetti a modifica e revoca.

1.2 Il divieto di attribuzione di poteri cautelari agli arbitri ai sensi dell'originario art. 818 c.p.c.

Il breve *excursus* riportato nel paragrafo 1.1 *supra*, redatto con la finalità ultima di comprendere le necessità a cui fa fronte la tutela cautelare prevista dal nostro ordinamento, permette di addentrarci nel tema cardine di questa dissertazione, ovverosia la tutela cautelare nelle controversie devolute agli arbitri.

È doveroso anzitutto, anche se in maniera sommaria, inquadrare il fenomeno dell'arbitrato⁴², al fine di comprendere le ragioni che hanno portato, con la c.d. riforma Cartabia, a riconoscere normativamente in via generale, anche se in presenza di un'esplicita manifestazione di volontà delle parti compromittenti, la potestà cautelare arbitrale.

L'arbitrato fa parte dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, le c.d. *ADR (Alternative Dispute Resolution)*; ossia una modalità di risoluzione di controversie legali alternative rispetto al giudizio governato dagli organi pubblici⁴³.

Le parti prima della lite (in caso di clausola compromissoria) ovvero a lite attualizzata (in caso di compromesso) possono cioè «far decidere da arbitri (anche detti, giudici privati) le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge.»⁴⁴.

Negli anni si è visto un crescente *favor* legislativo⁴⁵ per i metodi di risoluzione delle controversie alternativi al processo “giurisdizionale”⁴⁶; *favor* giustificato soprattutto ove si

⁴² Per un esaustivo studio del diritto dell'arbitrato, tra gli altri, v. CONSOLO, *op. cit.*, p. 513 ss.; RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 3 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 2011, Giuffrè, p. 3 ss.; RICCI, in Carpi, *L'arbitrato, commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - art. 806-840*, Bologna, 2007; MENCHINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Bologna, 2010, p. 1ss.; BENEDETTELLI - CONSOLO - RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2017, p. 5 ss.

⁴³ Cfr. PIETER SANDERS, in *treccani (treccani.it)*, sub voce *Arbitrato*, 1991.

⁴⁴ V. art. 806 c.p.c.

⁴⁵ Anche se «riecheggia [...] la tematica [...] sul complesso ed altalenante rapporto di diffidenza-fiducia, gelosia-apertura, tra giurisdizione statale e l'arbitrato: la cognizione è decentrata, la costrizione no.». Così, LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, p. 113.

⁴⁶ «Nell'attuale periodo di (ricorrente) crisi della giustizia civile ordinaria, ove per ottenere una sentenza di primo grado occorrono mediamente tra i due e i quattro anni, è evidente che lo sguardo di chi cerca giustizia nei nostri tribunali si rivolga costantemente verso differenti strumenti di tutela dei propri diritti ed in particolare al procedimento che assicura una tempestiva regolamentazione giudiziale del conflitto (ovvero regole di condotta disposte dal giudice e presidiate da strumenti coercitivi); regolamentazione che, per quanto, in linea teorica, provvisoria (e sempre suscettibile di caducazione) è comunque in grado di attribuire a chi agisce in giudizio (immediati) risultati pratici assimilabili a quelli conseguibili con l'ordinaria tutela di cognizione. Tale

volga lo sguardo in ambito commerciale. Infatti, nei rapporti tra imprese, la gestione del contenzioso rappresenta una fase rilevante della vita delle imprese stesse. Pertanto, l'assenza di strumenti di risoluzione che siano in linea con l'esigenza di celerità e specifica conoscenza del settore commerciale delle imprese in lite, rischia di compromettere il corretto prosieguo dell'attività stessa. In questo senso rileva anzitutto il fenomeno dell'arbitrato, il quale è in grado di assicurare: (i) le esigenze di celerità, visti i tempi statisticamente più brevi rispetto il giudizio statale; (ii) competenze dell'organo decisorio, specifiche ed altamente professionali in linea con le problematiche settoriali del caso concreto. Infatti, con la devoluzione in arbitrato le parti hanno infatti la facoltà di scegliere - in ossequio alle previsioni normative che regolano la nomina degli arbitri - i membri dell'organo giudicante; (iii) la presenza di un soggetto terzo ed imparziale la cui decisione vincolerà le parti della convenzione arbitrale⁴⁷.

Guardando i dati disponibili in materia di arbitrato, nel 2017, le domande di arbitrato amministrato dalle Camere Arbitrali di Commercio sono state 471, in crescita rispetto al 2016 (+ 3,28%)⁴⁸. Ed ancora, durante il 2022, solo presso la Camera Arbitrale di Milano sono state depositate ben 131 domande per un valore totale dei procedimenti pari ad € 272.272.195⁴⁹.

I dati appena riportati, presenti nel report annuale 2023 della CAM, testimoniano come le parti di un rapporto giuridico, soprattutto in ambito commerciale (Appalti, fornitura, somministrazione, locazioni commerciali ecc.) e societario, sono sempre più propense ad optare di far confluire la risoluzione delle controversie, nascenti da tali rapporti, nel rito di risoluzione alternativo arbitrale.

“cautelizzazione” della giustizia civile, percepibile in ogni settore, appare ancor più evidente in quello societario - teatro frequente di lotte di potere tra gruppi opposti della compagine sociale per il controllo della società - ove il tumultuoso evolversi del mercato impedisce di attendere i tempi lunghi della paludata giustizia di cognizione, che usualmente definiamo “ordinaria”». Così, VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 601.

⁴⁷ Sull'efficacia dell'arbitrato commerciale, quale strumento di risoluzione delle controversie tra imprese, cfr. PANDOLFI, *L'arbitrato commerciale: uno strumento efficace per la risoluzione delle controversie delle imprese*, in *assistenza-legale-imprese (assistenza-legale-imprese.it)*, 2021, p. 1 ss.

⁴⁸ Cfr. Undicesimo rapporto isdaci, il quale, con riferimento all'arbitrato amministrato in Italia nel 2017, riporta che quest'ultimo «contrae il numero di domande rispetto all'anno precedente: 582 domande di arbitrato, in diminuzione rispetto alle 708 del 2016 (-17,7%). La riduzione del numero dipende dalla contrazione delle domande degli arbitrati non gestiti dalle Camere di Commercio, anche se rispetto a questi ultimi permane una notevole difficoltà di reperimento dei dati, che rimangono in numeri assoluti, comunque abbastanza contenuti. Si è registrata invece nel 2017 una crescita delle domande di arbitrato ricevute dalle CCIAA.»

⁴⁹ V. Report annuale 2023 della CAM.

1.2.1 L'assenza di legittimazione cautelare negli arbitri

L'arbitrato - nonostante il registrato aumento esponenziale, degli ultimi anni, di controversie sottratte alla competenza del giudice statale e devolute agli arbitri - ha tuttavia trovato, sin dall'originaria impostazione codicistica, una forte preclusione in capo all'organo arbitrale; infatti le disposizioni in materia di arbitrato, con le quali si chiude il codice di procedura civile, fanno emergere la problematica relativa alla carenza di legittimazione cautelare.

In Italia - sino alla c.d. Riforma Cartabia - vigeva la tradizionale e nota impossibilità giuridica⁵⁰, per gli arbitri, di concedere misure cautelari.

La versione originaria dell'art. 818 c.p.c. recitava per l'appunto che: «Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari.»⁵¹.

La norma appena citata ha rappresentato per anni, sino all'entrata in vigore del D. lgs. 149/2022, il fondamento positivo dell'assenza di una potestà cautelare arbitrale.

Secondo la dottrina, il divieto appena citato si riferiva a qualsiasi provvedimento cautelare⁵², anche se disciplinato da leggi speciali o contemplato da altri codici e la sua eventuale violazione aveva quale conseguenza l'inesistenza del provvedimento cautelare concesso in sede arbitrale⁵³.

Per poter comprendere la previsione normativa, è doveroso analizzarne singolarmente le giustificazioni, sebbene sia necessario anticipare che, autorevole dottrina⁵⁴ ha da sempre affermato che le ragioni a sostegno del divieto erano: «debolissime, nonché superate in tutti i maggiori sistemi europei.».

⁵⁰ Così definita da LA CHINA, *op. ult. cit.*, p. 112.

⁵¹ «La disposizione conferma il principio consolidato nel nostro ordinamento per cui gli arbitri sono privi di ogni potere cautelare e non possono invadere la sfera della tutela coattiva dei diritti, sia strumentale che finale, e ribadisce che, anche in presenza di una controversia rimessa in arbitri, la tutela cautelare è di esclusiva competenza del giudice statale e segue le regole di cui agli artt. 669-bis ss.». Cfr. CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, p. 3082.

⁵² La dizione "provvedimenti cautelari", utilizzata dalla norma in commento, era da intendersi in senso lato, con riferimento non solo alle ipotesi di provvedimenti cautelari c.d. conservativi, ma anche ogni altra ipotesi di provvedimenti aventi funzione cautelare, tra cui quelli inibitori, sospensivi ed anticipatorii; impedendo, in generale, agli arbitri persino di poter imporre una cauzione. Sul punto cfr. LA CHINA, *op. ult. cit.*, p. 114 ss.

⁵³ In tal senso, ibidem. In senso contrario, ossia, che gli arbitri potevano comunque adottare, pur senza poter richiedere l'ausilio del giudice, misure cautelari, MARENGO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato* 1994, Giuffrè, p. 134 ss.

⁵⁴ Tra gli altri, cfr. ALPA, VIGORITI, *Nuova Giurisprudenza di diritto civile e commerciale - Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Cedam, 2013, 1178 ss.

Notoriamente, ciò che differenzia la giustizia arbitrale, rispetto la giustizia statale, è che il potere decisorio deriva dalla volontà delle parti, in assenza di una qualsiasi attribuzione di un potere con valenza pubblicistica o *ex lege*⁵⁵.

Pertanto, «la possibilità di perseguire le esigenze cautelari in sede arbitrale è sempre stata rigorosamente preclusa dalla legge processuale in ragione della strutturale carenza di un potere giurisdizionale in capo all'organo arbitrale.»⁵⁶.

1.2.2 La carenza del c.d. *imperium* negli arbitri

La prima *ratio*⁵⁷ addotta a suffragio del divieto dell'art. 818 c.p.c. e sintetizzabile con l'osservazione, per cui «il monopolio della forza è riservato ai giudici dello Stato»⁵⁸, è stata, nel tempo, sviluppata in due argomentazioni complementari.

Tradizionalmente, infatti, il divieto è stato ricondotto alla carenza in capo agli arbitri del c.d. *ius imperii*⁵⁹, ossia il potere di imporre l'esecuzione di un ordine emanato⁶⁰, sottolineando così la contrarietà del legislatore ad investire gli arbitri di poteri autoritativi⁶¹.

⁵⁵ CARDONA, *La legittimazione cautelare nell'arbitrato*, in *onelegale* (*onelegale.it*), 2016.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Sulla *ratio* della carenza di *imperium*, tra i troppo noti contributi dottrinali, cfr. MARENGO, *op. cit.*, 134 ss.; CARDONA, *op. cit.*; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, p. 255 ss.; CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, sub art. 818; RICCI, *op. cit.*, sub art. 818; BRIGUGLIO, *il potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile e la inevitabile interferenza del giudice* (“*evviva il cautelare arbitrale, ma le cose non sono poi così semplici*”), in *judicium* (*judicium.it*), 2022.

⁵⁸ Secondo LA CHINA, *op. ult. cit.*, p. 113, vi sono «[...] diversi e crescenti livelli di autorità e costrizione, ed all'arbitro è negato il secondo e più intenso: l'attitudine dei suoi atti non soltanto ad obbligare ma ad ottenere direttamente concreta attuazione del comando. direttamente concreta attuazione del comando. Qua di radica, per il nostro diritto, l'impossibilità per gli arbitri di disporre provvedimenti cautelari così come non possono emettere lodi esecutivi [...] possono gli arbitri obbligare i privati che ha loro si sono sottomessi ma non comandare agli ufficiali giudiziari ed alla forza pubblica, che restano nel monopolio dello Stato e, per esso, dei suoi giudici.»

⁵⁹ Sul punto cfr. MARENGO, *op. cit.*, 134 ss.

⁶⁰ Sul dato letterale dell'art. 818 c.p.c., RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, sub 669-bis ss., tiene a sollecitare uno spunto riflessivo in merito ai provvedimenti d'urgenza, i quali, «si riferiscono prevalentemente a obblighi di fare o di non fare posti a carico della parte, senza in genere la previsione di atti di forza esterna. Rispetto a quest'ultimi la riserva all'autorità giudiziaria appare quindi meno evidente. [...] Quanto a comportamenti ordinati alle parti, da esse direttamente eseguibili e che non comportano blocchi di beni o l'eliminazione di un pericolo fisico a persone, tale riserva non appare giustificata. Viene così da domandarsi se il divieto agli arbitri debba essere affermato basandosi sull'interpretazione letterale della norma o non possa essere ridotto, attraverso un'interpretazione restrittiva, escludendosi da esso i provvedimenti d'urgenza.»

⁶¹ Così LA CHINA, *op. ult. cit.*, p. 113, il quale precisa, aggiungendo, «[...] ed a farne quindi un soggetto giudicante in tutto e per tutto identico, per estensione e qualità di poteri, al giudice ordinario [...]». Tale impossibilità giuridica degli arbitri di emanare provvedimenti cautelari fa riecheggiare il «[...] complesso ed altalenante rapporto

Anzitutto, i sostenitori del divieto della potestà cautelare arbitrale - i quali come detto riconducevano la *ratio* di tale divieto alla carenza in capo agli arbitri di *ius imperii* - hanno da sempre addotto allo stretto legame tra la fase cautelare e quella esecutiva⁶²; legame da rinvenire nel disposto dell' art. 669-*duodecies* c.p.c., in quanto il provvedimento cautelare dovrà essere eseguito nelle forme e modi previsti dall'articolo appena citato, ossia: «[...] l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli articoli 491 e seguenti in quanto compatibili, mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti [...]».

L'argomentazione concernente lo stretto legame tra la fase cautelare e quella esecutiva acquista particolare significato soprattutto nella seconda parte della norma sopra riportata. La norma infatti, con riferimento all'attuazione «delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare» richiede «il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare»⁶³.

Al di là di tale argomentazione, è stato altresì evidenziato che, notoriamente, l'uso della forza è tradizionalmente considerato espressione di un principio di ordine pubblico⁶⁴ di esclusiva competenza statale.

Or dunque, l'insieme delle osservazioni sin ora riportate ha condotto parte della dottrina alla conclusione per cui, lo *ius imperii* - visto lo stretto legame di cui sopra accennato, fondato sul disposto dell'art. 669-*duodecies*, e vista l'impossibilità per le parti di derogare ad un principio di ordine pubblico quale quello per cui "l'uso della forza è di esclusiva competenza statale" - era considerato presupposto imprescindibile, non solo in sede esecutiva, ma anche in quella cautelare⁶⁵. Cosicché, tanto l'attività esecutiva quanto quella cautelare, non potevano essere devolute a soggetti diversi dai giudici Statali.

di diffidenza-fiducia, gelosia-apertura, tra la giurisdizione statale e l'arbitrato: la cognizione è decentrata, la costrizione no.».

⁶² CARDONA, *op. cit.*

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ CARNACINI, *voce Arbitrato rituale*, in *Novissimo Digesto.it.*, XII, Torino, 1958.

⁶⁵ PUNZI, *voce Arbitrato*, "Arbitrato rituale e irrituale", in *Enc. Giur. II*, 1988, 1.

1.2.2.1 (Segue): Critiche alla teoria

Sulla teoria del monopolio dello Stato in relazione al potere coercitivo, parte della dottrina si è espressa criticamente⁶⁶.

Condividendo l'assunto per cui sia da ricondurre allo Stato il monopolio sul potere coercitivo, la prima argomentazione addotta per contrastare il fondamento della tesi volta a giustificare l'art. 818 c.p.c., evidenzia che nel procedimento cautelare vi sono due fasi ben distinte (la fase di cognizione e dunque concessione o meno della misura richiesta e la fase di esecuzione, attuazione, ove concessa, della misura stessa) e che nella prima di esse il giudice è chiamato solo a verificare la sussistenza del *fumus boni iuris* e del c.d. *periculum*. Non vi è dunque ragione per vietare agli arbitri l'emanazione di misure cautelari, posto che solo nella seconda fase - quando il provvedimento debba essere coattivamente eseguito con la forza pubblica - rileva il potere coercitivo⁶⁷.

Pertanto, il momento dell'emanazione, concessione, del provvedimento cautelare è da tenersi ben distinto dalla - solo successiva - fase esecutiva dello stesso; la quale per giunta può dirsi meramente eventuale, sia ove si tenga in considerazione l'attuazione volontaria, da parte del soccombente, del *dictum* cautelare, sia in relazione ai provvedimenti c.d. *self-executing*⁶⁸, per i quali non è necessario dare esecuzione alla misura⁶⁹.

A sostegno di quanto appena riportato, se si assume, *in thesi*, che il concetto di coercizione non attenga unicamente alla fase esecutiva della misura, bensì pure all'astratta idoneità di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive e quindi all'*auctoritas* di influire sugli interessi delle parti, allora dovrebbe giungersi all'assurda conclusione di escludere *tout court* la giurisdizione degli arbitri, non solo in ambito cautelare, ma anche nella fase di cognizione⁷⁰. La dottrina critica rispetto al divieto dell'art. 818 c.p.c. osserva che la tutela cautelare, nonostante le sue peculiarità, rientra - essendone intrinsecamente connessa -

⁶⁶ CARDONA, *op.cit.*

⁶⁷ PUNZI, voce *Arbitrato*, "Arbitrato rituale e irrituale", in *Enc. Giur.*, 2008.

⁶⁸ CARDONA, *op. cit.*

⁶⁹ V. ampiamente sul punto il cap. 1 par. 3 "la sospensione delle delibere societarie in presenza di clausole compromissorie statutarie".

⁷⁰ CARDONA, *op. cit.* V. il secondo capitolo di questa dissertazione, l'esperienza degli Stati relativa all'implementazione di un sistema di controllo al fine di legittimare la potestà cautelare arbitrale.

nell'ambito dell'attività di cognizione e la devoluzione di quest'ultima ad organismi diversi dai giudici statali, compreso l'arbitrato, è vista con favore dall'ordinamento⁷¹.

Alla luce di ciò, l'unica conseguenza che si può trarre dalla premessa della carenza dello *ius imperii* in capo agli arbitri è quella della necessaria previsione di un sistema di controllo analogo a quello imposto per far acquisire al lodo efficacia esecutiva⁷². La possibilità di una delibazione dei magistrati ordinari sull'esecuzione della decisione arbitrale è infatti considerata una garanzia sufficiente affinché non si verifichino abusi o interferenze con le prerogative proprie della giurisdizione statale⁷³.

In tal senso, dunque, è parso del tutto comprensibile poter «consentire all'arbitro l'emanazione della misura, salvo l'intervento del giudice togato per l'attribuzione di esecutività e il controllo sull'esecuzione coattiva.»⁷⁴.

Passando ora alla seconda argomentazione critica formulata per contestare il fondamento del divieto rivolto agli arbitri di adottare misure cautelari, si è rilevato come la *voluntas* delle parti di un rapporto giuridico, «la quale rappresenta una legittima fonte di potere degli arbitri di assumere decisioni vincolanti e potenzialmente⁷⁵ esecutive»⁷⁶, dovrebbe rappresentare una fonte altrettanto legittima e sufficiente per riconoscere, in capo a quest'ultimi, anche il più limitato⁷⁷, per definizione, potere di assumere decisioni

⁷¹ Ibidem. Come detto, *favor* derivante dal fatto per cui la cognizione non richiede fisiologicamente l'esercizio di un potere coercitivo.

⁷² LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 253 ss.; CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 486 ss.; RICCI, *op. cit.*, sub art. 818; CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, sub art. 818.

⁷³ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 260.

⁷⁴ Ibidem, il quale sul punto evidenzia che: «[n]on sembrano sussistere ragioni stringenti per negare che l'intervento del giudice togato possa avere l'affetto di attribuzione dell'attitudine all'attuazione coattiva. La misura cautelare arbitrale sarebbe priva di quell'idoneità a ricevere attuazione coattiva, che solo la verifica giudiziale è in grado di conferirle. In altre parole, la fase esecutiva è in ogni caso distinguibile da quella cognitiva, ed un meccanismo di *exequatur* potrebbe rappresentare il necessario raccordo tra i due.»

⁷⁵ Potenzialmente esecutivi in quanto, una decisione arbitrale, nel sistema odierno, necessita del c.d. *exequatur* ai sensi dell'art. 825 c.p.c.: «La parte che intende far eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione d'arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto.»

⁷⁶ CARDONA, *op. cit.*

⁷⁷ La dottrina ha in più occasioni fatto notare come la tradizionale giustificazione che riconduceva il divieto per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelare alla carenza di *ius imperii* negli arbitri, era in realtà assai debole ove si pensi che gli arbitri hanno il potere di emanare lodi tali da consentire un futuro provvedimento esecutivo; che ha ben vedere, rappresentano “provvedimenti autoritativi di gravidanza ancora maggiore”. Così RICCI, *op. cit.*, sub art. 818.

provvisorie⁷⁸; di certo i lodi di condanna, non sono meno coercitivi di un provvedimento anticipatorio *ex art. 700 c.p.c.*⁷⁹.

Anche ove il potere cautelare dovesse considerarsi maggiore rispetto a quello di decidere nel merito, come detto, va escluso che la funzione cautelare si ponga sullo stesso piano del procedimento di esecuzione⁸⁰.

E' doveroso altresì rilevare che con l'attribuzione del potere cautelare al giudice togato, ove le controversie siano compromesse in arbitri, emerge un problema di "influenzabilità" del soggetto designato per emettere il lodo finale⁸¹, in quanto, di fronte ad una domanda cautelare, il giudice statale deve valutare il *fumus boni iuris*, e quindi la plausibilità delle ragioni del ricorrente. Così facendo, l'arbitro potrà essere condizionato dal giudizio - per quanto sommario - del giudice togato.

Un'ultima critica verso la teoria della carenza di *imperium*, quale giustificazione del divieto *ex art. 818 c.p.c.*, è stata articolata contro l'assunto per cui il riconoscimento della legittimazione cautelare in capo agli arbitri, comporterebbe un astratto pericolo per l'ordine pubblico⁸², atteso che si può parlare di un monopolio dello Stato esclusivamente con riguardo alla fase di esecuzione coattiva del titolo esecutivo.

Ancora: si è sottolineato che, con la convenzione arbitrale, le parti vogliono che gli arbitri abbiano il potere di definire, utilmente, la controversia, chiedendo che quest'ultimi esercitino tutti i poteri necessari e funzionali allo scopo. Pertanto, legittimare la devoluzione della lite in arbitrato per il merito, ma non per la fase cautelare, compromette, depotenzia

⁷⁸ LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 456: «L'argomento appare insufficiente: dal momento che si riconosce all'arbitro il potere di pronunciare provvedimenti di merito che risolvono definitivamente le controversie non vi è ragione per negargli l'autorità di ordinare misure provvisorie necessarie per l'esercizio della *potestas iudicandi*.».

⁷⁹ POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 21, sul punto afferma che: «[a]ppare difatti contraddittorio consentire agli arbitri di decidere in via definitiva sulla controversia, approntando un meccanismo di assistenza statale per l'esecuzione del lodo, ed invece negare un loro potere (per così dire) inferiore che rispetto alla tutela nel merito pare solamente strumentale.».

⁸⁰ CARDONA, *op. cit.*, sul punto asserisce che «[c]iò risulta, confermato da una precisa scelta codicistica: le disposizioni di cui agli artt. 669-bis ss. c.p.c. sono collocate nel Libro IV, al contrario degli artt. 474 ss. c.p.c. contenute nel Libro III.».

⁸¹ Così, *ibidem*.

⁸² Sul punto *ibidem*, il quale riporta che «l'accentramento dei poteri coercitivi in capo allo Stato è considerato espressione di un principio di ordine pubblico che nemmeno la volontà delle parti potrebbe astrattamente derogare.» Cfr. anche CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, p. 3083, ove in merito alla derogabilità della norma per volontà delle parti si osserva che: «[...] La risposta della dottrina maggioritaria è negativa, rappresentando la norma una disposizione di tipo inderogabile.».

l'intesa compromissoria, privandola di una componente essenziale⁸³. Dopotutto «la libera decisione delle parti di sottoporre la controversia al giudizio degli arbitri postula che identica adesione debba ritenersi ad eventuali provvedimenti provvisori emessi dal giudice privato [...]. Ciò che vale per il risultato finale del procedimento non può non valere anche per le eventuali statuizioni intermedie.»⁸⁴.

Le riferite osservazioni critiche hanno reso ampiamente condivisibile la considerazione per cui il principio postulato all'art. 818 c.p.c. sia stato determinato quasi esclusivamente da una scelta di politica legislativa⁸⁵. Una scelta che allontana l'ordinamento italiano dal *favor arbitrati* che dovrebbe costituire la base di ogni moderno sistema di giustizia integrato⁸⁶.

1.2.3 L'esclusione sistematica della cognizione sommaria per gli arbitri

Al di là delle teorie relative la *ratio* della carenza di potestà cautelare arbitrale e della conseguente bontà o meno di quest'ultime, il dettato dell'articolo 818 c.p.c. - nella sua versione originaria - era chiaro ed impediva categoricamente ed in maniera inderogabile la possibilità per gli arbitri di emanare provvedimenti di natura cautelare.

A questo punto, però, bisogna affrontare un'ulteriore questione, ossia l'ampiezza del campo di applicazione di tale divieto; nello specifico comprendere se il divieto sia stato inteso in senso restrittivo, dunque solo in relazione all'emanazione di provvedimenti aventi natura cautelare, ovvero se agli arbitri sia stata preclusa in generale l'accesso alla tutela sommaria.

⁸³ ALPA, VIGORITI, *op. cit.*, p. 1178 ss.

⁸⁴ Così BIAVIATI, *op. cit.*, p. 331, il quale ricorda inoltre che «la scelta di sottrarre la questione alla giurisdizione dello Stato suppone che gli arbitri possano disporre in piena autonomia di tutti gli strumenti decisorii e siano obbligati il meno possibile a richiedere l'aiuto del giudice.».

⁸⁵ Ivi, p. 336, secondo il quale, «[p]ertanto la ragione del divieto è da ricondursi esclusivamente a ragioni di politica legislativa, che ben potrebbero essere superate, pur tenendo conto della potenziale pericolosità dei cautelari, specialmente nell'ottica della parità delle parti e della deliberazione meramente sommaria sulla base della quale vengono emanati.» Sulla considerazione della norma quale frutto di una mera scelta politica legislativa cfr. anche CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, sub art. 818; BIAVIATI, *op. cit.*, p. 329 ss.; CAPASSO, *L'adjudication, contributo allo studio di arbitrato e tutela cautelare*, Giappichelli, 2019, p. 387; MENECHINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, CEDAM, 2010, sub art. 818 c.p.c.

⁸⁶ Dopotutto non dimentichiamo come la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 376/2001 ha sancito che l'arbitrato è oggi uno dei percorsi possibili per conseguire un risultato equivalente alla tutela giurisdizionale pubblica. Cfr. sul punto BIAVIATI, *op. cit.*, p. 330.

A tal fine bisogna anzitutto evidenziare come il legislatore abbia inserito nel Libro IV del c.p.c., tanto i procedimenti cautelari, quanto le procedure caratterizzate dalla natura sommaria della loro cognizione.

La collocazione sistematica parrebbe indicare una precisa scelta legislativa, la cui *ratio* sarebbe quella «di precludere agli arbitri ogni provvedimento direttamente incisivo sulla realtà materiale che non sia fondato su una cognizione piena, dunque a cognizione sommaria.»⁸⁷.

Pertanto, l'impossibilità giuridica di emanare "provvedimenti cautelari" di cui all'art. 818, nella sua versione originaria, è «da intendersi in senso estensivo, come inibizione generale a concedere tutti i provvedimenti sommari con carattere satisfattivo finalizzati alla creazione di un titolo esecutivo o diretti ad anticipare un risultato che sarebbe conseguibile solo al termine del procedimento, nonché quelli che comportano un accertamento non pieno della questione.»⁸⁸.

Dopotutto, già da tempo, vi è chi afferma che ove l'interpretazione del divieto normativamente posto dall'art. 818 fosse da interpretarsi in maniera restrittiva, «si porrebbe un delicato problema di raccordo con l'art. 669-*quaterdecies*, dovendosi individuare caso per caso una certa misura, extravagante rispetto al codice di procedura, che possa avere una parvenza cautelare, in realtà concretamente lo sia, e quindi sia inibita all'arbitro o invece non lo sia e possa quindi essere da questo concessa.»⁸⁹.

In altre parole, interpretando la lettera dell'art. 818 quale divieto inerente solo ai provvedimenti aventi natura cautelare, l'arbitro di volta in volta, per i casi di provvedimenti atipici rispetto a quelli previsti dal codice di rito si sarebbe trovato nella posizione di dover verificare se la misura richiesta avesse natura cautelare o meno e dunque interpretare e decidere sulla sussistenza o meno del proprio potere di emanarla.

⁸⁷ CARDONA, *op. cit.*

⁸⁸ CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, p. 2998. Sul punto, RICCI, *op. cit.*, p. 338, afferma che: «[i]n tale ottica, non solo dovrebbe essere preclusa ad essi la tutela possessoria inarditale, così come ha espressamente ritenuto la Suprema corte, ma anche ogni altro provvedimento sommario volto alla rapida formazione di un titolo esecutivo (ad es. decreti ingiuntivi, ordinanze di convalida di sfratto o di rilascio ex artt. 663 e 655 c.p.c., ordinanze interinale di condanna ex artt. 186-bis ss. c.p.c. ecc.).».

⁸⁹ RICCI, *op. cit.*, p. 337 ss.

1.2.3.1 Arbitrato e istruzione preventiva

Rientrano nel divieto di cui all'art. 818 anche i provvedimenti di istruzione preventiva⁹⁰.

È tuttavia doveroso segnalare come in passato sia stata avanzata l'idea che l'istruzione preventiva rappresentasse l'unica eccezione al divieto degli arbitri di provvedere sulle domande cautelari e conseguentemente su tutti gli aspetti ad esse connessi⁹¹.

Tale posizione minoritaria era ricavata dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., il quale individua l'ambito operativo del rito cautelare uniforme⁹², escludendo l'applicazione della maggior parte delle norme che lo regolamentano per i provvedimenti di istruzione preventiva. Infatti, come si legge chiaramente nel periodo conclusivo di quella disposizione, l'emanazione delle misure volte a cautelare il diritto alla prova richiede esclusivamente l'osservanza dell'art. 669-*septies* c.p.c.⁹³, per cui l'eventuale ordinanza di incompetenza ovvero di rigetto non preclude la possibilità di riproposizione della domanda stessa, con la precisazione che per il caso di rigetto sarà ovviamente richiesta la sussistenza di un mutamento delle circostanze ovvero vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto⁹⁴.

⁹⁰ CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, p. 2997. La *communis opinio* ritiene preclusa la facoltà di disporre anche tali misure, così RICCI, *op. cit.*, p. 337.

⁹¹ LA CHINA, *op. ult. cit.*, p. 114, il quale sosteneva che lo stesso codice sembrava escludere i provvedimenti di istruzione preventiva dal novero delle misure propriamente cautelari.

⁹² Prima della pronuncia della Corte Costituzionale n. 26/2010, l'art 669-*quaterdecies*, che così recita: «Le disposizioni della presente sezione si applicano ai provvedimenti previsti nelle sezioni II, III e V di questo capo, nonché, in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali. L'articolo 669-*septies* si applica altresì ai provvedimenti di istruzione preventiva previsti dalla sezione IV di questo capo», si applicava ai sequestri, alle denunce di nuova opera e di danno temuto, ai provvedimenti d'urgenza nonché agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali, restandone esclusi i provvedimenti di istruzione preventiva rispetto ai quali operava, in base alla lettera della norma unicamente l'art. 669-*septies*.

⁹³ La diversità di trattamento è stata giustificata, con l'assenza di collegamento tra misura istruttoria preventiva e giudizio di merito, anche in occasione dei lavori preparatori del "Progetto Vassalli" e sulla base di ciò «[s]e ne deduce che non possono applicarsi all'istruzione preventiva le disposizioni del rito cautelare uniforme che presuppongono un rigido legame di strumentalità tra la cautela e il merito. Il che potrebbe indurre a ritenere applicabili tutte quelle che - come l'art. 669-*quinqüies* - non presumono tale strumentalità.». Così LICCI, *op. cit.*, p. 351.

⁹⁴ Art. 669-*septies*: «L'ordinanza di incompetenza non preclude la riproposizione della domanda. L'ordinanza di rigetto non preclude la riproposizione dell'istanza per il provvedimento cautelare quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto.»

Pertanto, secondo taluni, non essendo assoggettata, per larga parte, alla disciplina uniforme dei provvedimenti cautelari, la materia dell'istruzione preventiva doveva ritenersi estranea al divieto di cui all'art. 818 c.p.c. e dunque non sottratta alla competenza arbitrale⁹⁵.

Come anticipato, siffatta tesi è rimasta minoritaria, in quanto la dottrina maggioritaria si è infatti espressa in senso negativo circa la possibilità per gli arbitri di adottare provvedimenti di istruzione preventiva⁹⁶, sostenendo l'applicabilità dell'art. 818 c.p.c. in ragione della natura cautelare⁹⁷, propria ed intrinseca⁹⁸, che caratterizza anche tali misure.

A quanto detto si aggiunga il fatto per cui - vista la natura "imperfetta" dell'istruttoria arbitrale⁹⁹, derivante dalla carenza di *ius imperii* - in taluni casi sarebbe comunque indispensabile l'intervento del giudice statale anche per i casi di istruzione preventiva¹⁰⁰.

Dunque - in virtù della natura cautelare dell'istruzione preventiva e pertanto l'applicabilità dell'art. 818 ed in ossequio all'esclusione dell'applicazione delle norme sul procedimento cautelare uniforme per i provvedimenti di istruzione preventiva *ex 669-quaterdecies* - nell'ambito delle norme dedicate all'istruzione preventiva, mancava del tutto una norma che permettesse di individuare l'autorità competente ad emettere il provvedimento cautelare in presenza di una convenzione arbitrale; inducendo perfino ad escludere che l'istruzione preventiva potesse essere concessa in tale circostanza.

Tuttavia dal momento che, come ricordato¹⁰¹, la tutela cautelare è una componente fondamentale per il rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale e che pertanto l'assunto di una possibile esclusione dell'istruzione preventiva in caso di

⁹⁵ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 267, riportando tale teoria, precisa che: «L'argomento fondato sulla differenza di regime normativo interno applicabile - anche quando anche ritenuto rilevante - avrebbe tuttavia portata limitata ai provvedimenti di istruzione preventiva richiesti in corso di causa, vista l'assenza di un organo cui rivolgere l'istanza *ante causam*.». Quanto precisato priva la questione del proprio interesse pratico, in quanto le esigenze di tempestività dell'intervento non si conciliano con i tempi, spesso lunghi, di costituzione del tribunale arbitrale.

⁹⁶ Cfr. CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Giappichelli, 1997, p. 38; AULETTA, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Giappichelli, 1997, p. 361.

⁹⁷ «[...] natura che, alla luce dell'ampiezza dei termini utilizzati, non sembra consentire interpretazioni restrittive dell'art. 818 c.p.c.». Così CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 268.

⁹⁸ NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Giuffrè, 1979, p. 193 ss.

⁹⁹ Ricordiamo tuttavia che: «A seguito della riforma del 2006, la lacuna normativa relativa ai meccanismi di assistenza giudiziaria agli arbitri è stata parzialmente colmata dal nuovo art. 816 ter, co. 3, c.p.c., che autorizza gli arbitri a richiedere al presidente del tribunale l'emanazione di un ordine di comparizione innanzi al loro del testimone renitente.». Così LICCI, *op. cit.*, p. 353. Sulla natura "imperfetta" dell'istruzione preventiva arbitrale v. anche *sub nota* 105 di questo elaborato.

¹⁰⁰ TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 720.

¹⁰¹ V. paragrafo 1.1.1. di questo elaborato "l'esigenza di una tutela cautelare tout court".

controversie compromesse in arbitri non sarebbe stato compatibile con il dettato costituzionale, per molto tempo è rimasto aperto il dibattito relativo a quali regole seguire circa l'attribuzione del potere di emettere la misura di istruzione anticipata.

Al fine di risolvere la questione relativa alla possibilità, in presenza di clausola compromissoria, di compromesso ovvero di pendenza di giudizio arbitrale, di proporre domanda di accertamento tecnico preventivo al giudice che sarebbe competente per il merito e per colmare il vuoto normativo, è intervenuta la Consulta¹⁰², la quale, confermando la natura cautelare dei provvedimenti di istruzione preventiva: «ha così dichiarato l'illegittimità dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., al fine di estendere l'applicazione dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. all'istruzione preventiva.»¹⁰³.

Pertanto, a seguito di tale pronuncia, anche in presenza di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza di giudizio arbitrale, può essere chiesta l'assunzione anticipata della prova¹⁰⁴ e per di più si è definitivamente approdati alla risoluzione circa la questione relativa alla regola di competenza in caso di richiesta di provvedimenti di istruzione preventiva, rinvenibile in quella stabilita per tutti gli altri provvedimenti cautelari¹⁰⁵.

¹⁰² Corte Costituzionale, 28 gennaio 2010, n. 26, in *judicium (judicium.it)*, con nota di DELLE DONNE, *La Consulta, l'istruzione preventiva e la forza espansiva del rito cautelare tra esigenze di compatibilità costituzionale e discrezionalità del legislatore*.

¹⁰³ Cfr. sul punto LICCI, *op. cit.*, p. 352.

¹⁰⁴ Cfr. CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, sub art. 669-*quaterdecies*.

¹⁰⁵ E' bene sottolineare che ad analoga soluzione, in realtà, si giungeva anche prima della pronuncia della Corte costituzionale, sul punto cfr. LICCI, *op. cit.*, p. 353, la quale afferma che: «Tutte le volte in cui era necessario acquisire una prova documentale in possesso di un terzo o informazioni dalla pubblica amministrazione o una deposizione di testimoni ostili, ovvero ispezionare luoghi sottratti alla disponibilità delle parti, si avvertiva l'esigenza di fronteggiare il difetto di misure coercitive azionabili dagli arbitri con l'ausilio del potere pubblico. L'istruzione preventiva diveniva così una forma di collaborazione giudiziaria all'istruttoria arbitrale che altrimenti sarebbe risultata «imperfetta» sotto l'aspetto della completezza delle fonti di prova.»

1.2.4 *Raccordo fra la disciplina cautelare uniforme e le norme sul procedimento arbitrale*

1.2.4.1 *La competenza cautelare in presenza di convenzione arbitrale per arbitrato interno*

In ragione dell'impossibilità giuridica relativa all'ottenimento di tutela cautelare da parte degli arbitri è stata posta in essere dal legislatore una complessa normativa di raccordo con le norme che disciplinano il cd. procedimento cautelare uniforme¹⁰⁶.

Come anticipato nel paragrafo 1.1.4 che precede, in materia di competenza cautelare, la disciplina positiva, di cui agli artt. 669-ter e quater, prevede la coincidenza della competenza cautelare con quella per il merito.

La regola generale succitata, come già detto, prevede alcune deroghe ed una di queste - prima della Riforma Cartabia - era rappresentata dall'art. 669-quinquies del c.p.c., ossia nei casi in cui la competenza della controversia fosse devoluta ad arbitri.

La norma, rubricata «Competenza in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza del giudizio arbitrale»¹⁰⁷, infatti, prevedeva che: «[s]e la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri o se è pendente il giudizio arbitrale¹⁰⁸, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.»¹⁰⁹.

Dal disposto dell'art. 669-quinquies emergeva che, essendo gli arbitri sprovvisti di *potestas* cautelare ex art. 818 c.p.c., non era possibile far coincidere la competenza cautelare con quella per il merito affidata, per mutuo consenso delle parti, agli arbitri.

¹⁰⁶ V. a tal riguardo gli artt. 669-quinquies, 669-octies, ult. co., 669-novies, ult. co. e 669-duodecies, ult. co. Sulle norme che regolano il procedimento cautelare uniforme davanti al giudice statale si rinvia a quanto riportato nel paragrafo 1.1.4 che precede.

¹⁰⁷ VALITUTTI, *Procedimenti cautelari e possessori*, CEDAM, 2004, p. 175, il quale sottolinea che la norma era applicabile al solo arbitrato interno. Sulle diverse teorie relative la competenza cautelare in caso di devoluzione della controversia in arbitri stranieri v. *infra*.

¹⁰⁸ V. *infra* circa la *vexata quaestio* della pendenza del giudizio arbitrale con riferimento all'impugnazione del lodo.

¹⁰⁹ Testo della norma *ante* riforma Cartabia ed *ante* riforma L. 14. 05. 2005, n. 80.

In apertura di questa dissertazione si è rammentata l'esigenza costituzionale di prevedere la tutela cautelare dei diritti¹¹⁰: in effetti, alla luce di quell'esigenza fondamentale, il legislatore ha individuato chi potesse, in luogo degli arbitri, emettere gli eventuali provvedimenti cautelari richiesti dalle parti in lite.

L'art. 669-*quinquies*, come desumibile dal testo della norma sopra riportato, attribuiva il potere cautelare al giudice ordinario che sarebbe stato in astratto competente a conoscere il merito ove le parti in lite non avessero predisposto una convenzione arbitrale.

Dalla lettura della norma in commento si ricava che quanto appena evidenziato, ossia il criterio di attribuzione della competenza cautelare in caso di controversie devolute ad arbitri, valeva non solo allorché la misura fosse richiesta prima della costituzione del tribunale arbitrale, ma anche quando fosse domandata nel corso del procedimento¹¹¹.

Mentre l'ipotesi della clausola compromissoria non crea problemi, poiché è sufficiente verificare la sua esistenza per attribuire la competenza al giudice secondo l'articolo 669-*quinquies* c.p.c., la questione della pendenza del procedimento arbitrale non è sempre di facile risoluzione¹¹². Nello specifico, era incerto se la «pendenza del procedimento arbitrale» include anche la pendenza per l'impugnazione del lodo arbitrale; pertanto incerta è l'individuazione del giudice competente in tale fase del giudizio.

Una prima teoria era quella secondo cui, in assenza di una disposizione - quale l'art. 669-*quater*, co. 1 per il giudizio statale - che esplicitamente regolasse l'ipotesi di richiesta cautelare in pendenza dei termini di impugnazione del lodo, la competenza cautelare sarebbe dovuta spettare al giudice *ad quem* e pertanto al Tribunale in caso di impugnazione del lodo libero ovvero alla Corte d'Appello in caso di arbitrato rituale.

Un'altra teoria evidenziava che seguendo l'orientamento, sostenuto anche dalla giurisprudenza, che definisce sussistente la pendenza del giudizio sino al passaggio in giudicato formale della sentenza ed estendendolo al contesto arbitrale, il procedimento arbitrale può considerarsi pendente fino al momento successivo alla pronuncia del lodo, ossia fino a quando la decisione arbitrale non sia più impugnabile. Pertanto, in pendenza dei termini

¹¹⁰ V. 1.1.1. di questo elaborato "l'esigenza di una tutela cautelare *tout court*".

¹¹¹ LUISO, *op. cit.*, p. 255.

¹¹² Cfr. CONSOLO, *Codice di procedura civile Commentato, Tomo IV*, Ipsa, 2018, *sub* 669-*quinquies*, cui si fa rinvio per una ricostruzione completa delle soluzioni in caso di pendenza dei termini per impugnare.

d'impugnazione del lodo, la competenza cautelare doveva spettare al «giudice che sarebbe stato competente a conoscere il merito» *ex art. 669-quinquies*. A sostegno dell'applicazione - anche in dette ipotesi - del *669-quinquies*, è stato sottolineato che nel periodo di tempo tra la pronuncia del lodo e la sua impugnazione, era in ogni caso soddisfatta l'altra condizione di applicazione dell'*art. 669-quinquies*, ovverosia la sussistenza di una clausola compromissoria. Orbene, ove si fosse ritenuto direttamente applicabile l'*art. 669-quinquies*, con «giudice che sarebbe stato competente a conoscere il merito», doveva intendersi, anche nelle ipotesi di composizione collegiale, il giudice istruttore.

Diversamente - ove si fosse posto sul medesimo piano la pendenza dei termini per impugnare la sentenza con quelli per impugnare il lodo - sarebbe stato possibile applicare, per analogia, l'*art. 669-quater*, ai sensi del quale la competenza cautelare spetta al «giudice che ha emesso la sentenza» (evidentemente, essendo l'arbitro carente di potestà cautelare, l'applicazione analogica dell'*art. 669-quater* avrebbe richiesto un adattamento; ovverosia l'organo competente per la cautela sarebbe dovuto essere il giudice che - in assenza di convenzione arbitrale - avrebbe potuto decidere il merito). Circa l'applicazione dell'*art. 669-quater* bisogna fare un'ulteriore distinzione con riferimento ai casi di giudice collegiale. Se il giudice che «sarebbe stato competente per il merito» è un tribunale monocratico, la domanda cautelare sarebbe stata presentata al giudice istruttore. Quando invece il giudice che avrebbe dovuto pronunciare la sentenza fosse stato un collegio, occorreva far riferimento alle alternative previste dall'articolo *669-quater* e pertanto scegliere o l'organo collegiale che avrebbe dovuto effettivamente decidere nel merito, oppure il giudice istruttore. Una volta instaurato il giudizio di impugnazione del lodo, la competenza cautelare spetterà invece, secondo l'articolo *669-quater* del c.p.c., al giudice competente per il merito, ovverosia alla Corte d'Appello per l'impugnazione del lodo rituale e al tribunale per l'impugnazione del lodo irrituale. Un'ultima problematica interpretativa sorge ove, a seguito dell'eventuale annullamento del lodo, la volontà delle parti sottragga il giudizio rescissorio alla Corte d'Appello. Sono state poste due alternative; da un lato, si potrebbe sostenere la tesi per cui - nonostante i poteri decisorii della Corte d'Appello siano esauriti e sull'assunto per cui, in assenza della volontà contraria delle parti, quest'ultima sarebbe stata il giudice competente a conoscere per il merito - la competenza cautelare spetti comunque alla Corte d'Appello.

Dall'altro lato, invece, si potrebbe ritenere che, una volta annullato il lodo, le parti si trovino nella stessa situazione in cui erano prima dell'inizio del procedimento arbitrale e pertanto, la competenza cautelare sia del giudice di primo grado. Ciò detto, varrà, «sia nel caso in cui le parti abbiano deciso di rinnovare il giudizio arbitrale - in quanto è lui il “giudice che sarebbe stato competente a conoscere per il merito” in assenza dell'accordo compromissorio - sia nel caso in cui, invece, le parti abbiano deciso di proporre la domanda al giudice ordinario secondo le regole ordinarie di competenza, in applicazione dell'art. 669-ter.»¹¹³.

In conclusione, è doveroso sottolineare che, in ogni caso, il giudice, chiamato ad emettere la tutela cautelare, era tenuto solo ad accertare, incidentalmente, l'esistenza e validità della convenzione compromissoria, al fine di decidere sul *quomodo* della concessione della cautela, ma non anche sull'*an*¹¹⁴.

Quanto asserito deriva dal fatto per cui «la tutela cautelare è impartita dal giudice statale non in funzione del regolare svolgimento del giudizio arbitrale, non dunque per favorire (ausilio) tale svolgimento e/o controllarlo e controllarne il risultato, bensì in funzione della tutela di merito che le parti hanno deferito agli arbitri, e della sua effettività.»¹¹⁵.

(Segue): ... ed in presenza di convenzione per arbitrato estero

Passando ora all'analisi del tema della competenza cautelare, in caso di controversie il cui merito sia devoluto ad arbitri esteri, bisogna, anzitutto, accennare a cosa s'intende per arbitrato estero. Quest'ultimo differisce sia dall'arbitrato interno che dall'arbitrato internazionale - la cui principale caratteristica è rinvenibile nella sussistenza di elementi di internazionalità - in quanto la sua sede è individuata al di fuori del territorio italiano. Il lodo

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Cfr. BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 17, il quale sul punto riteneva che l'arbitrato non sia «il presupposto bensì un semplice accidente rispetto all'esercizio della giurisdizione statale cautelare.»

¹¹⁵ Ibidem.

emanato al di fuori dell'ordinamento italiano è definito quale lodo straniero, al quale si applicheranno le disposizioni di cui agli artt. 839¹¹⁶ - 840¹¹⁷ del codice di rito¹¹⁸.

Il tema di cui trattasi ha diviso gli interpreti del diritto; infatti, se è certa oltre modo l'ammissibilità di un'istanza cautelare davanti al giudice italiano in presenza di un patto per arbitrato estero¹¹⁹, la dottrina si è posta l'interrogativo in merito l'applicabilità della disciplina del codice di rito in caso di arbitrato avente sede all'estero¹²⁰.

Più precisamente, taluni, optando per l'applicazione dell'art. 669-*quinquies*, individuavano l'autorità competente a ricevere la richiesta cautelare nel giudice che sarebbe stato competente a conoscere il merito ove non vi fosse stata la convenzione. Diversamente, parte rilevante ed autorevole della dottrina, sostenendo l'applicazione degli artt. 669-*ter*, co. terzo¹²¹ e 669-*quater*, co. quinto, individua il soggetto competente ad esperire la tutela cautelare, nel giudice del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare.

Premesso ciò, si evidenzia che, alcuni autori¹²² osservando che l'articolo 669-*quinquies* non dispone alcuna distinzione tra arbitrato estero e interno, e che pertanto nulla osta all'applicazione di tale norma anche in caso di convenzione per arbitrato straniero, hanno escluso l'applicabilità dell'art. 669-*ter*, co. terzo. A ben vedere, l'art. 669-*quinquies* è l'unica norma che disciplina la competenza per le misure cautelari in caso di arbitrato. Tale conclusione, a detta dei sostenitori dell'applicabilità dell' art. 669-*quinquies*, sarebbe

¹¹⁶ Ai sensi del quale: «[c]hi vuol far valere nella Repubblica un lodo straniero deve proporre ricorso al presidente della corte d'appello nella cui circoscrizione risiede l'altra parte; se tale parte non risiede in Italia è competente la corte d'appello di Roma. Il ricorrente deve produrre il lodo in originale o in copia conforme, insieme con l'atto di compromesso, o documento equipollente, in originale o in copia conforme. Qualora i documenti di cui al secondo comma non siano redatti in lingua italiana la parte istante deve altresì produrne una traduzione certificata conforme. Il presidente della corte d'appello, accertata la regolarità formale del lodo, dichiara con decreto l'efficacia immediatamente esecutiva del lodo straniero nella Repubblica, salvo ché: 1) la controversia non potesse formare oggetto di compromesso secondo la legge italiana; 2) il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico.».

¹¹⁷ Il quale regola il procedimento d'opposizione al provvedimento della corte d'appello: «Contro il decreto che accorda o nega l'efficacia del lodo straniero è ammessa opposizione da proporsi con citazione dinanzi alla corte d'appello entro trenta giorni dalla comunicazione, nel caso di decreto che nega l'efficacia, ovvero dalla notificazione nel caso di decreto che l'accorda.[...]».

¹¹⁸ Sul punto cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile* cit., p. 552 ss.

¹¹⁹ V. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 307 ss.

¹²⁰ LAUDISA, *op. cit.*, p. 460: «Il criterio per la individuazione del giudice competente per la misura cautelare può essere quello del luogo dell'esecuzione o quello della sede dell'arbitrato. Mentre secondo alcuni ordinamenti il giudice provvede se l'arbitrato ha sede nel proprio paese, secondo altri quello della sede non è un criterio di collegamento sufficiente quando il provvedimento deve essere eseguito altrove, per la riluttanza, secondo noi giustificata, dei giudici statali ad ordinare misure cautelari di cui non possono assicurare l'esecuzione.».

¹²¹ In tal senso, CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 244.

¹²² In tal senso, BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero* cit., p. 41; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 332.

giustificata anche dall'articolo 669-*quater*, comma 5, che - regolando la competenza cautelare in corso di causa - si riferisce unicamente al "giudice straniero", escludendo pertanto la possibilità di estendere tale norma - e conseguentemente la competenza del giudice del luogo di esecuzione - all'arbitro straniero¹²³.

Pertanto, di fronte a un arbitrato, sia esso estero o interno, si applicherebbe l'articolo 669-*quinquies*, che funzionerebbe come norma generale per la competenza cautelare in tutte le situazioni di arbitrato. L'articolo 669-*ter*, co. 5 tornerebbe ad essere applicato solo nel caso in cui il patto compromissorio per l'arbitrato estero fosse inesistente e la giurisdizione sul merito non spettasse al giudice italiano.

In altre parole, «il giudice competente per le misure cautelari non dovrà verificare se la controversia sia devoluta ad arbitri stranieri o interni, ma solo stabilire, ai fini della sua competenza, se, in assenza di un patto compromissorio, la causa di merito rientri nella giurisdizione italiana.»¹²⁴.

Tale tesi, come anticipato, vede opposta l'opinione di un'autorevole dottrina che equipara l'arbitrato estero alla giurisdizione straniera e pertanto ove la controversia venga devoluta ad arbitri stranieri, la norma che regolerebbe e disciplinerebbe la competenza per le misure cautelari sarebbe da rinvenire nell'articolo 669-*ter*, co. terzo¹²⁵ del c.p.c., il quale prevede che: «[s]e il giudice italiano non è competente a conoscere la causa di merito, la

¹²³ Cfr. LICCI, *op. cit.*, p. 359, la quale sul punto evidenzia che : «[...] quando il legislatore ha voluto riferirsi anche all'arbitrato estero, lo ha fatto espressamente (v. art. 669 *novies*, ult. co.).». Inoltre, la ricostruzione appena proposta, «[...]avrebbe il non trascurabile pregio di evitare, ai fini della determinazione della competenza cautelare *ante causam* in caso di accordo compromissorio, di indagare sulla natura interna o estera dell'arbitrato, soprattutto ove l'elemento fondamentale della sede del giudizio arbitrale non sia ancora certo. Così facendo, di fronte ad un arbitrato - estero o interno che sia - si applicherà senza ulteriori indagini l'art. 669 *quinquies* c.p.c. che varrebbe da norma generale per la competenza cautelare in tutte le ipotesi di arbitrato.»

¹²⁴ Ivi, p. 358 ss., la quale osserva che solo in assenza di giurisdizione italiana «sarà competente il giudice del luogo in cui la misura deve essere eseguita. A ben guardare, ci sembra che parificare l'arbitrato estero a quello interno ai fini dell'individuazione del giudice competente per la cautela sia scelta più opportuna e giustificata dall'identità di rapporto che arbitrato estero e interno hanno rispetto al giudizio di merito. L'uno e l'altro rappresentando un'alternativa alla giurisdizione statale. Ne consegue che, in ogni ipotesi di arbitrato, è più ragionevole utilizzare come regola di competenza cautelare quella che guarda al giudice italiano non come a colui che «è competente a conoscere del merito» e che quando sia sfornito di giurisdizione può emettere misure cautelari solo se giudice del luogo in cui il provvedimento deve essere eseguito, ma a colui che «sarebbe stato competente a conoscere del merito» ove il patto compromissorio non fosse mai stato stipulato.»

¹²⁵ In tal senso, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile* cit., p. 244; CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, sub art. 669-*quinquies*, che in riferimento alla norma appena citata, osserva che: «La norma non è applicabile all'arbitrato straniero, nel qual caso la domanda deve essere proposta al giudice del luogo ove la misura deve essere eseguita.»

domanda si propone al giudice, che sarebbe competente per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare.».

Coloro i quali sostengono l'applicazione dell'articolo 669-ter, comma 3, all'arbitrato estero fanno principalmente leva sul presupposto che la norma opererebbe quando il giudice italiano non abbia giurisdizione sul merito; una circostanza che si verificherebbe anche quando le parti devolvono la loro controversia ad arbitri stranieri¹²⁶.

Concludendo sul punto, vale la pena osservare come vi sia una tesi intermedia, secondo la quale l'art. 669-quinquies si applicherebbe unicamente ove la materia oggetto della convenzione per arbitrato estero «fosse suscettibile di devoluzione alla cognizione di giudici italiani»¹²⁷. La possibilità che una controversia compromessa in arbitri stranieri possa essere sottoposta alla cognizione di giudici italiani potrebbe essere influenzata dalla tendenza generale secondo la quale le questioni affidate ad arbitri stranieri solitamente esorbitano la competenza dei giudici italiani. Tuttavia, potrebbe verificarsi che una controversia devoluta in un arbitrato estero, in assenza di tale accordo, sarebbe stata sottoposta alla giurisdizione dei giudici italiani¹²⁸. Pertanto, sulla base di tale teoria intermedia, sarà necessario valutare singolarmente, caso per caso, le diverse controversie compromesse in arbitrato estero, al fine di determinare se ricadano astrattamente nella giurisdizione internazionale italiana o meno. Dunque ove la competenza del giudice italiano fosse confermata, al fine di evitare distinzioni artificiose tra arbitrato nazionale e estero, si potrà applicare l'articolo 669-quinquies. Diversamente, ove mancasse la giurisdizione internazionale italiana, si farà riferimento all'articolo 669-ter.

¹²⁶ BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, p. 43, sul punto, evidenzia che: «non è per nulla detto che le parti devolvano ad arbitri esteri liti che in assenza di accordo compromissorio non rientrerebbero comunque nella giurisdizione italiana [...]».

¹²⁷ Sul punto, cfr. CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 309 ss.

¹²⁸ *Ibidem*, il quale asserisce che nonostante alcune eccezioni isolate in giurisprudenza e dottrina, non si può considerare che l'accordo per un arbitrato estero implichi di per sé una mancanza di giurisdizione del giudice italiano.

1.2.4.2 *L'inefficacia del provvedimento cautelare in presenza di convenzione arbitrale ed altre vicende procedurali*

Un'altra norma di raccordo con la disciplina dettata dal c.p.c. per la tutela cautelare statale era il disposto dell'art. 669-*octies* co. 5, il quale sancisce che ove: «la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte¹²⁹, nei termini di cui ai commi precedenti» - ossia nel termine fissato dal giudice nell'ordinanza di accoglimento ovvero, in mancanza, entro trenta giorni - «deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri»; in altre parole, nei succitati termini, la parte che ha ottenuto il provvedimento cautelare deve notificare la c.d. domanda arbitrale¹³⁰, avente quale contenuto quanto appena riportato e previsto dal comma 5.

Pertanto - ove emanato un provvedimento cautelare conservativo¹³¹ -analogamente a quanto previsto per i casi in cui la controversia non sia compromessa in arbitri, qualora l'adempimento previsto dal comma 5 dell'art. 669-*octies* non fosse posto nei termini perentori ivi previsti, si verificherebbe la perdita di efficacia¹³² del provvedimento cautelare emanato, in ossequio a quanto previsto dal primo comma dell'art. 669-*novies*¹³³.

Sempre con riferimento ai provvedimenti cautelari c.d. conservativi, la misura perderà altresì efficacia, ai sensi del comma 4 dell'art. 669-*novies*, in caso di estinzione del giudizio arbitrale instaurato ovvero qualora non sia stata versata la cauzione. Ancora, il provvedimento cautelare perderà efficacia qualora il lodo arbitrale abbia dichiarato inesistente il diritto per il quale si è richiesto l'intervento cautelare. In ultimo, la dottrina si è posta il problema relativo al se l'annullamento del lodo impugnato *ex* 828 c.p.c. possa determinare l'inefficacia della misura cautelare. La dottrina ha generalmente risolto la questione in termini positivi. Tuttavia, a ben vedere, la nullità del lodo può essere anche parziale e pertanto una

¹²⁹ «che ha ottenuto il provvedimento cautelare.»

¹³⁰ LA CHINA, *op. ult. cit.*, p. 114: «la proposizione della domanda d'arbitrato sulla situazione sostanziale cautelata è equiparata ad ogni effetto alla instaurazione della causa di merito.»

¹³¹ Come *supra* ricordato, grazie alla riforma del 2005 ai provvedimenti anticipatori non si applica il combinato disposto degli articoli 669-*octies* e *novies*.

¹³² Per un'approfondita analisi relativa alla perdita di efficacia della misura cautelare nelle diverse ipotesi previste dall'art. 669-*novies*, si rinvia a *ivi*, p. 115 ss.; RICCI, *op. cit.*, p. 342 ss.; CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, p. 2999 ss.

¹³³ RICCI, *op. cit.*, p. 342.

tale pronuncia non potrà di certo essere parificata a un caso di estinzione del giudizio arbitrale; è evidente che, per la parte in cui il lodo non venga dichiarato nullo, la misura debba rimanere in piedi. Inoltre anche ove il lodo venga annullato nella sua interezza, non si può generalizzare la soluzione data dalla dottrina; in quanto bisognerà verificare, nei casi in cui la Corte d'appello pronunci la nullità, se questa decida anche nel merito (ad esempio l'ipotesi di nullità derivante dall'inosservanza delle regole di diritto in assenza di una volontà contraria di tutte le parti). Più precisamente, nei casi in cui il giudice del secondo grado decida anche nel merito, bisogna verificare se il lodo impugnato abbia negato la sussistenza del diritto. In quest'ultimo caso, infatti, l'inefficacia della misura non deriverà dalla pronuncia della Corte d'appello bensì dalla pronuncia contenuta nel lodo stesso. Pertanto, le osservazioni appena riportate - sulla questione relativa all'annullamento del lodo impugnato *ex* 828 - portano ad affermare, concludere, che l'inefficacia della misura potrà verificarsi solo ove la nullità *ex* 828 colpisca il lodo nella sua interezza ed il gravame si concluda con la fase rescindente, quando cioè la causa non potrà più essere affrontata nel merito¹³⁴.

Per tutte le vicende relative la tutela cautelare, quali a titolo esemplificativo, la modifica, la revoca¹³⁵ e l'attuazione del provvedimento cautelare, il codice riservava tali attività al giudice statale, nello specifico - per le vicende citate - al giudice che lo aveva pronunciato.

1.2.5 La vexata quaestio della compatibilità della tutela cautelare con l'arbitrato libero (irrituale)

Una compiuta analisi dell'art. 669-*quinquies* non può esimersi dal trattare la questione della compatibilità della tutela cautelare con l'arbitrato c.d. irrituale.

¹³⁴ Cfr. CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, p. 2999 ss., sul punto «L'*exequatur*, non richiesto o negato non influisce sull'efficacia del provvedimento cautelare, salvo nel caso previsto dall'art. 156 *bis* disp. Att.[...].»; RICCI, *op. cit.*, p. 343 ss.

¹³⁵ L'art. 669-*decies* disponeva: «Se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o ad arbitrato, ovvero se l'azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale [c.p.c. 75] i provvedimenti previsti dal presente articolo devono essere richiesti al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare.»

È ben noto che l'ordinamento italiano sperimenta da ormai oltre un secolo il fenomeno del c.d. dualismo arbitrale¹³⁶, conoscendo due tipologie di arbitrato. Da un lato, vi è l'arbitrato rituale, che ricorre ove le parti optino per un arbitro che renda una decisione con effetti quanto più possibili simili ad una sentenza¹³⁷: l'arbitro, in tal caso, è dunque un privato, ma espleta la funzione di accertamento giurisdizionale sull'esistenza o inesistenza del diritto o del rapporto avanti a lui fatto valere, al pari di un giudice statale¹³⁸. All'uopo, ai sensi dell'824 bis c.p.c., «[s]alvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.»¹³⁹.

Dall'altro lato, vi è il cd. arbitrato libero¹⁴⁰, che si connota per il fatto che l'arbitro opera quale terzo, cui le parti hanno inteso congiuntamente dare l'incarico di porre in essere

¹³⁶ Per una completa disamina sulle differenze tra arbitrato rituale ed irrituale si rinvia a CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile* cit., p. 519 ss.

¹³⁷ «Gli artt. 806-832 c.p.c. dettano la disciplina dell'arbitrato interno, con particolare riguardo a quello di rito che ha ricevuto dall'ultima novella, attuata con il D. lgs. 2.2.2006, n. 40, una piena giurisdizionalizzazione, a conferma del suo carattere sostitutivo della giustizia ordinaria, non pregiudicante il rispetto dell'art. 24 Cost., il quale obbliga sì lo Stato ad apprestare l'organizzazione giudiziaria indispensabile per garantire il diritto di agire in giudizio, ma non obbliga altrettanto i cittadini a farvi ricorso.». Cfr. CAVALLINI, *Arbitrato rituale. Convenzione arbitrale e arbitri*, in *treccani.it*, 2012.

¹³⁸ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile* cit., p. 519, il quale sul punto: «questa persona ha per le parti un vantaggio rispetto al giudice statale in quando è a loro ben noto, lo stimano, hanno fiducia nella sue qualità professionali od anche *tout court* umane o di esperienza settoriale: entrambi i contendenti lo hanno scelto o concorreranno - seppur indirettamente - alla sua nomina, e perciò confidano in modo particolare nella sua correttezza ed accuratezza nella decisione.».

¹³⁹ La clausola di salvezza di cui all'art. 824-bis si riferisce alla differenza tuttora sussistente tra il lodo arbitrale e una sentenza, ossia l'assenza di esecutività del lodo, infatti l'art. 825 prevede che: «[l]a parte che intende far eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione d'arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione la sentenza avente il medesimo contenuto.».

¹⁴⁰ L'arbitrato irrituale ha una natura meta-legislativa ed ha ottenuto il suo primo riconoscimento dalla Cassazione di Torino nel 1904, la quale ha perseguito la prassi consolidata di affidare la risoluzione delle controversie a terzi, pur non rispettando le norme procedurali dettate per l'arbitrato rituale. La Cassazione di Torino acconsentì di dare esecuzione alle decisioni prese dai terzi nominati (come se fosse un accordo transattivo) per risolvere le controversie. Se le parti possono risolvere liberamente le loro controversie attraverso la negoziazione (transazione), perché non potrebbero affidarsi a terzi per farlo? I motivi alla base di questa prassi erano principalmente quelle di evitare pagamento dell'imposta di registro e soprattutto preservare la riservatezza di altre informazioni contenute nel fascicolo del procedimento, che potevano non essere conformi ad es. alle norme fiscali o essere di natura riservata, ad es. segreti industriali. Tutto ciò non sarebbe stato possibile con l'arbitrato rituale, in quanto il lodo doveva essere registrato e, conseguentemente, il fascicolo completo (compreso il contratto di base e quello compromissorio) doveva essere consegnato. In passato, si parlava di "amichevoli compositori", ossia mandatarî congiunti senza l'obbligo o la possibilità di depositare il lodo per ottenere un decreto di *exequatur*. L'arbitrato irrituale è rimasto a lungo senza una regolamentazione legislativamente posta fino alla codificazione operata nel 2006, con il D. lgs. n. 40, il quale ha introdotto una disciplina limitata di cui all'art. 808-ter, nell'ambito della disciplina prevista per l'arbitrato rituale; richiedendo, vista la scarsa disciplina, l'applicazione analogica di norme di altri contratti. Nel tempo si sono susseguite diverse teorie al fine di spiegare l'arbitrato libero. L'approccio tradizionale, il più diffuso, considera l'arbitrato libero come un contratto di secondo grado (contratto lodo), firmato

il contenuto di un accordo solutore della loro controversia. I litiganti contendono su tutto tranne sul fatto che «la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale.»¹⁴¹. Il lodo emesso dagli arbitri irrituali vincola insomma le parti come contratto da loro stipulato, sicché si può dire che nell'arbitrato in questione, detto anche libero, la controversia è composta con effetti che operano solo sul piano negoziale, ossia come frutto dell'autonomia privata delle parti, non essendo la deliberazione degli arbitri irrituali in grado di produrre gli effetti del giudicato. L'arbitro o gli arbitri in tale ipotesi assumono le vesti di mandatari di ambe le parti ed opereranno seguendo le forme processuali e con le garanzie del giusto processo; siamo sempre nell'ambito del processo, del procedimento in contraddittorio, pur se fuori dal campo dell'esercizio della giurisdizione¹⁴².

Una delle questioni più problematiche relative l'arbitrato irrituale è senz'altro quella del rapporto tra quest'ultimo e la tutela cautelare.

In primo luogo, nonostante le varie posizioni susseguitesesi nel tempo, il dibattito relativo al rapporto con la tutela cautelare, sembra dare per scontata l'assenza di poteri cautelari in capo agli arbitri irrituali, in quanto la possibilità di attribuire efficacia esecutiva alle decisioni dell'arbitro irrituale - al di là del dettato dell'art. 818 c.p.c. - è inconcepibile in virtù della natura puramente contrattuale del procedimento; pertanto, il dibattito si è focalizzato unicamente sul versante dei poteri cautelari dei giudici statali in caso di rapporti compromessi per arbitri irrituali¹⁴³.

in bianco dalle parti e completato dal terzo, al fine di risolvere la controversia derivante dal contratto base. L'arbitro agisce come mandatario comune e prende una decisione che agisce come un contratto. La teoria della processualizzazione considera invece l'arbitrato libero quale contratto atipico con una causa specifica, ovverosia la soluzione della controversia. Tuttavia, tale teoria presenta alcune lacune nell'interpretazione e applicazione analogica delle norme di altri contratti. In ultimo, vi è la teoria del "lodo di accertamento", la quale minimizza la distinzione tra i due tipi di arbitrato, facendo riferimento principalmente alla mancanza dell'*exequatur*. Questa teoria è meno convincente poiché l'arbitrato rituale produce una decisione simile a una sentenza (un giudicato incontrovertibile), mentre l'arbitrato irrituale sarebbe definito come una determinazione che darebbe luogo ad un contratto.

¹⁴¹ V. art. 808-ter c.p.c.

¹⁴² Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile* cit., p. 522, il quale, sul punto asserisce che: «[d]i questa conclusione non si può ora dubitare, avendo il legislatore, tra gli altri motivi di "annullabilità" del lodo contrattuale, inserito anche la violazione del principio del contraddittorio (art. 808 ter, co. 2, n.5) [...]».

¹⁴³ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 286 ss.

1.2.5.1 *La tesi della rinuncia alla giurisdizione statale quale rinuncia tanto alla tutela di merito quanto a quella cautelare*

Circa l'ammissibilità del ricorso all'autorità giudiziaria, in presenza di clausola compromissoria o compromesso per arbitrato irrituale, dottrina e giurisprudenza si sono divise in due principali orientamenti¹⁴⁴.

L'orientamento che nega la possibilità di chiedere al giudice l'adozione di misure cautelari in caso di lite demandata alla determinazione contrattuale degli arbitri liberi poggia sull'argomentazione per cui la scelta dell'arbitrato irrituale - in quanto ritenuta implicare una rinuncia alla tutela giurisdizionale¹⁴⁵ - comporterebbe l'esclusione di ogni competenza del giudice statale, tanto di merito, quanto cautelare, sino alla decisione arbitrale¹⁴⁶.

Tuttavia, anche tra coloro che sostenevano l'incompatibilità tra la tutela cautelare e l'arbitrato libero¹⁴⁷, non mancava chi nutriva perplessità circa la bontà dell'assunto di partenza¹⁴⁸.

È stato osservato come, nell'arbitrato irrituale, l'azione di cognizione innanzi al giudice statale non sia completamente esclusa, ma solo posticipata fino a quando il rapporto intercorrente tra i compromittenti sia definito attraverso una decisione degli arbitri; questo al fine di ottenere, sulla base del lodo irrituale, un titolo esecutivo, ovvero affinché - nei limiti

¹⁴⁴ Per una compiuta disamina delle varie posizioni della dottrina cfr. CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 283 ss.

¹⁴⁵ Prima della riforma del 1994, tale orientamento era largamente prevalente nella giurisprudenza, la quale riteneva che il compromesso per arbitrato libero determinasse l'improponibilità della domanda. Al riguardo CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 287, sottolinea che: «[n]on erano tuttavia mancate pronunce di segno diverso, che, con progressive aperture tendevano a ritenere proponibile la tutela cautelare giudiziale anche in presenza di compromesso per arbitrato libero.»

¹⁴⁶ Sul punto cfr. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, 1991, Padova, p. 236; GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, Padova, 1997, p. 583 ss.

¹⁴⁷ V. BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in *judicium (judicium.it)*, il quale, sul punto asserisce che: «[c]ertamente non è condivisibile l'idea secondo la quale la convenzione per arbitrato libero conterrebbe una rinuncia alla giurisdizione statale in tutte le sue forme, quindi anche una rinuncia alla tutela cautelare, perché detta convenzione, in realtà, lungi dall'essere in contratto processuale, è un contratto che incide sul rapporto sostanziale litigioso. Ma qui il punto è un altro e cioè: ha poco senso immaginare, come strumentale ad un fenomeno negoziale (qual è l'arbitrato libero) una tutela, quale quella cautelare, strumentale, invece, all'effettività della tutela giurisdizionale; non vedo come si potrebbe dimenticare che il lodo libero non è titolo esecutivo, né lo può diventare col facile mezzo dell'omologazione, come avviene per il lodo rituale.»

¹⁴⁸ Sull'argomentazione per cui l'art. 669-*quinquies* con l'attribuzione al giudice competente sul merito, non distingueva tra arbitrato libero e rituale, non sono mancate prese di posizione contrarie all'esclusione della competenza cautelare dei giudici. Cfr. sul punto, VACCARELLA, CAPPONI, CECHELLA, *La riforma del processo civile*, Torino, 1992, p. 357; FERRI, *I procedimenti cautelari e urgenti in materia di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 115 ss.

previsti per l'impugnazione del lodo negoziale - venga posto un controllo sulla pronuncia arbitrale¹⁴⁹.

Un altro punto di vista, che non nega la competenza cautelare dei giudici nelle controversie sottoposte ad arbitrato irrituale, ha affrontato il problema in modo completamente diverso, concludendo che il patto compromissorio stesso diventa inefficace una volta instaurato il giudizio cautelare innanzi all'autorità statale¹⁵⁰.

Secondo questa prospettiva, la parte che ottiene una misura cautelare *ante causam* è tenuta a promuovere un giudizio di merito innanzi ai giudici ordinari e di conseguenza, l'accoglimento parziale o totale della richiesta cautelare comporterebbe la perdita degli effetti *inter partes* del patto compromissorio. In questa visione, il *periculum in mora*, accertato dal giudice che concede la misura cautelare, rappresenterebbe un cambiamento rilevante e impreveduto delle circostanze rispetto al momento in cui è stato stipulato il patto compromissorio, giustificandone il venir meno. In termini analoghi, nel caso di una richiesta cautelare presentata durante un procedimento arbitrale libero, l'intervento di una decisione di accoglimento priverebbe gli arbitri irrituali del potere di emettere una pronuncia con efficacia *ex nunc*.

Sebbene quest'ultima prospettiva permetta la conservazione della tutela cautelare, a costo della stessa volontà delle parti, non può essere condivisa per diverse ragioni, come evidenziato da altra dottrina. Da un lato, il rifiuto del patto compromissorio sembrerebbe richiedere una manifestazione congiunta di volontà delle parti, non l'iniziativa unilaterale della parte che presenta la richiesta cautelare, né una circostanza del tutto indipendente dalla volontà delle parti, come l'accoglimento della domanda. Dall'altro, l'inefficacia del patto presupporrebbe una presunta volontà che non può essere attribuita nemmeno alla parte che ha richiesto la misura cautelare. Inoltre, almeno nel caso di tutela richiesta durante un procedimento arbitrale (irrituale), il potere degli arbitri, che è anch'esso di natura contrattuale, verrebbe meno senza che essi abbiano contribuito a tale effetto. In altre parole, secondo questa

¹⁴⁹ Sul punto cfr., a titolo esemplificativo, CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991; OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme, iudicium (iudicium, it)*, 2005.

¹⁵⁰ FERRI, *op. cit.*, p. 116 ss.; ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 758 ss., i quali sottolineano che il diniego o la conclusione in rito del procedimento cautelare, diversamente dall'accoglimento, non determinano alcun effetto sull'accordo compromissorio, in quanto nei casi diversi dall'accoglimento non scatterebbe l'obbligo di instaurazione del giudizio di merito.

teoria, la volontà di una sola parte sarebbe sufficiente a produrre effetti nella sfera giuridica dell'altra e degli arbitri, senza che né l'una né gli altri li abbiano desiderati. Ciò potrebbe diventare uno stratagemma conveniente per la parte che desidera sciogliersi dal patto¹⁵¹.

Dopo la riforma dell'arbitrato attuata con le leggi n. 28/1983 - che aveva eliminato l'obbligo di deposito del lodo - e n. 25/1994 - che ha introdotto la possibilità di impugnare il lodo non omologato - le obiezioni contro l'esclusione della competenza cautelare nell'arbitrato libero sono aumentate, sebbene l'opinione tradizionale non sia stata completamente superata. Con l'eliminazione delle differenze più significative tra arbitrato rituale e libero, il legislatore sembrava riconoscere una sostanziale equiparazione tra lodo rituale e irrituale. Infatti, per entrambi si prevede la natura piena di *dictum* arbitrale, inclusa la possibilità di impugnazione la mera pronuncia, investendo il decreto di omologazione solo l'effetto di attribuire alle decisioni arbitrali l'efficacia esecutiva e gli altri effetti previsti dalla legge, come la trascrivibilità e la possibilità di iscrizione di un'ipoteca giudiziale. La stessa tendenza è stata confermata dal decreto legislativo n. 40/2006, che ha disposto l'impugnabilità del lodo irrituale ed identificato quale differenza più significativa tra i due tipi l'incapacità del lodo irrituale di essere omologato (art. 808-ter, ultimo comma).

Tuttavia, nelle more del dibattito dottrinale succitato, è stata introdotta la riforma del processo civile del 1990; la quale ha aggiunto un ulteriore elemento argomentativo utilizzato da quella parte di dottrina che già da tempo sosteneva l'incompatibilità tra l'arbitrato irrituale e la tutela cautelare.

Infatti, con la riforma del 1990 è stato introdotto un termine perentorio, decorrente dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza ovvero dalla sua comunicazione, per l'inizio del giudizio di merito, la cui inosservanza determina l'inefficacia del provvedimento cautelare; rafforzando così la stretta correlazione sussistente tra il giudizio cautelare e la domanda di merito.

Il combinato disposto degli artt. 669-*octies* e 669-*novies*, prevede che: se la domanda è presentata prima dell'inizio del processo di merito, l'ordinanza di accoglimento deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito. Se il

¹⁵¹ Sul punto cfr. *ivi*, p. 291 ss.

procedimento di merito non inizia entro tale termine, o se il provvedimento cautelare viene revocato successivamente all'inizio del processo, perde la sua efficacia.

Pertanto, alcuni, sulla base del dato letterale di cui all'art. 669-*octies*, hanno argomentato nel senso per cui: l'esplicito riferimento ad un «giudizio di merito», renderebbe il disposto dell'art. 669-*octies* incompatibile con l'arbitrato irrituale, il cui procedimento non sarebbe qualificabile quale giudizio di merito.

Un tale argomentazione non è parsa irresistibile e dunque superabile ove nel concetto di «giudizio di merito» si intenda proprio ricomprendere anche un procedimento di arbitrato irrituale, il quale sebbene procedimento di natura negoziale, è qualificabile come “giudizio”¹⁵².

1.2.5.2 L'implicito riconoscimento dell'ammissibilità della tutela cautelare in caso di controversie compromesse in arbitrato irrituale

È bene ricordare che nel 2002 la Corte Costituzionale fu investita della questione di legittimità degli articoli 669-*quinquies* e 669-*octies*, ult. co., del c.p.c., con riguardo agli artt. 3 e 24 della Cost¹⁵³.

La Corte Costituzionale - la quale implicitamente riconobbe che le norme del codice non rappresentavano ostacolo all'ammissibilità della tutela cautelare in presenza di compromesso arbitrale irrituale¹⁵⁴ - dichiarò manifestatamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, in relazione all'omessa previsione, degli artt. 669-*quinquies* e 669-*octies*, della competenza cautelare del giudice statale in caso di accordo compromissorio in arbitrato libero.

¹⁵² SASSANI, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 714.

¹⁵³ V. ord. n. 320 della Corte costituzionale del 5.9.2002, in *Riv. arb.*, 2002, p. 503 ss. con commento di SASSANI, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*.

¹⁵⁴ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 298.

Secondo la Consulta, infatti, la preclusione posta in capo agli arbitri liberi «non discende dalla portata delle norme denunciate [...] ma discende dalla configurazione che egli prospetta.»¹⁵⁵.

Le parole della Consulta, sono da intendersi nel senso per cui la questione - sollevata innanzi alla Corte sulla base del dettato artt. 699-*quinquies* e *octies* - non pone dubbi di compatibilità con le norme costituzionali, bensì si riduce ad una mera interpretazione del sistema normativo; la quale è di competenza esclusiva della giurisprudenza ordinaria.

Pertanto, l'assenza di una chiara disposizione normativa non ha permesso di ritenere sussistente il presupposto necessario per la rimessione della decisione alla Corte Costituzionale, la quale, in sede di giudizio di costituzionalità, si trovò dinnanzi una mera questione interpretativa¹⁵⁶.

A seguito di ciò, non resta osservare che - persino in un lacunoso quadro normativo - l'indubbia difficoltà di coordinamento della disciplina dell'arbitrato con quella delle misure cautelari, non può - sulla base della teorica relativa alla rinuncia alla giurisdizione quale assoluta e comprensiva di quella cautelare, derivante dalla stipula di un patto compromissorio in arbitrato libero - impedire la concedibilità stessa della tutela cautelare che, ancor prima da parte della dottrina, è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale quale parte integrante del principio di effettività della giurisdizione.

Dunque, al pari dell'arbitrato rituale, la sottrazione alla cognizione del giudice ordinario, mediante compromesso in arbitrato irrituale, è limitata ai profili di merito, in quanto - non essendo espresso oggetto della convenzione arbitrale - la tutela cautelare non può ritenersi rinunciata¹⁵⁷.

¹⁵⁵ V. Corte cost., Ord., 05/07/2002, n. 320, in *Riv. Arb.*, 2002, p. 85 ss., con nota di AULETTA, il quale, riporta il passo della Corte cost. secondo cui «[l]e leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni non costituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali.»

¹⁵⁶ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 299, riporta che «[l]a pronuncia della Corte è peraltro andata oltre il semplice rigetto per ragioni tecniche. Essa non si è infatti limitata a dichiarare infondata l'interpretazione ritenuta dal giudice *a quo* come presupposto della rimessione, ma, motivando *per absurdum*, è arrivata a configurare l'incostituzionalità di tale interpretazione, ove per ipotesi ritenuta fondata.»

¹⁵⁷ *Ivi*, p. 301.

1.2.5.3 *L'evoluzione normativa*

Il progressivo riconoscimento della compatibilità della tutela cautelare in caso di controversie compromesse in arbitrati liberi è testimoniato da alcuni interventi legislativi, rispetto ai quali la Legge n. 80 del 2005 rappresenta il definitivo approdo, atteso che, con la novellazione da essa apportata all'art. 669-*quinquies* c.p.c. si è esplicitamente previsto che: la domanda cautelare si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito anche se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o sia compromessa in arbitri non rituali.

Prima di passare alla trattazione di questa riforma, è però doveroso accennare al D. lgs. n. 5 del 2003, che per la materia societaria ebbe a stabilire che «[l]a devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669-*quinquies* del codice di procedura civile.»¹⁵⁸.

L'inciso "anche non rituale" ha certamente fornito un utile elemento di chiarezza per quanto concerne l'accesso alla tutela cautelare in caso di controversie per le quali fosse stata stipulata una convenzione di arbitrato irrituale.

Infatti, i primi commentatori rilevarono che una tale affermazione di principio fosse suscettibile di applicazione al di là dello specifico ambito societario, essendo indicativa di una volontà legislativa più generale, tesa a dare soluzione positiva all'annosa problematica inerente l'accessibilità della tutela cautelare in caso di pattuizione per arbitrato libero¹⁵⁹.

Di lì a breve, come accennato, si ebbe comunque l'avallo decisivo con l'emanazione nella Legge n. 80 del 2005¹⁶⁰, la quale ha aggiunto nell'art. 669-*quinquies* c.p.c. l'inciso "anche non rituali", con ciò estendendo, in maniera esplicita, il criterio di individuazione del giudice cautelare, previsto dall'art. 669-*quinquies* c.p.c., anche ai casi di controversie compromesse in arbitrati irrituali¹⁶¹.

¹⁵⁸ La norma citata ha generato dubbi interpretativi circa la possibilità o meno di prevedere, mediante clausola statutaria, l'arbitrato irrituale quale strumento di risoluzione delle controversie coinvolgenti l'intera compagine sociale. Sulla *vexata quaestio* e sugli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali circa l'ammissibilità della clausola statutaria per arbitrato irrituale v. paragrafo 1.3.2.

¹⁵⁹ Cfr. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 723.

¹⁶⁰ V. paragrafo 1.3 che segue circa le questioni interpretative affrontate negli anni dalla dottrina in merito al decreto 5/2003 e più precisamente in merito l'art. 35.5 dedicato alla sospensione delle delibere assembleari.

¹⁶¹ CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, sub 669-*quinquies*.

1.2.5.4 *Problemi di coordinamento con le norme uniformi*

Nonostante il citato intervento legislativo del 2005, che permette di concludere in senso positivo relativamente all'esperibilità del procedimento cautelare anche in presenza di patto per arbitrato libero, bisogna segnalare che permangono ancora alcuni problemi di coordinamento con gli artt. 669-*octies* e 669-*novies*.

In relazione ai provvedimenti cautelari conservativi, è stata in effetti evidenziata la problematica relativa all'interpretazione del concetto di "giudizio di merito" di cui alla lettera dell'art. 669-*octies*.

Tuttavia si è già avuto modo di sottolineare come l'introduzione di una domanda di arbitrato libero soddisferebbe il requisito imposto ancora oggi dall'art. 669-*octies*, facendo rientrare il procedimento di arbitrato irrituale nel concetto di "giudizio".

In tal senso parte della dottrina ha affermato che: «se l'attività degli arbitri non rituali soddisfa lo stesso interesse tutelabile mediante il processo o l'arbitrato rituale, la strumentalità del provvedimento cautelare si può realizzare nel senso che la parte che abbia ottenuto un provvedimento cautelare deve, nel termine di sessanta giorni, compiere qualsiasi atto idoneo a far iniziare il procedimento di amichevole composizione [...]»¹⁶².

D'altro canto, i problemi di coordinamento sono stati altresì sollevati in merito all'assenza di un atto equiparabile al "lodo arbitrale" richiesto dall'art. 669-*novies*, ult. comma, n. 2, alla cui dichiarazione di inesistenza del diritto cautelato *ivi* contenuta, la norma collega la perdita di efficacia del provvedimento cautelare.

Anche qui, si è ovviato, parificando la statuizione negoziale degli arbitri irrituali al lodo rituale: di conseguenza, l'inesistenza del diritto cautelato, determinata dagli arbitri irrituali, sarebbe idonea a determinare l'inefficacia del provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 669-*novies*, ultimo comma, n. 2. Com'è stato osservato l'art. 669-*novies* co. 4, non distingue infatti tra lodi rituali ed irrituali¹⁶³.

¹⁶² CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, sub 669-*quinquies*.

¹⁶³ V. paragrafo 1.2.5.1 per una ricostruzione della tesi esposta da alcuni autori circa la perdita di efficacia dell'accordo compromissorio irrituale a seguito della concessione della misura cautelare.

PARTE SECONDA: LE PRIME APERTURE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO
ALL'ATTRIBUZIONE DI POTERI CAUTELARI AGLI ARBITRI

1.3 La sospensione delle delibere societarie impugnate

1.3.2 L'articolo 35, c. 5, del decreto legislativo n. 5/2003

La riforma dell'arbitrato societario¹⁶⁴ rappresenta il primo, chiaro,

¹⁶⁴ Per "arbitrato societario" s'intende lo speciale procedimento arbitrale disciplinato dal Titolo V, artt. 34 - 37 del D. lgs. 5/2003, emanato sulla base dell'art. 12 della legge delega n. 366/2001. L'Art. 34 comma 1 delinea il campo di applicazione delle norme relative l'arbitrato societario, sancendo che: «Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell' articolo 2325-*bis* del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.». La disciplina speciale pertanto trova applicazione solo in presenza di una clausola compromissoria statutaria e solo ove si tratti di diritti relativi al "rapporto sociale", che nella sostanza sono quelli di cui all'art. 1, co. 1, lett. a) del decreto legislativo stesso. Rimangono fuori, tra le altre materie, le controversie relative al trasferimento della partecipazioni sociali, ai patti parasociali ovvero le controversie interbancarie. Sin dall'entrata in vigore del decreto del 2003, la questione relativa alla compromettibilità delle liti inerenti l'invalidità delle delibere societarie è quella che maggiormente ha fatto scorrere fiumi di inchiostro. A ben vedere il tradizionale orientamento della corte di legittimità - risalente alla Cass. Civ. 10 ottobre 1962, n. 2910, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2962 ss. - è quello per cui, la compromettibilità delle delibere assembleari dipenda dagli interessi coinvolti nella controversia insorta. La Cass. Civ., 23 febbraio 2005, n. 3772 ha precisato poi che «la natura -super- o extraindividuale dell'interesse non comporta di per sé la non arbitrabilità della controversia, in quanto l'indisponibilità deve individuarsi in un'area più ristretta, costituita dagli interessi la protezione dei quali "sia assicurata mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da una qualsiasi iniziativa di parte"». Così MOTTO, *Compromettibilità in arbitrato delle controversie di impugnazione delle deliberazioni assembleari*, in *Le Società*, 2021, p. 1257 ss, cui si rinvia per un'esaustiva analisi circa l'annosa questione inerente la compromettibilità controversie inerenti l'impugnabilità delle delibere assembleari. A tale pronuncia si è in seguito conformata la successiva giurisprudenza (v. Cass. Civ., 5 febbraio 2018, n. 2692; Cass. Civ., 13 ottobre 2016, n. 20674; Cass. Civ., 24 ottobre 2014, n. 22715; Cass. Civ., 10 giugno 2014, n. 13031) la quale ha ritenuto «norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da una qualsiasi iniziativa di parte», tra le altre, quelle dirette «ad assicurare la chiarezza, la verità e la precisione del bilancio di esercizio, la violazione delle quali determina l'illiceità dell'atto, rilevabile anche d'ufficio dal giudice; con la conseguenza, che non è compromettibile la domanda di nullità (per illiceità dell'oggetto) della deliberazione di approvazione del bilancio, che si assume essere redatto in contrasto con tali norme.». Cfr. *ibidem*. In ogni caso, nel corso degli anni, la Corte di legittimità ha tenuto in considerazione, tanto le diverse obiezioni poste da parte della dottrina, quanto le interpretazioni maggiormente liberali di taluna giurisprudenza di merito, senza tuttavia modificare il proprio orientamento.

segnale di apertura¹⁶⁵ dell'ordinamento italiano all'attribuzione di potestà cautelare agli arbitri¹⁶⁶.

L'apertura citata è data dalla lettera dell'art. 35, co. 5, del D. lgs. 5/2003,¹⁶⁷ il quale prevede che: «La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-*quinquies* del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera.»¹⁶⁸.

Dal testo della norma appena riportato è evidente, in primo luogo, che la novità apportata dalla riforma ha precisi limiti; ovverosia, la norma, confermata la competenza generale del giudice ordinario¹⁶⁹ ad emanare provvedimenti cautelari ai sensi dell'articolo 669-*quinquies* c.p.c.¹⁷⁰, attribuisce agli arbitri unicamente il potere di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari qualora sia pendente un giudizio arbitrale avente ad oggetto la validità delle delibere stesse¹⁷¹.

¹⁶⁵ «Il panorama dottrinale e giurisprudenziale è mutato all'indomani dell'introduzione della nuova disciplina dell'arbitrato societario, la quale ha previsto, per la prima volta nel nostro ordinamento, un'ipotesi di conferimento agli arbitri di poteri cautelari (art. 35, comma 5°, D. lgs. n. 5 del 2003). In dottrina e in giurisprudenza, infatti, sono immediatamente emerse alcune problematiche relative all'esercizio di questi poteri da parte degli arbitri.» Così EMANUELE ODORISIO, *poteri cautelari agli arbitri: la proposta della commissione Alpa*, in *Riv. dir.*, 2018, p. 104. Quest'ultima evidenzia le numerose problematiche che sorgono a seguito del conferimento agli arbitri di poteri cautelari. La proposta avanzata dalla Commissione Alpa ha fatto emergere una nuova riflessione sul tema, il quale è stato recentemente affrontato dal legislatore con la Riforma Cartabia. Pertanto per una compiuta disamina delle problematiche scaturenti dall'attribuzione di poteri cautelari agli arbitri, a titolo esemplificativo, il modello di legittimazione *ex lege* ovvero per volontà per le parti, la regolamentazione della gestione dei rapporti tra arbitri e giudici statali, l'attuazione delle misure cautelari emanate dagli arbitri, si rinvia opportunamente al capitolo III di questo elaborato.

¹⁶⁶ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 310. Il quale sul punto evidenzia che: «[n]on è da escludersi [...] che il legislatore abbia inteso per il momento prevedere un potere cautelare degli arbitri limitato alla materia societaria, riservandosi di considerarne una successiva generale estensione.»

¹⁶⁷ N.b. gli artt. 34 - 37 contenuti nel Titolo V del D. lgs. 5/2003 sono stati abrogati dal D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla l. 29 dicembre 2022, n. 197). Dell'opera di trasposizione nel c.p.c. delle citate norme e delle modifiche apportate v. cap. III di questo elaborato.

¹⁶⁸ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 311, sul punto, asserisce che: «[s]econdo condivisibili opinioni espresse in merito all'ambito di applicazione della nuova disciplina, quest'ultima può interessare l'arbitrato internazionale, a condizione che due requisiti siano cumulativamente soddisfatti: che la società abbia la sede legale in Italia, e che sempre in Italia abbia sede l'arbitrato.»

¹⁶⁹ MAFFUCCINI, *Provvedimenti cautelari ed arbitrato: appunti sull'art. 35, 5° comma D. lgs. 17 febbraio 2003, n. 5*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2004.

¹⁷⁰ Ciò anche in caso di arbitrato libero, v. paragrafo 1.5.2 di questo elaborato.

¹⁷¹ In tal caso gli arbitri decideranno sempre secondo diritto. Cfr. art. 36.1 D. lgs. 5/2003.

La seconda parte della norma ha pertanto un'elevata portata innovativa, andando infatti a derogare, per quanto parzialmente, al divieto dell'art. 818 c.p.c., di cui abbiamo trattato nel paragrafo 1.2.

La novità introdotta ha permesso di superare una scissione di competenza decisamente inopportuna in materia di impugnazione delle delibere. Infatti, l'impugnazione di una delibera è regolarmente accompagnata dalla richiesta di sospensione della sua efficacia e pertanto, visto l'intrinseco legame sussistente tra la tutela di merito e quella cautelare, in assenza di una previsione come quella dell'art. 35, co. 5, D. lgs. n. 5/2003, l'intervento del giudice statale dava luogo ad occasioni di effettiva intrusione nel procedimento arbitrale¹⁷².

La *ratio* della norma - che come ampiamente detto si inserisce in un contesto di espresso divieto di emanazione di provvedimenti cautelari da parte degli arbitri, giustificata anzitutto sulla carenza di *ius imperii* di quest'ultimi - è da rinvenire nella non necessaria attuazione coattiva della misura affinché quest'ultima possa produrre effetti, in quanto i suddetti - vista la configurazione dell'inibitoria quale esempio di provvedimento c.d. *self-executing*¹⁷³ sono "*in jure*"¹⁷⁴. Il provvedimento cui gli arbitri sono stati legittimati a concedere si limita dunque a paralizzare cautelatamente gli effetti della delibera. L'interpretazione secondo cui l'inibitoria arbitrale sia autosufficiente è confermata anche dalla scelta della tipologia del provvedimento mediante il quale gli arbitri esercitino tale potestà¹⁷⁵. L'articolo in commento, infatti, prevede che il provvedimento sia emanato nella forma dell'ordinanza, che, per sua natura, non necessita di omologazione e pertanto ai fini della sua efficacia non servirà che, in fase di attuazione, vi sia un intervento dell'autorità giudiziale di raccordo; diversamente da quanto previsto dal codice di rito ai fini dell'attuazione, per l'appunto, dei lodi arbitrali. Sulla base di tale impostazione, è stato asserito che, ove si fossero resi necessari provvedimenti di natura coercitiva finalizzati a dare

¹⁷² Così, CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 313.

¹⁷³ «L'ordinanza di sospensione non suppone un'incisione coattiva sulla materialità delle cose, ma semplicemente paralizza l'efficacia di una delibera, che si trova temporaneamente privata dei propri effetti.», così, BRIGUGLIO, in CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 314, *sub* nota 173.

¹⁷⁴ CARDONA, *op. cit.* Del resto anche la Relazione al D. lgs. 5/2003 ha giustificato la norma (art. 35.5) sulla considerazione della non necessaria coercibilità dell'ordine inibitorio.

¹⁷⁵ BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in AA.VV. (a cura dell'A.I.A.), *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Roma, 2003, p. 31 ss.

attuazione alla sospensione dell'efficacia della deliberazione, sarebbe subentrato nuovamente il potere esclusivo dei giudici con arresto di quello degli arbitri¹⁷⁶.

1.3.2.1 *La vexata quaestio relativa alla tipologia degli atti sospensibili*

L'*excursus* sulla norma oggetto di questo paragrafo ha già dato modo di evidenziare che la previsione legislativa attribuisce una potestà cautelare agli arbitri ben limitata; ovverosia solo ove oggetto della controversia devoluta agli arbitri sia la legittimità di deliberare assembleari.

Ci si è chiesti pertanto di chi debba essere la competenza ove la delibera impugnata non sia dell'assemblea dei soci, ma del consiglio di amministrazione o di altro organo collegiale.

La norma, riferendosi esplicitamente e univocamente ad un'unica tipologia di delibera, rende opinabile argomentare che le esclusioni del legislatore possano ritenersi determinate da una mera "svista"; a ben vedere, il preciso riferimento alle sole delibere assembleari, quale unico oggetto del giudizio¹⁷⁷, è rinvenibile anche nel successivo articolo 36; ai sensi del quale: «Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità [...] gli arbitri debbono decidere secondo diritto [...] quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.».

Ad ulteriore dimostrazione che la volontà del legislatore fosse quella di limitare il potere cautelare degli arbitri alla sospensione delle delibere assembleari e non di altra natura, si può notare come pur intervenendo nuovamente sulla materia al fine di porre rimedio ad

¹⁷⁶ Così, CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 315.

¹⁷⁷ MAFFUCCINI, *op. cit.*, il quale afferma inoltre che: «[c]ontro ogni tentazione di operare la «quadratura del cerchio», forzando il legislatore attraverso lo strumento della *analogia legis*, è opportuno tenersi ben saldi a quanto previsto dagli artt. 12 e 14 delle Preleggi. L'art. 12 è di conforto perché nel regolare il procedimento analogico ne fissa chiaramente i termini: la fattispecie non regolata non solo deve avere identità di *ratio* con quella regolata, ma deve anche non essere prevista e disciplinata da alcuna norma. [...] L'art. 14 a sua volta pone un ulteriore sbarramento, precludendo l'utilizzo del procedimento analogico ogni qual volta si sia in presenza di norme penali o eccezionali. Indubbiamente debbano essere considerate eccezionali quelle previsioni che dettano regole derogatorie a principi cardine dell'ordinamento. Reputando altrettanto indubbi, l'esistenza di un siffatto principio, radicalmente negatorio della potestà cautelare degli arbitri, la previsione di cui alla seconda parte del 5° comma dell'art. 35, D. lgs. n. 5 del 2003 è da riguardarsi come norma eccezionale e dunque passibile esclusivamente di stretta interpretazione.».

alcune lacune e incongruenze determinate dalla riforma del 2003, il legislatore non reputò necessario intervenire sulla norma oggetto di analisi.

Sembra pertanto più condivisibile l'interpretazione che restringe la portata della norma esclusivamente alle "delibere assembleari".

1.3.2.2 Il riparto della competenza cautelare e la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari prima della costituzione del collegio arbitrale. L'applicabilità dell'art. 2378 co. 3-4 c.c.

L'art. 35.5 lascia inoltre aperto un importante quesito concernente il carattere esclusivo ovvero concorrente della competenza cautelare degli arbitri - ove la clausola statutaria preveda la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari - ai fini della sospensione dell'efficacia della deliberazione impugnata.

In giurisprudenza e in dottrina è nato un contrasto relativo al problema «del rapporto tra potere degli arbitri e poteri del giudice statale in punto di concessione della sospensione cautelare»¹⁷⁸; sulla natura esclusiva ovvero concorrente della competenza cautelare arbitrale.

Una parte della dottrina ha rilevato che non sarebbe ammissibile proporre istanza cautelare prima innanzi al giudice statale ed in un successivo momento innanzi al collegio arbitrale; ciò in quanto l'art. 35.5 ha sancito che compete "sempre"¹⁷⁹ agli arbitri il potere di sospendere la delibera impugnata e che pertanto del relativo giudizio ne sono investiti in via esclusiva¹⁸⁰.

Tuttavia, sostenendo la tesi da ultimo riportata e ricordando che il momento dal quale può dirsi pendente il giudizio arbitrale - momento dal quale sarà esclusa la competenza del giudice statale - differisce dal momento in cui viene "ad esistere" il collegio arbitrale cui rivolgersi per ottenere la misura cautelare, si arriverebbe ad escludere la competenza cautelare

¹⁷⁸ VILLA, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale* in *Riv. arb.*, 2009, p. 311, in nota a Trib. Milano, 17 marzo 2009.

¹⁷⁹ Art. 35.5 del D. lgs. 5/2003: «[...] se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre [...] la sospensione dell'efficacia della delibera.».

¹⁸⁰ VILLA, *op. cit.*, p. 314.

del giudice statale anche prima che il collegio arbitrale sia effettivamente costituito ed operante¹⁸¹.

Infatti, il procedimento arbitrale si dice pendente dal momento in cui il ricorrente notifici alla controparte la domanda di accesso agli arbitri¹⁸², non rilevando invece il momento dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri o dell'effettiva costituzione del collegio arbitrale.

A seguito di quanto appena esplicitato, è evidente dunque che ove la competenza cautelare degli arbitri fosse ritenuta esclusiva, dal momento dell'instaurazione del giudizio arbitrale, si creerebbero dei vuoti di tutela per quelle situazioni che necessitano di un intervento cautelare tra quando, per legge, il procedimento arbitrale si può dire instaurato e il momento in cui il collegio verrà costituito.

Nel senso di una competenza esclusiva degli arbitri si è orientata anche parte della giurisprudenza, la quale ha escluso l'ammissibilità di un intervento giudiziale tanto *ex art.* 2378 c.c., quanto in via d'urgenza¹⁸³. L'orientamento è stato giustificato tanto dal tenore letterale dell'art. 35.5 - il quale come detto riserva "sempre" agli arbitri il potere di disporre la sospensione delle delibere impugnate - quanto "dall'incoerenza di una duplicazione di tutela"¹⁸⁴.

Tuttavia, il vuoto di tutela che si determinerebbe ove vi si concordasse con l'orientamento dell'esclusività della competenza arbitrale, a causa dell'assenza di una precostituzione del collegio giudicante, ha portato altra parte della dottrina ad argomentare diversamente sulla natura di tale competenza.

¹⁸¹ DANIELE GRIFFINI, *L'impugnazione delle deliberazioni assembleari: giurisdizione e competenza*, in *Percorsi di giurisprudenza - Giurisprudenza Italiana*, 2019, p. 965.

¹⁸² In tal senso la Cass. Civ. sez. I, 25 luglio 2002, n. 10922; e la Cass. civ. sez. I, 28 maggio 2003, n. 8539, in *altalex.com*. «Tale ricostruzione farebbe leva sul disposto dell'art. 669 *octies*, comma 5, c.p.c., secondo il quale, nel caso in cui la controversia è oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti - ovvero, entro il termine perentorio per iniziare la causa di merito - deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.». Così, PELLEGRINELLI *La pendenza del giudizio arbitrale*, in *altalex (altalex.com)*, 2018.

¹⁸³ Sulla questione relativa ai provvedimenti d'urgenza preassembleari, v. VILLATA, *note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, n. 3, 2014, p. 601.

¹⁸⁴ IZZO, *sulla sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari prima della costituzione del collegio arbitrale*, in *Le società*, 2012, p. 563, nota a Tribunale Napoli, Sez. VII, Ord., 06 febbraio 2012.

Il secondo orientamento si fonda, infatti, sull'assunto per cui la competenza degli arbitri è concorrente¹⁸⁵ fino al momento della costituzione "effettiva" del giudice arbitrale¹⁸⁶.

Tale orientamento reputava dunque ammissibile la tutela tipica *ex art. 2378, c. 3, c.c.*¹⁸⁷ del giudice togato¹⁸⁸; diversamente, infatti - almeno nelle ipotesi in cui il *periculum in mora*, per il quale era richiesta la tutela cautelare non possa ritenersi compatibile con i tempi di effettiva costituzione del collegio - si darebbe luogo ad una carenza di tutela giurisdizionale contrastante con gli artt. 24, 111 e 113 Cost., in relazione alla fondamentale esigenza della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale¹⁸⁹.

«Tale conclusione, oltre che su considerazioni di taglio comparatistico, si fonda in particolare, sotto il profilo letterale, sull'argomento per cui l'avverbio "sempre"¹⁹⁰, contenuto nel citato art. 35, non sarebbe indice dell'esclusività del potere degli arbitri, ma solo della sua inderogabilità quale, appunto, potere concorrente rispetto a quello del giudice ordinario e, sotto il profilo teleologico, sull'argomento per cui l'esclusività della competenza arbitrale non

¹⁸⁵ VILLA, *op. cit.*, p. 314, il quale ritiene che in virtù delle modalità di costituzione del collegio arbitrale, sino al momento della effettiva costituzione di quest'ultimo, debba riconoscersi la competenza del giudice togato a provvedere sull'istanza di sospensione della delibera impugnata. In giurisprudenza di merito, in linea con tale orientamento, cfr. Trib. Roma, 16 aprile 2018, in *Le società*, 2018, p. 991; Trib. Milano, 19 settembre 2007, in *Giur.It.*, 2008, p. 371.

¹⁸⁶ «[...] non riterrei che il dettato dell'art. 35, comma 5, autorizzi a pervenire alla conclusione per cui il potere sospensivo conferito agli arbitri valga ad escludere qualsivoglia intervento del giudice statale.» Così VILLA, *op. cit.*, p. 315.

¹⁸⁷ «Con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione, l'impugnante può chiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione [...].»

¹⁸⁸ IZZO, *op. cit.*, p. 563, riporta che «[a]d avviso del Tribunale "l'intervento cautelare del giudice ordinario" non risulterebbe affatto precluso "dalla disciplina [...] se interpretata in modo costituzionalmente orientato". Pur se risponde ad un'innegabile esigenza di fatto, la considerazione del "lasso di tempo" "non sempre breve" che separa "la proposizione della domanda e la formazione dell'organo arbitrale" non può valere di per sé a superare - neanche in una prospettiva "costituzionalmente orientata" - il dato normativo sancito dall'art. 35, comma 5, D. lgs. n. 5/2003.» In questo orientamento pertanto «[...] si colloca il provvedimento del giudice partenopeo che, come anticipato, opta "per la natura concorrente della potestà cautelare *de qua*, almeno nella fase anteriore alla costituzione dell'organo arbitrale", ritenendo, lo si ripete, ammissibile il ricorso ai sensi dell'art. 2378, commi 3 e 4, c.c., al giudice che, *ex art. 669 quinquies c.p.c.*, sarebbe stato competente per il merito.»

¹⁸⁹ DANIELE GRIFFINI, *op. cit.*, p. 965.

¹⁹⁰ «[...] la precisazione che agli arbitri compete sempre il potere in questione, trattandosi di locuzione che esprime, più che esclusività di tale potere, l'inderogabilità dell'attribuzione del potere stesso, di modo che - una volta che il patto compromissorio abbia previsto la devoluzione in arbitrato delle controversie aventi ad oggetto la validità delle deliberazioni assembleari - gli arbitri dispongono sempre del potere di sospendere la decisione impugnata, senza che possa verificarsi il caso di una impugnazione sottratta alla competenza arbitrale, quanto al merito, e nel contempo sottratta a tale competenza quanto all'appendice dell'impugnazione stessa costituita dalla sospensiva stessa.» VILLA, *op. cit.*, p. 315.

soddisferebbe adeguatamente il predetto canone costituzionale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale¹⁹¹.»¹⁹².

In ogni caso, una volta perfezionata la scelta arbitrale - e quindi, dal momento in cui il collegio può dirsi effettivamente costituito - la competenza cautelare degli arbitri, in relazione alla sospensione della delibera impugnata, diventerà esclusiva e irrevocabile¹⁹³.

Occorre, a questo punto, individuare in quali situazioni può giustificarsi un intervento del giudice togato.

Anzitutto, siccome per le ragioni appena illustrate non può farsi riferimento al momento della proposizione della domanda arbitrale, bisogna porre l'attenzione sul momento in cui risulta formalmente costituito il tribunale arbitrale¹⁹⁴, più propriamente, il momento in cui il giudice privato viene ad esistenza.

Ciò premesso, la regola generale dell'articolo 669-*quinquies* c.p.c. troverà applicazione, e pertanto vi sarà la competenza esclusiva del giudice statale, quando pur pendente il procedimento arbitrale, il collegio giudicante non sia ancora costituito validamente¹⁹⁵.

Al contempo il giudice togato avrà competenza esclusiva anche ove, per qualsiasi motivo, si verifichi una causa di inoperatività sopravvenuta del collegio validamente costituito: ad esempio la revoca di un componente¹⁹⁶.

¹⁹¹ IZZO, *op. cit.*, p. 563, riporta che «[i]l giudice, a fronte dell'esigenza di rispettare «il disposto normativo (solo apparentemente chiaro)» dell'art. 35, D. lgs. n. 5/2003 e la necessità «di garantire una tutela cautelare effettiva a chi ne fa istanza» accorda prevalenza a quest'ultima, statuendo nel senso della competenza del giudice togato fintanto che gli arbitri «non siano concretamente in condizione di poter operare.».

¹⁹² DANIELE GRIFFINI, *op. cit.*, p. 965.

¹⁹³ Dunque in materia di delibere assembleari, l'art. 35.5 del D. lgs. 5/2003 attribuisce la possibilità di avanzare istanza cautelare agli arbitri pur non escludendo la possibilità di optare per il ricorso giurisdizionale. Cfr. sul punto, MAFFUCCINI, *op. cit.*

¹⁹⁴ Attenzione però a non farsi fuorviare «[...] da altra, ma ininfluyente questione, e cioè a dire dalla litispendenza. Tale ultima questione ha ormai ricevuto una risposta definitiva ad opera del legislatore che all'ultimo comma dell'art. 669 *octies* c. p. c. ha indicato che la litispendenza si verifica non al momento dell'accettazione da parte di tutti gli arbitri, ma nel (precedente) momento in cui la parte ha notificato all'altra la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale. Così, *Ibidem*.

¹⁹⁵ Cfr. Trib. Milano, 7 marzo 2018, in *Società*, 2018, p. 996, ove nel caso di specie, il giudice si era riservato di decidere sulla richiesta cautelare nel momento in cui il ricorrente si ottenuto la nomina degli arbitri, tuttavia non erano ancora espletate tutte le formalità previste dal regolamento della C. Arbitrale per l'effettiva costituzione del collegio.

¹⁹⁶ Resta bene inteso che la regola di competenza dettata dall'art. 669 *quinquies* sarà applicabile anche tutte le volte in cui la richiesta cautelare non consista nella sospensiva dell'efficacia della delibera impugnata. Cfr. la più risalente dottrina sul punto, ARIETA - DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Milano, 2004, p. 664; NELA, in *Il nuovo processo societario*, commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2004, p. 1005.

Pertanto, ove il collegio arbitrale non sia ancora costituito ovvero ogni qual volta il procedimento arbitrale, pur validamente costituito, sia travolto da cause interruttrive, il giudice togato potrà pronunciarsi sull'istanza cautelare¹⁹⁷.

Pertanto sarà solo dopo la costituzione del collegio arbitrale ed in assenza di cause impeditive relative al collegio arbitrale¹⁹⁸ che si avrà una esclusiva competenza cautelare degli arbitri.

In altre parole, possiamo dunque concludere che per quanto concerne la competenza cautelare per così dire “*ante causam*” e quella relativa l'assunzione di provvedimenti di natura cautelari diversi dalla sospensione della deliberazione assembleare, spetterà esclusivamente alla giurisdizione statale, mentre la competenza cautelare relativa alle richieste di sospensione delle delibere, anche qui, impropriamente, “*in corso di causa*” - e salvo non vi siano ragioni ostative riguardanti il tribunale arbitrale - sarà degli arbitri¹⁹⁹.

1.3.2.3 *L'ordinanza non reclamabile*

È doveroso evidenziare che nell'assetto vigente sino all'operatività del D. lgs. n. 149/2022 si creava una differenziazione di trattamento a seconda che la misura cautelare della sospensione della delibera assembleare fosse disposta dal giudice statale o dagli arbitri: nel primo caso la parte aveva la facoltà di esperire il rimedio impugnatorio dell'articolo 669-

¹⁹⁷ «Autorevole dottrina si è in realtà espressa in senso contrario, affermando che in caso si controverta della legittimità di delibere assembleari il giudice statale non possa comunque conoscere di istanze cautelari di sospensiva. Le motivazioni non sono uniformi. Alcuni Autori giungono a giustificare la carenza di potere del giudice osservando che l'art. 2378 c. c. (che disciplina l'impugnativa delle delibere assembleari nonché di quelle del consiglio di amministrazione per il rinvio contenuto nell'art. 2388) prevede che l'istanza di sospensione venga introdotta con ricorso depositato *contestualmente* al deposito della citazione. Altra dottrina esclude la competenza del giudice perché in caso contrario «si creerebbe una duplicazione di tutela pressoché impossibile da gestire» [...].» Per una compiuta disamina di tali argomentazioni e un'esaustiva esplicazione delle ragioni per le quali tali argomentazioni non paiono convincenti, cfr. MAFFUCCINI, *op. cit.*

¹⁹⁸ ed in assenza di cause ostative il prosieguo del procedimento arbitrale.

¹⁹⁹ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 315 asserisce che, [l]a nuova normativa non appare comunque idonea ad escludere o limitare la competenza cautelare dell'autorità giudiziaria. E ciò sia per l'assunzione di provvedimenti cautelari diversi dalla sospensione della delibera, sia, quanto a quest'ultima, allorché essa sia richiesta prima della costituzione del tribunale arbitrale. Dopo la costituzione del collegio, il silenzio della norma induce ad escludere l'ammissibilità del ricorso al giudice [...].»

terdecies c.p.c.; nel secondo caso, pur essendo possibile attingere con maggiore tempestività il *decisum*, era preclusa la via del reclamo cautelare.

L'art. 35.5 del D. lgs. 5/2003, infatti prevedeva espressamente che l'ordinanza, non era soggetta a reclamo, escludendo, di fatto, ogni intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria nel processo arbitrale²⁰⁰.

Per taluni il disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 35.5 in commento trova la sua *ratio* nella volontà cristallina del legislatore di evitare che l'operato degli arbitri possa essere posto al vaglio dei giudici²⁰¹; evitando così che - ove ancora pendente il procedimento arbitrale - gli arbitri possano essere condizionati dalle pronunce dei giudici statali²⁰².

Come vedremo meglio nel capitolo III la c.d. Riforma Cartabia ha alla fine introdotto la reclamabilità avanti al giudice statale del provvedimento cautelare emesso dagli arbitri.

²⁰⁰ «È tuttavia da ritenere che essa sia invece soggetta a revoca o modifica. E ciò non in virtù del disposto dell'art. 669 *decies* c. p. c., evidentemente inapplicabile, ma sulla scorta della ordinaria revocabilità di questo tipo di pronuncia.» Così MAFFUCCINI, *op. cit.*; CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 317, il quale sulla revocabilità e modifica: «I dubbi circa la possibilità che l'ordinanza di sospensione sia invece revocata o modificata in pendenza dell'arbitrato [...] vanno risolti in senso affermativo. E ciò sia in base al principio generale, secondo il quale i provvedimenti cautelari sono emanati *rebus sic stantibus*, e sono comunque revocabili o modificabili dallo stesso organo che li ha emessi, sia in base al silenzio sul punto della norma, che si limita a prevederne la non reclamabilità.»

²⁰¹ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 317, il quale commentando il nuovo arbitrato societario afferma che: «È [...] prevista la non reclamabilità della stessa ordinanza arbitrale, sia in caso di accoglimento che di rigetto, secondo una scelta che, malgrado alcune perplessità, anche di ordine costituzionale, va' approvata. Ammettere la possibilità di reclamo innanzi al giudice statale *ex art. 669 terdecies*, avrebbe l'effetto di rimettere frequentemente le parti davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, vanificando largamente la portata della riforma.»

²⁰² CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2003, 128, il quale, sul punto evidenzia che «[l]a soluzione lascia tuttavia abbastanza perplessi, perché pare contraria alla nostra Carta Fondamentale. Ciò non per il mancato rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione, che, come è noto, non ha dignità costituzionale; bensì per la violazione dell'art. 24 Cost., e per l'illogica disparità di trattamento che si verifica fra il caso in cui il procedimento di sospensione penda di fronte al tribunale, quando trova applicazione l'art. 669 *terdecies* c. p. c., e l'evenienza in cui sia iniziato di fronte agli arbitri.[...] Né la mancanza di una forma di controllo può essere compensata dal potere, da riconoscersi in capo agli arbitri, di revocare e modificare l'ordinanza. Ciò essenzialmente per due ragioni; innanzitutto perché tale potere deve intendersi esercitabile solo in presenza di un mutamento delle circostanze; in secondo luogo perché il reclamo offre una garanzia molto maggiore, essendo la questione sottoposta ad un organo giudicante diverso dal collegio arbitrale.»

1.3.2.4 *La natura del provvedimento cautelare di sospensione delle delibere impugnate*

La riforma del 2005 relativa al procedimento cautelare - che, come accennato nel primo paragrafo, ha introdotto, tra l'altro, il regime della cosiddetta strumentalità attenuata dei provvedimenti cautelari - ha generato un acceso dibattito su come individuare, in presenza di un dettato legislativo lacunoso sul punto, i presupposti per determinare la natura conservativa ovvero anticipatoria dei provvedimenti cautelari.

Partendo dal dato normativo, l'art. 669-*octies* c.p.c. riserva l'applicazione del regime della c.d. strumentalità attenuata «ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali [...]».

Un primo orientamento, proprio sulla base del tenore letterale della norma appena citata, afferma che sono provvedimenti cautelari c.d. anticipatori, solo i provvedimenti che, per l'appunto, sono in grado di anticipare gli effetti propri della sentenza di merito²⁰³.

In contrapposizione a tale orientamento vi è chi, diversamente, afferma che è anticipatorio quel provvedimento cautelare capace di garantire un risultato pratico, che da un punto di vista sostanziale è, equivalente a quello raggiungibile all'esito del giudizio di merito²⁰⁴.

Il contrasto teorico, relativo l'individuazione dei presupposti necessari al fine di determinare la natura anticipatoria ovvero conservativa del provvedimento cautelare, in assenza di una puntuale previsione legislativa, si è perpetuato in relazione alla natura del provvedimento sospensivo delle deliberazioni assembleari impugnati.

Tuttavia, prima di passare ad analizzare la natura del provvedimento inibitorio ai sensi dell'art. 35. 5 del D. lgs. 5/2003, è necessario, ai fini esplicativi, tratteggiare quella che è stata nel tempo la ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale del provvedimento sospensivo statale delle delibere impugnate ai sensi dell'art. 2378 c.c.

²⁰³ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile* cit., p. 232.

²⁰⁴ Pertanto prescindendo dall'effettiva capacità del provvedimento cautelare di anticipare gli effetti della decisione di merito. In tal senso, SALVANESCHI, *La domanda ed il procedimento*, in: *Il processo cautelare*, Padova, 2004, p. 327; D'AMICO, *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio*, Napoli, 2018, p. 222 ss.

Secondo una parte della dottrina²⁰⁵ - la quale propende per la natura meramente conservativa del provvedimento *ex art. 2378, co. 3 c.c.*²⁰⁶ - la sospensione della delibera impugnata, incapace di anticipare gli effetti della sentenza (costitutiva) d'annullamento, sarebbe idonea unicamente ad impedire la produzione di effetti ulteriori, inibendo così agli organi sociali di adottare ulteriori decisioni in esecuzione alla delibera sospesa, con efficacia *ex nunc* dalla pronuncia del provvedimento sospensivo da parte del giudice. Secondo tale orientamento, in ragione delle differenze contenutistiche sussistenti tra il provvedimento cautelare *ex art. 2378 c.c.* e la sentenza di merito, sono da reputarsi saldi gli effetti già prodotti dalla delibera, in quanto la loro rimozione rientra unicamente nei poteri del giudice di merito.

La conclusione è giustificata facendo leva sul dato puramente letterale dell'art. 2378 c.c., il quale si riferisce espressamente alla sospensione dell'“esecuzione”²⁰⁷ della delibera impugnata.

Altra parte della dottrina, sostenendo la natura anticipatoria del provvedimento inibitorio, ha invece interpretato estensivamente il concetto di sospensione dell'“esecuzione”, ritenendo che l'istanza della sospensione possa concernere non solo, appunto, l'esecuzione, ma anche l'efficacia della deliberazione stessa²⁰⁸.

Per di più si è affermato che «sono suscettibili di sospensione anche le delibere che hanno già avuto integrale esecuzione, se ancora produttive di danno grave ed irreparabile, purché gli effetti delle stesse non siano definitivamente realizzati ed esauriti, al punto tale da risultare irreversibili»²⁰⁹.

²⁰⁵ SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum*, Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa, Portale, II, Torino, 2006, p. 285; FERRI, *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. proc. civ.*, 2005, p. 63 ss.; CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1518 ss.

²⁰⁶ «Con ricorso depositato contestualmente al deposito [...] l'impugnante può chiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione. [...]». Dall'estratto del 2378.3 c.c. riportato in questa nota, si comprende che la norma disciplina un giudizio cautelare in corso di causa. Alcuni autori e parte della giurisprudenza di merito affermano tuttavia la possibilità di ottenere anche una tutela *ante causam ex art. 700 c.p.c.* Cfr. MAFFEI, *Commentario breve al diritto delle società*, 4° ed., Padova, 2017, p. 643, *sub art. 2378*.

²⁰⁷ Dal dato letterale emergerebbe dunque che, il potere attribuito al giudice in via cautelare, sia solo quello di impedire che le parti coinvolte possano dare esecuzione alla delibera impugnata, evitando in tal senso solo l'ulteriore produzione di effetti; mentre nulla potrebbe fare il provvedimento cautelare, in relazione a quegli effetti già prodotti. Quest'ultimo effetto potrà prodursi solo con la successiva sentenza di annullamento.

²⁰⁸ MAFFEI, *op. cit.*, p. 643.

²⁰⁹ Così CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2020, p. 2789, che richiamano il Trib. Milano 31.10.1995, in *G. comm.*, 96, II, p. 828.

Tale secondo orientamento trova il suo addentellato di diritto positivo nell'art. 35.5 del D. lgs. 5/2003, il quale sancisce che gli arbitri sono sempre competenti con riguardo alla "sospensione dell'efficacia della delibera" impugnata, oggetto della controversia compromessa in arbitri.

Come già detto nel paragrafo 1.3.1.2, nonostante l'art. 35 attribuisca agli arbitri il potere di inibire l'efficacia della deliberazione impugnata, è fatta salva la possibilità di ricorrere al giudice togato per l'ottenimento della sospensiva fintantoché il collegio arbitrale non sia effettivamente costituito.

Pertanto, premesso che - come visto nel paragrafo 1.1.3²¹⁰ -l'attribuzione ad un provvedimento cautelare della natura anticipatoria, anziché conservativa, garantisce una maggiore ampiezza della tutela cautelare, un eventuale discrimine, in termini di natura della misura inibitoria, tra le due ipotesi in comparazione - da un lato quella prevista dall'art. 2378.3 c.c., dall'altro quella prevista 35.5 del D. lgs. 5/2003 - «comporterebbe l'irrazionale conclusione che la maggiore o minore ampiezza della tutela cautelare discenderebbe da un elemento del tutto estrinseco - e, verrebbe da dire, "fortuito" - quale la lentezza nella costituzione dell'organo giudicante arbitrale. La descritta irrazionalità deve condurre l'interprete a ricercare una soluzione [...] che [...] sia uniforme sia per il caso di potere cautelare devoluto alla cognizione del giudice statale che per il caso di potere cautelare degli arbitri.»²¹¹.

A questo punto però, è doveroso segnalare che la Corte di Cassazione²¹², in una recente pronuncia del 2021²¹³, ha deciso una controversia relativa alla natura del provvedimento inibitorio *ex* 2378.3 c.c., sancendone la natura conservativa e non anticipatoria.

²¹⁰ Ricordiamo che, a seguito della riforma del 2005, i provvedimenti anticipatori non sono soggetti al campo di applicazione del combinato disposto degli artt. 669-*octies* e *novies*; sul punto v. paragrafo 1.1.3 di questo elaborato.

²¹¹ Così, ROMANO, *La natura della sospensione dell'efficacia di una deliberazione societaria tra diritto societario e diritto processuale*, in *onelegale* (onelegale.it), 2022.

²¹² Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 26/04/2021, n. 10986, in *onelegale* (onelegale.it), la quale si è pronunciata su un caso di sospensione della delibera assembleare di esclusione del socio.

²¹³ Sinteticamente, si tratta di un caso di sospensione di una delibera di esclusione di un socio da una società di persone. A seguito dell'estinzione del giudizio di opposizione del socio per mancata notifica dell'istanza di fissazione di udienza, il tribunale ha deciso di preservare la sospensione della delibera, basandosi sulla sua natura anticipatoria. Tuttavia, la Corte di Cassazione non è d'accordo con questa conclusione e si allinea all'interpretazione dottrinale che considera l'anticipatorietà dei provvedimenti cautelari come la capacità di anticipare gli stessi effetti della decisione finale, anziché solo un risultato pratico simile.

La decisione presa dalla Corte dipende dall'interpretazione - data da quella parte di dottrina *supra* riportata - restrittiva del concetto di anticipatorietà che essa stessa ha "abbracciato"²¹⁴.

La pronuncia appena riportata appare tuttavia anacronistica, soprattutto alla luce dell'evoluzione normativa sul punto dettata dalla c.d. Riforma Cartabia, per la cui analisi si rinvia al Capitolo III della presente dissertazione.

1.3.3 La dubbia ammissibilità di clausole compromissorie statutarie volte a prevedere arbitrati liberi in ambito societario

La regolamentazione prevista dal D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 relativa al c.d. arbitrato societario, si applica solo in presenza di una clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto ed ha quale ulteriore caratteristica quella di coinvolgere l'intera compagine sociale²¹⁵.

Come anticipato nel paragrafo 1.2.5 di questa dissertazione, il nostro ordinamento vede da ormai oltre un secolo il fenomeno del c.d. dualismo arbitrale; pertanto, visto il preciso campo di applicazione della normativa prevista dal D. lgs. del 2003, una tematica assai dibattuta è proprio quella relativa all'ammissibilità di un arbitrato irrituale derivante da clausola statutaria. In altre parole, si è dubitato della compatibilità della normativa speciale dettata in materia di arbitrato societario con la disciplina e la natura dell'arbitrato irrituale.

È doveroso anzitutto ricordare che in ragione delle peculiarità proprie dell'arbitrato societario derivante da clausola compromissoria - su tutte, il fatto per cui quest'ultimo è l'unico strumento di risoluzione delle controversie necessariamente coinvolgente l'intera compagine sociale²¹⁶ - il legislatore ha introdotto agli artt. 34 - 36, D. lgs. n. 5/2003 disposizioni inderogabili.

²¹⁴ Cfr. COREA, *La tutela anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul référé all'italiana*, in *judicium (judicium.it)*, 2020.

²¹⁵ Sul campo d'applicazione del D. lgs. n. 5/2003 v. *sub* nota 164 di questo elaborato.

²¹⁶ RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 538.

A tal riguardo qualche autorevole studioso²¹⁷ ha sottolineato come - fatta eccezione per il disposto che impone la nomina degli arbitri da parte di un terzo esterno alla compagine sociale - il D. lgs. del 2003 non dedichi alcuna norma compatibile con l'arbitrato libero²¹⁸: diversamente, in esso sono contemplate norme che risultano congruenti esclusivamente con quello rituale²¹⁹. Si è dunque opinato che quest'ultimo rappresenti l'unico modello di arbitrato societario regolato dal legislatore²²⁰.

Secondo alcuni, la non applicabilità del D. lgs. n. 5/2003 alla clausola statutaria che rimetta le controversie relative l'impugnazione delle delibere assembleari ad arbitri liberi porterebbe semplicemente a concludere che per l'eventuale richiesta sospensione della delibera si debba far riferimento alla disciplina di diritto comune²²¹, con la conseguenza quindi di dover ammettere che essa possa essere richiesta solo al giudice statale, a meno che

²¹⁷ CONSOLO, *Arbitrato libero e liti societarie: compatibile salvo nella versione statutaria, che ha valenza irriducibilmente giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 2017, p. 1933 ss.

²¹⁸ Ad esempio, il secondo comma dell'articolo 35 permette l'intervento volontario, o per disposto del soggetto giudicante, di terzi e di soci nel procedimento, mentre l'arbitrato irrituale si basa sull'autonomia privata delle parti coinvolte. Inoltre, il terzo comma dello stesso articolo 35 da un lato, implica una distinzione tra cognizione *incidenter tantum* e decisione con efficacia di giudicato, che non ha senso in un procedimento quale quello dell'arbitrato irrituale che si conclude con una decisione di natura negoziale; dall'altro evidenzia anche che il regime di impugnazione del lodo societario, previsto dall'articolo 36, è incompatibile con l'arbitrato irrituale, nei termini in cui permette, tra l'altro, l'impugnazione per tutti i vizi procedurali *ex art. 829 c.p.c.*. Com'è noto la disciplina relativa al lodo irrituale dà invece rimedio solo per vizi contrattuali oltre che per le ragioni di cui all'art. 808-ter, 2° comma, c.p.c., le quali sono ben più ridotti di quelli previsti dall'art. 829 c.p.c. . Ad onor del vero, analoghi rilievi valgono in relazione al regime di impugnazione previsto dall'art. 36.1 in merito ai casi in cui gli arbitri si occupano di questioni non compromettibili o quando l'oggetto della disputa riguarda la validità delle delibere assembleari. Questi aspetti sono propri dell'arbitrato rituale, mentre sono estranei all'arbitrato irrituale, che notoriamente non può essere impugnato per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. Infine, l'articolo 35, quarto comma, stabilisce che il lodo societario è vincolante per tutti all'interno del gruppo sociale, il che ha senso solo se il lodo ha effetti equivalenti a una decisione giudiziaria. Altri elementi che evidenziano la natura rituale dell'arbitrato societario sono l'obbligo di iscrivere il dispositivo del lodo nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 35.5-bis, che è tipico di una decisione giurisdizionale, e il riferimento all'articolo 820 c.p.c., ai sensi dell'art. 35.2, sulla proroga dei termini per la pronuncia del lodo, che è incompatibile con la disciplina del termine nell'arbitrato irrituale secondo l'articolo 1183 del codice civile. Così, TURATTO, *Arbitrato societario irrituale - La Cassazione delude e dichiara valida ex professo la clausola statutaria per arbitrato irrituale ancorché sia univocamente compatibile solo con l'arbitrato rituale*, nota a sentenza, in *onelegale (onelegale.it)*, 2023.

²¹⁹ Difronte alla tesi secondo cui, l'unica conseguenza dell'incompatibilità di alcune norme della disciplina speciale con la natura dell'arbitrato irrituale fosse quella di applicare al procedimento arbitrale irrituale la disciplina comune, parte della dottrina ha evidenziato come non sia possibile selezionare solo alcune norme della disciplina prevista dal D. lgs. del 2003, in virtù proprio dell'inderogabilità di quest'ultima. Pertanto, sulla base di tale assunto, non sarà possibile prevedere un arbitrato societario irrituale selezionando solo le norme, della disciplina in oggetto, compatibili con l'arbitrato libero, rinviando per il resto alle norme di diritto comune. Altresì, è stato osservato che, l'interpretazione sistematica della disciplina «come conduce a negare l'ammissibilità di clausole statutarie per arbitrato rituale di diritto comune, così porta ad escludere la validità di clausole statutarie per arbitrato irrituale, dacché [...] tale tipo di arbitrato è ancor meno idoneo a porsi come regola del gruppo di quanto lo sia quello rituale di diritto comune.». Sul punto, TURATTO, *op. cit.*

²²⁰ V. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 413.

²²¹ Cfr. TURATTO, *op. cit.*

non si aderisse alla tesi che con l'arbitrato irrituale si rinuncia alla giurisdizione. (V. *supra* paragrafo 1.2.5.1).

Pertanto, sulla base di quanto sinora detto, «l'arbitrato irrituale, in materia societaria, potrà aversi per libera scelta, da compiere di volta in volta con un compromesso ad es. tra i due soci in lite, oppure anche contenuto in un patto parasociale. Ciò che invece la disciplina positiva per noi non consente è l'introduzione nello statuto sociale di clausole compromissorie (aventi effetti vincolanti e per i soci e per gli amministratori e sindaci, si è visto) per arbitramento irrituale.»²²².

Lo spazio di manovra interpretativo ed argomentativo che ha portato la maggioranza degli interpreti a trarre le conclusioni suddette, è dato soprattutto per il fatto che la questione della validità di clausole compromissorie statutarie non è stata affrontata dalla giurisprudenza di legittimità fino alla recentissima pronuncia datata 10 febbraio 2021²²³.

In tale pronuncia la Corte di Cassazione ha dichiarato valida la clausola statutaria per arbitramento irrituale, la quale rispetti la previsione *ex art.* 34. 2 del D. lgs. n. 5/2003 relativa alla nomina eteronoma degli arbitri.

Secondo la Corte di legittimità dal contenuto della disciplina relativa l'arbitramento societario non è riscontrabile la *voluntas* del legislatore di impedire la devoluzione, mediante clausole statutarie, di controversie endosocietarie in arbitramento libero; piuttosto quella di «imporre il rispetto di alcune disposizioni, sostanziali e processuali, inderogabili tanto nel caso in cui le parti scelgano l'arbitramento rituale, quanto in quello in cui optino invece per l'arbitramento libero [...] e la circostanza che tra le disposizioni di carattere processuale dettate dal D. lgs. n. 5/2003 ve ne siano talune non compatibili con l'arbitramento rituale non assumerebbe “valenza dirimente” nella soluzione della questione in esame, dovendo selezionarsi quelle applicabili a tale istituto.»²²⁴.

²²² Così, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile cit.*, p. 556, il quale giustifica il dato letterale della norma (unica argomentazione di coloro i quali affermano l'ammissibilità di una clausola societaria per arbitramento societario): «Ebbene, la prima occasione utile per il legislatore per adeguarsi alla Consulta fu proprio il D. lgs. n. 5/2003; occasione che il legislatore colse introducendo quell'inciso nell'art. 35, co. 5 [...]».

²²³ Cass. civ. Sez. I Ord., 10 febbraio 2022, n. 4335, in (*onelegale*) *onelegale.it*.

²²⁴ Cfr. TURATTO, *op. cit.*

1.3.4 *L'attesa riforma introdotta dal decreto legislativo 40/2006*

1.3.4.1 *La clausola di salvezza delle diverse disposizioni di legge prevista nell'art. 818 c.c.*

Un'occasione di innovare la regolamentazione della potestà cautelare arbitrale si presentò con la riforma del 2006²²⁵.

La legge di delega n. 80/2005, al comma terzo, dell'unico articolo, disponeva che in sede di attuazione il legislatore delegato si attenesse, tra l'altro, al seguente principio direttivo: «che le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare.».

Il decreto legislativo 40/2006, all'art. 22, intitolato: “Modifiche al capo III, titolo VIII, libro IV”, si limitò ad aggiungere, quale unica novità sul punto, una clausola di salvezza, integrando l'originario testo dell'art. 818 c.p.c. con una seconda parte recitante, per l'appunto, “salva diversa disposizione di legge”. In tal modo venne introdotta la possibilità per il legislatore di prevedere, *pro futuro*, attribuzioni potestative cautelari in deroga al generale divieto, che permase dunque anche all'esito della novella del 2006²²⁶. Parte della dottrina ha osservato come la scelta di ribadire il divieto posto all'art. 818 fosse inevitabile, in quanto nella delega «[...]non c'era alcuna direttiva a tal proposito [...]»²²⁷; in altre parole, la modifica dell'art. 818, non rientrava negli oggetti della delega²²⁸.

²²⁵ Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80. (GU n. 38 del 15.2.2006 Suppl. Ordinario n. 40).

²²⁶ CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *op. cit.*, p. 2998.

²²⁷ Così, BOVE, *op. cit.*

²²⁸ Cfr. CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 254, il quale sul punto asserisce che: [u]na nuova occasione di riforma è stata [...] offerta dalle modifiche del codice di procedura civile previste dalla già ricordate legge 14 maggio 2005, n. 80, la quale non aveva tuttavia previsto, tra gli oggetti della delega, la modifica dell'art. 818.».

Molti, peraltro, segnarono come l'intento del legislatore del 2006 fosse - certamente e - soprattutto quello di coordinare il disposto inderogabile di cui all'art. 818 c.p.c. con l'esplicita deroga risultante dall'art. 35.5 del D. lgs. 5/2003²²⁹.

1.4 *Le previsioni di alcuni regolamenti di arbitrati amministrati nazionali in materia cautelare*

1.4.2 *L'arbitrato c.d. amministrato*

Prima di passare a trattare la riforma del 2022 è doveroso segnalare in questa sede alcune proposte interpretative del previgente disposto normativo, che hanno visto coinvolto il fenomeno del c.d. arbitrato amministrato²³⁰.

A tal riguardo è appena il caso di ricordare che mediante la convenzione arbitrale le parti possono prevedere che le loro liti siano devolute ad un arbitrato regolamentato da un apposito organismo. Nel caso ciò avvenga tutti gli aspetti della procedura arbitrale saranno pertanto disciplinati dal regolamento emanato da tale organismo, in base a quanto stabilito dalle parti nella pattuizione compromissoria.

L'istituzionalizzazione dell'arbitrato amministrato si deve al legislatore delle riforme del 2005/2006²³¹; il quale ha previsto - nel capo VI del titolo VIII del libro IV c.p.c., intitolato

²²⁹ CARDONA, *op. cit.* Sul punto, BOVE, *op. cit.*, evidenzia che «[s]i può, forse, anche pensare che l'aggiunta di un simile inciso appare del tutto inutile, avendo pur sempre il legislatore ordinario il potere di tornare sul punto. Tuttavia, c'è anche da dire che con detta aggiunta si è coordinato il divieto di principio, contenuto nell'art. 818, con quanto è già previsto in altre norme, che attribuiscono agli arbitri un potere cautelare. Si pensi all'art. 35, quinto comma D. lg. n. 5/2003 [...]».

²³⁰ «La crescente diffusione dell'arbitrato amministrato si deve, innanzitutto, all'attività delle camere arbitrali interne alle camere di commercio, le quali, a partire dal 1993, con la l. 29 dicembre n. 580, hanno promosso la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per le controversie tra imprese e tra imprese e consumatori». Così BASILICO, *l'arbitrato amministrato dagli ordini forensi*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1397.

²³¹ «Il legislatore delle riforme del 2005/2006 - cui si attribuisce la paternità del citato art. 832 c.p.c. - ha proceduto, pertanto, al riconoscimento ed alla consacrazione di un fenomeno che, fino a poco tempo addietro, esisteva solo nella prassi e nell'interesse degli studiosi dell'arbitrato; la classe forense ha, in qualche modo, raccolto la sfida, rendendosi pronta a ricercare ed a fornire, agli utenti, sistemi alternativi di risoluzione delle controversie civili su diritti disponibili, data la ormai cronica inefficienza - per ragioni a tutti note - della giurisdizione statale, malgrado il frenetico susseguirsi di interventi riformatori». Così, *Ibidem*.

“Dell’arbitrato secondo regolamenti precostituiti” - all’art. 832 che: «[l]a convenzione d’arbitrato può fare rinvio a un regolamento arbitrale precostituito.».

Tanto premesso, come ricordato in conclusione del paragrafo che precede, a seguito della riforma del 2006 - la quale aggiunse all’art. 818 c.p.c. l’inciso “salva diversa disposizione di legge” - è stata avanzata la teoria per cui, il testo dell’art. 832 c.p.c. rappresenterebbe proprio una di quelle eccezioni attributive della potestà cautelare arbitrale.

Più precisamente, mediante un’interpretazione letterale del testo dell’art. 832 c.p.c., nella parte in cui sancisce che: «se l’istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l’arbitrato, la convenzione di arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo» ed in relazione al fatto che nei capi precedenti al titolo in cui è previsto l’art. 832 c.p.c. è compreso anche l’art. 818 c.p.c.²³², si riteneva che se il regolamento dell’istituzione arbitrale richiamato dalle parti prevedeva la possibilità per gli arbitri di adottare misure cautelari sarebbe stata con ciò integrata un’ipotesi di disposizione derogatoria ammissibile in base alla menzionata clausola di salvezza²³³.

La teoria appena riportata non è andata esente da critiche²³⁴. Anzitutto, si è osservato che l’ultima parte dell’art. 818 c.p.c. si riferisce solo a previsioni normative che derogano espressamente al divieto dell’art. 818. A tale critica si è obiettato nel senso per cui è ben noto che la legge disciplina le situazioni giuridiche tanto in modo diretto, quanto indiretto. In secondo luogo, è stato sottolineato che, interpretando così la norma, si genera una differenza fra l’arbitrato amministrato e l’arbitrato *ad hoc*²³⁵. Ebbene «il rilievo è certamente vero, ma occorre dire che ciò fa parte delle scelte politiche del legislatore. La riforma del 2006 ha

²³² Così sancendo, implicitamente viene lasciato intendere che - ove, diversamente, l’istituzione arbitrale accettasse di amministrare l’arbitrato - non si applichino i precedenti capi, tra cui l’art. 818.

²³³ Così, BIAVATI, *op. cit.*, p. 337, il quale sul punto asserisce che «[s]i deve notare che è solo il riferimento dell’ultimo comma dell’art. 832 che permette la deroga. Il semplice potere delle parti e degli arbitri di fissare le modalità di funzionamento del processo arbitrale, sancito dall’art. 816-bis, comma 1, c.p.c., pur offrendo ampi spazi all’autonomia privata, non può superare il divieto dell’art. 818.». Inoltre «[...] è opportuno rilevare che la deroga si ricollega al fatto che l’istituzione decida o no di amministrare l’arbitrato. Bisogna distinguere, quindi, fra l’arbitrato amministrato vero e proprio, in cui la struttura organizzativa dell’istituzione è pienamente coinvolta, e l’arbitrato meramente regolamentato, in cui le parti costituiscono un arbitrato *ad hoc* [...]. È solo nel primo dei due casi che la deroga all’art. 818 appare ipotizzabile.».

²³⁴ Di seguito verranno riportate le osservazioni formulate, nel dibattito che ha seguito la relazione di Biavati durante il convegno del 3.12.2012, fra gli altri, da Pietro Bernardini, Antonio Briguglio e Giorgio Nova; in merito a queste cfr. *ivi*, p. 338 ss.

²³⁵ Essendo noto il fatto che l’art. 832 si riferisca tanto al fenomeno dell’arbitrato amministrato, quanto a quello dell’arbitrato c.d. *ad hoc*.

segnato un'opzione a favore delle forme di arbitrato più simili alla giurisdizione dello Stato [...]. Al di là dei dibattiti dottrinali, l'arbitrato rituale è stato preferito a quello irrituale, con una serie di maggiori vantaggi per le parti che scelgono il primo rispetto al secondo; allo stesso modo, l'arbitrato "da legge" e l'arbitrato amministrato sono stati preferiti al comune arbitrato *ad hoc*²³⁶. Ancora, si è rilevato che dalla norma in esame emergerebbe unicamente la possibilità - per i regolamenti arbitrali - di integrare le regole del codice per l'arbitrato rituale e non anche derogare al divieto *ex* 818. Infine si evidenzia come, riconoscendo tale possibilità di deroga, si andrebbe incontro a rischi inaccettabili, in quanto i regolamenti potrebbero violare principi essenziali del giusto processo, quali - a titolo esemplificativo - il principio del contraddittorio ovvero dell'imparzialità del "giudice"; nonostante, in linea teorica, quanto osservato sembri condivisibile, a ben vedere, ove nella realtà concreta vi fossero regolamenti privi di garanzie, nessun soggetto si affiderebbe a quest'ultimi per la risoluzione delle controversie nelle quali è, o potrebbe essere, coinvolto.

A questo punto, a prescindere dalla possibilità o meno di superare tali osservazioni, è doveroso sottolineare che ad oggi tale teoria non ha trovato seguito pratico e pertanto i regolamenti italiani si sono limitati a porre in essere previsioni tali da non contrastare con il divieto di cui all'art. 818 c.p.c.

Tuttavia, prima di passare a rassegna quelle che sono le previsioni di alcuni regolamenti italiani in materia di provvedimenti cautelari è opportuno accennare ai lavori della Commissione Alpa²³⁷, la quale - in merito all'attribuzione della potestà cautelare agli arbitri - ha avanzato la proposta di intervenire proprio sul comma 5 dell'art. 832 c.p.c. succitato, che avrebbe assunto il seguente tenore: «il regolamento arbitrale può anche prevedere deroghe al divieto di cui all'art. 818. In tal caso, il provvedimento è richiesto e deliberato a norma del regolamento e il medesimo ricorso non può essere proposto al giudice. Il provvedimento cautelare non è soggetto a impugnazione e si applica l'art. 825 in quanto compatibile.»²³⁸.

²³⁶ Così BIAVATI, *op. cit.*, p. 338 ss., in risposta all'osservazione relativa alla differenza che si genererebbe tra arbitrato amministrato e *ad hoc*.

²³⁷ Per una puntuale analisi di quella che è stata la proposta della Commissione Alpa v. EMANUELE ODORISIO, *op. cit.*, p. 104 ss.

²³⁸ Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato (Pres. Prof. Avv. Guido ALPA), 2017. Cfr. *giustizia.it*

La proposta della Commissione Alpa in materia di poteri cautelari arbitrali non ha però avuto seguito positivo²³⁹.

²³⁹ Per un'esaustiva analisi dei lavori della Commissione, v. EMANUELE ODORISIO, *op. cit.*, p. 104 ss., il quale - in termini assolutamente riassuntivi - evidenzia che: La proposta della Commissione di conferire poteri cautelari agli arbitri, sicuramente, offre l'opportunità per una nuova riflessione sul tema della potestà cautelare arbitrale, tenendo in considerazione anche l'esperienza relativa l'arbitrato societario affrontata nel paragrafo che precede. Al netto della portata evolutiva, vengono evidenziati alcune *défaillance* ovvero aspetti critici nella proposta. Uno di questi riguarda il fatto che, se da un lato, la relazione sui lavori della Commissione acclara l'intento per cui, la proposta sia stata redatta sulla base di quelle che sono le esperienze in ambito internazionale; d'altro canto la Commissione ha inteso prevedere l'attribuzione di poteri cautelari agli arbitri solo ove fosse fatto rimando a regolamento preconstituito per l'arbitrato amministrato. A ben vedere, negli ordinamenti internazionali, la concessione di tali poteri non è subordinata necessariamente alla presenza di un arbitrato amministrato regolamentato. Prevista l'attribuzione dei poteri cautelari, bisogna affrontare, il tema del rapporto tra i poteri cautelari degli arbitri e quelli del giudice ordinario. La proposta non affronta esplicitamente la questione. «La prescrizione secondo la quale *“una volta che ci si è rivolti agli arbitri il medesimo ricorso non può essere proposto al giudice”*», infatti, lungi dal prevedere - in caso di competenza cautelare degli arbitri - un divieto di rivolgersi al giudice ordinario, sembra piuttosto alludere all'impossibilità di presentare domanda al giudice ordinario una volta scelta la strada cautelare arbitrale e tale lettura è compatibile anche con l'eventuale modello della concorrenza piena tra arbitri e giudici. Né maggiori indicazioni possono trarsi dalle note illustrative della proposta nelle quali si afferma incidentalmente che la tutela cautelare arbitrale è «di per sé materia di concorrente competenza giudiziaria», visto che il problema è proprio quello di capire se si tratta di una concorrenza piena o se invece la competenza concorrente del giudice ordinario sia meramente sussidiaria.». In assenza di una precisa prescrizione, verrebbe da concludere in questo secondo senso, in quanto - ricordiamo - nel contesto italiano dell'arbitrato societario, prevale la competenza cautelare concorrente sussidiaria del giudice ordinario. Viene inoltre discusso il problema di doversi rivolgere al giudice ordinario per ottenere misure cautelari prima della costituzione del collegio arbitrale e vengono menzionati - al fine di trarne spunto per la risoluzione del problema - i meccanismi previsti dai regolamenti delle istituzioni arbitrali in ambito internazionale; a titolo esemplificativo, la previsione di *“un comitato d'intervento competente ad emanare i provvedimenti di urgenza, altrimenti di competenza del costituendo collegio arbitrale”*. In ultimo, si evidenzia come il tema dei rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria rappresenta una delle principali sfide anche ove la proposta della Commissione Alpa fosse integrata con l'applicabilità delle norme relative al procedimento cautelare uniforme. Infatti, i rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria sono regolati dagli articoli 817 e 819-ter del codice di rito, i quali si riferiscono principalmente alla tutela del merito. Uno dei principali aspetti, della problematicità osservata, riguarda la contestazione del potere cautelare degli arbitri e del giudice in relazione all'esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato. Un altro aspetto riguarda invece l'efficacia e il regime di impugnazione della decisione degli arbitri o del giudice in relazione alla loro competenza cautelare. La decisione degli arbitri o del giudice non può pregiudicare i loro pieni poteri decisionali in merito. Per quanto riguarda il regime di impugnazione, mentre la decisione sulla competenza assunta dal giudice ordinario è reclamabile secondo l'articolo 669-terdecies c.p.c., vi è qualche problema per il controllo della decisione degli arbitri, poiché la proposta della Commissione - al pari di quanto previsto per l'arbitrato societario - non ammette il reclamo che, invece, nel procedimento cautelare davanti al giudice ordinario costituisce uno strumento per controllare le decisioni sulla competenza. Non è possibile nemmeno presentare un regolamento di competenza. Un ultimo aspetto riguarda la contemporanea proposizione della domanda cautelare davanti al giudice e agli arbitri. L'opzione delle *“vie parallele”* non è considerata opportuna per la funzione e le caratteristiche della tutela cautelare. Il rinvio all'applicazione delle norme sul procedimento cautelare uniforme potrebbe comportare l'applicazione delle soluzioni normalmente derivabili in tema di procedimento cautelare uniforme, anche se non esplicitamente disciplinate. In base a tale soluzione, si applicherebbe il principio secondo cui il coordinamento tra i due procedimenti va risolto a favore del procedimento cautelare, arbitrale o ordinario, avviato per primo.

1.4.3 I regolamenti italiani

Osservando i diversi regolamenti nazionali previsti dalle camere arbitrali, camere di commercio, ordini forensi, si può notare come la quasi totalità di questi contenga previsioni relative ai provvedimenti cautelari.

A titolo esemplificativo, i regolamenti della Camera Arbitrale di Venezia, della Camera di Commercio di Bologna e della Camera arbitrale istituita presso l'Ordine degli Avvocati di Roma, contengono tutti la previsione per cui: «l'Arbitro/l'Organo Arbitrale può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento.»²⁴⁰; ovvero, in altri termini - ma pur sempre esprimendo il medesimo concetto - «se le norme applicabili al procedimento lo consentono agli arbitri può essere chiesta l'emanazione di provvedimenti cautelari.»²⁴¹.

Il riferimento, esplicito ovvero implicito - «se le norme applicabili al procedimento lo consentono» - contenuto nei testi regolamentari succitati, «[...] deve intendersi come ovvio riconoscimento del limite rappresentato dell'art. 818 cod. proc. civ. ai poteri cautelari dell'arbitro in procedure arbitrali aventi sede in Italia. Gli stessi testi tuttavia, nel prevedere il limite come solo eventuale, ammettono l'esercizio della stessa potestà cautelare degli arbitri, allorché la sede dell'arbitrato sia all'estero e non sembrano escludere la competenza degli arbitri in ordine a categorie di misure che si sottraggano al divieto [...]»²⁴².

Per quanto concerne il regolamento della Camera arbitrale di Milano, anche quest'ultimo prevede - all'articolo 26, intitolato “misure cautelari e provvisorie” - una previsione analoga a quelle succitate²⁴³; ossia, il potere di emanare tutti i provvedimenti di natura cautelari (anche di carattere anticipatorio) ovvero interinali, anche urgenti, subordinato alla non sussistenza di divieti posti da norme inderogabili.

²⁴⁰ In tal senso il regolamento della Camera Arbitrale di Venezia, in *cameraarbitraleveneziam.com*; e della camera arbitrale istituita presso l'ordine degli avvocati di Roma, in *ordineavvocatiroma.it*.

²⁴¹ In tal senso il regolamento della Camera di Commercio di Bologna, in *bo.camcom.gov.it*. Tuttavia per le domande depositate presso la Camera di Commercio di Bologna dopo il 1° luglio 2020, si applicherà il procedimento previsto dal regolamento della Camera Arbitrale di Milano.

²⁴² CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 244.

²⁴³ «Il Tribunale Arbitrale, su domanda di parte, può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento.»

La previsione appena riportata era presente già nella versione del Regolamento del 2010; tuttavia dal 1° luglio 2019, con l'entrata in vigore del nuovo regolamento - al secondo comma dell'art. 26 - è stato attribuito al tribunale arbitrale, salvo diverso accordo delle parti, «il potere di adottare determinazioni di natura provvisoria, con efficacia vincolante per le parti sul piano negoziale»²⁴⁴.

Un tale approccio pare possa aggirare il divieto dell'art. 818, in quanto si riferisce ad una sorta di «cautelare negoziale» con efficacia provvisoria.

Orbene, l'analisi condotta nel presente capitolo ha permesso di delineare la soluzione adottata dall'ordinamento italiano in materia di potestà cautelare sino alla recentissima riforma Cartabia. Come abbiamo già ampiamente illustrato, fatta eccezione per la sospensione delle deliberazioni assembleari, il nostro sistema ha riservato per molti anni la competenza cautelare in via esclusiva ai giudici statali.

D'altro canto però «si possono denotare diversi segnali di evoluzione dell'ordinamento italiano verso una più equilibrata ripartizione di competenze tra arbitri e autorità giudiziaria ordinaria.»²⁴⁵.

La c.d. Riforma Cartabia segna una svolta importante per il nostro sistema, in quanto, con una radicale modifica dell'art. 818 c.p.c., legittima la potestà cautelare arbitrale nei termini di cui *infra*²⁴⁶. Si tratta di un intervento legislativo, che ha potuto attingere alle esperienze in ambito internazionale: in *primis* alle previsioni contenute nelle convenzioni sovranazionali ovvero dalle principali istituzioni arbitrali internazionali permanenti e in *secundis* alle disposizioni emanate nei singoli Stati esteri.

Un approfondimento di tal fatta d'altro canto si dimostra utile, se non addirittura necessario, al fine di cogliere in maniera accurata la portata e le problematiche delle novità introdotte dal D. lgs. n. 149/2022 sulla potestà cautelare arbitrale.

²⁴⁴ «In ogni caso, salvo diverso accordo delle parti, il Tribunale Arbitrale, su domanda di parte, ha il potere di adottare determinazioni di natura provvisoria, con efficacia vincolante per le parti sul piano negoziale.»

²⁴⁵ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 587, il quale sul punto: «Un primo rilevante contributo in questo senso sembra venire da un'ampia parte della dottrina, che da tempo stigmatizza la natura anacronistica del divieto, e indica possibili soluzioni interpretative che ne attenuino gli effetti negativi. Queste vanno dal riconoscimento di effetti a provvedimenti che non richiedano, ai fini della loro attuazione, alcuna forma di collaborazione attiva od omissiva del soggetto passivo all'ammissione di un'efficacia dei provvedimenti sul piano meramente negoziale [...].»

²⁴⁶ Per un'analisi della disciplina dettata dalla Riforma Cartabia in materia di potestà cautelare arbitrale, v. il Capitolo III del presente elaborato.

Alla luce di ciò, e prima di addentrarci in una puntuale analisi della disciplina introdotta dalla Riforma Cartabia in ambito cautelare (v. Capitolo III del presente elaborato), il seguente capitolo avrà l'obiettivo di esaminare anzitutto le disposizioni delle convenzioni deputate a regolare la materia arbitrale a livello internazionale e più precisamente verificheremo se, alla stregua di tali disposizioni, sia possibile o meno riscontrare un riconoscimento del potere cautelare degli arbitri in ambito transazionale.

In seguito esamineremo le scelte legislative, concernenti la tutela cautelare nell'arbitrato, operate dai principali sistemi giuridici che hanno riconosciuto la potestà cautelare degli arbitri.

Come verrà esposto nel Capitolo III di questa dissertazione, le prime riflessioni critiche avanzate dalla dottrina sulla Riforma Cartabia hanno posto l'accento, tanto sulla scelta, operata dal legislatore della Riforma, di conferire agli arbitri - nei limiti di cui all'art. 818, co. 2 - una competenza cautelare esclusiva, quanto su quella di attribuire tale prerogativa solo ove i compromittenti manifestino tale volontà nella convenzione arbitrale²⁴⁷.

Pertanto, l'analisi comparatistica, dei diversi sistemi giuridici, verterà principalmente sulle disposizioni che delineano il rapporto tra arbitri e autorità statali in termini di competenza cautelare. Esamineremo altresì se, nei vari ordinamenti, la tendenza sia quella di attribuire la potestà cautelare arbitrale *ex lege* o se, come nel caso del nostro ordinamento post-Riforma, i legislatori nazionali abbiano optato per un'espressa volontà delle parti nella convenzione arbitrale.

In conclusione vaglieremo le norme contenute nei regolamenti delle principali istituzioni arbitrali internazionali permanenti, così da comprendere come quest'ultime - per i procedimenti aventi sede in Paesi che hanno riconosciuto la potestà cautelare degli arbitri - abbiano inteso regolamentare tale prerogativa arbitrale soprattutto con riferimento ai rapporti tra i giudici privati e le corti statali.

²⁴⁷ Sul punto, v. paragrafo 3.1.1.1 e 3.1.1.2 del presente elaborato.

CAPITOLO II

LA LEGITTIMAZIONE CAUTELARE ARBITRALE NELL'ESPERIENZA DI ALCUNI ORDINAMENTI STRANIERI E NELLE REGOLAMENTAZIONI DELLE ISTITUZIONI ARBITRALI PERMANENTI DI RILEVANZA INTERNAZIONALE

Sommario:

2.1 L'attribuzione di poteri cautelari agli arbitri nell'attuale contesto normativo internazionale. 2.1.1. Le fonti convenzionali internazionali. 2.1.2 UNCITRAL: La legge Modello sull'arbitrato commerciale internazionale e l'opera di armonizzazione delle legislazioni interne in materia cautelare arbitrale. 2.1.2 La legittimazione cautelare nell'arbitrato estero. 2.1.2.1 Svizzera: la potestà cautelare attribuita *ipso iure* e il modello c.d. di concorrenza piena. 2.1.2.2 Inghilterra: la clausola attributiva di poteri cautelari «*the parties are free to agree*». 2.1.2.3 Francia: la legittimazione della potestà cautelare degli arbitri ed il regime del c.d. doppio binario. 2.1.2.4 Germania: La competenza cautelare arbitrale ai sensi della sezione 1041 dello ZPO. 2.1.2.5 Spagna: l'articolo 23 della *L.A.* del 2003 e l'attribuzione della potestà cautelare arbitrale. 2.2 Le previsioni regolamentarie in materia di misure cautelari offerte dalle principali organizzazioni arbitrali a livello internazionale. 2.2.1 La principale forma di arbitrato commerciale internazionale: l'arbitrato amministrato. 2.2.1.1 Il regolamento dell'*International Chamber of Commerce (ICC)*. 2.2.1.2 Il regolamento della *London Court of International Arbitration (LCIA)*. 2.2.1.3 Altri regolamenti. 2.3 L'Italia quale sede di arbitrato internazionale commerciale.

2.1 L'attribuzione di poteri cautelari agli arbitri nell'attuale contesto normativo internazionale

2.1.1 Le fonti convenzionali internazionali

Il presente paragrafo è dedicato ad un breve *excursus* su quelle che sono le fonti internazionali di natura convenzionale, vincolanti per gli Stati aderenti.

Ciò detto, è fatto noto che lo strumento convenzionale maggiormente rilevante in materia d'arbitrato sia la convenzione di *New York* del 1958, che si occupa del riconoscimento e successiva esecuzione dei lodi stranieri.

La citata convenzione non dedica in maniera specifica nessuna disposizione relativa alla tutela cautelare, in quanto fulcro della disciplina è, come accennato, il riconoscimento del lodo straniero; «proprio quest'assenza di una espressa disciplina, sia dei profili della competenza che di quelli procedurali e relativi all'esecuzione delle misure, ha dato luogo a problemi interpretativi.»²⁴⁸.

La problematica si sostanzia nel comprendere se - ai sensi della convenzione di *New York* - in presenza di una convenzione arbitrale, si debba intendere derogata anche la competenza cautelare statale.

L'art. 2, paragrafo 3 prevede, in via generale, che: «*[t]he court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.*».

Orbene, il giudice di uno Stato contraente, ove sia investito di un'azione concernente una materia per la quale le parti abbiano sottoscritto una convenzione arbitrale ai sensi dell'art. 2 stesso, su richiesta di una delle parti, dovrà dichiararsi incompetente, rinviando le parti in arbitrato; a meno che non constati che detta convenzione sia invalida e inefficace.

Il tenore letterale della norma non ostacola il riconoscimento della competenza cautelare arbitrale e pertanto non «trovando risposta espressa nel testo della convenzione, il problema si risolve in una questione di interpretazione dello stesso accordo compromissorio, che potrebbe essere redatto in termini tali da chiaramente ricomprendere, o viceversa escludere la materia cautelare dalla «*legal relationship*» suscettibile di risoluzione per via arbitrale, nozione che le disposizioni della convenzione non circoscrivono in alcun modo.»²⁴⁹.

Il problema sarebbe tuttavia da considerarsi risolto solo in via ipotetica, in quanto nella prassi internazionale vengono - nella stragrande maggioranza di casi - redatte clausole tipo aventi formulazioni particolarmente sintetiche e standardizzate, che in pochissimi casi recano statuizioni in grado di colmare il predetto vuoto convenzionale.

²⁴⁸ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 120.

²⁴⁹ Così, *ivi* p. 127 ss., cui si rinvia per un'approfondita analisi sull'evoluzione e le posizioni della giurisprudenza statunitense relativa alla convenzione e la tutela cautelare.

Diversamente la convenzione di Ginevra del 1961²⁵⁰, pur se implicitamente, ammette il principio della competenza cautelare concorrente.

Infatti, l'art. 6 della convenzione - nella parte in cui sancisce che: «*a request for interim measures or measures of conservation addressed to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the arbitration agreement, or regarded as a submission of the substance of the case to the court*»²⁵¹ - pur citando solo l'eventuale ruolo dell'autorità giudiziale senza nulla dire in merito ai poteri cautelari degli arbitri, è stato da sempre interpretato nel senso per cui la competenza cautelare può concorrere tra gli arbitri e i giudici statali²⁵².

2.1.2 UNCITRAL: La legge modello sull'arbitrato commerciale internazionale e l'opera di armonizzazione delle legislazioni interne in materia cautelare arbitrale

Chiuso questo breve cenno alle fonti di natura convenzionale la Legge modello *UNCITRAL* del 1985, che, pur non essendo un trattato vincolante, di fatto ha influenzato numerose disposizioni legislative nazionali in materia appunto di arbitrato²⁵³.

²⁵⁰ Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale adottata a Ginevra il 21 aprile 1961, ratificata e resa esecutiva con Legge 10 maggio 1970, n. 418 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 6 luglio 1970, n. 167). La Convenzione si applica «alle convenzioni d'arbitrato concluse per risolvere le controversie sorte o che potrebbero sorgere da operazioni di commercio internazionale, tra persone fisiche o giuridiche aventi, al momento della conclusione della Convenzione, la loro residenza abituale oppure la loro sede in Stati contraenti diversi [...]». Oltre all'Italia, vi hanno aderito i seguenti paesi: Albania; Austria; Azerbaigian; Belgio; Bielorussia; Bosnia ed Erzegovina; Bulgaria; Croazia; Cuba; Danimarca; Federazione Russa; Francia; Germania; Lettonia; Lussemburgo; Macedonia; Montenegro; Polonia; Repubblica Ceca; Romania; Serbia; Slovacchia; Slovenia; Spagna; Turchia; Ucraina; Ungheria.

²⁵¹ «[...] questa Convenzione mostra la significativa caratteristica a svincolare l'arbitrato dai diritti nazionali, rendendolo internazionale al massimo grado e la disposizione testé riportata costituisce plastica espressione del disancoramento. Infatti, il contenuto normativo della medesima è stato interpretato nel senso della competenza concorrente dalla giurisprudenza di diversi Stati e nella prassi arbitrale». Così CARDONA, *op. cit.*

²⁵² Cfr. CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 159, il quale evidenzia che, tra l'altro, la convenzione stessa riconosce la possibilità delle parti optare per il ricorso ad un regolamento arbitrale di un'istituzione internazionale permanente, ovvero di determinare esse stesse le regole applicabili al procedimento stesso, «cui consegue la facoltà di conferire agli arbitri, direttamente o tramite il ricorso ad una istituzione di arbitrato il cui regolamento lo preveda, la facoltà di pronunciare misure cautelare.»

²⁵³ LAUDISA, *op. cit.*, p. 456, «La commissione UNCITRAL, incaricata dell'armonizzazione del diritto commerciale internazionale, attribuendo alla questione della competenza cautelare dell'arbitro e dell'esecutività dei suoi provvedimenti una rilevante importanza pratica per lo sviluppo dell'arbitrato commerciale internazionale, ha allo studio proposte per l'elaborazione di una disciplina uniforme.»

La Legge Modello è il frutto del lavoro predisposto e portato avanti, in materia di arbitrato commerciale internazionale, appunto, dall'UNCITRAL (*United Nation Commission on International Trade Law*); «con la finalità di presentare ai legislatori nazionali un modello legislativo da recepire o cui ispirarsi allo scopo di armonizzare la disciplina della materia arbitrale e fornire ad arbitri, avvocati e professionisti impegnati nella risoluzione di conflitti internazionali un panorama normativo uniforme, derivato dalle esigenze della prassi maturata.»²⁵⁴.

La Legge del 1985, la quale ribadiamo, non è vincolante per gli Stati, delinea dunque un modello di arbitrato commerciale internazionale, il quale è stato messo a disposizione dei legislatori nazionali con il fine ultimo di armonizzazione le legislazioni interne sul tema dell'arbitrato internazionale.

Ciò detto, è bene, anzitutto, sottolineare che ai sensi dell'art. 1, paragrafo 3°, della Legge modello, l'arbitrato è internazionale se: «(a) *the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.*»²⁵⁵.

Lo scopo di armonizzare la disciplina della materia arbitrale - fornendo così agli operatori del diritto, ove i legislatori decidessero di seguire il modello delineato dall'UNCITRAL, un panorama normativo uniforme - concerne anche la tutela cautelare²⁵⁶, un tema di principale interesse anche e soprattutto in ambito internazionale. Tra le principali ragioni di tale interesse verso il tema della tutela cautelare, in relazione a procedimenti arbitrali internazionali, sicuramente vi sono: (i) il sempre maggior impiego dell'arbitrato

²⁵⁴ COPPO, *Provvedimenti cautelari e arbitrato internazionale: Le misure cautelari ex parte nei lavori di revisione dell'art. 17 della Legge modello UNCITRAL*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2007, p. 933.

²⁵⁵ *Article 1, paragraph 3 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006.*

²⁵⁶ V. Pozzi, *op. cit.*, p. 18 ss., «Parimenti, alle prime liberali formulazioni del Regolamento arbitrale e della Legge Modello UNCITRAL è seguita negli anni una crescente attenzione al problema, tanto da parte delle istituzioni arbitrali quanto dei legislatori nazionali.»

quale meccanismo di risoluzione delle controversie del commercio internazionale; (ii) e, conseguentemente, il progressivo allungamento dei tempi medi di durata delle relative procedure²⁵⁷.

In altre parole, «assumendo sempre più il ruolo di via ordinaria per la risoluzione delle controversie commerciali internazionali, l'arbitrato ha progressivamente assimilato alcuni degli appesantimenti processuali in alternativa ai quali era sorto, tra cui un'eccessiva durata dei procedimenti, fino a delineare quella che alcuno descrivono da tempo come un'involuzione dell'istituto.»²⁵⁸.

Rispetto a tale scenario, L'*UNCITRAL* ha riconosciuto agli arbitri il potere di concedere provvedimenti cautelari, prevedendo, all'art. 17 della Legge modello, la disciplina delle misure cautelari.

Quale ulteriore indice del crescente interesse verso il problema, concretizzatosi con il sempre maggiore impiego dell'arbitrato nelle controversie del commercio internazionale, si evidenzia che il suddetto articolo è stato oggetto di revisione nel 2006, da parte del *Working Group* istituito dall'*UNCITRAL* nel 1999.

La precedente versione dell'articolo 17, prevedeva che: «*Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.*»²⁵⁹.

Dal testo della norma riportata emerge dunque la possibilità attribuita *ex lege*²⁶⁰ al tribunale arbitrale, di emanare *interim measures of protection*, su richiesta di una delle parti coinvolte nella controversia.

²⁵⁷ Sul punto cfr. CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 3, il quale evidenzia anche come negli anni 70' del novecento era opinione diffusa che la tutela cautelare non rappresentasse un tema di particolare rilevanza nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale.

²⁵⁸ Così COPPO, *op. cit.*, p. 934 ss.

²⁵⁹ «A meno che le parti non abbiano diversamente concordato, il tribunale arbitrale, su richiesta di una parte, può ordinare a qualsiasi parte di adottare una misura provvisoria di protezione che il tribunale arbitrale consideri necessaria in relazione all'oggetto della controversia. Il tribunale arbitrale può richiedere a qualsiasi parte di fornire una garanzia adeguata in relazione a tale misura.»

²⁶⁰ LAUDISA, *op. cit.*, p. 462 ss.: «La competenza cautelare dell'arbitro può essere prevista espressamente dalla legge arbitrale: per es. la legge svizzera [...], quella spagnola la presumono; secondo l'*Arbitration Act* inglese, salvo clausola contraria, gli arbitri hanno i poteri cautelari necessari allo svolgimento del procedimento compresi quelli relativi alla conservazione dei beni oggetto di controversia [...] e, per accordo delle parti, possono emettere provvedimenti che anticipano la decisione di merito, senza pregiudizio per la soluzione definitiva [...]. In Francia,

Inoltre, viene specificato che il collegio arbitrale può subordinare la concessione della *interim measure*, chiesta dal ricorrente, alla presentazione da parte di quest'ultimo di un'adeguata garanzia²⁶¹.

La norma è stata riprodotta pedissequamente in numerosi ordinamenti²⁶² con riferimento alle previsioni relative: (i) alla necessaria richiesta di parte quale condizione legittimante il potere degli arbitri di emanare le *interim measures*; (ii) al potere cautelare degli arbitri limitato a quelle misure che si rivelano necessarie in relazione al *petitum* della controversia; (iii) ed infine all'attribuzione di potestà cautelare *ex lege*, rimettendo alla facoltà delle parti - non dunque la possibilità di attribuire la potestà cautelare agli arbitri, bensì, viceversa - la possibilità di escludere il potere cautelare arbitrale mediante un'espressa previsione convenzionale²⁶³ («salvo diverso accordo tra le parti»).

Come anticipato, però, l'art. 17 è stato riformulato nel 2006²⁶⁴. Il *working group*, incaricato dalla commissione *UNCITRAL*, si prefissò di avanzare una proposta incisiva, chiarendo tre fondamentali aspetti non precedentemente regolati dalla norma in commento²⁶⁵ e la cui assenza aveva compromesso l'intento armonizzare le legislazioni nazionali, fornendo ai singoli legislatori un modello uniforme adottabile o meno, in tutto o in parte, rispetto alla tutela cautelare²⁶⁶.

dove manca una norma espressa sul potere cautelare dell'arbitro, la dottrina dominante ritiene che esso sia implicito nella sua funzione mentre secondo alcuni deve essergli attribuito dalle parti.».

²⁶¹ «*The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.*».

²⁶² V. POZZI, *op. cit.*, p. 19, «[...] paesi che hanno inteso proporsi sulla scena internazionale quali primari centri arbitrali hanno [...] rovesciato la propria impostazione conservativa accogliendo l'esempio della Legge Modello: si pensi: [...] alla legge spagnola sull'arbitrato del dicembre 2003.».

²⁶³ In tal senso, CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 162, *sub* nota 108, il quale sul punto: «Tra gli Stati che hanno adottato l'art. 17 senza sostanziali modifiche figurano anche Stati che non hanno integralmente adottato il modello sotto altri profili, quali la Svizzera. [...] i seguenti Stati hanno adottato la disposizione in modo pressoché identico: Australia (salvo marginali aggiunte), Azerbaigian, [...] Canada (con l'eccezione della provincia dell'Ontario), Cipro, Corea, Hong Kong, India, Irlanda, Giappone [...], Messico, Nigeria, Russia, Singapore, Ucraina [...]». Altri Stati, invece, hanno adottato l'art. 17 con significative aggiunte, ad es. Grecia, Guatemala, Spagna, Tunisia, Ungheria, Croazia, Germania, Egitto, Ontario (Canada).».

²⁶⁴ V. POZZI, *op. cit.*, p. 19 ss., sul punto: «[...] un *Working Group on Arbitration* ha elaborato un articolato piuttosto dettagliato, che ad oggi consta della revisione dell'esistente art. 17 della Legge Modello in tema di *power of an arbitral tribunal to grant interim measures of protection* e dell'introduzione di un novello art. 17-*bis* in tema di *recognition and enforcement*.».

²⁶⁵ I tre aspetti erano: la definizione dei presupposti sulla base dei quali gli arbitri possono emanare le misure cautelari; la determinazione di una disciplina di coordinamento tra il provvedimento cautelare arbitrale e l'esecuzione di quest'ultimo da parte dell'autorità statale; ed infine, il riconoscimento del sistema di legittimazione concorrente dei poteri degli arbitri e dei giudici nell'emanazione di provvedimenti cautelari.

²⁶⁶ Sulle ragioni, propositi e sviluppi dei lavori di revisione dell'art. 17 della Legge modello *UNCITRAL* cfr. COPPO, *op. cit.*, p. 934 ss., la quale sul punto evidenzia che «nelle interazioni del *working group* tale proposta si

Premesso ciò, è bene sottolineare che il *working group*, il quale avviò il progetto di revisione a partire dal 2000, presentò una proposta definitiva solo nel 2006. I lavori durarono per più di cinque anni fondamentalmente a causa di un aspetto, che divise ideologicamente i membri del *working group*, emerso solo durante la predisposizione dei lavori. L'*impasse* era legato alla possibilità o meno degli arbitri di emanare provvedimenti cautelari *inaudita altera parte*.

Infatti, per diverso tempo i promotori della proposta si scontrarono ideologicamente con le delegazioni contrarie sul punto, sostenendo come: (i) in determinate circostanze, quali quella in cui sia richiesto il congelamento dei beni della controparte, necessario ad assicurare l'efficacia del lodo finale, solo un provvedimento emanato in assenza della parte, cui il provvedimento è diretto, può dirsi veramente efficace; (ii) ricorrere al giudice statale per tale tipologia di provvedimenti vada a compromettere la neutralità dell'organo giudicante, la quale è una delle principali ragioni per le quali i compromettenti optano scegliendo di devolvere le loro controversie in arbitrato internazionale. Le argomentazioni poste dai promotori della proposta di cui ai romanini (i) e (ii), furono utilizzate anche per sostenere la necessaria previsione di un procedimento, *ex parte*, davanti al giudice statale al fine del riconoscimento ed esecuzione del provvedimento emanato *inaudita altera parte*; salvo ovviamente l'eventuale e seguente giudizio d'opposizione. D'altro lato, vi è stato, invece, chi mostrò perplessità dinanzi all'inserimento di detta previsione, osservando che: (i) nessuna legislazione nazionale prevedeva tale meccanismo e che pertanto - ove i legislatori avessero deciso di adeguare la propria disciplina alla *Model law* - si sarebbe approdati ad uno scenario di interventi nazionali volti ad armonizzare la propria disciplina; (ii) ove l'efficacia richieda una procedura *inaudita altera parte* ed il soggetto destinatario della misura non adempia spontaneamente, comunque si renderà necessario un intervento del giudice statale, ciò che comporterà una duplicazione del procedimento affinché il ricorrente possa ottenere il provvedimento richiesto; (iii) una tale scelta comporterebbe un contrasto al principio del giusto processo e quindi al principio del contraddittorio a cui la Legge modello dichiara e sancisce di ispirarsi; (iv) la previsione per cui al ricorrente venga concesso adire il tribunale

sarebbe concretizzata con la revisione dell'articolo 17 e l'introduzione di due nuove disposizioni, presumibilmente da rubricarsi come articoli 17-*bis* e 17-*ter*.».

arbitrale *inaudita altera parte*, contrasterebbe con il principio di indipendenza degli arbitri a causa dei contatti unilaterali che instaurerebbero tra il richiedente ed il collegio stesso²⁶⁷.

Viste le posizioni nettamente contrastanti, la soluzione alla fine adottata fu fatalmente un compromesso, al quale promotori e delegazioni contrarie giunsero solo nel 2005. Il risultato fu quello di adottare il meccanismo proposto nei termini di cui *infra*.

Dettò ciò, prima di passare alle specifiche previsioni sui provvedimenti *inaudita altera parte*, ripercorriamo quella è che la struttura del Capo dedicato, dalla Legge modello *UNCITRAL*, alla tutela cautelare arbitrale.

Anzitutto, i lavori di revisione hanno dettagliatamente ordinato l'intera materia nel nuovo "*CHAPTER IV A*", intitolato "*INTERIM MEASURES AND PRELIMINARY ORDERS*".

Già dal titolo del Capo si evince l'importante mutamento di approccio: infatti - quale compromesso tra i promotori e delegazioni contrarie alla previsione di misure *inaudita altera parte* - è stata delineata una netta distinzione, con consequenziale disciplina differenziata, tra i provvedimenti cautelari emanati in contraddittorio tra le parti (*interim measures*) e le misure emanati *inaudita altera parte* (*preliminary orders*).

Il Capo è stato suddiviso in cinque sezioni: la prima²⁶⁸ (Artt. 17 e 17A) contiene un insieme di previsioni volte a delineare i presupposti e le condizioni essenziali all'ottenimento dei provvedimenti cautelari (*interim measures*), definendo cosa si intende per quest'ultimi; la

²⁶⁷ Per un'approfondita analisi delle ragioni enunciate dai sostenitori della proposta e delle delegazioni contrarie, cfr. COPPO, *op. cit.*, p. 936 ss.

²⁶⁸ *Article 17, Power of arbitral tribunal to order interim measures: «(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures. (2) An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: (a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute; (b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself; (c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or (d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.».*

Article 17 A, Conditions for granting interim measures: «(1) The party requesting an interim measure under article 17(2)(a), (b) and (c) shall satisfy the arbitral tribunal that: (a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and (b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination. (2) With regard to a request for an interim measure under article 17(2)(d), the requirements in paragraphs (1)(a) and (b) of this article shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate.».

seconda sezione²⁶⁹ (Artt. 17 B e 17 C) è dedicata ai *preliminary orders*; mentre la terza²⁷⁰ (Artt. 17D; 17E; 17F; e 17G) delinea la disciplina comune alle due tipologie di provvedimenti previsti dal capo in analisi.

Orbene, soffermandosi sulla disciplina dei *preliminary orders*, l'art. 17B - al pari dell'art. 17, relativo alle *interim measures* - prevede la classica clausola di salvezza secondo cui gli arbitri saranno legittimati ad emanare provvedimenti cautelari “*salvo diversa previsione delle parti*”.

Dunque il potere cautelare arbitrale, anche a seguito della riforma - tanto con riferimento *preliminary orders*, quanto con riferimento alle *interim measures* - è previsto *ex*

²⁶⁹ Article 17 B, *Applications for preliminary orders and conditions for granting preliminary orders*: «(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party may, without notice to any other party, make a request for an interim measure together with an application for a preliminary order directing a party not to frustrate the purpose of the interim measure requested. (2) The arbitral tribunal may grant a preliminary order provided it considers that prior disclosure of the request for the interim measure to the party against whom it is directed risks frustrating the purpose of the measure. (3) The conditions defined under article 17A apply to any preliminary order, provided that the harm to be assessed under article 17A(1)(a), is the harm likely to result from the order being granted or not.».

Article 17 C, *Specific regime for preliminary orders*: «(1) Immediately after the arbitral tribunal has made a determination in respect of an application for a preliminary order, the arbitral tribunal shall give notice to all parties of the request for the interim measure, the application for the preliminary order, the preliminary order, if any, and all other communications, including by indicating the content of any oral communication, between any party and the arbitral tribunal in relation thereto. (2) At the same time, the arbitral tribunal shall give an opportunity to any party against whom a preliminary order is directed to present its case at the earliest practicable time. (3) The arbitral tribunal shall decide promptly on any objection to the preliminary order. (4) A preliminary order shall expire after twenty days from the date on which it was issued by the arbitral tribunal. However, the arbitral tribunal may issue an interim measure adopting or modifying the preliminary order, after the party against whom the preliminary order is directed has been given notice and an opportunity to present its case. (5) A preliminary order shall be binding on the parties but shall not be subject to enforcement by a court. Such a preliminary order does not constitute an award.».

²⁷⁰ Article 17 D, *Modification, suspension, termination*: «The arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure or a preliminary order it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal's own initiative.».

Article 17 E, *Provision of security*: (1) «The arbitral tribunal may require the party requesting an interim measure to provide appropriate security in connection with the measure. (2) The arbitral tribunal shall require the party applying for a preliminary order to provide security in connection with the order unless the arbitral tribunal considers it inappropriate or unnecessary to do so.».

Article 17 F, *Disclosure*: «(1) The arbitral tribunal may require any party promptly to disclose any material change in the circumstances on the basis of which the measure was requested or granted. (2) The party applying for a preliminary order shall disclose to the arbitral tribunal all circumstances that are likely to be relevant to the arbitral tribunal's determination whether to grant or maintain the order, and such obligation shall continue until the party against whom the order has been requested has had an opportunity to present its case. Thereafter, paragraph (1) of this article shall apply.».

Article 17 G, *Costs and damages*: «The party requesting an interim measure or applying for a preliminary order shall be liable for any costs and damages caused by the measure or the order to any party if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the measure or the order should not have been granted. The arbitral tribunal may award such costs and damages at any point during the proceedings.».

lege, lasciando alle parti, con espressa volontà contraria, derogare all'attribuzione di tale potere.

L'art. 17 B prevede, che - “*salvo diversa previsione delle parti*” - il richiedente una *interim measure*, senza previa notifica alla controparte, «potrà allegare alla propria istanza quella di una *preliminary order* atta ad impedire alla parte cui è diretta di frustare l'attuazione dello specifico provvedimento richiesto.»²⁷¹. Lo scopo della misura *inaudita altera parte*, è dunque quello di preservare lo *status quo* sino a quando gli arbitri possano decidere, in contraddittorio tra le parti, ai sensi dell'art. 17, assumendo una *interim measures*.

Gli arbitri, ai sensi del comma 2, dell'art. 17B, potranno concedere la *preliminary order* solo ove (i) constatino la sussistenza di un tale pregiudizio; (ii) e sia verificata la presenza delle condizioni necessarie per l'assunzione di una *interim measure*, ai sensi dell'art. 17.

Ex art. 17C, co. 1, “*immediately*” dopo aver assunto le proprie determinazioni rispetto all’“*application for a preliminary order*”, il tribunale arbitrale avrà l'obbligo di informare tutte le parti dell’“*interim measure*” e del “*preliminary order*” richiesti e del provvedimento stesso, ove sia stato concesso. A ragion del vero, in ambito di obblighi informativi, la norma in commento prevede, altresì che - sempre dopo aver assunto le proprie determinazioni rispetto la *preliminary measures* - gli arbitri informino, la parte in assenza della quale si procede, di ogni comunicazione avvenuta in assenza di contraddittorio pieno tra le parti; a seguito dell'informativa resa alle parti, il tribunale arbitrale dovrà poi dare la possibilità, al destinatario del *preliminary order*, di presentare le proprie ragioni il prima possibile. Inoltre, la misura *inaudita altera parte* ai sensi del comma 4 del citato art. 17C perderà efficacia trascorsi 20 giorni dall'assunzione della misura stessa, ma dopo l'instaurazione del contraddittorio il collegio potrà emanare una *interim measure* avente contenuto tale da confermare ovvero modificare il *preliminary order*. Ancora, all'art. 17E, comma 2, è previsto che venga imposta una idonea cauzione al richiedente la misura *ex parte*, salvo non sia necessaria²⁷².

²⁷¹ Così, COPPO, *op. cit.*, p. 945.

²⁷² Sulla ricostruzione delle previsioni relative le misure *inaudita altera parte* previste all'esito dei lavori di revisione della Legge modello UNCITRAL, cfr. *ibidem*.

Concludendo con la ricostruzione della disciplina sulle misure *ex parte*, prevista dall'attuale *CHAPTER IV A*, si veda come, al fine di garantire il rispetto dei principi generali della Legge modello, il *working group* abbia convenuto di delineare in maniera chiara l'efficacia di tali misure, limitando pertanto la possibilità di procedere all'esecuzione dei *Preliminary orders*; ed è in tal senso, in apertura dell'analisi del *CHAPTER IV A*, che si è parlato di "compromesso" raggiunto tra le delegazioni del *working group* in ordine alle misure *ex parte*.

Ciò che è rimasta invariata rispetto alla precedente impostazione della Legge modello è la previsione relativa al potere del giudice statale (Art.J). Infatti, così come prima dei lavori di revisione, la Legge modello prevede la competenza concorrente del giudice statale, «lasciando agli ordinamenti nazionali la disciplina dei poteri dei tribunali ordinari»²⁷³.

Per quanto concettualmente la scelta del potere concorrente del giudice statale sia rimasta invariata, il *working group* ha previsto un *restyling* inserendo quella che era la previsione dell'originario art. 9 - «*[i]t is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during the arbitral proceedings, from a Court an interim measure of prediction and for a court grant such measure*» - nell'attuale *CHAPTER IV A*, sotto la sezione quinta, art. 17 J "Court-ordered interim measures": «*[a] court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.*».

Concludere con la previsione relativa al potere concorrente del giudice statale, permette di sottolineare che, una volta previsto il potere cautelare arbitrale - e stabilito se questo sia attribuito *ex lege*, ovvero sia necessaria un' espressa manifestazione di volontà dei compromettenti volta ad attribuire anche tale potere agli arbitri - e necessario andare a disciplinare il rapporto tra arbitri e giudici statali, partendo dalla fase di cognizione e pertanto stabilire se tale potestà sia concorrente ovvero esclusiva degli arbitri.

La Legge modello prevede appunto un potere concorrente dei giudici statali «indipendentemente dal fatto che questo si svolga nel territorio di questo Stato».

²⁷³ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 163.

A ben vedere l'opzione per un potere concorrente dei giudici statali è stata adottata dalla maggior parte degli Stati²⁷⁴ che hanno legittimato i poteri cautelari degli arbitri e dalle istituzioni arbitrali a livello internazionale.

2.1.3 *La legittimazione cautelare nell'arbitrato estero*

2.1.3.1 *Svizzera: La potestà cautelare arbitrale attribuita ipso iure e il modello c.d. di concorrenza piena*

Il modello svizzero, così come previsto dalla riforma del diritto dell'arbitrato internazionale del 1987 è tra quelli che maggiormente regola i rapporti tra giudici statali e arbitri in merito alla potestà cautelare²⁷⁵; rappresentando tra l'altro uno di quei modelli di arbitrato che riproduce in maniera pedissequa l'impostazione della Legge modello *UNCITRAL* trattata.

Infatti l'art. 183 della Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) sancisce che: «Salvo diversa pattuizione delle parti, il tribunale arbitrale può, ad istanza di parte, ordinare provvedimenti cautelari o conservativi.»²⁷⁶.

Come nella Legge modello la legittimazione cautelare arbitrale ha la propria fonte direttamente nella legge, facendo salva la possibilità per le parti, mediante clausola compromissoria, di escludere il potere cautelare concorrente del tribunale arbitrale investito della competenza di decidere il merito.

²⁷⁴ Mentre la maggior parte delle moderne legislazioni sull'arbitrato riconosce esplicitamente o implicitamente la competenza cautelare concorrente degli arbitri e dei giudici, alcuni ordinamenti ancora escludono completamente la competenza cautelare degli arbitri e attribuiscono esclusivamente ai giudici statali l'autorità decisionale in materia. L'ordinamento italiano, come visto nel Capitolo I di questo elaborato, rientra tra le legislazioni a competenza esclusiva dell'autorità statale. Sulle legislazioni a competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria v. *ivi*, p. 217 ss.

²⁷⁵ *Ivi*, p. 164., il quale sul punto evidenzia che «[l]a situazione attuale colloca dunque quello svizzero tra gli ordinamenti più avanzati nella definizione dei rapporti tra arbitri e giudici in materia cautelare. L'evoluzione è tuttavia recente, dal momento che, fino all'entrata in vigore della LDIP, vigevo in Svizzera un divieto per gli arbitri di assumere misure cautelari analogo a quello tuttora vigente in Italia.»

²⁷⁶ Cfr. *fedlex.admin.ch*.

Gli arbitri d'altro canto, ove investiti anche della competenza cautelare non lo sono in via esclusiva. Infatti, «[...] nel silenzio della legge è pacificamente ammesso che le parti conservino il diritto di chiedere misure cautelari ai tribunali statali, svizzeri o stranieri. Tale facoltà, scontata per la fase precedente la costituzione del tribunale arbitrale, è perlopiù ammessa, malgrado qualche rara voce contraria, anche nella fase successiva.»²⁷⁷.

Il secondo comma della norma prevede che in assenza di adempimento spontaneo della misura cautelare emessa, «il tribunale arbitrale può chiedere la “collaborazione” del giudice competente per l’attuazione coattiva della misura.»²⁷⁸.

La dottrina elvetica maggioritaria ha osservato come il meccanismo di assistenza giudiziale previsto dalla norma permetta alla misura cautelare degli arbitri di avere un’efficacia analoga a quella dei provvedimenti cautelari emanati da un giudice statale ed eguale a quella di un lodo²⁷⁹.

2.1.3.2 *Inghilterra: La clausola attributiva di poteri cautelari: “the parties are free to agree”*

Nel paragrafo che precede si è evidenziato come - nel silenzio della legge sul punto - il modello svizzero attribuisca alle parti il diritto di rivolgersi al giudice ordinario per l’ottenimento di provvedimenti cautelari, anche successivamente all’instaurazione del collegio arbitrale e pertanto come il modello svizzero non preveda una legittimazione cautelare dell’arbitro “preferenziale” rispetto a quella del giudice ordinario.

Quanto appena ribadito permette di cogliere un’importante distinzione tra il modello svizzero analizzato ed il modello inglese previsto dall’*Arbitration ACT* del 1996, ma andiamo con ordine.

Tradizionalmente l’attribuzione della potestà cautelare arbitrale è stata riconosciuta dai sistemi di *Common law* in anticipo rispetto quelli di *Civil law*, e per quanto concerne il Regno Unito, questo ha visto profondamente modificata la propria disciplina in materia di

²⁷⁷ CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 169.

²⁷⁸ Così, CARDONA, *op. cit.*

²⁷⁹ Così, CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 170; *ibidem*. V. *sub* nota 400 del presente elaborato

potestà cautelare - con il rafforzamento di quella arbitrale - con l'entrata in vigore dell'*Arbitration Act* del 1996²⁸⁰.

L'*Arbitration Act* 1996 dedica alla materia cautelare arbitrale le Sezioni 38, 39 e 44, quest'ultima relativa al potere dei giudici statali²⁸¹.

La Sezione 38²⁸², sotto il titolo «*general powers exercisable by the tribunal*» - ed in generale le disposizioni relative al potere cautelare arbitrale - apre sancendo che: «*[t]he parties are free to agree*».

Ciò detto permette già di tracciare una netta distinzione tra il modello inglese e quello sopra analizzato in riferimento alla Legge modello ed il modello elvetico; in quanto come ampiamente detto, tanto la Legge modello *UNCITRAL*, quanto il modello svizzero, attribuiscono il potere cautelare agli arbitri *ex lege*.

L'*Arbitration Act* 1996, invece, affida all'autonomia negoziale dei compromettenti di determinare con un'espressa previsione la concedibilità di provvedimenti cautelari.

Pertanto, il potere arbitrale presuppone l'espressa volontà delle parti e dunque solo l'accordo di queste sarà idoneo ad attribuire agli arbitri il potere di incidere in via cautelare sulle situazioni giuridiche soggettive dei compromittenti.

²⁸⁰ Per un'attenta analisi sulla disciplina dei poteri cautelari degli arbitri prima dell'entrata in vigore dell'*Arbitration Act* 1996, v. CARLEVARIS, *op. cit.*, 171 ss.

²⁸¹ V. *legislation.gov.uk*.

²⁸² «(1)*The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal for the purposes of and in relation to the proceedings.* (2)*Unless otherwise agreed by the parties the tribunal has the following powers.* (3)*The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration. This power shall not be exercised on the ground that the claimant is: (a)an individual ordinarily resident outside the United Kingdom, or (b)a corporation or association incorporated or formed under the law of a country outside the United Kingdom, or whose central management and control is exercised outside the United Kingdom.* (4)*The tribunal may give directions in relation to any property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings, and which is owned by or is in the possession of a party to the proceedings: (a)for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property by the tribunal, an expert or a party, or (b)ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property.* (5)*The tribunal may direct that a party or witness shall be examined on oath or affirmation, and may for that purpose administer any necessary oath or take any necessary affirmation.* (6)*The tribunal may give directions to a party for the preservation for the purposes of the proceedings of any evidence in his custody or control.*». Soffermandosi sul paragrafo 4, si può notare l'assenza, in capo agli arbitri, del potere di assumere provvedimenti che esplichino efficacia nei confronti di soggetti terzi alla convenzione arbitrale. Ove l'adozione di tali provvedimenti si renda necessario, le parti potranno rivolgersi alla Corte statale ai sensi della sez. 44, paragrafo 2, lettera c. In termini analoghi, dal tenore dei paragrafi 5 e 6, rispettivamente concernenti l'esame dei testi e la conservazione del materiale probatorio, si può dedurre che gli arbitri non hanno il potere di accompagnamento coattivo di un teste nonché di porre in essere ordini nei confronti di soggetti terzi alla procedura arbitrale. Anche in detti casi le parti potranno rivolgersi all'autorità statale. Sulla competenza cautelare dell'autorità statale v. *infra*.

Tuttavia, se «[...] l'esercizio di tali poteri degli arbitri presuppone di regola un espresso accordo delle parti, in quattro specifici casi - *security for costs*²⁸³, misure relative alla proprietà, esame di testimoni e protezione delle prove - essi sono invece presunti. In tali rilevanti settori²⁸⁴, la competenza è dunque ammessa, salvo che le stesse parti non abbiano, esplicitamente o implicitamente, convenuto altrimenti [...]»²⁸⁵.

La sez. 39²⁸⁶ - rubricata «*Power to make provisional awards*» - disciplina, invece, il potere degli arbitri di ordinare in via provvisoria e temporanea qualsiasi provvedimento anticipatorio della decisione di merito²⁸⁷. Le misure adottabili ai sensi della sez. 39²⁸⁸ sono circoscritte ai provvedimenti che gli arbitri hanno il potere di adottare mediante un lodo

²⁸³ LAUDISA, *op. cit.*, p. 459: «[...] mentre per l'*Arbitration Act* (sect.41) l'arbitro può sanzionare la parte che non esegue l'ordinanza relativa alla costituzione di una *security*, che garantisca il pagamento delle spese, rigettando la sua domanda di arbitrato, in Svizzera gli arbitri possono richiedere garanzie per il pagamento dei costi del processo in circostanze eccezionali, che alcuni giudici ravvisano solo nell'inosservanza di una parte, provata dal richiedente mentre altri ritengono sufficiente il potenziale rischio di impossibilità di eseguire.»

²⁸⁴ CARDONA, *op. cit.*, in riferimento ai quattro casi in cui gli arbitri godono di potestà cautelare a prescindere della presenza di un accordo che espliciti la volontà delle parti di attribuire tale potere, rileva che: «[...] Le fattispecie tassative previste dalla norma sono: i) *security for costs*; ii) misure relative alla proprietà; iii) esame di testimoni; iv) protezione delle prove. Con riguardo alle *security for costs*, "costi della procedura" secondo la dottrina anglosassone, si deve far riferimento a quelli previsti nella sezione 59 e, dunque, non solo alle spese legali delle parti, ma anche agli onorari e spese vive degli arbitri. Tali *costs* non rientrano nell'elenco delle misure di cui alla sezione 44 ove è prevista una lista di materie nelle quali il tribunale statale, pur in pendenza di un procedimento arbitrale, può ugualmente pronunciarsi; pertanto, le misure cautelari relative i costi della procedura rappresentano l'unico caso di competenza cautelare esclusiva in capo agli arbitri. La richiamata deroga al principio della competenza concorrente rappresenta una netta cesura con il regime precedentemente in vigore in UK nel quale solo il giudice dello Stato poteva disporre l'adozione di una misura con la quale si garantiva la tutela dei crediti concernenti la procedura arbitrale. La *ratio* della novità apportata con l'*Arbitration Act* 1996 è quella di attribuire esclusivamente la competenza in materia di cauzione per le spese procedurali all'organo che, in quanto responsabile della conduzione del processo, è nella migliore posizione per valutare le circostanze di specie e gli interessi delle parti.»

²⁸⁵ Così CARLVARIS, *op. cit.*, p. 173.

²⁸⁶ «*Power to make provisional awards. (1)The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award. (2)This includes, for instance, making (a) a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties, or (b) an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration. (3)Any such order shall be subject to the tribunal's final adjudication; and the tribunal's final award, on the merits or as to costs, shall take account of any such order. (4)Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no such power. This does not affect its powers under section 47 (awards on different issues, &c.)*».

²⁸⁷ Differentemente dalla sez. 38 di cui *supra*, la sez. 39 presuppone sempre, nella convenzione arbitrale, l'espressa previsione attributiva di tale potere «[u]nless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no such power.»

²⁸⁸ Il paragrafo 2 della sezione 39 consente alle parti, includendo tali misure tra quelle adottabili ai sensi della sez. 39, di conferire al tribunale arbitrale il potere di ordinare «(a) a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties, or (b) an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration.»

definitivo, salvo alcuni tipi che «condividono la caratteristica di non pregiudicare la decisione finale sul merito, nella quale le misure ordinate potrebbero essere modificate o revocate.»²⁸⁹.

Passando ora alla Sezione 44²⁹⁰ dell'*Arbitration Act* 1996, questa - intitolata «*Court powers exercisable in support of arbitral proceedings*» - è deputata a regolare i poteri esercitabili dai giudici statali a supporto della procedura arbitrale.

La norma in commento apre con l'inciso «*[u]nless otherwise agreed by the parties*», chiarendo che le parti possono escludere in *toto* o in parte la competenza cautelare dell'autorità statale.

Al paragrafo 2²⁹¹ della sezione 44, l'*Arbitration Act* 1996 - in riferimento ai poteri dei giudici nazionali - prevede un elenco che riprende pedissequamente i poteri attribuiti, dalle sezioni 38 e 39, agli arbitri; delineando così una competenza cautelare concorrente tra quest'ultimi ed i giudici statali²⁹².

La sezione in commento, al paragrafo 3²⁹³, prevede che in caso d'urgenza ed al fine di preservare «*evidence or assets*», i giudici statali possono intervenire su richiesta di una delle parti mediante ordinanza. Ove non sussista il presupposto dell'urgenza richiesto dal paragrafo 3, i tribunali statali possono intervenire solo ove vi sia l'autorizzazione degli arbitri (evidentemente nominati) ovvero dietro accordo scritto delle parti (sez. 44, par. 4)²⁹⁴.

²⁸⁹ Cfr. CARLVARIS, *op. cit.*, p. 176.

²⁹⁰ «(1) *Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.*».

²⁹¹ «(2) *Those matters are: (a) the taking of the evidence of witnesses; (b) the preservation of evidence; (c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings: (i) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property, or (ii) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property; and for that purpose authorising any person to enter any premises in the possession or control of a party to the arbitration; (d) the sale of any goods the subject of the proceedings; (e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver.*».

²⁹² «La più rilevante eccezione a questo carattere è data dalle *security for costs* che non figurano nella Sezione 44.», così CARDONA, *op. cit.*

²⁹³ «(3) *If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.*».

²⁹⁴ «(4) *If the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties.*».

Passando ora al paragrafo 5²⁹⁵ si denota come - pur rappresentando un chiaro modello di competenza cautelare concorrente - l'*Arbitration Act* del 1996 mostra l'esplicito intento di relegare l'intervento delle corti ai solo casi in cui l'organo arbitrale a cui le parti hanno conferito potere cautelare, «*has no power or is unable for the time being to act effectively.*»²⁹⁶.

Dunque il tribunale statale potrà provvedere cautelatamente solo e nella misura in cui la questione non sia stata ancora deferita agli arbitri, non può essere deferita a quest'ultimi ovvero gli arbitri non siano in grado di agire in maniera efficiente²⁹⁷. In ragione di ciò si parla dunque di carattere residuale²⁹⁸ della competenza cautelare del tribunale statale.

In sintesi: L'*Arbitration Act* delinea in generale una simmetria²⁹⁹ tra la competenza cautelare arbitrale (v. *supra* sez. 38) e quella riconosciuta alle corti statali (v. *supra* sez. 44), limitando tuttavia, nei termini di cui *supra* l'intervento delle autorità nazionali ai casi in cui

²⁹⁵ «(5) *In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.*».

²⁹⁶ Cfr. POZZI, *op. cit.*, p. 27, sul punto asserisce che «[m]odello ancor più sofisticato è invece quello sussidiario, che prevede in ogni caso la preminenza della competenza cautelare arbitrale, almeno fino a che questa possa dispiegarsi con efficacia. Tale posizione ha ricevuto numerosi sostegni dottrinali, ma soprattutto la consacrazione [...] nell'*Arbitration Act* 1996 inglese. Quest'ultimo, in particolare, ha elevato la sussidiarietà a principio fondamentale in materia arbitrale [...]. Facendone applicazione alla tutela cautelare, s'è pertanto previsto che, accanto ad alcuni poteri tipicamente indicati dalla legge (*Sec.* 38), le parti possano conferire al collegio arbitrale l'autorità per disporre «*on provisional basis, any relief it would have power to grant in a final award*» (*Sec.* 39). Per contro, le corti statali possono intervenire nella misura in cui ciò non sia stato escluso dai compromettenti e solo se il collegio arbitrale non sia in grado di agire efficacemente, alla luce delle circostanze specificatamente allegate all'istanza al fine di vincere la presunzione contraria (c.d. *effectiveness test*).».

²⁹⁷ LAUDISA, *op. cit.*, p. 459: «Si parla di sussidiarietà quando all'arbitro è riconosciuta una competenza cautelare prioritaria essendo il ricorso al giudice statale previsto solo per i casi in cui l'arbitro non è in grado di intervenire efficacemente ed in tempo utile, (per es. in Inghilterra nei casi che non sono urgenti la *sect.* 44 dell'*Arbitration Act* subordina l'intervento del giudice statale ad un'autorizzazione dell'arbitro o all'accordo scritto delle parti [...]).» CARDONA *op. cit.*, il quale osserva che: «I poteri dei tribunali statali possono dirsi residuali, nella misura in cui tutto ciò che non è ancora deferito all'arbitro, o non è può essere ad esso deferito, sarà appannaggio della magistratura. La dottrina anglosassone ha evidenziato come costituisce applicazione del principio di sussidiarietà il potere in capo agli arbitri, laddove il giudice abbia assunto un provvedimento precedentemente alla costituzione del tribunale arbitrale, di richiedere al magistrato l'autorizzazione allo scopo di disporre la cessazione degli effetti del provvedimento. Agli arbitri è, dunque, riconosciuto un potere di incidere su misure già assunte dall'autorità giudiziaria, seppur per il tramite del "nulla-osta" concesso dal magistrato.».

²⁹⁸ CARLEVARIS, in BENEDETTELLI, BRIGUGLIO, CARLEVARIS, CAROSI, MARINUCCI, PANZAROLA, SALVANESCHI, SASSANI, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)*, in *judicium (judicium.it)*, 2022, evidenzia che «il potere dei giudici di assumere misure cautelari in pendenza dell'arbitrato in diritto inglese è limitato al caso in cui l'arbitro sia impossibilitato ad intervenire o a farlo efficacemente.».

²⁹⁹ Le tipologie di misure adottabili dagli arbitri e dai giudici statali sono infatti coincidenti, salvo per quanto concerne l'eccezione rappresentata dalla *security of costs*, per un approfondimento dell'evoluzione e dell'attuale disciplina di tali misure si rinvia a CARLEVAIRS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale cit.*, p. 180 ss.

l'organo arbitrale non possa farlo in maniera efficace, in virtù delle circostanze che di volta in volta dovranno essere specificatamente allegare dall'istante al fine di superare la presunzione contraria (il c.d. *effectiveness test*).

Quanto detto permette dunque di chiudere il cerchio argomentativo a supporto dell'asserita affermazione, per cui - pur prevedendo un modello di legittimazione concorrente - la *ratio* dell'*Arbitration Act 1996* sia da rinvenire nella volontà di limitare l'ingerenza statale nelle questioni compromesse in arbitri.

2.1.3.3 Francia: La legittimazione della potestà cautelare degli arbitri ed il regime del c.d. doppio binario

Differentemente dalle esperienze nazionali sinora analizzate - le quali contengono una regolamentazione positiva dedicata al tema della competenza cautelare arbitrale - il legislatore francese non ha adottato disposizioni *ad hoc*, demandando così alla giurisprudenza e alla dottrina l'elaborazione delle soluzioni concretamente operabili in materia.

Nel vuoto normativo, ne è emerso un regime di c.d. doppio binario, che varia in base alla tipologia di provvedimenti cautelari.

In Francia si suole distinguere, infatti, le «*mesures conservatoires*» dalle «*mesures provisoires*», giungendo alla conclusione per cui:

Le «*mesures conservatoires*» sono «[...] destinate a preservare i diritti delle parti in attesa di una decisione sul merito, comporterebbero come caratteristica ad esse comune, l'indisponibilità³⁰⁰ dei beni che ne formano oggetto (*saisie conservatoire, sûretés judiciaires, nantissement de fonds de commerce*), sarebbero opponibili ai terzi, non pregiudicherebbero il merito, e rilevarebbero del potere coercitivo proprio dei giudici³⁰¹[...]»³⁰². Le «*mesures*

³⁰⁰ L'indisponibilità di cui tratta CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 185, concerne l'effetto di rendere inopponibile l'atto di disposizione compiuto sul bene oggetto della misura.

³⁰¹ Nel senso che - in virtù delle loro caratteristiche - tali misure «costituirebbero più un'emanazione dell'*imperium* che della *iurisdictio*» cfr. *ivi*, *sub nota* 177.

³⁰² Con *mesures conservatoires*, ci si riferisce a quelle misure cautelari il cui scopo è stato rinvenuto da LÉGIER, *Saisie et mesures conservatoires*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. II, n. 1, 2023, nella necessità di "conservare un bene o un diritto". CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 185, sottolinea che per *mesures conservatoires*, s'intendono: sequestri, fidejussioni giudiziarie, pegno sui beni aziendali. V. artt. 48, 53 e 54 NCPC.

provisoires» hanno invece la funzione di anticipare una decisione sul merito in assenza di seria contestazione, o di preservare una situazione di fatto o di diritto per la durata della procedura³⁰³.»³⁰⁴.

In virtù di tale distinzione - legata alla funzione della misura cautelare e soprattutto al fatto per cui le prime, fisiologicamente, producono effetti sulla sfera giuridica di soggetti terzi alla convenzione arbitrale - giurisprudenza e dottrina hanno evidenziato come gli arbitri non possono essere competenti ad emanare le «*mesures conservatoires*» in senso stretto, ma solo le «*mesures provisoires*», sempre che quest'ultime non determinino effetti sui terzi.

Proprio in tal senso si asserisce che con il modello francese si è in presenza di un regime c.d. a doppio binario, laddove le «*mesures conservatoires*» restano di esclusiva competenza dei giudici statali³⁰⁵, mentre le «*mesures provisoires*» possono essere richieste e rilasciate da un organo arbitrale.

Tale competenza cautelare arbitrale, non esclude «la competenza del giudice dei *référés*, anche quando gli arbitri siano stati aditi per il merito della controversia.»³⁰⁶; ciò in quanto il giudice dei *référés* trova il fondamento della propria competenza nelle disposizioni di cui (i) all'art. 145³⁰⁷ NCPC, con riferimento alle misure istruttorie, (ii) e agli artt. 834³⁰⁸ e 835³⁰⁹, co. 1 NCPC, in termini generali.

³⁰³ DE BOISSESON MATHIEU, *Le droit français l'arbitrage interne et international*, Paris, 1990, p. 255 aggiunge che dette misure debbano essere rese solo a seguito del contraddittorio *inter partes*.

³⁰⁴ CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 185 ss.

³⁰⁵ In merito alle *mesures conservatoires*, CARLEVARIS, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)* cit., osserva che, la «competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria è prevista infatti in Francia in materia di sequestro conservativo, malgrado la competenza esclusiva degli arbitri, a partire dalla costituzione del tribunale arbitrale, per l'adozione di ogni altro provvedimento cautelare: v. art. 1468, 1° comma, del codice di procedura civile francese.»

³⁰⁶ Così, CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 186, il quale evidenzia la presenza di «[...] una giurisprudenza costante che ammette che neanche la costituzione del tribunale arbitrale rappresenti un ostacolo alla competenza del giudice cautelare, il quale può quindi essere adito anche a procedura arbitrale istaurata.» Quest'ultimo a tal fine, cita, alla nota 184, a titolo esemplificativo la *Cour de Cassation*, 8 giugno 1995, *SNTM Hyoric c. SNACH* in *Rev. Arb.*, 1996, p. 125 ss.

³⁰⁷ «Se esiste un motivo legittimo per conservare o accertare prima di ogni dibattimento la prova dei fatti da cui potrebbe dipendere la risoluzione di una controversia, gli atti investigativi giuridicamente ammissibili possono essere disposti su richiesta di qualsiasi interessato, su richiesta o in via sommaria.»

³⁰⁸ «In tutti i casi urgenti, il presidente del tribunale giudiziario o il giudice del contenzioso di tutela, nei limiti della sua competenza, possono ordinare in giudizio sommario tutti i provvedimenti che non si scontrano con alcuna grave contestazione o che sono giustificati dall'esistenza di un disaccordo.»

³⁰⁹ «Il presidente del tribunale o il giudice delle controversie di tutela, nell'ambito delle sue competenze, può sempre, anche in presenza di grave controversia, prescrivere in giudizio sommario le misure cautelari o reintegrative necessarie, sia per prevenire un danno imminente, sia per porre fine ad un disturbo manifestamente illegittimo.»

Concludendo sull'esperienza francese si può notare come, in relazione alle «*meseures provisoires*», il modello di legittimazione che si viene a creare, in assenza di disposizioni legislative, sia nuovamente quello concorrente; ossia la competenza arbitrale in merito a tali misure fa salva in ogni caso la competenza del giudice nazionale, ossia nel caso di specie, del giudice dei *référés*.

2.1.3.4 Germania: La competenza cautelare arbitrale ai sensi della sezione 1041 dello ZPO

In Germania, sino alla riforma del 1998, in assenza di una disposizione espressa nella legge sull'arbitrato pre-riforma, il potere degli arbitri di emanare provvedimenti provvisori era controverso.

Con la riforma del 1998, la Sezione 1041³¹⁰, paragrafo 1, dello ZPO è stata novellata, segnando il passaggio da una delegittimazione del potere cautelare arbitrale ad un modello di legittimazione concorrente, che come finora si è potuto notare è, dominante nel panorama internazionale³¹¹.

La disposizione in commento prevede che: «Salvo diverso accordo tra le parti, il tribunale arbitrale può, su richiesta di una parte, ordinare le misure cautelari provvisorie che il tribunale arbitrale ritiene necessarie in relazione all'oggetto della controversia. Il tribunale

³¹⁰ «(1) Salvo diverso accordo tra le parti, il tribunale arbitrale può, su richiesta di una parte, ordinare le misure cautelari provvisorie che il tribunale arbitrale ritiene necessarie in relazione all'oggetto della controversia. Il tribunale arbitrale può richiedere a qualsiasi parte di fornire adeguate garanzie in relazione a tale misura. (2) Il tribunale può, su richiesta di una parte, consentire l'esecuzione della misura di cui al comma 1, a meno che non sia già stata presentata al tribunale una richiesta per una misura provvisoria corrispondente. Se necessario, può riformulare tale ordinanza ai fini dell'esecuzione della misura. (3) Il tribunale può, su richiesta, annullare o modificare la decisione di cui al comma 2. (4) Se una misura ordinata ai sensi del comma 1 risulta essere ingiustificata fin dall'inizio, la parte che ne ha ottenuto l'esecuzione è tenuta a risarcire all'altra parte il danno derivante dall'esecuzione di tale misura o dalla sua prestazione di cauzione per evitare rinforzo. Tale pretesa potrà essere avanzata nel procedimento arbitrale pendente.»

³¹¹ Cfr. CARDONA, *op. cit.* Il legislatore ha optato per un potere concorrente tra tribunali arbitrali e autorità statali, infatti, a ben vedere, la Sez. 1033 ZPO prevede espressamente che: «[u]na convenzione di arbitrato non impedisce a un tribunale di ordinare, su richiesta di una parte, una misura provvisoria o conservativa rispetto all'oggetto dell'arbitrato prima o dopo l'inizio dell'arbitrato.»

arbitrale può richiedere a qualsiasi parte di fornire adeguate garanzie in relazione a tale misura.»³¹².

La sezione 1041 ZPO attribuisce esplicitamente - dunque *ex lege* - il potere cautelare al tribunale arbitrale, facendo salva la possibilità delle parti di rinunciare - mediante accordo contrario - «alle misure di protezione provvisorie arbitrali»³¹³.

L'attuale regime riconosce dunque all'organo arbitrale e alle autorità statali poteri paralleli in ordine all'emanazione di provvedimenti cautelari. La norma in esame conferisce agli arbitri il potere di emanare misure cautelari «ritenute necessarie in relazione all'oggetto della controversia». Per giunta il tribunale «*may also order measures of interim relief which are not known in German courts such [...], which differ in their mode of operation from their German equivalent. If court enforcement of these measures is sought, they will be converted into measures in line with the German provisions for their enforcement.*»³¹⁴. Non vi è dunque nessuna limitazione circa la portata delle misure adottabili in sede arbitrale, se non per l'appunto la valutazione discrezionale degli arbitri circa la necessità della misura stessa³¹⁵.

³¹² L'ultimo inciso del comma 1 statuisce il potere degli arbitri di ordinare che il ricorrente presti adeguate garanzie rispetto alla misura richiesta.

³¹³ Sulla disciplina di cui alla Sezione 1041 ZPO, cfr. SCHÄFER, *Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV: Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1041 - Interim Measures of Protection*, in Patricia Nacimiento, Stefan M. Kröll, et al. (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (Second Edition), 2nd edition* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015), pp. 215 - 237, il quale sulla possibilità di rinuncia alla Sezione 1041 ZPO, asserisce che quest'ultima: «*is a non-mandatory provision. Parties are therefore free to opt out of arbitral interim measures of protection. They can do so by express agreement or by reference to arbitration rules that do not permit such a power (cf. § 1041 (3) ZPO). Whether such an opt-out is advisable will of course depend upon the particular circumstances and is to be considered with the utmost of care.*». Cfr. anche KRÖLL, *National, Report for Germany (2007 through 2023)*, in Lise Bosman (ed), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2023, Supplement n. 125, February 2023) p. 34. Il quale sul punto, asserisce che «*[t]he legislator opted for concurrent jurisdiction of arbitral tribunals and courts to ensure that in all cases an effective protection can be obtained.*».

³¹⁴ Così, KRÖLL, *National, Report for Germany (2007 through 2023)*, *op. cit.*, p. 35.

³¹⁵ Cfr. SCHÄFER, *Part II: Commentary on the German Arbitration Law cit.*, p. 234, il quale sul punto, asserisce che «*[n]o Statutory Reference to Specific Interim Measures of Protection: § 1041 (1) sentence 1 ZPO bestows on the arbitral tribunal the power to grant such interim measures of protection with respect to the subject matter in dispute as it considers necessary. It does not refer to any specific interim measure of protection known in German litigation proceedings. It speaks only of interim measures of protection as a category of remedies. As such, § 1041 ZPO neither limits the scope of interim measures available from an arbitral tribunal to specific measures, nor requires the arbitral tribunal to apply the statutory preconditions of such measures as spelled out in the German Code of Civil Procedure. At the same time, § 1041 (1) sentence 1 ZPO provides no guidance for the applicant on the measures available and their preconditions. In practice, it is quite common to take the local standards at the seat of the arbitration or the standards applicable in the home jurisdictions of the arbitrators into account when formulating a request for interim relief.*».

2.1.3.5 Spagna: L'articolo 23 della LA del 2003 e l'attribuzione della potestà cautelare agli arbitri

L'esperienza spagnola in materia di poteri cautelari arbitrali è stata contrassegnata dall'entrata in vigore della Legge n. 1 del 7 gennaio 2000, la «*Ley de Enjuiciamiento Civil*»³¹⁶, con la quale è stato superato il vuoto normativo lasciato dalla Legge 36 del 5 dicembre 1988.

La *Ley de Enjuiciamiento Civil* ha infatti legittimato, con un'espressa previsione sul punto, la tutela cautelare dei giudici statali anche in presenza di un compromesso che devolvesse la controversia nel merito ad un organo arbitrale.

La *Ley de Enjuiciamiento Civil* tuttavia manteneva ancora il limite per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelari, il quale è stato superato solo tre anni dopo con l'emanazione della *Ley de Arbitraje*³¹⁷.

Con la *L.A.* del 2003³¹⁸ anche la Spagna ha dunque legittimato la potestà cautelare arbitrale recependo pienamente il modello delineato dall'UNCITRAL; ossia propendendo un modello di legittimazione concorrente tra la competenza dei giudici di cui all'art. 11.3³¹⁹ e degli arbitri di cui all'art. 23.1³²⁰.

Oltre a confermare la prevalenza del modello di legittimazione concorrente in ambito internazionale, l'esperienza spagnola rientra tra quelle che attribuiscono il potere cautelare agli arbitri *ex lege*: l'autonomia delle parti può insomma essere esercitata per derogare - tramite la convenzione arbitrale - al principio generale, secondo il quale «gli arbitri possono, su istanza di una qualsiasi di esse, adottare le misure cautelari che ritengano necessarie in relazione all'oggetto della lite, potendo inoltre esigere una cauzione ritenuta adeguata e sufficiente dal richiedente della misura cautelare»³²¹.

³¹⁶ V. la Ley n. 1 del 2000 (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), in *noticias.juridicas* (*noticias.juridicas.com*).

³¹⁷ V. la Ley n. 60 del 2003 (*Ley de Arbitraje*), in *noticias.juridicas* (*noticias.juridicas.com*).

³¹⁸ Con l'entrata in vigore della *L.A.* del 2003 si è anche risolto - in senso negativo - il dubbio secondo cui la richiesta cautelare avanzata al giudice nazionale comportasse quale conseguenza la rinuncia tacita all'arbitrato. In tal senso, CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 217, sub nota 266.

³¹⁹ «*El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.*».

³²⁰ «*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.*».

³²¹ Così, NAVARRETE, *la competenza degli arbitri spagnoli ad adottare misure cautelari: uno studio di diritto comparato tra la legislazione spagnola e quella italiana*, in *onelegale* (*onelegale.it*), 2006.

Per quanto concerne invece il rapporto tra giudici statali e arbitri, ai sensi dell'art. 23.1 della *L.A.* del 2003 - il quale riproduce l'art. 17 della *Model Law* - il potere degli arbitri è «*concurrent and alternative*»³²² con il potere delle corti di ordinare *interim measures in support of arbitration*»³²³.

Orbene, posto questo *excursus* sulle legislazioni nazionali in materia cautelare arbitrale, possiamo ora ad analizzare le previsioni regolamentari poste dalle principali istituzioni arbitrali permanenti in materia di misure cautelari.

2.2 *Le previsioni regolamentari in materia di misure cautelari offerte dalle principali istituzioni arbitrali a livello internazionale*

2.2.1 *La principale forma di arbitrato commerciale internazionale: Arbitrato amministrato*

Nella prassi internazionale, quasi mai la competenza cautelare è oggetto di specifica disposizione contrattuale e pertanto il potere attribuito *ex lege* alla volontà delle parti nel regolare la competenza arbitrale nella stragrande maggioranza dei casi si esprime mediante il riferimento al regolamento arbitrale cui le parti rinviano per la regolamentazione della procedura arbitrale³²⁴.

³²² Ibidem, il quale riporta che «[l]a facoltà riconosciuta agli arbitri di adottare misure cautelari “non sopprime né restringe la possibilità - secondo la relazione illustrativa alla LA del 2003 -, prevista dagli articoli 8 e 11 di questa legge e dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000, che la parte che abbia interesse richieda all'autorità giudiziaria l'adozione delle misure cautelari a potestà arbitrale e quella giurisdizionale in materia cautelare sono alternative e concorrenti, senza pregiudizio del principio di buona fede processuale”».

³²³ DAVID J.A. CAIRNS, *The spanish application of the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration*, in William W. Park (ed), *Arbitration International*, (© The Author(s); Oxford University Press 2006, Volume 22 Issue 4) pp. 573 - 595.

³²⁴ In merito alla condizione dell'espressa indicazione attributiva dei poteri cautelari agli arbitri da parte dei compromittenti, CARLEVARIS, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)* cit., osserva che: «Si tratta di un requisito perlopiù sconosciuto alle più evolute leggi straniere sull'arbitrato, che tendono a seguire il principio inverso: i poteri cautelari degli arbitri costituiscono la regola e l'espressa esclusione da parte dei compromittenti l'eccezione (v., per esempio, l'art. 183, 1° comma, della legge svizzera di diritto internazionale privato: “*Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie*”; in Inghilterra, l'espresso conferimento del potere cautelare degli arbitri è superfluo per importanti categorie di misure, quali *security for costs*, misure cautelari relative alla proprietà e all'assunzione e preservazione delle prove, rispetto

Pertanto, vista la rilevanza del fenomeno dell'arbitrato amministrato quale strumento di risoluzione delle controversie commerciali in ambito internazionale, è doveroso ripercorrere quelle che sono le previsioni in materia di tutela cautelare, premettendo che, la quasi totalità dei regolamenti principali in ambito internazionale riconosce agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari³²⁵.

2.2.1.1 *Il regolamento dell'International Chamber of Commerce (ICC)*

Per diffusione e rilevanza, merita certamente di essere ricordato per primo, l'art. 28 del regolamento della camera di commercio internazionale il quale, rubricato "Misure cautelari e provvisorie", prevede che: «1. Salvo diverso accordo tra le parti, non appena ricevuto il fascicolo, il tribunale arbitrale può, su istanza di parte, adottare ogni misura provvisoria o cautelare che ritenga opportuna. Il tribunale arbitrale può subordinare l'adozione di tali misure alla prestazione di un'idonea garanzia fornita dalla parte istante. Tali misure sono adottate con ordinanza motivata, oppure con lodo, secondo quanto il tribunale arbitrale ritenga opportuno. 2. Prima della trasmissione del fascicolo al tribunale arbitrale, e in circostanze appropriate anche successivamente, le parti possono chiedere all'autorità giudiziaria competente misure provvisorie e cautelari. La richiesta di tali misure a un'autorità giudiziaria o l'istanza d'esecuzione delle misure disposte dal tribunale arbitrale non è considerata violazione o rinuncia alla convenzione arbitrale e non pregiudica i poteri del tribunale arbitrale al riguardo. Tali richieste ed i provvedimenti assunti dall'autorità

alle quali il potere sussiste, salvo diverso accordo delle parti: v. sez. 39 dell'*Arbitration Act 1996*; sembra invece presupporre l'accordo delle parti per la pronuncia di qualsiasi provvedimento cautelare la legge egiziana: art. 24, 1° comma, della legge sull'arbitrato in materia civile e commerciale).».

³²⁵ LAUDISA, *op. cit.*, p. 459: «Il potere cautelare degli arbitri è previsto dai regolamenti delle principali Istituzioni permanenti di arbitrato: per esempio quello della CCI (art. 23) riconosce agli arbitri, salva la volontà contraria delle parti, il potere di ordinare le misure conservative e provvisorie che considerano appropriate: quello della LCIA (art. 25) presume che le parti abbiano rinunciato ad adire il giudice statale per ottenere una *security for costs*, mentre per le altre misure cautelari il ricorso al giudice statale, dopo l'instaurazione dell'arbitrato, è dovuto a circostanze eccezionali; quello della AAA (art. 22) statuisce che, a domanda di una parte, l'arbitro può prendere tutte le misure cautelari che ritiene necessarie, comprese quelle volte a conservare i beni oggetto della controversia, come ordinare il loro deposito nelle mani di un terzo o la vendita delle merci deperibili: quello della SCC (Camera di Commercio di Stoccolma) (art. 31) riconosce all'arbitro, salvo diverso accordo delle parti, il potere di ordinare, a richiesta di parte, misure cautelari volte a garantire la pretesa attrice.».

giudiziaria devono essere notificati senza indugio al Segretariato. Quest'ultimo ne informa il tribunale arbitrale.».

Il testo attuale, entrato in vigore nel 2012 - al pari del testo regolamentare antecedente (art. 23 del regolamento del 1998) - suddivide la norma in due paragrafi, il primo volto a delineare il potere cautelare degli arbitri, il secondo quello dell'autorità giudiziaria³²⁶.

Dal testo della norma emerge che, tanto l'organo arbitrale, quanto l'autorità giudiziaria sono dotati di un autonomo potere di emanare misure cautelari. Dal primo paragrafo della norma si evince che, relativamente al tribunale arbitrale, è naturalmente fatta salva la volontà contraria delle parti all'attribuzione di tale potere. Le parti dunque sono libere di escludere la competenza cautelare arbitrale, riservando in via esclusiva all'autorità giudiziaria il potere di emanare misure cautelari³²⁷.

Essendo consentito alle parti di escludere la competenza arbitrale per quanto concerne la tutela cautelare, nulla dovrebbe ostare al riconoscimento in capo ai compromittenti della minore facoltà di convenire che l'organo arbitrale possa adottare solo determinate tipologie di misure ovvero escludere dalla competenza arbitrale determinate misure³²⁸.

Quanto alle misure adottate dai giudici, analizzando attentamente il primo periodo del secondo paragrafo, emerge una distinzione tra la fase antecedente la trasmissione del fascicolo all'organo arbitrale - nella quale il potere cautelare del giudice è pressoché illimitato - e quella successiva - nella quale la possibilità, per le parti, di rivolgersi all'autorità giudiziale è limitata ai casi in cui si verificano "circostanze appropriate". A conferma di un modello di legittimazione cautelare perfettamente concorrente tra giudici ed arbitri, la norma altresì precisa che la richiesta di misure cautelari all'autorità giudiziaria - ovvero deposito dell'istanza d'esecuzione delle misure disposte dal tribunale arbitrale³²⁹ - successiva alla

³²⁶ Sull'art. 23 del regolamento del 1998, v. CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 222 ss.

³²⁷ Con riferimento all'art. 23 del precedente testo regolamentare del 1998, che rispecchia pedissequamente il testo attuale di cui all'art. 28 in commento, ivi, p. 228: «Analogo riferimento alla volontà delle parti non si rinviene all'art. 23 par. 2, concernente le misure assunte dai giudici, che dunque non contempla la possibile deroga pattizia a tale competenza. A condizione della validità alla stregua delle rilevanti disposizioni legislative, non sembrano tuttavia sussistere ragioni decisive per negare la facoltà delle parti di escludere la competenza dei tribunali nazionali, e l'apparente differenza tra le due sezioni non sembra dunque da enfatizzare.».

³²⁸ Tale interpretazione è stata data con riferimento all'art. 23 del regolamento del 1998. Sul punto cfr. SCHAFFER, VERBIST, IMHOOS, *L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*, Berne, Bruxelles, 2002, p. 147.

³²⁹ Sul punto, con riferimento all'art. 23 del regolamento del 1998, CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 228: «Nel confermare la competenza concorrente dei giudici, e nel

trasmissione del fascicolo al tribunale arbitrale, non comporta «violazione o rinuncia alla convenzione arbitrale e non pregiudica i poteri del tribunale arbitrale al riguardo».

In ultimo, è doveroso soffermarsi sul concetto di “appropriatezza” delle circostanze, al fine di comprendere quando, nella fase successiva alla trasmissione del fascicolo all’organo arbitrale, sarà possibile decidere di adire comunque l’autorità statale.

Anzitutto si precisa che il testo regolamentare, diversamente da quanto accadeva in passato, sin dalla versione del 1998, non prevede più la necessità che ricorrano circostanze “eccezionali”³³⁰ bensì, come già detto, “appropriate”; pertanto - ai sensi dell’art. 23.2 del regolamento del 1998, attuale art. 28.2 - dopo la trasmissione del fascicolo al tribunale arbitrale, il ricorso all’autorità giudiziale è connotato da un carattere, se non più eccezionale, quantomeno residuale³³¹.

In relazione al connotato dell’«eccezionalità», si è convenuto che il potere dei giudici perdurasse in situazioni in cui la natura della misura o l’urgenza non rendano efficaci l’alternativa arbitrale alla tutela giudiziale, ovvero qualora l’organo arbitrale, pur essendo costituito, si trovasse temporaneamente nell’impossibilità di espletare la propria attività; a titolo esemplificativo a causa della sospensione temporanea di uno dei componenti del tribunale arbitrale dall’esercizio delle proprie funzioni. Lo stesso ragionamento era stato prospettato anche per il caso in cui le regole applicabili all’arbitrato non riconoscessero agli arbitri il potere corrispondente. Tuttavia, è stato altresì osservato che eventuali limiti alla competenza degli arbitri, derivanti da disposizioni inderogabili di legge o dalla natura del provvedimento, non sembrano rappresentare una circostanza eccezionale nel senso della norma. Infatti, la competenza dell’autorità giudiziale, in presenza di tali disposizioni, sembra essere il frutto, non tanto dell’interpretazione del termine utilizzato dalla norma, quanto piuttosto, della presenza di un limite esterno all’applicabilità stessa della norma. Altresì, l’eccezionalità delle circostanze, è stata rinvenuta nell’estrema urgenza e nel manifesto *periculum in mora*. Tuttavia, d’altro canto, è stato osservato come tali situazioni non

riconfermarne la compatibilità con la volontà compromissoria, il par. 2 ha esteso la portata di quest’ultimo principio oltre l’ambito delle domande cautelari direttamente rivolte ai tribunali ordinari, a ricomprendere anche le istanze tendenti unicamente all’attuazione delle misure arbitrali.».

³³⁰ LAUDISA, *op. cit.*, p. 460 «Anche secondo il regolamento della ICC (art. 23) le parti possono continuare a ricorrere all’autorità giudiziaria nella pendenza del processo arbitrale solo in casi eccezionali.».

³³¹ CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell’arbitrato internazionale cit.*, p. 228.

sembrano essere, da sole, capaci di configurare l'eccezionalità delle circostanze legittimanti l'intervento dell'autorità giudiziale, poiché a ben vedere sono proprio i requisiti ordinari della tutela cautelare che, anche ove sussistenti in termini estremi, giustificerebbero il ricorso ai giudici solo ove quello agli arbitri non sia possibile³³².

Resta ben inteso che ciò che rientrava nella nozione di "eccezionalità", a rigor di logica rientra anche nel requisito attuale dell'"appropriatezza"; tuttavia la novità di cui all'art. 28.2 del regolamento in analisi - come detto introdotta già nell'art. 23.2 del regolamento del 1998 - sta nel fatto che, pur prevedendo una più ampia gamma di circostanze in cui è possibile adire l'autorità giudiziale, non dà indicazioni esplicite per l'interpretazione del concetto di "circostanza appropriate". Alcuni hanno interpretato il concetto di "appropriatezza"³³³ nel senso che il ricorso ai giudici potrà aversi in situazioni in cui l'istanza prospetti l'opportunità ragionevole di essere indirizzata al giudice, ad esempio qualora tale intervento possa garantire una tutela maggiormente efficace ed in ogni caso - anche al fine di evitare il ricorso al c.d. forum shopping - è escluso che rientri tra le circostanze appropriate, il precedente rigetto da parte dell'organo arbitrale della stessa o di analoga richiesta cautelare³³⁴.

L'interpretazione della disposizione regolamentare e del requisito dell'"appropriatezza" ivi previsto spetterà comunque ai giudici e agli arbitri in sede di decisione sulla rispettiva competenza cautelare³³⁵.

³³² Sulle osservazioni appena riportate relative all'interpretazione nel tempo data al concetto di "eccezionalità" delle circostanze legittimanti l'intervento del giudice statale anche successivamente alla trasmissione del fascicolo, cfr. *ivi*, p. 229 ss.

³³³ BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero* cit., p. 28: «Il ricorso al giudice statale della cautela (a qualsiasi giudice, vuoi del paese dell'arbitrato vuoi di altro) non confligge con l'accordo compromissorio, ma ciò - successivamente alla trasmissione del dossier agli arbitri - solo se il ricorso al giudice statale avviene in «circostanze appropriate». Chi valuta l'«appropriatezza delle circostanze»? Certamente, e direi anzi in primo luogo ed essenzialmente, il giudice statale adito per le cautela: e lo fa proprio in punto di interpretazione della volontà compromissoria integrata da quel regolamento e rapportata volta a volta al caso concreto. Se le circostanze non sono appropriate quel giudice dovrà concludere che l'accordo compromissorio gli vieta l'esercizio anche della potestà cautelare, e arrendersi a ciò ed al riconoscimento dell'accordo (*ex art. II Conv. New York*, ove per lui si configuri quale accordo per arbitrato estero) in tutta questa sua portata. Ebbene, mi pare che circostanza appropriata - anche nel senso dell'art. 23.2 del Regolamento I.C.C. e della volontà compromissoria che lo recepisce - possa essere senz'altro quella della necessità di attuare celermente, e nello stesso paese del giudice statale al quale la si richiede, la misura cautelare, piuttosto che richiederla agli arbitri e poi tentare di ottenere l'exequatur all'estero. Viceversa ove la cautela debba essere eseguita altrove rispetto al paese del giudice statale al quale la si chiede, costui dovrebbe, di massima, ritenere «non appropriate le circostanze» e perciò declinare, in nome di quel particolare accordo compromissorio, la propria giurisdizione cautelare pur se essa sussista in astratto anche riguardo a misure destinate all'esecuzione all'estero.»

³³⁴ Così, BRIGUGLIO, *l'arbitrato estero*, Padova, 1999, p. 162 ss., in riferimento al testo dell'art. 23.2 del regolamento del 1998.

³³⁵ Cfr. CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 232.

Concludendo sulle previsioni del regolamento dell'*ICC* in materia cautelare, l'art. 29 prevede il c.d. arbitro d'urgenza. Il regolamento prevede cioè la possibilità per le parti di richiedere - seguendo la specifica procedura prevista dall'appendice V del regolamento - "Misure d'urgenza" prima che il tribunale arbitrale sia costituito. Più precisamente: «1. Una parte che necessiti misure cautelari o provvisorie che non possono essere differite fino alla costituzione di un tribunale arbitrale ("Misure d'urgenza") può chiedere tali misure in base alle Regole dell'arbitro d'urgenza di cui all'Appendice V. Tale istanza è ammessa solo se ricevuta dal Segretariato prima della trasmissione del fascicolo al tribunale arbitrale ai sensi dell'articolo 16, anche se la parte istante ha già depositato la domanda di arbitrato.».

Questa previsione mira a evitare che le parti, qualora necessitino di misure cautelari o provvisorie che non possono essere posticipate fino alla costituzione del tribunale arbitrale, siano obbligate a rivolgersi all'autorità statale.

La norma al paragrafo 2 precisa altresì che: «2. La decisione dell'arbitro d'urgenza è resa in forma di ordinanza [...]» e che in ogni caso l'ordinanza emessa dall'arbitro d'urgenza «3. [...] non vincola il tribunale arbitrale riguardo ad ogni questione o controversia in essa decisa. Il tribunale arbitrale può modificare, revocare o annullare l'ordinanza ed ogni sua successiva modifica da parte dell'arbitro d'urgenza».

Pertanto, il tribunale arbitrale, una volta costituito, avrà il potere di decidere nuovamente sull'istanza accolta o respinta con il provvedimento emesso dall'arbitro d'urgenza³³⁶.

L'istanza verrà presentata ed il procedimento di svolgerà secondo le Regole dell'arbitrato d'urgenza previste nell'Appendice V del regolamento, le quali pongono quale contenuto dell'istanza, tra l'altro, l'esplicazione delle «[...] ragioni per le quali la parte istante necessita misure urgenti o conservative che non possono essere differite fino alla costituzione del tribunale arbitrale [...]»³³⁷.

Pertanto la norma onera la parte istante, la quale, per poter accedere all'arbitro d'urgenza dovrà esplicitare in modo chiaro e dettagliato le circostanze che giustificano la

³³⁶ V. art. 29, par. 4, il quale dispone che: «Il tribunale arbitrale decide su ogni richiesta o domanda delle parti relativa al procedimento davanti all'arbitro d'urgenza, compresa la ripartizione dei costi di tale procedimento e ogni domanda derivante dall'ottemperanza o mancata ottemperanza all'ordinanza o in relazione ad essa.».

³³⁷ Art. 1, par. 3, lett. e) dell'Appendice V del regolamento dell'*ICC*.

richiesta di tali misure, dimostrando la necessità di tali provvedimenti prima della costituzione del tribunale arbitrale.

2.2.1.2 *Il regolamento della London Court of International Arbitration (LCIA)*

Il regolamento della *London Court of International Arbitration* dedica alle *interim and conservatory Measures* l'art. 25, il quale - a partire dal testo entrato in vigore dal 1985 e nelle successive modifiche - presenta un contenuto particolarmente denso.

Diversamente dall'art. 23 del regolamento dell'*ICC*, analizzato nel paragrafo che precede, tale norma descrive puntualmente - ai romanini (i), (ii), (iii) del paragrafo 1 - le diverse tipologie di misure adottabili dagli arbitri³³⁸. Ai sensi dell'art. 25, paragrafo 1, il Tribunale arbitrale, su istanza di ciascuna parte - e dopo aver dato a tutte le altre parti una ragionevole opportunità di rispondere a detta istanza e nei termini che il Tribunale arbitrale riterrà appropriati in base alle circostanze - avrà il potere di:

- (i) ordinare a ciascuna parte convenuta di una domanda di risarcimento o domanda riconvenzionale di prestare una garanzia per tutto o parte dell'importo della controversia, mediante deposito, garanzia bancaria ovvero mediante qualsiasi altro metodo;
- (ii) ordinare la conservazione, il deposito, la vendita o altro, di qualsiasi somma di denaro, documento, bene, campione, proprietà, sito o cosa sotto il controllo di una parte e relativi all'oggetto del procedimento arbitrale; e

³³⁸Art. 25, par. 1 del regolamento della *LCIA*: «*The Arbitral Tribunal shall have the power upon the application of any party, after giving all other parties a reasonable opportunity to respond to such application and upon such terms as the Arbitral Tribunal considers appropriate in the circumstances:*

(i) to order any respondent party to a claim, counterclaim or cross-claim to provide security for all or part of the amount in dispute, by way of deposit or bank guarantee or in any other manner;

(ii) to order the preservation, storage, sale or other disposal of any monies, documents, goods, samples, property, site or thing under the control of any party and relating to the subject-matter of the arbitration; and

(iii) to order on a provisional basis, subject to a final decision in an award, any relief which the Arbitral Tribunal would have power to grant in an award, including the payment of money or the disposition of property as between any parties.

Such terms may include the provision by the applicant party of a cross-indemnity, secured in such manner as the Arbitral Tribunal considers appropriate, for any costs or losses incurred by the respondent party in complying with the Arbitral Tribunal's order. Any amount payable under such cross-indemnity and any consequential relief may be decided by the Arbitral Tribunal by one or more awards in the arbitration.»

- (iii) ordinare in via provvisoria, con riserva di una decisione definitiva mediante lodo, qualsiasi misura che il Tribunale Arbitrale avrebbe il potere di concedere mediante un lodo, compreso il pagamento di somme di denaro o la destinazione di proprietà tra le parti.

L'articolo 25 al paragrafo 3, regola poi il potere dei giudici statali, prevedendo che: «*[a] party may apply to a competent state court or other legal authority for interim or conservatory measures that the Arbitral Tribunal would have power to order under Article 25.1: (i) before the formation of the Arbitral Tribunal; and (ii) after the formation of the Arbitral Tribunal, in exceptional cases and with the Arbitral Tribunal's authorisation, until the final award. After the Commencement Date, any application and any order for such measures before the formation of the Arbitral Tribunal shall be communicated promptly in writing by the applicant party to the Registrar; after its formation, also to the Arbitral Tribunal; and in both cases also to all other parties.*».

Dal testo della norma si desume un'ulteriore differenza sistematica, rispetto a quanto previsto dall'art. 23 del regolamento dell'ICC. Precisamente, una volta che gli arbitri siano stati incaricati della controversia, la possibilità di adire l'autorità giudiziale per ottenere misure cautelari che astrattamente competono al tribunale arbitrale è limitata solo a "exceptional cases". Sulla base dell'argomentazione svolta nel paragrafo precedente in merito alla questione interpretativa dei termini di "eccezionalità" e "appropriatezza" di cui all'art. 23 regolamento ICC, si comprende bene che l'art. 25 delle LCIA *rules* consente l'intervento dei giudici anche successivamente la costituzione del tribunale arbitrale, ma lo relega a casi eccezionali³³⁹.

Inoltre si deve tenere conto che - ai sensi del paragrafo 4 dell'art. 25 - «*[b]y agreeing to arbitration under the Arbitration Agreement, the parties shall be taken to have agreed not to apply to any state court or other legal authority for any order for security for Legal Costs or Arbitration Costs.*».

³³⁹ Il quale, ribadendo nuovamente, consente l'intervento dell'autorità giudiziale non più solo in caso di circostanze eccezionali, bensì amplia tale intervento in termini di appropriatezza delle circostanze.

Con riguardo alla possibilità di imporre una cauzione per garantire il recupero delle spese del procedimento è contemplata una presunzione di esclusività della competenza arbitrale³⁴⁰.

Concludendo sulle *LCIA rules*, è doveroso evidenziare che anch'esse prevedono, al pari del regolamento dell'*ICC*, una procedura specifica per accedere all'"arbitrato di emergenza". Il regolamento della *LCIA*, disciplina in maniera rigorosa, al dedicato articolo 9B, i diversi aspetti relativi al procedimento innanzi all'*emergency arbitrator*, prevedendo anzitutto che: «[...] *in the case of emergency at any time prior to the formation or expedited formation of the Arbitral Tribunal (under Articles 5 or 9A), any party may apply to the LCIA Court for the immediate appointment of a temporary sole arbitrator to conduct emergency proceedings pending the formation or expedited formation of the Arbitral Tribunal (the "Emergency Arbitrator")*».

Pertanto, ciascuna parte - presentando apposita istanza, in ossequio alle regole previste dall'art. 9b, tra cui, l'indicazione, nell'istanza, delle ragioni specifiche per le quali, appunto, è necessaria la nomina di un Arbitro (anche nelle *rules* unico) d'Emergenza - può avviare un procedimento d'urgenza.

Vale la pena soffermarsi su alcune disposizioni dell'art. 9B. Anzitutto, il paragrafo 9.7, in base al quale: «[t]he *Emergency Arbitrator* may conduct the emergency proceedings in any manner determined by the *Emergency Arbitrator* to be appropriate in the circumstances, [...] and may decide the claim for emergency relief on available documentation.».

Spicca l'ampia discrezionalità attribuita all'arbitro d'urgenza in merito alla conduzione del procedimento stesso. In ogni caso, ai sensi del paragrafo 9.8 l'*emergency arbitrator* «[...] shall decide the claim for emergency relief as soon as possible, but no later than 14 days following the *Emergency Arbitrator's* appointment. [...]».

Detto ciò, si tenga presente che, ai sensi dell'art. 9.11: «[a]ny order or award of the *Emergency Arbitrator* (apart from any order adjourning to the *Arbitral Tribunal*, when

³⁴⁰ Le disposizioni di cui ai paragrafi 3 e 4 dell'art. 25, rispecchiano coerentemente le modifiche apportate al sistema anglosassone, in materia, con l'entrata in vigore dell'*Arbitration Act* 1996. Infatti, queste modifiche, riconoscono, in generale, un ruolo sussidiario ed ausiliario della competenza cautelare delle corti statali (v. sezione 44, paragrafo 5 dell'*Arbitration Act* 1996), e, d'altro canto, escludono l'intervento dell'autorità giurisdizionale in materia di "*security for costs*" (v. sezione 38, paragrafo 3 e sezione 46, paragrafo 3 dell'*Arbitration Act* 1996).

formed, any part of the claim for emergency relief) may be confirmed, varied, discharged or revoked, in whole or in part, by order or award made by the Arbitral Tribunal upon application by any party or upon its own initiative.».

Da ultimo si può osservare come il paragrafo 9.13, espliciti che: «*[n]otwithstanding Article 9B, a party may apply to a competent state court or other legal authority for any interim or conservatory measures before the formation of the Arbitral Tribunal; and Article 9B shall not be treated as an alternative to or substitute for the exercise of such right. During the emergency proceedings, any application to and any order by such court or authority shall be communicated promptly in writing to the Emergency Arbitrator, the Registrar and all other parties.».*

2.2.1.3 *Altri regolamenti*

Come anticipato in apertura di quest'analisi sulle previsioni dei principali regolamenti delle istituzioni internazionali, in materia cautelare, la quasi totalità dei regolamenti arbitrali internazionali da tempo disciplinano la competenza cautelare. L'art. 26 del regolamento dell'*International Chamber of Arbitration (ICA)* - in linea con il tenore delle disposizioni dei regolamenti italiani prima della Riforma Cartabia, in materia cautelare - prevede che, su domanda di parte, il Tribunale Arbitrale, può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento. In ogni caso, è bene precisare che, l'eventuale proposizione di una domanda cautelare dinanzi all'autorità giudiziaria competente non determinerà rinuncia agli effetti della convenzione arbitrale né alla domanda di arbitrato eventualmente proposta. Concludendo sul regolamento dell'*ICA*, si evidenzia che anche la Camera internazionale dell'arbitrato, prevede, all'art. 46, la possibilità, prima della "conferma degli arbitri", di adire un arbitro d'urgenza precostituito. L'articolo appena citato fa in ogni caso salva la facoltà delle parti di accedere alla procedura ivi prevista, attribuendo dunque alle parti, il potere di escludere la possibilità di ottenere - in sede arbitrale - le determinazioni di cui all'art. 26 del regolamento.

Anche il regolamento dell'*International Centre for Dispute Resolution (ICDR)*, ossia la sezione internazionale dell'*American Arbitration Association (AAA)*, prevede - sin dal testo del 1994 - una disposizione specifica relativa al potere degli arbitri di emanare "*whatever interim measure it deems necessary*"³⁴¹.

Il regolamento *AAA-ICDR* non dedica alcuna norma alla competenza dell'autorità statale, fatta eccezione per il comma 3 dell'art. 27, ai sensi del quale: «La richiesta di misure provvisorie avanzata da una parte all'autorità giudiziaria non è incompatibile con l'accordo compromissorio e/o la clausola arbitrale, e non costituisce una rinuncia al diritto di adire gli arbitri».

Viene così riconosciuta, in termini particolarmente ampi, la competenza del tribunale arbitrale di ordinare provvedimenti cautelari. Ciò detto, si può in ogni caso affermare che - come sostenuto da parte della dottrina³⁴² relativamente al testo della disposizione sulle misure cautelari del regolamento *AAA-ICDR* del 2005³⁴³, che è stato ripreso pressoché invariato nel testo della disposizione attuale di cui all'art. 27 - quando la natura del provvedimento richiesto sia tale che solo l'intervento dell'autorità giudiziaria garantirebbe l'efficacia di quest'ultimo, pur in assenza di una previsione espressa, la facoltà di rivolgersi alle corti nazionali «è implicita nella clausola di compatibilità di una simile iniziativa col patto compromissorio.»³⁴⁴. Anche quest'ultimo regolamento, analogamente a quelli analizzati sinora, prevede in

³⁴¹L'articolo 27, intitolato, "Misure Cautelari", prevede che: «1. Su istanza della parte interessata, il tribunale arbitrale può ordinare o adottare ogni misura provvisoria o cautelare che ritiene necessaria, comprese ingiunzioni e provvedimenti per la protezione o la conservazione di beni. 2. Le misure cautelari adottate possono assumere la forma di un'ordinanza o di lodo parziale e il tribunale arbitrale può richiedere la prestazione di una garanzia per i costi di tali misure. 3. La richiesta di misure provvisorie avanzata da una parte all'autorità giudiziaria non è incompatibile con l'accordo compromissorio e/o la clausola arbitrale, e non costituisce una rinuncia al diritto di adire gli arbitri. 4. Il tribunale arbitrale può allocare i costi inerenti alle richieste di misure provvisorie in qualsiasi ordinanza o lodo parziale o nel lodo finale. 5. La richiesta di misura cautelare avanzata prima della costituzione del tribunale arbitrale può essere proposta ai sensi dell'Articolo 7.».

³⁴² V. nota 344.

³⁴³L'articolo 21, del testo del regolamento *AAA-ICDR* del 2005, prevede che: «1. *At the request of any party, the tribunal may take whatever interim measures it deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property.* 2. *Such interim measures may take the form of an interim award, and the tribunal may require security for the costs of such measures.* 3. *A request for interim measures addressed by a party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate or a waiver of the right to arbitrate.* 4. *The Tribunal may in its discretion apportion costs associated with applications for interim relief in any interim award or in the final award.*».

³⁴⁴ Sul punto, cfr. CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 239, il quale, sub nota 318, riportando il pensiero di HOELLERIG, evidenzia che la facoltà di ricorrere al giudice ordinario non può essere preclusa qualora, ad esempio, le parti si trovassero in una fase antecedente la costituzione del tribunale arbitrale ovvero sia necessario l'ottenimento di misure incidenti sulla sfera giuridica di terzi alla convenzione arbitrale.

un'articolata disposizione relativa ai provvedimenti d'urgenza, richiedibili dalle parti prima della costituzione del tribunale arbitrale.

L'Art. 7, al comma 1, prevede che: «[u]na parte, prima della costituzione del tribunale arbitrale, può richiedere un provvedimento d'urgenza presentando all'Istituzione Arbitrale e a tutte le altre parti un'istanza scritta nella quale si indichi: a) la natura del provvedimento richiesto; b) le ragioni di urgenza che portano a richiedere tale provvedimento prima della costituzione del tribunale arbitrale; c) le ragioni per le quali la parte sarebbe legittimata ad ottenere tale provvedimento; e d) il danno o il pregiudizio che la parte subirebbe qualora il provvedimento non venisse concesso», precisando inoltre che l'istanza *ex art. 7* dovrà essere contestuale o successiva alla domanda arbitrale. Pertanto, non sarà possibile presentare l'istanza per l'ottenimento del provvedimento d'urgenza senza che sia stata presentata la domanda di arbitrato. A seguito dell'istanza, entro un giorno lavorativo, l'Istituzione Arbitrale nominerà un arbitro d'urgenza, il quale, il prima possibile e in ogni caso entro due giorni lavorativi dalla nomina, dovrà fissare un calendario per la valutazione della richiesta di concessione del provvedimento d'urgenza³⁴⁵. L'arbitro d'urgenza ha i medesimi poteri del tribunale arbitrale *ex art. 21* del regolamento, compresi i poteri cautelari ai sensi dell'art. 27 sopra analizzato. In ogni caso a seguito della costituzione del tribunale arbitrale, l'arbitro d'urgenza cesserà le sue funzioni, e il tribunale potrà confermare, riesaminare, modificare o annullare i provvedimenti emanati dal primo.

Nemmeno in tale norma si precisa la facoltà di adire l'autorità giudiziale, prevedendo unicamente, in termini speculari a quelli utilizzati nell'art. 27, che: «[l]a richiesta di provvedimenti cautelari presentata da una parte all'autorità giudiziaria non va considerata come incompatibile con il presente Articolo 7 o con l'accordo compromissorio, e non costituisce rinuncia al diritto di agire in arbitrato.»

Concludendo questa rassegna sulle previsioni in materia cautelare, inserite nei regolamenti delle principali istituzioni internazionali, è bene evidenziare come anche istituzioni che, per tutto il secolo scorso, non disciplinavano espressamente, nei loro regolamenti, la potestà cautelare, hanno introdotto anch'essi specifiche norme in materia. In

³⁴⁵ «[...] Tale calendario deve prevedere per le parti un'opportunità di essere ascoltate e può prevedere che il procedimento si svolga a mezzo di conferenze telefoniche, video, scambio di dichiarazioni scritte, o altre modalità idonee, in alternativa allo svolgimento di udienze che prevedano la partecipazione personale delle parti.»

tal senso, il regolamento dell'*Arbitration Institute della Stockholm Chamber of Commerce*, il quale in termini generici e pressoché analoghi alle disposizioni regolamentari finora analizzate, dispone a favore della potestà cautelare arbitrale³⁴⁶. Anche il regolamento della *Stockholm Chamber of Commerce*, con una norma analoga a quella contenuta nel regolamento *AAA-ICDR*, già ricordata, riconosce solo implicitamente la competenza cautelare dei giudici; ossia mediante la clausola di compatibilità di cui all'ultimo comma dell'art. 37, il quale prevede che: «[u]na richiesta di misure cautelari presentata da una parte all'autorità giudiziaria non è incompatibile con la convenzione arbitrale o con questo Regolamento.».

2.3 *L' Italia quale sede di arbitrato commerciale internazionale*

Nel primo e secondo capitolo di questo elaborato è stata analizzato il ruolo fondamentale della tutela cautelare nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti, approfondendo - in *primis* sul piano nazionale e in *secundis* in ambito internazionale - quelle che sono le regole che disciplinano la ripartizione della competenza cautelare tra giudici e arbitri. È stato altresì evidenziato come, la legittimazione della tutela cautelare arbitrale dipenda principalmente dall'ordinamento in cui ha sede l'arbitrato, il quale può - con esplicito riferimento all'esempio italiano - vietare tale potestà agli arbitri, ovvero - guardando agli ordinamenti presi in analisi nel corso di questo capitolo - riconoscerla ed in tal caso, riconoscerla direttamente *ex lege*, lasciando alle parti di statuire diversamente, oppure rimettere all'autonomia privata delle parti, la facoltà di convenire espressamente o meno (ossia mediante rinvio ad un regolamento arbitrale) a favore della competenza cautelare arbitrale³⁴⁷. Il risultato dell'analisi comparatistica condotta nel presente capitolo, ha

³⁴⁶ L'art. 37, tra l'altro, prevede che: «(1) Su istanza di parte, il Tribunale Arbitrale può concedere le misure cautelari che ritiene opportune. (2) Il Tribunale Arbitrale può ordinare alla parte che ha richiesto una misura cautelare di fornire idonea garanzia in relazione alla misura richiesta. (3) Una misura cautelare è adottata con ordinanza o con lodo. (4) L'Appendice II contiene norme sulle misure cautelari richieste prima dell'inizio dell'arbitrato ovvero prima che il caso sia stato trasmesso al Tribunale Arbitrale. [...]».

³⁴⁷ Sul punto, CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 586, osserva come sia preferibile optare «[...] per modelli legislativi che riconoscano i poteri cautelari degli arbitri in termini ampi, onde consentire alle parti di fare senz'altro ricorso a questa forma di tutela presso gli stessi arbitri competenti sul merito, in alternativa ai tribunali ordinari, ogniqualvolta ciò si riveli più vantaggioso, ovvero di riservarsi la facoltà di scelta in sede di stipulazione dell'accordo compromissorio.».

evidenziato, con assoluta chiarezza, la predominanza del modello di legittimazione cautelare concorrente³⁴⁸ tra arbitri e giudici, pur tenute di conto le differenze, sottolineate nel corso dell'analisi, tra i diversi ordinamenti. Come riportato nell'ultimo paragrafo, la legittimazione cautelare concorrente - seppur, anche qui, con le dovute differenze tra i diversi regolamenti passati in rassegna - prevale anche nei regolamenti arbitrali, i quali, pur non prevalendo sulle eventuali norme imperative contrarie (v. nel Capitolo I, a titolo esemplificativo, le disposizioni in materia cautelare previste dalla CAM), i regolamenti arbitrali costituiscono un'importante stella polare che indica dove si sta dirigendo la prassi arbitrale.

Quanto asserito sulla base dell'esame comparatistico condotto³⁴⁹, permette di ribadire quanto già affermato in conclusione del primo capitolo; ossia che l'originaria impostazione del codice di rito italiano - nel quale riecheggiava, sino alla recentissima Riforma Cartabia, il principio di competenza cautelare esclusiva dei giudici - facesse dell'Italia un esempio isolato sul piano internazionale³⁵⁰.

Giova in proposito evidenziare che nel prediligere la sede nella quale svolgere arbitrati internazionali, le parti naturalmente si orientano tenendo conto dell'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso (posto che comunque il lodo potrebbe essere impugnato o potrebbe porsi la necessità di una sua esecuzione), oltre che in base alle norme applicabili alla procedura arbitrale (che possono attribuire appunto più o meno ampi poteri agli arbitri in contrapposizione alla competenza dei giudici statali). Sino all'entrata in vigore del D. lgs. 149 del 2022, ove la sede dell'arbitrato internazionale fosse stata stabilita in Italia, gli arbitri cui pur fosse attribuita la potestà di emanare misure cautelari dal regolamento arbitrale richiamato dalle parti - non avrebbero potuto adottare provvedimenti di tal fatta, stante il divieto del previgente art. 818 c.p.c.

In caso di arbitrato internazionale dover adire l'autorità giudiziaria unicamente per ottenere la misura cautelare di cui si ha bisogno comporta diverse problematiche evidenziate

³⁴⁸ LAUDISA, *op. cit.*, p. 459: «La competenza cautelare del giudice statale non è esclusa dagli ordinamenti che attribuiscono tale competenza agli arbitri. Anche in quelli che tendono a limitare l'intervento del giudice statale nella procedura arbitrale, il ricorso a costui è necessario quando il collegio arbitrale non è ancora costituito, quando il provvedimento richiesto esige per essere utile, una immediata esecuzione e quando la sua esecuzione dipende dal comportamento di terzi.»

³⁴⁹ Cfr. POZZI, *op. cit.*, p. 17 «[...] da tempo la dottrina ha messo in luce come la soluzione consolidata al di fuori dell'ordinamento italiano sia oltremodo favorevole all'attribuzione agli arbitri di incisivi poteri cautelari.»

³⁵⁰ CARLEVARIS, *la tutela cautelare nell'arbitrato internazionale cit.*, p. 587.

più volte dalla dottrina. A titolo esemplificativo si rammenta che: (i) anzitutto coinvolgere incidentalmente un giudice ignaro della controversia, per di più in un paese estero, magari avente poca familiarità con la lingua ed il diritto processuale relativo ad una delle parti, comporterebbe l'aumento dei costi e dei tempi per addivenire alla tutela, compromettendo conseguentemente l'effettività di quest'ultima; (ii) le parti, per preservare l'effettività della tutela nel merito, dovrebbero accantonare i pregi tipici dell'arbitrato, quali ad esempio la flessibilità e la riservatezza, che hanno espresso di preferire mediante la scelta arbitrale quale metodo di risoluzione delle controversie; (iii) infine, l'eventuale pronuncia di un provvedimento anticipatorio potrebbe privare di significato la tutela di merito, alterando gli equilibri tra le parti in lite e pregiudicando - fuori dal procedimento arbitrale - l'esito della controversia³⁵¹.

Facendo un raffronto tra i dati statistici dei procedimenti internazionali aventi sede in Italia e quelli messi a disposizione da alcune principali istituzioni arbitrali permanenti, si può trovare conferma circa l'asserzione secondo cui, l'Italia non rientra di certo tra i Paesi maggiormente indicati dalle parti come sede di arbitrati transnazionali. Premesso che la maggior parte dei procedimenti internazionali con sede in Italia sono amministrati dalla Camera arbitrale di Milano, nel 2021, quest'ultima ha pubblicato il report annuale con riferimento ai dati del 2020. La CAM ha riportato che su 121 domande arbitrali solo 27 procedimenti hanno avuto elementi di internazionalità (a titolo esemplificativo, una delle parti non era di nazionalità italiana). Il dato deve essere certamente letto in combinato con quello ulteriormente riportato, secondo cui, l'anno 2020 ha, in ogni caso, registrato un aumento di procedimenti arbitrali internazionali del 35% rispetto l'anno precedente; tuttavia - nonostante tale incremento - il dato riportato dalla CAM non è comparabile con quelli registrati dalle principali istituzioni arbitrali internazionali relativi ai procedimenti transazionali con sede in Stati quali Svizzera, Francia, Stati Uniti e così via. A titolo esemplificativo, l'*International Chamber of Commerce*, nel *report* del 2021, statistiche sulla risoluzione delle controversie della *CCI 2020*³⁵², ha evidenziato che su 929 depositi, la Svizzera è stata selezionata quale sede arbitrale in ben 104 casi, gli Stati Uniti e la Francia in 88, mentre il Regno Unito in 85.

³⁵¹ Cfr. POZZI., *op. cit.*, p. 18.

³⁵² Cfr. in *jusmundi.com*.

Ancora, il *LCIA Annual Casework Report* del 2022³⁵³ evidenzia che l'88% delle parti coinvolte nei procedimenti arbitrali instaurati nel 2021 proveniva da Stati diversi dal Regno Unito. Il *report* mette altresì in evidenza che su 293 richieste di arbitrato, nell'88% è stata indicata Londra quale sede arbitrale; pertanto il combinato dei dati succitati permette, da un lato, di affermare che il Regno Unito è certamente una delle maggiori sedi di procedimenti arbitrali internazionali, dall'altro che i numeri dell'Italia quale sede di arbitrato transnazionale ancora non possono competere con quelli registrati in Stati come, per l'appunto, il Regno Unito.

Ciò detto, è cristallino che il superamento del divieto posto dall'art. 818 ha permesso finalmente all'Italia di compiere il primo passo per diventare un un Paese *arbitration friendly*.

³⁵³ Cfr. in *lcia.org*. «*The percentage of parties from the United Kingdom decreased in 2022 (12%) compared with 2021 (15%). Only 5% of LCIA Arbitrations involved parties who were all from the United Kingdom (same as in 2021). As a result, 95% of LCIA Arbitrations have at least one international party, and 75% involve no UK parties.*». Una medesima conclusione può trarsi con riferimento alla Svezia. Infatti, le statistiche del 2022 redatte dall'*Arbitration Institute della Stockholm Chamber of Commerce*, nelle quali è evidenziato il dato per cui l'81% delle richieste di arbitrato per l'anno di riferimento indicavano la Svezia quale sede d'arbitrato, riportano che il 47% dei 143 nuovi casi erano controversie internazionali. Anche il combinato di tali dati permette di concludere circa la crescente appetibilità della Svezia quale sede di arbitrato internazionale. Cfr. i dati della *SCC Arbitration institute* in *sccarbitrationinstitute.se*.

CAPITOLO III

LA RIFORMA DELL'ARBITRATO NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE QUALE FRUTTO DELLA C.D. RIFORMA CARTABIA

Sommario:

3.1 Le direttive da apportare in materia d'arbitrato contenute nella legge di delega n. 206/2021. 3.1.1 L'attribuzione generalizzata del potere cautelare agli arbitri. 3.1.1.1 Il sistema esclusivo per la competenza cautelare optato dalla Riforma Cartabia. 3.1.1.2 L'espressa volontà delle parti. 3.1.1.3 Il problema relativo alla carenza di poteri coercitivi degli arbitri e l'attuazione delle misure cautelari arbitrali. 3.1.1.4 Il reclamo e la temuta ingerenza del giudice sull'andamento del procedimento arbitrale. 3.1.1.5 La revoca e modifica del provvedimento cautelare. 3.1.1.6 La sopravvenuta inefficacia del provvedimento cautelare. 3.1.1.7 La tutela cautelare e l'arbitrato irrituale. 3.1.2 L'impatto della riforma dell'arbitrato sulla sospensione delle delibere assembleari. 3.1.2.1 Il riordino delle norme che disciplinano l'arbitrato societario nel codice di rito. 3.1.2.2 La sospensione delle deliberazioni assembleari ai sensi del nuovo art. 838-ter co. 4. 3.1.3 Le modifiche apportate al Regolamento della Camera arbitrale di Milano a seguito della riforma dell'articolo 818 c.p.c. La figura dell'arbitro d'urgenza.

Nel corso del presente elaborato, si è più volte accennato alla riforma Cartabia quale recentissima novella interessante - tra l'altro - l'arbitrato.

Orbene, il legislatore delegato ha dato attuazione alla legge delega n. 206 del 2021 con D. lgs. n. 149, del 10 ottobre 2022³⁵⁴, dando vita ad un intervento per così dire strutturalmente "multilivello". Difatti, al di là delle modifiche di mero coordinamento, su tutte quelle volte a dar conto della facoltà per gli arbitri di concedere provvedimenti cautelari ed della trasposizione della disciplina speciale, concernente l'arbitrato societario, dettata dal D. lgs. n. 5/2003 nel codice di rito³⁵⁵, il legislatore delegato è intervenuto modificando talune disposizioni esistenti ovvero introducendo nuovi articoli³⁵⁶.

³⁵⁴V. decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 in *gazzettaufficiale.it*, "Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata."

³⁵⁵ Si vedano i nuovi artt. 838-bis-838-quinquies c.p.c. V. *infra*.

³⁵⁶ In termini evidentemente sintetici, quale panoramica globale dell'intervento delegato in commento, si può asserire che: (i) possono ritenersi condivisibili alcune soluzioni di dettaglio operate quali, ad es. la soluzione ad

Tra i temi individuati dal legislatore delegante, quello oggetto di radicale riforma è sicuramente la legittimazione della potestà cautelare arbitrale.

Nel corso di questo capitolo verranno analizzate le direttive contenute nella legge delega n. 206/2021³⁵⁷, riguardanti anzitutto la scelta di attribuire - in presenza di convenzione arbitrale ed in presenza di «espressa volontà delle parti» - la competenza cautelare agli arbitri, per poi esaminare le implicazioni di tale evoluzione normativa. Si soppeserà inoltre la presa di posizione del legislatore nazionale tesa a ribadire la carenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri per il versante relativo all'attuazione delle misure cautelari, per le quali rimane salda la prerogativa statale.

Ancora, si valuterà l'impatto della riforma in particolare sulla sospensione delle delibere assembleari, prendendo in considerazione il riordino delle norme che, fino alla riforma, erano contenute nel decreto legislativo n. 5/2003³⁵⁸ e le chiarificazioni apportate dal legislatore con riguardo alle diverse questioni controverse, in dottrina e giurisprudenza, analizzate nella seconda parte del primo capitolo del presente elaborato. Tra tali questioni, ad esempio, si rammenta la *vexata quaestio* della natura del provvedimento cautelare di sospensione, della tipologia degli atti suspendibili, della competenza del giudice statale prima della costituzione del tribunale arbitrale.

Infine, ci concentreremo sulle scelte operate da legislatore per i profili inerenti al coordinamento tra la competenza cautelare degli arbitri e quella dei giudici, alla revoca, alla modifica, al reclamo e all'attuazione del provvedimento cautelare arbitrale.

oggi codificata all'art. 839 c.p.c. - con conseguente modifica dell'art. 840 c.p.c. - concernente l'immediata esecutività del provvedimento concedente l'*exequatur* ad un lodo estero emanato *inaudita altera parte* ovvero la riduzione a metà del termine lungo per impugnare il lodo ai sensi dell'attuale 829 c.p.c.; (ii) le nuove disposizioni di cui agli artt. 819-*quater* e 816-*bis*, co. 1, pressoché necessarie, in materia di *traslatio iudicii* ingenerano un certo grado di incertezza (sulle ragioni di tale asserzione v. nota 360); (iii) la modifica degli artt. 813 e 815 concernenti gli obblighi di *disclosure* e alla garanzia dell'indipendenza degli arbitri non ha prodotto i frutti sperati generando invero un tangibile ginepraio; (iv) all'interno di questo sintetico quadro globale, emerge la vera e propria novità di grande rilievo della Riforma in analisi, la quale realizza l'inversione sistematica di rotta tanto attesa, auspicata; ovverosia la legittimazione della potestà cautelare arbitrale con una radicale modifica della norma che sino ad oggi ne disponeva il divieto, ossia l'art. 818 del codice di rito.

³⁵⁷ V. su *normattiva* (normattiva.it) la legge delega n. 206/2021 (pubblicata in gazzetta ufficiale il 9 dicembre 2021, n. 292).

³⁵⁸ Sulle disposizioni del D. lgs. n. 5/2003 in materia cautelare nell'arbitrato societario v. paragrafo 1.3.1 ss. di questo elaborato.

3.1 *Le direttive sulle modifiche da apportare in materia d'arbitrato contenute nella legge di delega n. 206/2021*

In questo paragrafo - prima di passare all'analisi dei criteri direttivi relativi alla potestà cautelare arbitrale - si farà cenno alle altre principali macroaree di intervento³⁵⁹, in materia di arbitrato, oggetto della legge n. 206 del 26 novembre 2021.

Al di là del criterio direttivo riguardante l'attribuzione del potere cautelare agli arbitri, è stata definita dai primi commentatori quale disposizione di portata storica quella che introduce la cosiddetta *traslatio iudicii*³⁶⁰ tra arbitri e giudice ordinario e viceversa. Inoltre, particolarmente significative sono state le misure volte a garantire l'indipendenza e

³⁵⁹ L'art. 1 co. 15 della L. n. 206/2021 ha delegato il governo ad operare: sulla disciplina relativa alla c.d. *traslatio iudicii*; sul rafforzamento delle garanzie degli arbitri in termini di imparzialità e indipendenza; sull'attribuzione dell'efficacia esecutiva al provvedimento di riconoscimento dei lodi emessi in sede di arbitrato estero; sulla possibilità delle parti di scegliere la legge applicabile al procedimento; sulla riduzione del termine per impugnare il lodo in caso di nullità; l'attribuzione del potere cautelare agli arbitri; ed infine la trasposizione della disciplina dell'arbitrato societario nel codice di rito.

³⁶⁰ La direttiva contenuta nell'art. 1, comma 15°, lettera g) della legge delega, - conformemente alla proposta di cui alla c.d. Relazione Luiso ed - attribuendo al governo il compito di «disciplinare la *translatio iudicii* tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario e tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale la disciplina della “*translatio iudicii*” tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario», attua la pronuncia della Corte Costituzionale del 19 luglio 2013, n. 223. La relazione illustrativa della *Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi*, p. 18., riporta per l'appunto che «[...] anche per dare attuazione a quanto stabilito dalla Corte costituzionale, sentenza 19 luglio 2013, n. 223, si prevede di disciplinare la *translatio iudicii* tra giudizio ordinario e arbitrato e nella corrispondente speculare ipotesi.». La legge delega ha stabilito un criterio direttivo volto alla creazione di una disciplina specifica, della cui analisi si rinvia a SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, commento alla normativa, in *onelegale (onelegale.it)*, 2022; SASSANI, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)*, i quali hanno evidenziato, anzitutto, come l'eterogeneità degli ambiti procedurali (giudiziale e arbitrale) impedisca una semplice riassunzione tra i due diversi organi decisionali. In sede d'attuazione l'articolo 3, co. 52, lettera d) del D. lgs. n. 149/2022, ha introdotto nel codice di rito l'art. 819-*quater*, della cui analisi si rinvia a AMENDOLAGINE, *Arbitrato: le principali novità introdotte dal D. lgs. n. 149/2022*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2023; SALVANESCHI, *le nuove norme in materia di arbitrato*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2023.; GIORGETTI, *Commento alle novità in materia di arbitrato introdotte dal decreto legislativo n. 10 ottobre 2022, n. 149*, in *judicium (judicium.it)*, 2022. In termini estremamente sintetici si anticipa in questa sede che l'art. 819-*quater* stabilisce che, ove il soggetto adito si dichiara incompetente, gli effetti della domanda saranno fatti salvi ove la causa venga riassunta tempestivamente innanzi all'altro soggetto indicato quale competente; più precisamente, entro tre mesi «dal passaggio in giudicato della sentenza con cui è negata la competenza in ragione di una convenzione di arbitrato o dell'ordinanza di regolamento» ovvero «dal passaggio in giudicato del lodo che declina la competenza arbitrale sulla lite o dalla pubblicazione della sentenza o dell'ordinanza che definisce la sua impugnazione». Dunque per entrambe le ipotesi menzionate al primo e secondo comma della norma in commento è previsto che il procedimento continui innanzi all'organo competente, lasciando tuttavia incerto come nel concreto detta continuazione debba avvenire. Infatti se «il riferimento alla continuazione rende chiara la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, ben più difficile è immaginare l'iter di prosecuzione del procedimento nei due casi, poiché il passaggio dall'uno all'altro plesso giurisdizionale comporta la *translatio* tra sistemi governati da regole profondamente diverse.». In tal senso SALVANESCHI, *ult. op. cit.*

l'imparzialità³⁶¹ degli arbitri al fine di rafforzare la fiducia nelle procedure arbitrali e garantire una giustizia equa e imparziale. Non sono poi prive di rilevanza le norme introdotte sulla possibilità per le parti di scegliere la legge applicabile per la decisione³⁶².

Queste novelle rappresentano un passo significativo nell'evoluzione della disciplina italiana dell'arbitrato e meritano un'attenta valutazione, che sarebbe però un fuor d'opera nell'economia del presente elaborato, per cui ci si limita a poche note di rinvio ai commenti sin qui pubblicati dalla dottrina³⁶³.

³⁶¹ L'art. 1, comma 15°, lett. a) ha stabilito alcuni principi e criteri direttivi volti a rafforzare l'imparzialità e l'indipendenza dell'arbitro, ovvero, nello specifico, di: «rafforzare le garanzie di imparzialità e indipendenza dell'arbitro, reintroducendo la facoltà di riconsiliazione per gravi motivi di convenienza nonché prevedendo l'obbligo di rilasciare, al momento dell'accettazione della nomina, una dichiarazione che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti ai fini delle sopra richiamate garanzie, prevedendo l'invalidità dell'accettazione nel caso di omessa dichiarazione, nonché in particolare la decadenza nel caso in cui, al momento dell'accettazione della nomina, l'arbitro abbia omesso di dichiarare le circostanze che, ai sensi dell'articolo 815 del codice di procedura civile, possono essere fatte valere come motivi di riconsiliazione». Da una prima lettura si denota anzitutto la reintroduzione³⁶¹ della facoltà di riconsiliare gli arbitri per gravi motivi di convenienza. Inoltre è stato introdotto l'obbligo per l'arbitro di fornire una dichiarazione contenente tutte le circostanze rilevanti per garantire l'imparzialità e nel caso «in cui, al momento dell'accettazione della nomina, l'arbitro abbia omesso di dichiarare le circostanze che, ai sensi dell'articolo 815 del codice di procedura civile, possono essere fatte valere come motivi di riconsiliazione», la legge delega prevede quale direttiva la decadenza dell'arbitro. Per una compiuta analisi del criterio direttivo di cui alla lett. a) si rinvia ad ANDREA PANZAROLA, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)* cit. Brevemente si anticipa che il legislatore è intervenuto in materia di imparzialità degli arbitri al fine di realizzare l'obiettivo di preservare la fiducia delle parti nel giudice privato, modificando diverse norme e più precisamente gli articoli 810, 813 e 815 del codice di rito. Per un primo commento alle norme succitate v. BOVE, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) - La riforma dell'arbitrato*, su *onelegale (onelegale.it)*, 2023; GIORGETTI, *op. cit.*; AMENDOLAGINE, *op. cit.* Brevemente si può delineare il seguente quadro di massima. Con l' art. 810 co. 3 è stato posto in capo al presidente del tribunale - al quale le parti possono eventualmente rivolgersi per la nomina degli arbitri - l'obbligo di effettuare la nomina, «nel rispetto di criteri che assicurano trasparenza, rotazione ed efficienza e, a tal fine, della nomina viene data notizia sul sito dell'ufficio giudiziario». Al fine di garantire l'effettiva imparzialità del collegio arbitrale e pertanto la fiducia delle parti verso la figura dell'arbitrato, il legislatore delegato è, come anticipato, intervenuto anche sull'articolo 813 del codice di rito, stabilendo che a pena di nullità dell'accettazione e dunque di mancato perfezionamento dell'accettazione dell'incarico, l'arbitro, in sede di accettazione (ovvero successivamente ove sopravvenute a quest'ultima) è tenuto a dichiarare l'eventuale sussistenza di circostanze che siano in grado di suscitare dubbi circa l'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro stesso, ossia quelle circostanze che ai sensi del primo comma dell'art. 815 ne legittimano la riconsiliazione. Ove, tali circostanze rilevanti, non siano denunciate dall'arbitro, le parti, ai sensi dell'art. 813-bis potranno rivolgersi all'autorità giudiziaria affinché quest'ultima dichiari la decadenza dell'arbitro venuto all'obbligo di cui all'art. 813. L'art. 813 in commento, si completa con il disposto di cui all'art. 815 c.p.c., il quale, come anticipato, ha visto l'introduzione, tra i motivi (tipicizzati) di riconsiliazione di cui ai nn. 1 a 6, di una clausola aperta; ovvero, con la riforma, ai motivi previsti dall'art. 815, co. 1 ed in ossequio a quanto previsto dalla legge delega, è stato aggiunto il n. 6-bis, ai sensi del quale l'arbitro può essere riconsiliato ove: «sussistono altre gravi ragioni di convenienza, tali da incidere sull'indipendenza o sull'imparzialità dell'arbitro». L'intervento normativo in commento tende dunque a rafforzare le garanzie di imparzialità e indipendenza, fondamentali alla realizzazione del giusto processo.

³⁶² Per un'esauritiva analisi sul punto cfr. PUNZI, *Le prospettive di riforma dell'arbitrato offerte dalla legge delega «per l'efficienza del processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 611.

³⁶³ V. *sub* note 360- 361 - 362.

3.1.1 L'attribuzione generalizzata del potere cautelare agli arbitri

Passando alle disposizioni concernenti il nuovo potere cautelare attribuito agli arbitri, la legge delega ha proposto la vera novità della Riforma³⁶⁴ - che come più volte evidenziato nei capitoli precedenti era da anni auspicata nell'ambito dell'arbitrato.

Il riconoscimento agli arbitri rituali del potere di incidere cautelamente nelle controversie compromesse è di certo la modifica - tra quelle apportate dalla riforma Cartabia in materia di arbitrato - di maggior rilievo, soprattutto da un punto di vista sistematico.

L'art. 1, comma 15°, lett. c) della legge delega stabilisce infatti i seguenti principi: «prevedere l'attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare misure cautelari nell'ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo, salva diversa disposizione di legge; mantenere per tali ipotesi in capo al giudice ordinario il potere cautelare nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri; disciplinare il reclamo cautelare davanti al giudice ordinario per i motivi di cui all'art. 829, primo comma, del codice di procedura civile e per contrarietà all'ordine pubblico; disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare sempre sotto il controllo del giudice ordinario».

Il Parlamento ha dunque delegato il Governo a prevedere che gli arbitri rituali possano emanare misure cautelari, ove ciò sia esplicitamente convenuto tra le parti nella convenzione di arbitrato o in un atto scritto successivo e sempre che la legge non lo vieti³⁶⁵. Ha poi specificato che nell'ipotesi di una pattuizione volta a conferire poteri cautelari agli arbitri, il giudice ordinario rimane competente solo per le domande di misure cautelari presentate prima dell'accettazione degli arbitri. Inoltre, dal testo succitato emerge la richiesta del legislatore delegante di conformare la disciplina del reclamo cautelare davanti al giudice ordinario in modo che essa consenta l'impugnazione per i motivi di cui all'art. 829, primo

³⁶⁴ Delle novità relative all'arbitrato, contenute nella legge delega, la rimozione del divieto per gli arbitri di assumere provvedimenti cautelari è di gran lunga la più importante.

³⁶⁵ A detta dei primi commentatori, la clausola di salvezza di «diversa disposizione» è un elemento che pare riflettere la persistenza di una certa sfiducia del legislatore verso i giudici privati con riguardo all'adozione di misure cautelari, che sono ritenute particolarmente invasive nella sfera giuridica delle parti. In altre parole, il legislatore ha lasciato aperta la possibilità di individuare, in futuro, eventuali materie, eventuali misure, da sottrarre alla competenza cautelare arbitrale. A ben vedere, in ogni caso, ad oggi e nel nostro ordinamento non sussistono misure sottratte alla competenza cautelare degli arbitri.

comma, c.p.c., nonché per contrarietà all'ordine pubblico. Infine è stato stabilito di sottoporre l'attuazione delle misure cautelari adottate da arbitri al controllo del giudice ordinario.

La generalizzata attribuzione della potestà cautelare agli arbitri (in virtù di una pattuizione raggiunta in tal senso tra i litiganti, fermo restando eventuali divieti normativi), rappresenta una previsione radicalmente opposta rispetto alla formulazione originaria dell'art. 818 c.p.c.³⁶⁶.

3.1.1.1 *Il sistema esclusivo per la competenza cautelare optato dalla Riforma Cartabia*

Con la legge delega n. 206/2021, è stato operato un cambiamento significativo, anzi un rovesciamento, del precedente sistema da un duplice punto di vista. Infatti, da un lato, come detto, si è passati dal divieto sancito dall'originario art. 818 c.p.c.³⁶⁷ ad una generalizzata legittimazione (salve previsioni normative preclusive); dall'altro, si è passati dalla potestà cautelare attribuita in via esclusiva ai giudici statali ad un potere cautelare che è - in caso di espressa pattuizione legittimante delle parti ed -, a partire dall'accettazione del mandato³⁶⁸, altrettanto esclusivo per gli arbitri.

Sulla base di quanto ampiamente riportato nel secondo capitolo - ossia in merito alla diffusione maggioritaria, nello scenario comparatistico e sovranazionale (tanto nei sistemi legislativi municipali, quanto nei regolamenti delle istituzioni arbitrali internazionali) del modello di potestà cautelare concorrente³⁶⁹ - sono state mosse diverse osservazioni critiche³⁷⁰ verso la scelta del legislatore italiano di configurare una competenza cautelare che prevede un'alternanza tra arbitri e giudici.

³⁶⁶ Sulla versione originale dell'art. 818 c.p.c. v. il primo capitolo di questo elaborato.

³⁶⁷ Attenuato solo dalla sussistenza di una diversa previsione di legge, ai sensi del secondo comma dell'art. 818 così come introdotto dalla riforma del 2006.

³⁶⁸ V. *infra* sull'ambiguità del criterio direttivo in merito al *dies a quo* per l'esclusione della competenza cautelare dell'autorità statale.

³⁶⁹ La scelta operata dal legislatore delegante ed attuata dal governo è - partendo dal caso paradigmatico rappresentato dal sistema svizzero - contraria alla maggior parte delle esperienze sul piano internazionale, le quali rimettono alle parti la facoltà di scegliere, caso per caso, in base all'esigenza da soddisfare nel caso concreto, tra l'autorità statale e gli arbitri.

³⁷⁰ V. SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile* cit.

Sul punto vi è chi, in dottrina, ha evidenziato come tale opzione derivi dalla volontà di attribuire il *decisum* cautelare al medesimo soggetto preposto alla decisione del merito della controversia³⁷¹.

Il principio espresso nella l. n. 206/2021 non ha lasciato spazio ad un'interpretazione difforme da quella per cui, dal momento in cui il tribunale arbitrale è costituito o l'arbitro unico ha accettato, la competenza cautelare dell'autorità giudiziaria sia da intendersi esclusa³⁷². Alla luce di tale constatazione, i primi commentatori della legge di delega hanno evidenziato che l'ordinamento italiano passerebbe da una posizione completamente preclusiva in merito alla potestà cautelare arbitrale (e dunque da una situazione ordinamentale isolata sul piano internazionale) ad una posizione persino più favorevole alle prerogative arbitrali rispetto alla maggior parte degli ordinamenti che sono tradizionalmente considerati “*arbitration-friendly*”; in quanto, come ampiamente visto nel secondo capitolo, in detti ordinamenti, pur dando precedenza all'arbitro, è lasciata comunque alle parti la facoltà di scegliere l'autorità cui rivolgersi anche in pendenza del procedimento arbitrale³⁷³. È doveroso tuttavia anticipare che, differentemente da altri sistemi³⁷⁴ (che prevedono una legittimazione

³⁷¹ In tal senso, *ibidem*, la quale sul punto commenta che per quanto sia vero che: «la preclusione a richiedere tutela cautelare al giudice dopo che il collegio arbitrale si sia costituito può essere foriera di qualche limitazione sul piano dell'effettività della misura pronunciata perché gli arbitri difettano di potere coercitivo, [...] è anche vero che affidare in via generale la valutazione della lite in sede cautelare allo stesso soggetto destinato a pronunciare nel merito è opzione che appare in maggior sintonia con i valori dell'economia del giudizio e della coerenza delle decisioni, tanto più in un sistema che introduce uno strumento di controllo sulla misura cautelare affidato comunque alla giurisdizione ordinaria.»

³⁷² I primi commentatori si chiedevano come fosse possibile il coordinamento tra i poteri cautelari dell'autorità statale e quelli degli arbitri con riguardo alla figura del c.d. “arbitrato d'urgenza”, che, come visto nel secondo capitolo di questo elaborato, è un meccanismo previsto da la stragrande maggioranza dei regolamenti arbitrali al fine di limitare l'assenza di un organo arbitrale a cui rivolgersi al fine di chiedere provvedimenti urgenti. Tali meccanismi consentono la rapida nomina di un “arbitro d'urgenza” esclusivamente affinché adotti provvedimenti d'urgenza. Sebbene il procedimento di arbitrato d'urgenza non sia completamente indipendente dal procedimento arbitrale ordinario, e in molti casi l'efficacia nel tempo delle misure adottate dall'arbitro d'urgenza presuppone l'avvio successivo di un procedimento arbitrale principale, è stato argomentato nel senso per cui l'esclusione della giurisdizione del giudice statale si avrà a partire dall'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro d'urgenza ovvero dal momento in cui siano soddisfatti gli eventuali ed ulteriori previsti dallo specifico regolamento applicabile al concreto procedimento arbitrale e non dall'accettazione dell'incarico del tribunale arbitrale ordinario, come stabilito dai principi della delega. In tal senso, cfr. CARLEVARIS, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15) cit.*

³⁷³ Si rammenta ad es. la competenza perfettamente concorrente tra l'autorità giudiziale e gli arbitri prevista dal diritto svizzero (sul punto v. Capitolo II di questo elaborato) ovvero le previsioni nel diritto inglese ai sensi delle quali ove l'arbitro sia impossibilitato ad intervenire o a farlo efficacemente i giudici mantengono il potere di assumere misure cautelari nonostante la pendenza del procedimento arbitrale. (sul punto v. Capitolo II di questo elaborato).

³⁷⁴ V. l'analisi svolta nel secondo capitolo del presente elaborato.

ex lege) l'ordinamento italiano richiede, necessariamente, l'espressa pattuizione delle parti al fine di fondare la potestà cautelare arbitrale.

Ciò detto, il nuovo 818, concordemente con la legge di delega, al primo comma, statuisce che: «[l]a competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva.»³⁷⁵.

La competenza dall'autorità statale, pertanto, sussisterà, in ossequio al comma 2 del nuovo art. 818 c.p.c.³⁷⁶, relativamente alle domande cautelari proposte «[p]rima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale.»³⁷⁷.

La scelta di attribuire la potestà cautelare in via esclusiva agli arbitri non è priva di conseguenza. Sul punto c'è infatti da chiedersi (i) in primo luogo, se, pur a seguito dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri, il giudice statale sarà o meno competente in via cautelare nel caso in cui si necessiti di un provvedimento che debba essere rivolto anche nei confronti di soggetti terzi alla convenzione; e (ii) in secondo luogo, se le parti possano derogare a tale competenza esclusiva degli arbitri, conferendo sì la potestà agli arbitri di decidere cautelamente, ma contemporaneamente prevedendo pattiziamente la possibilità delle parti stesse di scegliere a chi rivolgersi - agli arbitri o al giudice statale - in base al tipo di provvedimento cautelare richiesto.

³⁷⁵ Ove un giudice statale venga adito con un ricorso cautelare, appurata sussistenza di una convenzione arbitrale, al fine di valutare la propria potestà *iudicandi*, dovrà anzitutto verificare se vi sia espressa manifestazione di volontà delle parti di attribuire ai giudici privati la potestà cautelare e se quest'ultimi hanno conseguentemente accettato l'incarico. In seguito, dovrà verificare la sussistenza della propria potestà alla luce delle ordinarie norme sul procedimento cautelare uniforme. Per le verifiche succitate si applica l'art. 28 del codice di rito e pertanto la regola della rilevanza d'ufficio, non applicandosi però, in caso di declaratoria di incompetenza, il nuovo art. 819-*quater*, in quanto limitato - sulla base del tenore dell'art. 819-*ter* - al procedimento di merito. È bene sottolineare inoltre che, ove sopravvenga l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri, il giudice della cautela, ai sensi dell'art. 5 c.p.c. non vedrà venir meno la propria competenza. Sul tema relativo alle verifiche circa la competenza cautelare in presenza di una convenzione che attribuisca agli arbitri potestà cautelare, v. BRIGUGLIO, *il potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile e la inevitabile interferenza del giudice ("evviva il cautelare arbitrale!", ma le cose non sono poi così semplici)* cit.

³⁷⁶ «Prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669 quinquies.»

³⁷⁷ La precisa formulazione espressa in sede di attuazione all'art. 818 c.p.c. ha dato seguito alle preoccupazioni della dottrina con riferimento al *dies a quo* del potere cautelare esclusivo degli arbitri. Infatti il riferimento all'"accettazione degli arbitri", contenuto nella delega, quale *dies a quo* della competenza esclusiva degli arbitri, a detta dei primi commentatori, avrebbe generato incertezza, e relativo ad un potenziale vuoto di tutela cautelare nella fase intermedia in cui gli arbitri, nonostante abbiano accettato il mandato, ancora non siano in grado di provvedere. Si osservi in ogni caso che, sebbene l'articolo 813 c.p.c. indichi quale *dies a quo* della competenza arbitrale nel merito, l'accettazione del mandato, tale norma è derogabile. A ben vedere infatti la maggior parte dei regolamenti arbitrali deroga all'art. 813, in quanto, con riferimento al momento di inizio del procedimento arbitrale, prevedono requisiti ulteriori e successivi all'accettazione del mandato. A titolo esemplificativo V. il Regolamento CCI (Camera di Commercio Internazionale), il quale all'art. 16 prevede che il fascicolo venga trasmesso al tribunale arbitrale al momento della sua costituzione e dunque non al momento dell'accettazione degli arbitri, e ciò avviene solo dopo il versamento dell'anticipo per la copertura delle spese procedurali.

Tali interrogativi sono stati lasciati, dalla legge delega, alla determinazione del legislatore delegato, il quale tuttavia non ha provveduto a fornire alcun chiarimento in merito.

Nel silenzio normativo, gli autori che si sono finora occupati del tema hanno risposto in termini positivi ai quesiti sopra esposti³⁷⁸.

Sia consentito osservare che il modello adottato nell'ordinamento italiano può sembrare di più semplice applicazione rispetto a quello concorrente invalso in altri ordinamenti o nei regolamenti delle istituzioni arbitrali internazionali; tuttavia, per come è stato concretamente apprestata la relativa disciplina presenta delle complessità, che si sarebbero potute evitare o quantomeno ridurre ove vi fosse stata maggior chiarezza da parte del legislatore, tanto nella fase di delega quanto in sede di attuazione.

3.1.1.2 *L'espressa volontà delle parti*

Di certo, una questione nevralgica che ha portato la dottrina ad ipotizzare interpretazioni e soluzioni dinanzi alle carenti indicazioni del legislatore delegante attiene al principio direttivo, secondo il quale al fine di legittimare il potere cautelare degli arbitri è necessaria una: «espressa volontà delle parti in tal senso, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo».

Dunque, nel disegno del legislatore delegante gli arbitri hanno potere di emettere misure cautelari solo e soltanto se tale potere sia espressamente previsto dalle parti nella convenzione arbitrale ovvero in un atto scritto separato successivo. Conseguentemente, nel dare attuazione a questa direttiva il Governo ha riconosciuto i poteri cautelari arbitrali,

³⁷⁸ Sulla possibilità in capo alle parti di derogare al principio di esclusività della competenza cautelare arbitrale, BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*, in termini positivi relativamente a tale facoltà, osserva che «la stessa possibilità compromissoria, con previsione di unilaterale scelta alternativa della giurisdizione ordinaria ad opera di chi assume l'iniziativa o di una fra le parti anticipatamente determinata, è aperta anche quanto alla cognizione sul merito (clausole arbitrali che in vario modo non pregiudichino il ricorso alternativo al giudice)». *Contra*, SALVANESCHI, *le nuove norme in materia di arbitrato cit.*, la quale asserisce che, proprio in virtù dell'estrema chiarezza della norma verso l'esclusività del potere arbitrale, non sia possibile che le parti attribuiscono tale potere in via concorrente tra arbitri e giudice. Sul quesito relativo alla possibilità per le parti di rivolgersi al giudice statale ove il provvedimento richiesto, al fine di esplicitare effettiva efficacia necessita di produrre effetti anche nella sfera giuridica di terzi estranei alla convenzione e pertanto non emanabile in sede arbitrale ovvero in tutto o in parte inefficace se in tale sede emanato, BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*, ritiene accordabile tale facoltà ai compromittenti sulla base del principio di effettività della tutela cautelare concretamente richiesta.

riconoscendoli - non *ex lege*, ferma restando l'eventuale volontà contraria delle parti, bensì - solo a fronte di una volontà congiuntamente espressa delle parti in tal senso³⁷⁹.

A ben vedere, nel nostro ordinamento, l'unico caso in cui agli arbitri è concesso *ex lege* il potere cautelare, senza una previa investitura ad opera delle parti, riguarda la sospensione cautelare delle delibere societarie, già prevista dall'articolo 35, co. 5 del D. lgs. n. 5/2003 ed ora disciplinata all'articolo 838-*ter*, co. 4, c.p.c.³⁸⁰. Detta regola continua a rimanere speciale ed a non omologarsi alla previsione *ex* 818 poiché «nella interconnessione fra diritto societario sostanziale e strumentario processuale la cautela sospensiva è fin troppo essenziale connotato del giudizio sulla validità della delibera.»³⁸¹. In ogni caso, come si vedrà *infra*, l'art. 818 c.p.c. troverà applicazione, in ambito societario, con riferimento alle misure cautelari diverse dalla sospensione delle delibere assembleari.

Nell'arbitrato comune, *ex* art. 818, co. 1, i poteri cautelari vanno invece attribuiti agli arbitri per iscritto mediante convenzione arbitrale ovvero con atto successivo, purché antecedente «all'istituzione del giudizio arbitrale» ossia alla notifica della domanda arbitrale³⁸². A ben vedere, il tenore letterale del nuovo art. 818, co. 1, c.p.c. rende superflua la necessità di indicare la competenza cautelare arbitrale quale esclusiva. In dottrina ci si è chiesto però se le parti possono investire gli arbitri di poteri cautelari parziali, escludendo espressamente l'emanazione o, al contrario, consentendo solo l'adozione di certi tipi di provvedimenti³⁸³.

³⁷⁹ Sul punto, DE SANTIS, *Il potere cautelare degli arbitri, Note di primo commento ad una riforma attesa, in judicium (judicium.it)*, 2023, evidenzia come, «[l]e clausole compromissorie dunque diventano l'elemento fondamentale per verificare se gli arbitri siano dotati o meno di potere cautelare e ciò con tutti i dubbi connessi che si pongono di fronte al lavoro di copia e incolla di clausole prese da formulari in via tralattizia e trasfusi all'interno della convenzione compromissoria.». Cfr. anche BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*

³⁸⁰ Sugli interventi posti dal legislatore delegato in materia di arbitrato societario v. paragrafo 3.1.2 di questo elaborato.

³⁸¹ Cfr. BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*

³⁸² In tal senso dunque l'attribuzione del potere cautelare agli arbitri precederà sempre la loro accettazione. Ad onore del vero la necessaria pendenza del patto scritto non era contemplata nel principio espresso nella delega, il quale indicava solo un «atto scritto successivo». In ogni caso, ove la convenzione faccia rinvio ad un regolamento arbitrale, l'«istituzione del giudizio arbitrale» dovrà essere riferita al deposito della domanda arbitrale nel caso in cui il regolamento al quale è stato fatto rinvio preveda ciò. Sul punto cfr. *ibidem*.

³⁸³ *Ibidem* considera ammissibile tale facoltà delle parti.

Taluni studiosi³⁸⁴ hanno poi ricostruito l'esigenza che vi sia una «espressa volontà delle parti» in modo tale da non compromettere la previsione generale attributiva dei poteri cautelari agli arbitri.

Vi è, ad esempio, chi ha avanzato l'idea di valutare la possibilità di riconoscere il richiamo ad un Regolamento arbitrale nella convenzione arbitrale quale espressa volontà delle parti in lite di concedere agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari³⁸⁵. A ben vedere, il significato attribuibile al rinvio ad un Regolamento precostituito da un'istituzione arbitrale, predisposto ex art. 832 c.p.c. nella convenzione arbitrale, è quello di ricezione di ogni disposizione del regolamento stesso³⁸⁶.

Secondo la dottrina, e salvo non si propenda per una lettura estremamente rigida e restrittiva del criterio direttivo enunciato nella norma, una tale previsione, rientrava perfettamente nei limiti della legge di delega³⁸⁷.

³⁸⁴ CARLEVARIS, *L'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)* cit., il quale considera la condizione dell'espressa attribuzione dei poteri cautelari agli arbitri da parte dei compromittenti una menomazione ben più rilevante dell'inciso "salvo diversa previsione", quale sentore di persistente sfiducia del legislatore nei confronti degli arbitri in settori particolarmente incisivi; ed evidenzia come «[s]i tratta di un requisito perlopiù sconosciuto alle più evolute leggi straniere sull'arbitrato, che tendono a seguire il principio inverso: i poteri cautelari degli arbitri costituiscono la regola e l'espressa esclusione da parte dei compromittenti l'eccezione (v., per esempio, l'art. 183, 1° comma, della legge svizzera di diritto internazionale privato: "*Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie*"; in Inghilterra, l'espresso conferimento del potere cautelare degli arbitri è superfluo per importanti categorie di misure, quali *security for costs*, misure cautelari relative alla proprietà e all'assunzione e preservazione delle prove, rispetto alle quali il potere sussiste, salvo diverso accordo delle parti: v. sez. 39 dell'*Arbitration Act 1996*; sembra invece presupporre l'accordo delle parti per la pronuncia di qualsiasi provvedimento cautelare la legge egiziana: art. 24, 1° comma, della legge sull'arbitrato in materia civile e commerciale).

³⁸⁵ Ibidem, sul punto, ha da subito sottolineato come «[l]a portata effettiva di questa condizione dipenderà da come i decreti delegati o, nel silenzio di questi, l'interprete la intenderà. Se il riferimento a un regolamento arbitrale che preveda i poteri cautelari degli arbitri fosse infatti considerato sufficiente, il problema non si porrebbe nell'arbitrato amministrato, che, come è noto, costituisce una parte cospicua, se non maggioritaria, dei procedimenti arbitrali internazionali aventi sede in Italia. La grande maggioranza dei regolamenti più diffusi a livello internazionale, compresi quelli comunemente utilizzati in arbitrati aventi sede in Italia, prevede infatti la competenza cautelare degli arbitri[...].».

³⁸⁶ Cfr. SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile* cit.

³⁸⁷ Cfr. CARLEVARIS, *ult. op. cit.*, asserisce che «[v]ista la natura "espressa" della scelta di un regolamento e l'incorporazione di questo nell'accordo compromissorio, un'interpretazione che reputi sufficiente, ai fini del conferimento dei poteri cautelari agli arbitri, il rinvio ad un regolamento che lo preveda sembra compatibile con la delega. Non può tuttavia escludersi che prevalga una diversa lettura, confortata dal riferimento della legge delega alla necessità di "espressa" volontà dei compromittenti e del testo della Commissione Luiso alla "libera e consapevole scelta dei compromittenti". Se, quindi, il mero riferimento ad un regolamento arbitrale non sarà considerato sufficiente, e sarà invece richiesto uno specifico accordo delle parti, e comunque nell'arbitrato *ad hoc*, sarà opportuno tenere a mente tale condizione al momento della redazione dell'accordo compromissorio e prevedere i poteri cautelari degli arbitri in modo esplicito.».

Va infatti ricordato che con la novella del 2022 l'art. 818 c.p.c.³⁸⁸, co. 1, contiene l'inciso «anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali»³⁸⁹, per cui - si opina - i poteri cautelari ben possono essere attribuiti agli arbitri *per relationem*; ovverosia mediante una clausola di rinvio generico al regolamento (contenuta nella convenzione compromissoria o in un atto successivo anteriore all'avvio del procedimento arbitrale) predisposto da un'istituzione arbitrali permanente³⁹⁰, ove questi contemplino disposizioni volte a legittimare l'emanazione di misure cautelari da parte degli arbitri³⁹¹.

3.1.1.3 *Il problema relativo alla carenza di poteri coercitivi degli arbitri e l'attuazione delle misure cautelari arbitrali*

Alla luce di quanto esposto nel paragrafo 3.1.1.1 precedente sembra che il legislatore abbia cercato di affermare, in certa misura forse andando oltre l'opportuno, il *favor arbitrati*. Così impostata, infatti, la legge delega ingenera dubbi su come l'esclusione della giurisdizione concorrente del giudice ordinario a partire dalla nomina dell'arbitro si allinei con gli interessi delle parti, le quali avrebbero potuto trarre invece maggiori benefici dalla previsione della possibilità di scegliere liberamente tra le due autorità (statale e arbitrale) a seconda: (i) della natura della misura richiesta, (ii) dell'ordinamento nel quale la misura cautelare andrà attuata, (iii) dell'urgenza e di altri fattori rilevanti. Un esempio che facilmente permette di calarci nelle preoccupazioni dei primi commentatori e che evidenzia una potenziale inadeguatezza del sistema esclusivo è quello concernente le misure la cui piena efficacia dipenda dalla produzione di effetti anche nella sfera giuridica di soggetti non

³⁸⁸ Quanto posto nella delega è stato tradotto dal legislatore delegato in una radicale modifica dell'art. 818 c.p.c., parzialmente ispirata a quello che era ed è il sistema societario originariamente dettato dal decreto dal D. lgs. n. 5/2003. Cfr. SALVANESCHI, *le nuove norme in materia di arbitrato* cit.

³⁸⁹ Ibidem, asserisce che non vi sono ostacoli affinché il potere cautelare arbitrale venga conferito in pendenza del procedimento arbitrale, ove tutte le parti convengano in tal senso e gli arbitri accettino l'ulteriore incarico.

³⁹⁰ «e sempre per iscritto, purché precedente la “instaurazione del giudizio arbitrale”, vale a dire la notifica della domanda di arbitrato o il suo deposito ai sensi di un regolamento arbitrale che ciò preveda.». Così BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*

³⁹¹ In ossequio alla disposizione di cui al nuovo art. 818 c.p.c. le istituzioni arbitrali hanno provveduto a modificare i propri regolamenti. Ad esempio è stato pubblicato il nuovo regolamento della CAM, in vigore dal 1° marzo 2023. Per un'analisi delle modifiche apportate al regolamento citato v. il paragrafo 3.1.3 del presente elaborato.

vincolati dalla convenzione arbitrale. Si pensi ad una misura che impedisca l'escussione di una fidejussione connessa al contratto principale ove è per l'appunto contenuta la clausola arbitrale; la misura arbitrale, per esplicitare la piena efficacia, necessita di essere opponibile alla banca garante e ciò come detto esula appunto dai poteri degli arbitri³⁹². Tuttavia, a favore del sistema esclusivo, i primi commentatori, prima dell'introduzione del decreto attuativo della riforma in oggetto, hanno altresì evidenziato che i plurimi inconvenienti connessi alla carenza di poteri coercitivi degli arbitri, erano risolvibili attraverso l'opportuna attuazione dell'ultima direttiva di cui all'art. 1, comma 15°, lett. c)³⁹³, già citata, ai sensi della quale è stato richiesto al legislatore delegato di «disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare sempre sotto il controllo del giudice ordinario»³⁹⁴.

Riconosciuti i poteri cautelari degli arbitri, la legge di delega si è insomma limitata a prevedere, che l'esecuzione dei provvedimenti cautelari così adottati debba avvenire «sotto il controllo del giudice ordinario», evidentemente nel presupposto che gli arbitri rimangano privi di *ius imperii*.

All'indomani dell'emanazione della l. n. 206/2021, la dottrina ha indicato le possibili modalità attuative dei provvedimenti cautelari, la cui determinazione era stata per l'appunto lasciata alla competenza del legislatore delegato.

Anzitutto, si è evidenziata l'inapplicabilità della Convenzione di *New York*. Le ragioni di siffatta esclusione sono molteplici. In primo luogo, la Convenzione concerne

³⁹² In tal senso, SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile, commento alla normativa cit.*; CARLEVARIS, *ult. op. cit.*, sull'inadeguatezza degli arbitri, con riferimento ad alcune tipologie di misure, porta a titolo di esempio anche i casi in cui «l'efficacia del provvedimento dipenda dalla sua natura immediatamente esecutiva, e l'esecuzione presupponga l'esercizio di poteri coercitivi (per es., sequestro conservativo), la parte istante potrebbe avere interesse a rivolgere l'istanza all'autorità giudiziaria, così evitando la necessità di ottenere un provvedimento giudiziale che conferisca efficacia esecutiva alla misura arbitrale», evidenziando altresì come la «competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria è prevista infatti in Francia in materia di sequestro conservativo, malgrado la competenza esclusiva degli arbitri, a partire dalla costituzione del tribunale arbitrale, per l'adozione di ogni altro provvedimento cautelare».

³⁹³ «Il pensiero corre ad esempio alla possibilità di ovviare al mancato vincolo alla convenzione di arbitrato di terzi che potrebbero essere destinatari di inibitorie cautelari emanate dagli arbitri attraverso forme di assistenza giudiziaria all'arbitrato, con cui il giudice possa integrare con un proprio provvedimento a carattere coercitivo il provvedimento cautelare emanato dagli arbitri, oppure anche dare attuazione a sequestri emanati dai giudici privati.» In tal senso, SALVANESCHI, *ult. op. cit.*

³⁹⁴ Sul punto, *ibidem* ha asserito che «[s]i tratta di temi complessi, necessariamente affidati al legislatore delegato che dovrà farsi carico della funzionalità del sistema, assicurando forme di assistenza giudiziale all'arbitrato capaci di ovviare alla mancanza di poteri coercitivi degli arbitri e di fornire alle misure cautelari pronunciate dagli arbitri stessi strumenti capaci di renderle effettive quanto lo sono quelle emanate dal giudice, in quella prospettiva di uguaglianza di funzioni che già ha portato il lodo a essere del tutto equiparato alla sentenza quanto ai suoi effetti.».

unicamente il riconoscimento di decisioni estere ed è pertanto inapplicabile a provvedimenti resi in arbitrati interni. Inoltre la nozione di “lodo” ritenuta rilevante ai fini di tale Trattato, è pacificamente ricostruita come non comprensiva dei provvedimenti cautelari, poiché privi della stabilità e della definitività che la Convenzione presuppone per il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni arbitrali³⁹⁵. Ed ancora, vari requisiti richiesti per la circolazione extramunicipale dei lodi non si riscontrano nei provvedimenti cautelari, in quanto quest’ultimi non sono in grado di incidere sul merito della causa³⁹⁶.

Pertanto, in assenza di soluzioni rinvenibili sul piano convenzionale-internazionale, i primi commentatori hanno indicato alternativamente - quale strada percorribile per l’esecuzione dei provvedimenti cautelari degli arbitri - uno dei due modelli legislativi predominanti offerti dalle norme interne, con riferimento al riconoscimento e all’esecuzione dei provvedimenti³⁹⁷.

Da un lato, è stato dunque proposto il modello basato sul meccanismo dell’*exequatur*³⁹⁸ ovvero sia, un provvedimento emesso dall’autorità giudiziaria, mediante il quale, quest’ultima, riconosce e dichiara l’efficacia del provvedimento cautelare arbitrale oggetto di *exequatur* senza modificarne il contenuto, in termini del tutto analoghi a quanto già previsto per l’esecuzione dei lodi³⁹⁹.

³⁹⁵Cfr. CARLEVARIS, *ult. op. cit.*, il quale osserva altresì che: «La pronuncia del provvedimento in forma di lodo non varrebbe ad aggirare l’ostacolo, dal momento che il giudice del riconoscimento potrebbe riqualificare il provvedimento in base al suo contenuto, a prescindere dallo strumento formale adottato dagli arbitri.»

³⁹⁶Ibidem, il quale asserisce che: «[n]on costituisce strumento utile ad ottenere il riconoscimento e l’esecuzione dei provvedimenti cautelari la Convenzione di New York sul riconoscimento e l’esecuzione dei lodi esteri [...]».

³⁹⁷Quale ulteriore strada percorribile vi sarebbe la predisposizione di un modello ibrido tra i due modelli legislativi predominanti sul piano internazionale. Esempi di modelli ibridi sono il caso della legge tedesca, la quale alla sez. 1041, 2° comma, della *Zivilprozessordnung* riconosce al giudice, ove necessario per l’esecuzione della misura cautelare arbitrale, un limitato potere di modificare il contenuto di quest’ultima: «*Das Gericht kann auf Antrag einer Partei die Vollziehung einer Maßnahme nach Absatz 1 zulassen, sofern nicht schon eine entsprechende Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes bei einem Gericht beantragt worden ist. Es kann die Anordnung abweichend fassen, wenn dies zur Vollziehung der Maßnahme notwendig ist.*»; ovvero della legge inglese, la quale, alla sez. 42 dell’*Arbitration Act* 1996 ed a seguito della mancata ottemperanza a un “*peremptory order*”, attribuisce al giudice il potere di conferire a quest’ultima efficacia esecutiva: «*Unless otherwise agreed by the parties, the court may make an order requiring a party to comply with a peremptory order made by the tribunal.*»

³⁹⁸L’*exequatur* è lo strumento previsto nel nostro ordinamento per il riconoscimento e l’efficacia dei lodi arbitrali.

³⁹⁹Il regime di *exequatur* è previsto per le *interim measures* nella legge modello UNCITRAL a seguito della revisione del 2006. Il modello è disciplinato dal combinato disposto degli articoli 17H, par. 1: «*An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17 I.*»; e 17I, par. 1: «*Recognition or enforcement of an interim measure may be refused only: (a) At the request of the party against whom it is invoked if the court is satisfied that: (i) Such refusal is*

Dall'altro lato, è stato proposto di ricorrere al concetto della c.d. "assistenza dell'autorità giudiziaria", nel senso che il giudice incaricato dell'esecuzione «non si limita a conferire efficacia esecutiva al provvedimento arbitrale, ma assume un autonomo provvedimento il cui contenuto mira a dare attuazione alla misura arbitrale.»⁴⁰⁰.

In merito alla soluzione dell'*exequatur* si evidenzia che essa è la più ricorrente a livello internazionale. Ove si fosse optato per il necessario previo riconoscimento mediante *exequatur*, e con riferimento ai provvedimenti cautelari emessi in sede di arbitrato interno, la soluzione sarebbe stata quella di un *exequatur* assimilabile a quello previsto ex art. 825 c.p.c. per il lodo rituale⁴⁰¹.

Alla luce delle prime osservazioni poste sul tema dell'esecuzione delle misure cautelari arbitrali, il legislatore delegato ha concepito i provvedimenti cautelari arbitrali come immediatamente attuabili, nel senso che a tali fini non è richiesto un previo controllo omologatorio, mediante *exequatur*, del provvedimento emesso in sede arbitrale.

Infatti, ai sensi del nuovo art. 818-ter c.p.c.: «[I] attuazione delle misure cautelari concesse dagli arbitri è disciplinata dall'articolo 669 *duodecies*⁴⁰² e si svolge sotto il controllo del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato o, se la sede dell'arbitrato non è in Italia, il tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata.».

warranted on the grounds set forth in article 36(1)(a)(i), (ii), (iii) or (iv); or (ii) The arbitral tribunal's decision with respect to the provision of security in connection with the interim measure issued by the arbitral tribunal has not been complied with; or (iii) The interim measure has been terminated or suspended by the arbitral tribunal or, where so empowered, by the court of the State in which the arbitration takes place or under the law of which that interim measure was granted; or (b) If the court finds that: (i) The interim measure is incompatible with the powers conferred upon the court unless the court decides to reformulate the interim measure to the extent necessary to adapt it to its own powers and procedures for the purposes of enforcing that interim measure and without modifying its substance; or (ii) Any of the grounds set forth in article 36(1)(b)(i) or (ii), apply to the recognition and enforcement of the interim measure.

⁴⁰⁰ CARLEVARIS, *ult. op. cit.*, il quale nelle more di un'analisi comparatistica tra i sistemi che hanno adottato il modello di assistenza giudiziale per l'esecuzione dei provvedimenti cautelari, cita, a titolo esemplificativo, «[...] l'art. 183, 2° comma, della legge svizzera di diritto internazionale privato: "[s]i la partie concernée ne s'y soumet pas, le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent. Celui-ci applique son propre droit"».

⁴⁰¹ In tal senso, CAROSI, *Finalmente la potestà cautelare agli arbitri: vecchie e nuove questioni, con una postilla sull'arbitrato irrituale*, in *judicium (judicium.it)*, 2023.

⁴⁰² La parte che otterrà un provvedimento favorevole potrà pertanto esibire all'ufficiale giudiziario, quale titolo legittimante l'esecuzione, il provvedimento sottoscritto al pari di quando viene richiesta l'esecuzione di un accordo generato in sede ad es. di negoziazione assistita ovvero procedere mediante il medesimo provvedimento all'esecuzione delle plurime misure cautelari riconosciute dal nostro ordinamento. Cfr. SALVANESCHI, *le nuove norme in materia di arbitrato*.

Dal testo della norma appena riportata si evince che l'attuazione della misura cautelare arbitrale segue le regole ordinarie e le medesime modalità di cui all'art. 669-*duodecies* per le misure cautelari emanate dall'autorità giudiziaria.

Per quanto concerne la competenza, l'attuazione della misura avverrà dunque «sotto il controllo del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato» a prescindere dall'oggetto del provvedimento da attuare⁴⁰³.

Detta soluzione unitaria, relativa all'individuazione dell'organo competente, a prescindere dall'oggetto della misura cautelare per la quale è richiesta l'attuazione, è ribadita nuovamente nel secondo comma del nuovo 818-*ter*, ai sensi del quale, «[r]esta salvo il disposto degli articoli 677 e seguenti in ordine all'esecuzione dei sequestri concessi dagli arbitri. Competente è il tribunale previsto dal primo comma»⁴⁰⁴.

A ben vedere il nostro ordinamento conosce già il modello di assistenza giudiziale con riferimento alle disposizioni 809 e ss. relative alla nomina e sostituzione degli arbitri. Specificatamente, l'art. 810 prevede che la parte che abbia notificato alla controparte l'atto con il quale ha nominato l'arbitro, posta l'inerzia di quest'ultima, può, attraverso ricorso, chiedere al presidente del tribunale di procedere alla nomina dell'arbitro. Pertanto, in caso di ottenimento di un provvedimento cautelare arbitrale, si potrebbe immaginare un ricorso al presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato, al fine di ottenere il provvedimento attuativo della misura arbitrale, ovvero sia il titolo esecutivo necessario ad istaurare - ove non vi fosse un adempimento spontaneo - la fase esecutiva.

Passando invece alle modalità attuative, qui bisogna distinguere l'attuazione di una misura cautelare pecuniaria concessa dagli arbitri, per le quali si seguiranno le forme "espropriative" di cui agli artt. 491 ss. "in quanto compatibili", dall'attuazione di una misura

⁴⁰³ Il legislatore, ai fini della determinazione della competenza in sede di attuazione, ha dunque inteso superare la tradizionale distinzione basata sull'oggetto del provvedimento cautelare ad oggi ancora presente per le misure cautelari giudiziali ai sensi dell'art. 669-*duodecies*. Infatti, quest'ultima contrappone l'attuazione di misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro all'attuazione di misure aventi ad oggetto la consegna, il rilascio, il fare o non fare. Sul punto cfr. BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*

⁴⁰⁴ «Il secondo comma, con una previsione in parte superflua, fa comunque salvo il disposto degli artt. 677 c.p.c. e seguenti in ordine all'esecuzione dei sequestri concessi dagli arbitri, richiamandosi, anche per tale ipotesi, la competenza del tribunale nel cui circondario si trova la sede dell'arbitrato.». Così DE SANTIS, *op. cit.*

cautelare diversa da quelle pecuniarie, le quali saranno invece determinate dal tribunale con ordinanza nel contraddittorio tra le parti⁴⁰⁵.

Circa il provvedimento attuativo, si rammenta che al fine di procedere con la nomina o sostituzione degli arbitri il presidente del tribunale provvede con un'ordinanza non impugnabile in quanto non trattasi di un provvedimento di volontaria giurisdizione. Con riferimento ai poteri del presidente del tribunale, a questi è giustappunto inibita ogni attività decisoria. Tuttavia, relativamente al disposto dell'art. 669-*duodecies*, come visto, soprattutto con riferimento alle misure cautelari diverse da quelle pecuniarie, l'autorità statale dovrà determinare le modalità attuative in contraddittorio tra le parti. Dunque, a modesto parere di scrive, circa le modalità attuative determinate dal tribunale, l'ordinanza dovrebbe essere soggetta a reclamo e per giunta "illimitato" e non a critica vincolata trattandosi di un provvedimento emesso dall'autorità statale. In ogni caso, ove non si intenda propendere verso detta posizione, l'ordinanza emessa, in ogni caso, dovrebbe essere certamente reclamabile *ex art. 829, co. 1, n. 9* ove non venisse osservato il principio del contraddittorio.

Venendo ora alla seconda parte del primo comma della norma in commento si può notare che ove invece la sede dell'arbitrato non sia in Italia, la competenza per l'attuazione della misura arbitrale sarà del «[...] del tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata.»⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ «Con riferimento all'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro l'art. 669-*duodecies* c.p.c. fa riferimento alle forme previste dagli artt. 491 ss. in quanto compatibili, mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avverrà sotto il controllo del tribunale della sede dell'arbitrato, chiamato a determinare le modalità di attuazione e a dare, ove sorgano contestazioni, i provvedimenti più opportuni nel contraddittorio delle parti.». Così, SALVANESCHI, *le nuove norme in materia di arbitrato* cit.

⁴⁰⁶ È stato osservato come una volta riconosciuti i poteri cautelari degli arbitri, non vi siano ostacoli di principio al riconoscimento di provvedimenti cautelari arbitrali stranieri; pertanto la dottrina ha auspicato che, in fase di attuazione, il regime per l'esecuzione dei provvedimenti cautelari arbitrali contemplasse anche le misure provenienti da arbitrati esteri. Del resto, una previsione che permetta di riconoscere i provvedimenti arbitrali a prescindere dal paese dove questo sia stato emesso, ricalcherebbe anche lo spirito della Legge Modello dell'*UNCITRAL*, la quale per l'appunto, all'art. 17H, par. 1 prevede il riconoscimento «indipendentemente dal paese in cui è stato emesso». In ogni caso, con riferimento ai provvedimenti cautelari arbitrali esteri, i primi commenti alla delega hanno segnalato la necessità, in fase di attuazione della legge delega, di considerare attentamente le caratteristiche proprie della tutela cautelare e non limitarsi a prevedere in via analogica quelli che sono i motivi ostativi al riconoscimento dei lodi ai sensi degli artt. 839-840 del c.p.c. e 5 della Convenzione di New York. A ben vedere, infatti, diversi motivi previsti nelle disposizioni succitate risultano incompatibili con la natura cautelare dei provvedimenti. A titolo esemplificativo si consideri il requisito del riconoscimento del lodo arbitrale *ex art. 840, n.1, del c.p.c.* - ovvero dell'art. 5 della Convenzione di *New York* - ossia, la validità della convenzione arbitrale. Vista l'esigenza di celerità che spesso connota la cautela è possibile che il provvedimento venga concesso a monte di una piena verifica della validità della convenzione e pertanto della competenza del tribunale arbitrale che ha emanato il provvedimento.

L'applicazione della norma implicherà che, ove la misura concessa in un procedimento di arbitrato estero dovesse essere eseguita in territorio italiano, il «tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata» potrà trovarsi, al netto del limite della contrarietà all'ordine pubblico, «a determinare caso per caso modalità di attuazione congrue anche rispetto a misure cautelari aventi natura, oggetto e portata in tutto o in parte “esotici” rispetto al ventaglio della nostra tutela cautelare.»⁴⁰⁷.

È stato sottolineato⁴⁰⁸ come, con dubbia consapevolezza, il legislatore abbia concesso, alle misure cautelari emanate in sede di arbitrato estero, il medesimo trattamento di quelle emanate da arbitri interni, esentando tanto le prime, quanto le seconde, dalla necessità di previo ottenimento di un *exequatur*. Detta scelta è in armonia con la Legge Modello *UNCITRAL* e riflette quella tendenza evolutiva propria dello spirito d'insieme della Convenzione di New York. La scelta di cui all'art. 818-ter ben si allinea al principio di parità di trattamento tra le misure arbitrali interne ed estere di cui all'art. III della Convenzione di *New York*, il quale riconosce e garantisce l'uguaglianza tra le decisioni arbitrali estere e interne.

Da un punto di vista di compatibilità di tale impianto derogatorio con il sistema della Convenzione di New York, si evidenzia come se da un lato la Convenzione imponga un procedimento uniforme di riconoscimento ed esecuzione per i lodi esteri, d'altro canto un trattamento differenziato appare coerente con l'articolo VII della Convenzione stessa, il quale consente all'applicazione del diritto più favorevole.

In ogni caso - pur espressamente previsto il modello di assistenza giudiziale *supra* delineato e dunque il non necessario previo ottenimento di un *exequatur* - il giudice a cui sarà richiesta l'attuazione della misura arbitrale estera applicherà ovviamente il limite

⁴⁰⁷ Così, BRIGUGLIO, *ult. op. cit.* Come detto *supra* In assenza di tale disposizione, la misura cautelare concessa da arbitri esteri per poter trovare attuazione avrebbe dovuto affrontare *l'iter* di cui alla Convenzione di *New York* e agli artt. 839 e 840 del codice di rito, con gli annessi problemi interpretativi dovuti dal fatto che entrambe le fonti di riconoscimento si riferiscono al lodo arbitrale.

⁴⁰⁸ Così, *ibidem*, il quale evidenzia altresì come «la soluzione scelta dal legislatore italiano con l'art. 818 ter - attuazione diretta amministrata dal giudice senza previo *exequatur* - si rivela anche quanto ai provvedimenti cautelari arbitrali esteri particolarmente moderna e liberista.». Tuttavia tale disposizione ha trovato alcune critiche nei termini per cui non pare accettabile che un provvedimento estero possa essere attuato nel territorio italiano senza un previo vaglio di compatibilità. Contrariamente a tale osservazione critica, SALVANESCHI, *ult. op. cit.*, osserva che «questo vaglio è pur sempre affidato al giudice dell'attuazione, che applicherà l'ovvio limite dell'ordine pubblico, sottoponendo altresì con larga probabilità la misura cautelare a un vaglio improntato sulle direttive della Convenzione di New York in merito al riconoscimento del lodo.».

dell'ordine pubblico⁴⁰⁹ e con larga probabilità esaminerà la riconoscibilità formale e sostanziale della misura cautelare, facendo ricorso, in via incidentale, all'applicazione analogica dei cataloghi concernenti i requisiti di riconoscibilità di cui agli artt. IV e V della Convenzione di *New York*⁴¹⁰.

3.1.1.4 *Il reclamo e la temuta ingerenza del giudice sull'andamento del procedimento arbitrale*

Un'altra questione focale e particolarmente discussa a seguito della pubblicazione della legge delega ha avuto ad oggetto il reclamo delle decisioni cautelari degli arbitri.

Il legislatore delegante ha richiesto di «disciplinare il reclamo cautelare davanti al giudice ordinario per i motivi di cui all'art. 829, primo comma, del codice di procedura civile e per contrarietà all'ordine pubblico».

Il testo della norma ha portato i primi commentatori ad evidenziare la problematicità legata all'ingerenza del giudice statale - cui è affidato il giudizio di impugnazione del provvedimento cautelare - nel procedimento cautelare istaurato innanzi agli arbitri⁴¹¹.

La legge delega ha disposto che il reclamo del provvedimento cautelare, nel contesto dell'arbitrato, sia limitato in ogni caso a specifici casi, ovvero ai motivi di impugnazione di cui all'art. 829 c.p.c. ovvero ai casi di contrarietà all'ordine pubblico. Il D. lgs. n. 149/2022 ha coerentemente introdotto l'art. 818-*bis* c.p.c.⁴¹², in base al quale «[c]ontro il provvedimento degli arbitri che concede o nega una misura cautelare è ammesso reclamo a norma dell'articolo 669 *terdecies* davanti alla corte di appello, nel cui distretto è la sede

⁴⁰⁹ V. nota 408.

⁴¹⁰ Così, BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*

⁴¹¹ La previsione ha fatto discutere anche perché il dato di partenza relativo all'attribuzione dei poteri cautelari degli arbitri posto nel 2003 con il modello societario, come ampiamente detto nel primo capitolo di questa dissertazione, non prevedeva la reclamabilità del provvedimento inibitorio emanato dagli arbitri. In ogni caso sulle tematiche attinenti al potere cautelare degli arbitri in merito alle deliberazioni assembleari impugnate, così come delineato dal decreto legislativo n. 5 del 2003 v. paragrafo 1.3 di questo elaborato.

⁴¹² La norma in esame ha particolare rilevanza sistemica, in quanto capovolge il quadro normativo sin ora rappresentato dalla non reclamabilità - ai sensi dell'art. 35 co. 5 del D. lgs. n. 5/2003 - dell'unica misura cautelare arbitrale pervista nel nostro ordinamento sino all'entrata in vigore della Riforma in analisi. È stato osservato come l'incensurabilità dell'operato arbitrale in sede cautelare avrebbe certamente comportato - in virtù della disparità di trattamento che si sarebbe generata con le misure cautelari giudiziali - una questione di legittimità costituzionale. In tal senso DE SANTIS, *op. cit.*

dell'arbitrato, per i motivi di cui all'articolo 829, primo comma, in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico»⁴¹³.

La disciplina del reclamo cautelare "arbitrale" è quindi configurata attraverso un duplice rinvio: per quanto concerne la forma del gravame e il termine, si fa riferimento alla regolamentazione contenuta nell'art. 669-terdecies c.p.c., mentre per quanto attiene ai motivi spendibili, si rimanda alle norme stabilite in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale⁴¹⁴, anche se va sottolineato che tale secondo richiamo è parziale, in quanto riguarda solo il primo comma dell'art. 829 c.p.c.: al reclamo cautelare esperibile avverso i provvedimenti cautelari degli arbitri non sono pertanto applicabili le previsioni, secondo cui: (i) «[l]a parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo.»; (ii) «[l]'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge [...]».; (iii) «[l]'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa: 1) nelle controversie previste dall'articolo 409; 2) se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato.»; (iv) [n]elle controversie previste dall'articolo 409, il lodo è soggetto ad impugnazione anche per violazione dei contratti e accordi collettivi.».

In base alle regole dettate dall'art. 669-terdecies c.p.c.⁴¹⁵ il reclamo in parola potrà essere depositato nel termine di 15 giorni dal giorno della sua notificazione (effettuata da una

⁴¹³ Anzitutto, con riferimento alla norma citata, si rammenta che ai sensi del 699-septies - quale principio generale - in caso di provvedimento negativo la parte che ha subito il rigetto della richiesta cautelare avrà la possibilità di riproporre davanti agli arbitri. Nel caso in cui il rigetto sia avvenuto nel merito ovviamente dovranno essere dedotte le circostanze mutate rispetto al tempo del rigetto ovvero le nuove ragioni di fatto o di diritto. Inoltre BRIGUGLIO, *ult. op. cit.* evidenzia che «[v]i è una remota possibilità che, a sede dell'arbitrato non determinata compromissoriamente, tra la accettazione (specie quella dell'arbitro unico) e la fissazione della sede dell'arbitrato corra lasso temporale sufficiente al collocarsi di una ordinanza arbitrale su richiesta cautelare e che neanche in tale occasione l'arbitro e/o le parti rammentino l'esigenza di determinare la sede: soccorreranno allora, purché si sia ragionevolmente certi che si tratti di arbitrato radicato nell'ordinamento italiano, i criteri residuali *ex art. 816, c. 2*, senza peraltro che la sede resti così definitivamente fissata e che le parti o anche l'arbitro non possano modificarla ai fini del prosieguo del procedimento arbitrale e della individuazione del giudice competente per omologazione ed impugnazione del lodo.».

⁴¹⁴ Cfr. SALVANESCHI, *ult. op. cit.*

⁴¹⁵ Ai sensi dell'art. 669-terdecies: «Contro l'ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento cautelare è ammesso reclamo nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore.».

delle parti) ovvero della sua comunicazione inoltrata, in qualsiasi forma e, a cura del tribunale arbitrale.

Il legislatore, con tale previsione, ha trasformato un rimedio generalmente a forma libera (il reclamo cautelare ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c. consente infatti di far valere, tanto i vizi di rito, quanto quelli di merito, nonché motivi rilevanti in fatto ed in diritto.) in un rimedio a critica vincolata, al fine di limitare l'ingerenza del giudice statale nel procedimento arbitrale. Come osservato in dottrina, «si può senz'altro dire che il controllo del giudice statale non consente un riesame nel merito del provvedimento arbitrale, così come non è consentito un tale riesame⁴¹⁶ in sede di controllo impugnatorio avverso il lodo»⁴¹⁷. Per effetto del mancato rinvio al c. 3 dell'art. 829 c.p.c. è infatti esclusa la possibilità per le parti di ammettere l'impugnazione per *errores in iudicando*⁴¹⁸.

Premesso che nella formulazione dell'art. 818-bis c.p.c. è assente un inciso che intenda l'art. 669-terdecies applicabile solo in quanto compatibile, la dottrina ha da subito evidenziato come, potenzialmente, siano da ritenere applicabili tutte le ipotesi previste nei sei commi della norma da ultimo citata. A ben vedere però, l'applicazione del quinto comma dell'art. 669-terdecies⁴¹⁹ suscita perplessità nella parte in cui attribuisce, al collegio, cui è affidato il reclamo, tra l'altro, il potere di modificare il provvedimento reclamato. Pare per l'appunto contrario al principio di esclusività della competenza cautelare arbitrale - oltre che al tenore dell'art. 818-bis stesso - attribuire un tale potere sostitutivo alla Corte d'Appello che potrebbe così incidere sul merito del provvedimento reclamato⁴²⁰.

In ogni caso, in base delle prime osservazioni in tema di reclamo del provvedimento cautelare arbitrale, non sussistendo previsioni contrarie, va ammesso l'esercizio del potere

⁴¹⁶ DE SANTIS, *op. cit.*, asserisce che il reclamo previsto dalla Riforma è caratterizzato, tanto dal fatto che si tratta di un rimedio a critica vincolata, quanto dall'essere focalizzato su un mero controllo di legittimità del provvedimento reclamato, e che pertanto è da intendersi esclusa - salvo nei casi di impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico - qualsiasi ulteriore indagine sul *fumus* ovvero sul *periculum* dell'istanza.

⁴¹⁷ Così, BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*

⁴¹⁸ V. nota 416

⁴¹⁹ «Il collegio, convocate le parti, pronuncia, non oltre i venti giorni dal deposito del ricorso, ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare».

⁴²⁰ Cfr. DE SANTIS, *op. cit.*, la quale sul punto precisa dunque che detto potere - esercitabile nei casi in cui risulti fondato il motivo di nullità lamentato dal reclamante - pone le basi per aprire ad una fase rescissoria innanzi la Corte d'Appello stessa.

sostitutivo della Corte d'appello nel caso sia accolta, in sede di reclamo, la richiesta relativa al provvedimento negato dal giudice di prime cure⁴²¹.

Passando ora all'analisi del richiamo all'art. 829, co. 1, si evidenzia che il legislatore, ha previsto, in sede di reclamo, l'applicazione dei dodici motivi *ivi* contemplati⁴²² «in quanto compatibili». Detta applicazione potrebbe non essere sempre agevole. Tendenzialmente, e quindi salvi alcuni necessari adattamenti, i motivi previsti dalla norma succitata - ossia *errores in procedendo* degli arbitri⁴²³ - in astratto, sono quasi tutti compatibili con il reclamo cautelare⁴²⁴, salvo, in quanto in evidente incompatibilità (i) il motivo numero 7 della norma

⁴²¹ In tal senso, BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*; SALVANESCHI, *ult. op. cit.*, la quale, sottolineando che una tale interpretazione comporterebbe una potenziale ingerenza del giudice del reclamo, evidenzia che sussiste una lettura diversa del sistema di controllo sulla misura cautelare emanata in sede arbitrale; ossia che in caso di accoglimento del reclamo si avrà solo l'annullamento del provvedimento interinale arbitrale, senza mai sostituirlo. Sulla base di tale lettura, i motivi di annullamento - salvo quelli ostativi dell'esercizio del potere cautelare arbitrale - porterebbero semplicemente alla riproposizione dell'istanza senza dunque alcun conferimento, alla corte d'appello, di poteri aventi carattere rescissorio. Diversamente ove il motivo di censura del provvedimento interinale osti all'esercizio della potestà cautelare arbitrale - a titolo esemplificativo perché la convenzione arbitrale sia stata ritenuta invalida - la richiesta cautelare andrebbe riproposta al giudice competente di primo grado.

⁴²² L'art. 829, co. 1, sancisce che: «L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti: 1) se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817; 5) se il lodo non contiene i requisiti indicati nei numeri 5), 6) e 7) dell'articolo 823; 6) se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'articolo 821; 7) se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata; 8) se il lodo è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento; 9) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio; 10) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri; 11) se il lodo contiene disposizioni contraddittorie; 12) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato.»

⁴²³ DE SANTIS, *op. cit.*, asserisce che emerge un intrinseco contrasto tra il nuovo meccanismo previsto dall'articolo 818-bis, che limita l'impugnazione a precisi motivi di nullità (unicamente di legittimità formale e procedurale), ed l'istituto a critica libera, aperto persino ai *nova*, di cui all'art. 669-terdecies.

⁴²⁴ BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*, il quale, in linea a quanto detto, esprime il suo autorevole punto di vista, asserendo che: «[a]d esempio non può esservi dubbio che un sequestro conservativo o un provvedimento di urgenza impartiti da arbitro la cui nomina sia invalida, o al di fuori dei limiti oggettivi del patto di arbitrato, ovvero nonostante la inesistenza, invalidità o inefficacia di tale patto, o con disposizioni contraddittorie, o in spregio al contraddittorio, o addirittura una volta che gli arbitri risultino decaduti dal loro mandato per scadenza del termine, non meriti di restare in piedi. E neppure merita di restare in piedi un provvedimento cautelare arbitrale privo di motivazione, dispositivo o sottoscrizione, potendosi dunque ben ritenere compatibile con il reclamo, previa applicazione estensiva all'ordinanza cautelare arbitrale dell'art. 823, anche il motivo *ex art. 829, c. 1, n. 5*.»

citata, ossia l'inosservanza delle forme prescritte dalle parti⁴²⁵; ed (ii) il motivo delineato dall'articolo 829, comma 1, numero 8, (contrarietà a precedente giudicato)⁴²⁶.

Sono, invece, certamente compatibili i motivi numeri 1 e 3, i quali, rispettivamente, prevedono l'ammissibilità del gravame per invalidità della convenzione arbitrale e per invalidità della nomina dei membri del collegio arbitrale o del singolo arbitro ovvero per l'incapacità di quest'ultimi *ex art.* 812 c.p.c.⁴²⁷.

Al netto dell'adattamento lessicale relativo all'oggetto della censura - il provvedimento cautelare e non il lodo - è altresì compatibile il motivo numero 4, prima parte. Ed ancora potrà essere censurato il provvedimento cautelare che abbia pronunciato nel merito anziché rilevare l'inammissibilità della domanda e dunque, a tal proposito, è da ritenersi ammissibile anche l'impugnazione di cui alla seconda parte del motivo numero 4. Ancora, sarà compatibile il motivo numero 5; mentre - salvo casi di scuola ove la pronuncia in sede cautelare sia resa a seguito della scadenza del termine perentorio per la pronuncia in sede di merito - è difficile ipotizzare l'applicazione del motivo numero 6. Altresì, sono compatibili i vizi censurabili in sede di reclamo ai sensi del comma 1, numeri 9 e 11⁴²⁸, dell'art. 829 c.p.c.⁴²⁹.

Astrattamente, ove il provvedimento arbitrale abbia respinto l'istanza cautelare per ragioni di rito e, con i dovuti adattamenti, il motivo indicato nell'articolo 829, comma 1, numero 10, potrebbe, essere compatibile. Per quanto concerne la disposizione di cui al n. 12 è stato asserito che un modo per renderlo compatibile con il reclamo cautelare pare essere quello di interpretare la norma nel senso per cui sia sindacabile solo l'omessa pronuncia relativa al *petitum* della domanda cautelare ovvero all'eccezione opposta alla concessione della tutela cautelare «senza che la Corte d'appello possa qui sindacare la valutazione arbitrale in punto di *fumus* attraverso una indiretta riconsiderazione delle contrapposte posizioni e

⁴²⁵ Più che incompatibilità si tratta di una chimerica operatività in concreto, in quanto potrebbe essere applicato solo allorquando le parti avessero prescritto particolari forme relative al procedimento cautelare arbitrale e le avessero indicate a pena di nullità.

⁴²⁶ Ciò in quanto la contrarietà a precedente giudicato dovrebbe aver rilievo solo con riferimento ad una pronuncia a sua volta idonea al giudicato e pertanto non ad una pronuncia cautelare.

⁴²⁷ SALVANESCHI, *ult. op. cit.*, evidenza che si tratta di vizi inficianti tanto il lodo quanto il provvedimento cautelare, in quanto sottraggono agli arbitri ogni potere decisorio e pertanto anche quello cautelare.

⁴²⁸ Da ravvisarsi allorquando si riscontra una contraddizione tra la motivazione e il dispositivo del provvedimento cautelare arbitrale.

⁴²⁹ Così, SALVANESCHI, *ult. op. cit.*

conclusioni ai fini del merito. La differenza è sottile ma [...] essenziale onde non dare adito ad una eccessiva intrusione giudiziale nelle valutazioni arbitrali. Solo l'omissione relativa alla richiesta di misure cautelari dovrebbe essere soggetta a revisione.»⁴³⁰.

Sulla base di quanto riportato, si può dunque notare come il legislatore abbia optato per una disciplina che evita un'ingerenza eccessiva del giudice ordinario nel procedimento arbitrale pendente. È stata così bilanciata l'esigenza di uno strumento di controllo sul provvedimento interinale arbitrale con il rischio di interferire in maniera preponderante nel procedimento arbitrale in corso, limitando tale controllo ai casi di maggiore gravità⁴³¹.

Sul reclamo per contrarietà all'ordine pubblico dell'ordinanza arbitrale si possono richiamare le stesse interpretazioni e applicazioni poste nel tempo con riferimento all'articolo 829, comma 3⁴³², relativamente all'impugnazione del lodo per contrarietà del lodo all'ordine pubblico. «Sicché se tale contrarietà - visto che il termine di raffronto è la pronuncia arbitrale, cautelare o di merito che sia, e non la sua "esecuzione" - si intenda ragionevolmente comprensiva anche della vulnerazione, nel percorso motivazionale e decisorio, di disposizioni sostanziali inderogabili di ordine pubblico, ne seguirà che per tal via anche le valutazioni degli arbitri in punto di *fumus* della pretesa di merito potranno essere sindacate in sede di reclamo per aver ritenuto essi sussistente o insussistente il *fumus* in palese rotta di collisione con una di quelle disposizioni inderogabili.»⁴³³.

3.1.1.5 *La revoca e modifica del provvedimento cautelare*

Il D. lgs. n. 149/2022 ha aggiunto alla disposizione di cui all'art. 669-*decies* c.p.c. - il quale recita, con riferimento ai provvedimenti di revoca e modifica, che «se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o ad arbitrato [...] i provvedimenti

⁴³⁰ BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*, al quale si rinvia per un'attenta analisi della compatibilità dei motivi di cui all'art. 829, co. 1 ed il reclamo cautelare

⁴³¹ Cfr. CARLEVARIS, *ult. op. cit.*, il quale evidenzia che: «il riferimento ai motivi di impugnazione dei lodi sembra al riguardo una garanzia che i motivi di reclamo saranno limitati a vizi macroscopici del provvedimento cautelare, con esclusione del riesame del merito dell'istanza cautelare.»

⁴³² «E' ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico.»

⁴³³ Così, BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*

devono essere richiesti al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare» l'inciso «salvo quanto disposto dall'art. 818 primo comma.».

Pertanto, ove le parti abbiano attribuito la competenza cautelare agli arbitri, si riconosce implicitamente la competenza degli arbitri stessi anche in merito alla revoca e la modifica del provvedimento da loro emanato⁴³⁴.

Viceversa, ove le parti assegnino agli arbitri solo la competenza di merito, per la revoca e modifica del provvedimento cautelare giudiziale bisognerà rivolgersi - come sino ad ora si è fatto - all'autorità giudiziaria che lo ha emanato.

Ciò che certamente lascia aperto un punto di domanda è il caso in cui, pur in presenza di una convenzione arbitrale che attribuisca potere cautelare agli arbitri, sia comunque il giudice statale ad emanare il provvedimento cautelare, in quanto, ad esempio, il collegio non si è ancora costituito. Viene dunque da chiedersi, a chi spetti, in tal caso, la competenza in termini di revoca e modifica del provvedimento cautelare.

La soluzione che appare più lineare è quella di attribuire la competenza della revoca e della modifica del provvedimento a colui che lo ha emanato⁴³⁵. C'è tuttavia chi ha diversamente opinato: secondo questa posizione la clausola di salvezza di quanto disposto dall'art. 818 primo comma c.p.c. dovrebbe essere, infatti, intesa nel senso che l'attribuzione agli arbitri di poteri cautelari dev'essere esclusiva "a tutto tondo" e pertanto estesa alla revoca e alla modifica della misura cautelare emanata, anche nell'ipotesi in cui essa sia stata emanata da un giudice statale. Ciò significa che, ove le parti optino - relativamente alla tutela cautelare - per la competenza esclusiva arbitrale, saranno proprio gli arbitri, una volta accettato l'incarico e sino a che il procedimento arbitrale sia pendente, a pronunciarsi *ex 669-decies* c.p.c., persino ove la misura cautelare sia stata emanata dal giudice statale ai sensi dell'art. 818-*bis*. «Del resto il procedimento di revoca e modifica non è che la ideale prosecuzione di quello cautelare alla luce delle sopravvenute circostanze»⁴³⁶.

⁴³⁴ DE SANTIS, *op. cit.*, la quale sul punto evidenzia che «se il legislatore avesse voluto devolvere la competenza per la revoca e la modifica all'autorità giudiziaria statale lo avrebbe specificato, come fa nel caso del reclamo.».

⁴³⁵ «per evitare che agli arbitri sia riservato il potere di incidere sull'efficacia di un provvedimento del giudice dello Stato». In tal senso, BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*

⁴³⁶ *Ibidem*, il quale sul punto: «Se così stanno le cose bisognerebbe ritenere che l'intero sistema speciale della competenza cautelare arbitrale, comprensivo anche di un reclamo anch'esso speciale in quanto non "aperto" ma chiuso ed a critica vincolata, si imponga in deroga perfino alle disposizioni (già di per sé estremamente complesse) *ex art. 669 decies*, c.1 e *669 terdecies*, c.4, le quali consentono ed anzi impongono che sia il giudice del

Se si optasse per tale interpretazione, allora bisognerebbe ritenere che lo speciale sistema della competenza cautelare arbitrale, comprensivo di un reclamo non “aperto” bensì chiuso ed a critica vincolata, deroghi alle disposizioni *ex art. 669-decies*, co. 1 e *669-terdecies*, co. 4. Quest’ultime infatti prevedono che, in pendenza del reclamo, sia il giudice del gravame ad occuparsi delle circostanze sopravvenute capaci di mutare la valutazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, legittimando pertanto revoca e modifica. «Ne conseguirà un assetto se si vuole semplificato ed a paratie stagne senza commistioni, sovrapposizioni e condizionamenti fra il procedimento di reclamo e quello di revoca o modifica.»⁴³⁷.

E’ bene in ogni caso sottolineare che, al di là dell’impostazione che si intenda appoggiare e perseguire nel vuoto normativo, ove ci trovassimo di fronte ad un provvedimento anticipatorio, ad es. ad un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, l’impostazione da perseguire sarà quella dettata al secondo comma dell’art. *669-decies*⁴³⁸ c.p.c. Pertanto, sulla modifica o revoca del provvedimento cautelare, si pronuncerà il giudice ove sia stato questo ad emanare il provvedimento cautelare anticipatorio rispetto al quale non sia stato iniziato o si sia estinto il giudizio di merito ovvero, viceversa, l’arbitro.

reclamo ad occuparsi, quando temporalmente possibile, fuori da qualunque vero e proprio sindacato impugnatorio, delle circostanze sopravvenute comportanti revoca e modifica. Ne conseguirà un assetto se si vuole semplificato ed a paratie stagne senza commistioni, sovrapposizioni e condizionamenti fra il procedimento di reclamo e quello di revoca o modifica. Ciò sicuramente quando la misura cautelare sia stata effettivamente e legittimamente emanata dagli arbitri; ma con ogni probabilità anche quando essa sia stata emanata dal giudice, pur in presenza di convenzione che attribuisca la potestà cautelare agli arbitri e sol perché questi non avevano ancora accettato al momento della proposizione della istanza, ma lo abbiano fatto nel frattempo divenendo così competenti per la revoca e modifica.»

⁴³⁷ Così, BRIGUGLIO, *ult. op. cit. Contra*, SALVANESCHI, *ult. op. cit.*, la quale ha affermato che, pendente il reclamo, ove fosse necessario apportare modifiche in virtù di circostanze e motivi sopravvenute al momento della proposizione del reclamo, si applicherà l’art. *669-terdecies* e pertanto, la competenza a provvedere su dette modifiche sarà della Corte d’Appello. «Si tratta di interpretazione coerente con il recepimento dell’intero disposto normativo dell’art. *669-terdecies* c.p.c., laddove non espressamente derogato dall’art. *818-bis* c.p.c. e anche di interpretazione in sintonia con quanto dispone in proposito l’immodificato art. *669-decies*, comma 1°, c.p.c.»

⁴³⁸ «Quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto, la revoca e la modifica dell’ordinanza di accoglimento, esaurita l’eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell’articolo *669-terdecies*, possono essere richieste al giudice che ha provveduto sull’istanza cautelare se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso l’istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza.»

3.1.1.6 *La sopravvenuta inefficacia del provvedimento cautelare*

Il D. lgs. n. 149/2022 ha modificato l'art. 669-*novies* c.p.c. in modo tale da prevedere che, nei casi in cui il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'art. 669-*octies*, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, l'inefficacia del provvedimento cautelare sia dichiarata, anche in caso di contestazione, «con ordinanza avente efficacia esecutiva»; pertanto non più con sentenza provvisoriamente esecutiva. Rispetto alla versione precedente è stata dunque abrogata la previsione secondo cui, in caso di contestazione, era richiesta, quale forma del provvedimento, la sentenza (provvisoriamente esecutiva)⁴³⁹.

L'intervento non ha interessato nello specifico l'inefficacia del provvedimento cautelare emanato in sede arbitrale, ma ha comportato comunque l'esigenza di adattare le ipotesi contemplate dall'art. 669-*novies* c.p.c. alla nuova disciplina contenuta negli artt. 818 ss. c.p.c. Il quesito che si pone è in sostanza il seguente: chi è competente a dichiarare l'inefficacia del provvedimento nei casi in cui le parti in lite hanno attribuito convenzionalmente la competenza cautelare agli arbitri?

I primi commentatori⁴⁴⁰ hanno vagliato le diverse ipotesi che possono darsi a tal riguardo⁴⁴¹.

Ove la misura cautelare sia stata legittimamente emanata dal giudice, in quanto richiesta prima dell'avvio del procedimento arbitrale, la competenza a dichiararne l'inefficacia e ad adottare i provvedimenti esecutivi consequenziali spetterà all'autorità giurisdizionale statale che l'ha emanata⁴⁴².

⁴³⁹ La seconda parte del secondo comma dell'art. 669-*novies* prevedeva che «[i]n caso di contestazione l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare decide con sentenza provvisoriamente esecutiva, salva la possibilità di emanare in corso di causa i provvedimenti di cui all'articolo 669*decies*.».

⁴⁴⁰ Cfr. BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*; SALVANESCHI, *ult. op. cit.*; DE SANTIS, *op. cit.*

⁴⁴¹ Di certo, nell'ambito della tutela cautelare concessa dagli arbitri, non può essere presa in considerazione l'ipotesi contemplata dal primo comma dell'art. 669-*novies* e pertanto di provvedimento cautelare concesso *ante causam* a seguito del quale il giudizio di merito non sia iniziato nel termine perentorio. Ciò per l'ovvia ragione che gli arbitri non possono mai pronunciare un provvedimento *ante causam*. V. SALVANESCHI, *ult. op. cit.*

⁴⁴² Ibidem «è [...] possibile che si verifichi l'ipotesi di provvedimento cautelare conservativo pronunciato *ante causam* dal giudice, oppure nel periodo interinale in cui residua la competenza del giudice stesso, che perda efficacia a seguito della successiva estinzione del giudizio arbitrale iniziato in termini. Anche in questo caso la declaratoria di inefficacia del provvedimento pronunciato dal giudice, con le eventuali disposizioni di ripristino, dovrà essere affidata al giudice stesso, del tutto in linea con quanto prevede la disposizione del cautelare uniforme.».

Viceversa, ove il provvedimento sia emanato dagli arbitri in corso di procedimento⁴⁴³, costoro, sulla base del combinato disposto del nuovo art. 818 e dell'art. 669-*novies* c.p.c., dovrebbero essere competenti a dichiararne l'inefficacia⁴⁴⁴.

Quanto da ultimo affermato è condivisibile nella misura in cui il termine "giudice" che compare nell'art. 669-*novies*, c. 2, c.p.c. venga inteso come sinonimo di "organo giudicante" e quindi sia ritenuto in grado di comprendere anche la figura dell'arbitro.

Si rammenta che il legislatore ha previsto che la declaratoria di inefficacia sia pronunciata con «ordinanza avente efficacia esecutiva». Pertanto individuare gli arbitri quali soggetti competenti dichiarare l'inefficacia dei provvedimenti cautelari da quest'ultimi emanati, sconta la difficoltà di attribuire all'ordinanza concessa in sede arbitrale una portata "esecutiva" quanto ai provvedimenti ripristinatori della situazione a com'era prima dell'esecuzione del provvedimento.

Detta problematica potrà superarsi con un'applicazione analogica del nuovo art. 818-*ter* (v. *supra* sull'attuazione dei provvedimenti cautelari arbitrali), nel senso che l'attuazione del provvedimento che ripristina la situazione a com'era prima dell'esecuzione del provvedimento sarà affidata alla sorveglianza dell'autorità statale⁴⁴⁵.

Pare opportuno segnalare che non dà luogo ad alcun contrasto, né con la *ratio* dell'art. 669-*novies* c.p.c. né con quella delle nuove norme di cui agli artt. 818 e ss. c.p.c., il caso in cui l'inefficacia del provvedimento cautelare discenda, *ex art. 669-*novies**, dall'emanazione di una pronuncia di merito che dichiara l'inesistenza del diritto cautelato⁴⁴⁶. In detta ipotesi infatti

Contra DE SANTIS, *op. cit.*, la quale - in relazione alla sola pronuncia sull'inefficacia del provvedimento e pertanto senza tenere in considerazione la questione relativa ai provvedimenti di ripristino - sostiene invece che: «[s]embra ragionevole che la regola valga anche se il provvedimento provenga dal giudice in un momento anteriore, ma occorre in proposito superare il tenore dell'art. 669-*novies* che attribuisce la competenza al soggetto autore del provvedimento». Al contempo asserisce che nei casi in cui sia concesso ad es. un sequestro conservativo e successivamente, entro il termine perentorio, non sia istaurato il giudizio arbitrale di merito la pronuncia sull'inefficacia non potrà che spettare al giudice.

⁴⁴³ V. nota 442.

⁴⁴⁴ In tal senso SALVANESCHI, *ult. op. cit.*, la quale sul punto evidenzia che è «vero che l'organo arbitrale sarà venuto meno proprio a causa dell'estinzione, ma il giudice che ha emesso il provvedimento di cui al secondo comma dell'art. 669-*novies* c.p.c. sono in questo caso gli arbitri che hanno ricevuto un mandato cautelare comprensivo di tutti gli incumbenti allo stesso relativi». A ben vedere nella maggior parte dei casi tale declaratoria risulta superflua in quanto implicita nella pronuncia di merito che assorbe la misura cautelare.

⁴⁴⁵ In tal senso, *ibidem*; BRIGUGLIO, *ult. op. cit.* Si evidenzia che l'art. 669-*novies*, con «l'espressione "ripristinare la situazione precedente" [...] si riferisce alle restituzioni ed al risarcimento dei danni causati dall'esecuzione delle misure cautelari, nonché tutti gli altri effetti riflessi prodotti dall'esecuzione della misura cautelare. Cfr. su *broccardi* (*broccardi.it*).

⁴⁴⁶ Cfr. SALVANESCHI, *ult. op. cit.*

l'esecutorietà della disposizione di ripristino contenuta in un capo aggiuntivo del lodo sarà affidata al procedimento di *exequatur* del lodo che ne ha dichiarato l'inefficacia⁴⁴⁷.

Concludendo, dovrà essere adattato il nuovo potere degli arbitri *ex* 818 c.p.c. con l'ultimo comma dell'art. 669-*novies*, intendendo l'*incipit* della norma, ossia la devoluzione del merito della causa ad arbitrato interno, operante solo ove le parti non abbiano convenzionalmente conferito agli arbitri il potere cautelare⁴⁴⁸.

3.1.1.7 *La tutela cautelare e l'arbitrato irrituale*

Un ultimo tema da affrontare, prima di passare all'analisi dell'impatto che la Riforma ha avuto sull'arbitrato societario e più propriamente sulla sospensione delle delibere assembleari, concerne il rapporto tra l'arbitrato libero ed il nuovo potere cautelare *ex* art. 818 c.p.c.

La *quaestio* si riduce ad una domanda: gli arbitri irrituali possono essere investiti dalle parti della potestà cautelare?

Rispondere a tale quesito è assai complesso, in quanto le indicazioni normative risultano sostanzialmente contraddittorie. Infatti, se da un lato, l'art. 1, co. 15, lett. c) della legge n. 206/2021 - che imponeva al legislatore delegato di «prevedere l'attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare misure cautelari [...]» - escludeva con ciò l'arbitrato irrituale dal campo d'applicazione della Riforma, l'art. 818 c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 149/2022, fa riferimento agli arbitri *tout court*, senza alcuna ulteriore specificazione.

La risposta alla domanda dipende dunque dal dato normativo che s'indenterà perseguire in sede di interpretazione. In altre parole, (i) o s'interpreterà gli artt. 818 e ss. quali riguardanti tanto gli arbitri rituali, quanto a quelli irrituali, (ii) oppure rimanere fermi all'indicazione posta in sede di delega dall'art. 1, co. 15, lett. c). A ben vedere, negli anni, la Corte costituzionale ha posto varie indicazioni circa la risoluzione delle eventuali

⁴⁴⁷ Resterebbe fuori il caso in cui gli arbitri omettano di pronunciarsi sull'inefficacia del provvedimento cautelare. In tal caso, la parte potrebbe rivolgersi al "giudice" cautelare, mediante sempre applicazione analogica del disposto dell'art. 818-*ter*, il quale deciderà con ordinanza. In tal senso BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*

⁴⁴⁸ Così, SALVANESCHI, *ult. op. cit.*

incongruenze tra le leggi di delega e decreti legislativi, partendo dalla premessa generale secondo cui nei rapporti tra delega e decreto legislativo prevale la prima sul secondo. In termini cristallini con la sentenza n. 276 del 2000, la Corte ha sancito che, all'interpretazione delle norme d'attuazione, si procede «tenendo presente che i principi stabiliti dal legislatore delegante costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche un criterio per la loro interpretazione, in quanto esse vanno lette, finché possibile, nel significato compatibile con i principi della legge di delega»⁴⁴⁹ Dunque, la norma delegata è da interpretare nel significato compatibile con i criteri direttivi e principi contenuti nella delega⁴⁵⁰.

Giustappunto dai primi contributi⁴⁵¹ sulla *quaestio* emerge l'esclusione dell'arbitrato irrituale dal campo di applicazione della Riforma.

Inoltre, si rammenta che la dottrina⁴⁵², al di là del divieto posto dall'originario art. 818 c.p.c., ha da sempre dato per scontata l'assenza di poteri cautelari in capo agli arbitri irrituali. Ciò, si ribadisce, in virtù del fatto che la possibilità di attribuire efficacia esecutiva alle decisioni dell'arbitro irrituale è inconcepibile a causa della natura puramente contrattuale del procedimento. Come accennato in sede di disamina delle differenze tra arbitrato rituale e irrituale, la funzione degli arbitri liberi non è quella di porre in essere un accertamento giurisdizionale; le decisioni di quest'ultimi incidono, per natura, solo sul piano negoziale.

Ordunque, alla luce di quanto sin ora riportato, l'unica soluzione ragionevolmente operabile è quella per cui: in caso di procedimento arbitrale irrituale, le parti per ottenere tutela cautelare dovranno rivolgersi *ex art. 669-quinquies* al giudice statale competente.

Concludendo sul punto e ragionando *per absurdum*, vi è un dato positivo che in ogni caso rappresenterebbe uno scoglio da superare al fine di sostenere la tesi *sub romanino* (i) *supra*. Si rammenta che il legislatore ha assoggettato il provvedimento arbitrale *ex art. 818* al reclamo cautelare proponibile *ex art. 818-bis* per i motivi - *errores in procedendo* - di cui all'art. 829, co. 1, in quanto compatibili e per contrarietà all'ordine pubblico. La problematicità

⁴⁴⁹ Corte cost. del 13 luglio 2000, sentenza n. 276. La sentenza dispone in tal senso sulla base dei criteri fissati già in precedenza dalla Corte cost. del 5 febbraio 1999, sentenza n. 15; dalla Corte cost. del 27 aprile 2000, sentenza n. 126 e dalla Corte cost. del 31 maggio 2000, sentenza n. 163.

⁴⁵⁰ Da ultimo, Corte cost. del 11 aprile 2008, sentenza n. 98. Corte cost. del 24 aprile 2008, sentenza n. 112.

⁴⁵¹ V. BOVE, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte)*, cit., *sub* nota 23.

⁴⁵² CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale* cit., p. 286 ss.

ovviamente non sorge in riferimento alla contrarietà all'ordine pubblico che evidentemente può colpire provvedimenti cautelari anche ove concessi in sede di arbitrato irrituale. La criticità sorge, invece, con riferimento all'esplicito rinvio che l'art. 818-*bis* fa agli *errores in procedendo* dell'art. 829, co. 1, ovverosia i casi in cui, come visto, è possibile impugnare per nullità il lodo rituale. «Si potrebbe, cioè, postulare che il fatto che il reclamo avverso i provvedimenti cautelari emanati dagli arbitri sia ammesso per i motivi di impugnazione del lodo rituale vale a dimostrare che i provvedimenti cautelari di cui trattasi sono soltanto quelli emessi dagli arbitri rituali»⁴⁵³.

Si tratterà di comprendere se l'art. 818-*bis* sia effettivamente incompatibile con l'eventualità che il potere *ex* 818 venga esercitato da arbitri irrituali, il quale potrebbe essere sottoposto ad un'opera interpretativa tale da ricomprendere anche l'arbitrato libero. A ben vedere, sul punto, sono emerse due proposte grazie alle quali è possibile adeguare il disposto alla potestà cautelare esercitata degli arbitri liberi. Più precisamente è stata avanzata l'idea⁴⁵⁴:

- a) di ritenere il riferimento all'art. 829, co. 1, sostituito implicitamente dal disposto di cui all'art. 808-*ter*, co. 2, fatta salva in ogni caso la clausola di compatibilità dei motivi; ovvero
- b) considerare il rinvio all'art. 829, co. 1 compatibile con il reclamo proposto avverso la misura cautelare concessa in sede di arbitrato irrituale, sempre ferma la clausola di compatibilità.

Orbene, grazie alla tendenziale sovrapponibilità - quanto ai motivi - del sistema impugnatorio delineato dagli artt. 808 *ter*, comma secondo, e 829, comma primo, c.p.c., entrambe le soluzioni proposte non porrebbero questioni problematiche insormontabili.

⁴⁵³Così, CAROSI, *Finalmente la potestà cautelare agli arbitri: vecchie e nuove questioni, con una postilla sull'arbitrato irrituale*, cit.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

3.1.2 *L'impatto della riforma dell'arbitrato sulla sospensione delle delibere assembleari*

La legge di delega, come anticipato, ha affrontato anche tema dell'inserimento delle norme sull'arbitrato societario nel codice di rito, nei termini di cui all'art. 1, comma 15°, lettera f). Precisamente, il legislatore delegante ha richiesto al governo di: «prevedere, nella prospettiva di riordino organico della materia e di semplificazione della normativa di riferimento, l'inserimento nel codice di procedura civile delle norme relative all'arbitrato societario e la conseguente abrogazione del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5; prevedere altresì la reclamabilità dell'ordinanza di cui all'articolo 35, comma 5, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, che decide sulla richiesta di sospensione della delibera;».

3.1.2.1 *Il riordino delle norme che disciplinano l'arbitrato societario nel codice di rito*

Con il fine ultimo di unificare il sistema, la direttiva contenuta nell'art. 1, comma 15°, lett. f), ha invitato il governo a introdurre, nel codice di rito, le norme concernenti l'arbitrato societario, abrogando per l'effetto il decreto legislativo del 17 gennaio 2003, n. 5 analizzato nel primo capitolo della presente dissertazione.

La Riforma ha trasferito la disciplina relativa all'arbitrato societario all'interno del codice di rito e più precisamente ai nuovi artt. 838-*bis*-838-*quinquies*⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Anzitutto l'art. 838-*bis* c.p. riproduce pedissequamente l'originario testo dell'art. 34 del D. lgs. n. 5/2003, non alterando pertanto le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali avanzate negli anni in relazione al testo della norma. L'art. 383-*ter* c.p.c. (che sostituisce l'abrogato art. 35 del decreto del 2003) - al di là di alcune modifiche di coordinamento con la disciplina dell'arbitrato di diritto comune - apporta alcune variazioni al precedente testo del decreto societario deputato alla regolamentazione della normativa inderogabile; in *primis* si può osservare che i primi due commi dell'art. 35 del decreto del 2003 sono rimasti invariati nel testo del nuovo art. 838-*ter*, al netto del coordinamento del secondo comma relativo all'applicazione dell'art. 820, secondo comma, così come riformato. Inoltre si può osservare l'abrogazione del terzo comma dell'art. 35, necessaria a seguito delle radicali modifiche apportate nel 2006 al testo dell'art. 819 del codice di rito. Su quest'ultimo punto v. *ibidem*. Il nuovo art. 838-*quater* riproduce il testo dell'abrogato art. 36 del decreto del 2003, con la sola abrogazione del secondo comma dell'art. 36 ovvero l'adeguamento alle modifiche apportate all'art. 829 c.p.c. con la riforma societaria. Concludendo, il nuovo art. 838-*quinquies* ricalca il testo dell'art. 37 del decreto del 2003. Il decreto 149/2022 ha dunque recepito le indicazioni contenute nella delega volte al riordino della materia in esame. Sul riordino delle norme in materia di arbitrato societario v. SALVANESCHI, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai*

La legge di delega ha posto quale criterio direttivo quello di incidere sulla disciplina dell'arbitrato societario in una «prospettiva di riordino organico della materia e di semplificazione della normativa di riferimento», lasciando, pertanto, poco spazio di manovra al legislatore delegato in termini di innovazioni più ampie da tempo auspiccate, tra le quali, ad esempio, un ripensamento nei confronti dell'esclusione delle società che ricorrono al mercato del capitale di rischio *ex 2365-bis* c.c. dalla possibilità di scegliere l'arbitrato quale rito di risoluzione delle controversie societarie⁴⁵⁶.

La direttiva di cui alla lettera f) ha rappresentato comunque una sfida impegnativa per il legislatore delegato, poiché il dettato normativo sull'arbitrato societario richiedeva un attento coordinamento per poter essere inglobato nella disciplina generale codicistica. E' bene sottolineare che, fin da subito, i primi commentatori hanno evidenziato come il compito del Governo non fosse in effetti solo quello di trasportare - mediante il decreto attuativo - le norme di cui agli artt. 34 ss. del D. lgs. n. 5/2003 nell'organicità delle disposizioni del codice di rito, bensì quello di preoccuparsi che tale integrazione si effettuasse nel rispetto della specialità della disciplina dell'arbitrato societario rispetto all'arbitrato comune di cui agli artt. 806 ss. del codice di procedura civile⁴⁵⁷.

principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15) cit.; DE SANTIS, op. cit.; GIORGETTI, op. cit.; AMENDOLAGINE, op. cit.

⁴⁵⁶ Cfr. SALVANESCHI, *ult. op. cit.*, la quale asserisce che «[l]e prossime norme attuative non potranno quindi porre rimedio ad alcune lacune o problematiche proprie del modello societario, laddove per farlo si dovesse esorbitare il campo, forse limitato, di operatività segnato dalla legge delega con quell'indicazione di riordino organico della materia e di semplificazione della normativa di riferimento, che non prelude all'operatività di alcune innovazioni, pur da molti auspiccate.».

⁴⁵⁷ Cfr. SALVANESCHI, *ult. op. cit.*, la quale evidenziava per l'appunto che: «Il nuovo legislatore delegato non dovrà quindi semplicemente incorporare nel codice di rito le poche norme sull'arbitrato societario rimaste orfane della restante parte della riforma processuale societaria del 2003, ma fare finalmente quel lavoro di coordinamento dei due modelli di arbitrato del tutto mancato nel 2006. Tutto ciò si dovrà realizzare lasciando tuttavia inalterata l'anima dell'arbitrato societario, ben diversa da quella propria del modello ordinario, concretando quindi un insieme di due modelli, senz'altro coordinati, ma pur sempre ben distinti e paralleli [...]. [P]er fare degli esempi, l'art. 35, comma 3°, D. lgs. n. 5/2003 nel suo rapporto con l'art. 819 c.p.c., ove nessuno ha pensato di coordinare la prima delle due disposizioni con il contenuto, addirittura ribaltato, della seconda così come ridisegnato dal legislatore del 2006; l'art. 35, comma 2°, D. lgs. n. 5/2003 che, nel regolare l'intervento o la chiamata di terzi nell'arbitrato, dispone ancora che «si applica l'art. 820, secondo comma, del codice di procedura civile», laddove questa norma è stata anch'essa modificata; l'art. 36, D. lgs. n. 5/2003 laddove, ancora una volta senza che sia stato operato il dovuto adeguamento con la sopravvenuta riforma dell'arbitrato del 2006, richiama l'art. 829, comma 2°, c.p.c. per assoggettare il lodo a impugnazione per violazione di regole di diritto nelle ipotesi in cui gli arbitri abbiano conosciuto di questioni non compromettibili, ovvero quando l'oggetto sia costituito dalla validità delle delibere assembleari ed ancora l'art. 35, D. lgs. n. 5/2003 dove fa riferimento all'ormai abrogato art. 838 c.p.c. Si tratta di esempi di mancato coordinamento, cui si dovrà oggi porre sicuro rimedio, che non richiedono semplicemente modifiche dei riferimenti normativi, ma anche di operare delle scelte tutte demandate al legislatore delegato. Quest'ultimo non si potrà limitare dunque a inglobare le norme societarie nel codice di rito, ma è chiamato a porre

3.1.2.2 *La sospensione delle deliberazioni assembleari ai sensi del nuovo art. 838-ter co. 4*

Nel corso del primo capitolo di questo elaborato si sono analizzate le questioni maggiormente dibattute in dottrina in merito al potere inibitorio degli arbitri ai sensi dell'art. 35, co. 5 del D. lgs. n. 5/2003⁴⁵⁸.

Il nuovo art. 838-ter, co. 4 - che incorpora nel codice di rito l'abrogato art. 35, co. 5 del D. lgs. n. 5/2003 - recita: «Salvo quanto previsto dall'articolo 818, in caso di devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, agli arbitri compete il potere di disporre, con ordinanza reclamabile ai sensi dell'articolo 818 bis, la sospensione dell'efficacia della delibera.».

Nei commenti alla l. n. 206/2021 la dottrina aveva, anzitutto, auspicato un chiarimento sulla *vexata quaestio* concernente il modello di legittimazione concorrente ovvero esclusivo degli arbitri societari⁴⁵⁹.

Va in via preliminare osservato come il compito affidato al legislatore delegato, ai sensi dell'art. 1, co. 15, lettera c), fosse quello di plasmare il nuovo, generale, potere cautelare degli arbitri proprio sulla disciplina contenuta nel D. lgs. n. del 2003, la quale - come visto - riservava “sempre” agli arbitri il potere cautelare⁴⁶⁰. La legge delega ha quindi tratto

in essere un lavoro di coordinamento molto più complesso e delicato di raccordo, per omologia o per differenza, tra i due modelli di arbitrato.».

⁴⁵⁸ A tal proposito, si rinvia al: (i) paragrafo 1.3.1.1 per quanto concerne la *vexata quaestio* relativa alla tipologia degli atti sospendibili; (ii) paragrafo 1.3.1.2 per quanto concerne il dibattito sulla ripartizione della competenza cautelare sospensiva prima della costituzione del Tribunale Arbitrale; (iii) paragrafo 1.3.1.4 per quanto concerne l'analisi delle posizioni contrapposte relativa alla natura del provvedimento inibitorio; (iv) paragrafo 1.3.2 per l'analisi circa la dubbia ammissibilità di clausole statutarie per arbitrato irrituale.

⁴⁵⁹ Sul punto si rammenta che la dottrina ha più volte avuto modo di evidenziare che un potere esclusivo degli arbitri porterebbe a vuoti di tutela nei casi in cui, pur in pendenza del procedimento arbitrale, gli arbitri - perché ancora il tribunale non è costituito ovvero si trovi in una situazione tale da non poter decidere, ad esempio la necessaria sostituzione di un membro del collegio - non siano in grado di decidere. Pertanto si è corroborata in dottrina e giurisprudenza la tesi per cui in tali ipotesi di “incapacità” decisoria degli arbitri, in via eccezionale, le parti possono rivolgersi al giudice ordinario. Ad oggi, con una sorta di interpretazione autentica il legislatore, plasmando il nuovo potere degli arbitri sul modello societario, ha confermato detta tesi corroborata nella prassi. Sul dibattito dottrinale in tema di modello di legittimazione cautelare concorrente ovvero esclusivo degli arbitri v. paragrafo 1.3.1.2 di questa dissertazione.

⁴⁶⁰ Cfr. SALVANESCHI, *ult., op. cit.*, la quale osserva che: «[l]’articolo 35 D. lgs. n. 5/2003 ha quindi rappresentato fin da subito un primo e importante punto di rottura di un sistema rigidamente chiuso, strutturalmente già conformato secondo uno schema simile a quello oggi previsto dalla legge delega alla lettera c) dell’art. 1, comma 15. Infatti, il legislatore delegato dovrà modellare il potere cautelare degli arbitri con il medesimo sistema già regolato dalla norma societaria, che riserva “sempre” agli arbitri il potere cautelare, attribuendo loro un potere esclusivo [...]».

ispirazione dal modello societario, disponendo per un potere cautelare esclusivo a favore degli arbitri; tuttavia, come visto, diversamente da quanto previsto nel D. lgs. del 2003, la legge di delega, con riferimento all'arbitrato comune, ha espressamente previsto il «mantenimento del potere cautelare affidato al giudice nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri»⁴⁶¹ e dunque la possibilità delle parti di rivolgersi al giudice statale finché il Tribunale arbitrale non sia in grado di decidere.

Orbene, tornando al testo dell'art. 838-ter co. 4 succitato, risalta giustappunto l'eliminazione del termine «sempre» in relazione al disposto per cui agli arbitri competeva il potere di sospendere l'efficacia della delibera assembleare. Dunque, in linea con la soluzione in generale dettata nel novellato art. 818 c.p.c, anche in materia di sospensione delle delibere assembleari il legislatore ha recepito la corroborata giurisprudenza in materia societaria secondo cui all'autorità giudiziale compete concedere provvedimenti cautelari, allorché, genericamente, l'organo arbitrale non sia ancora nelle condizioni di provvedere.

Ciò detto, i primi commentatori⁴⁶² hanno altresì osservato come l'eliminazione di tale inciso, in combinato con la clausola di salvezza «salvo quanto previsto dall'articolo 818», posta in apertura della norma in esame, potrebbe condurre taluni ad affermare che a seguito della riforma, il potere inibitorio degli arbitri - al pari del generalizzato potere cautelare di diritto comune - sia subordinato ad un'espressa volontà attributiva di detto potere da parte dei compromittenti.

Detta interpretazione - da escludersi⁴⁶³ - rappresenterebbe un'involuzione del sistema e per giunta comporterebbe la modifica di tutte le clausole statutarie vigenti, le quali, vista la pacifica concezione per cui la normativa preesistente prevedeva il potere sospensivo degli arbitri *ex lege*, nessuna di esse contiene una tale previsione attributiva. Ed ancora si può osservare come nella delega non emerge alcun principio volto a lasciar intendere un intervento

⁴⁶¹ «con ciò consentendo un'interpretazione autentica e ben avvalorata dalla prassi della norma societaria». Così, ibidem; DALMOTTO, *op. cit.*, osserva che così disponendo il legislatore ha sostanzialmente recepito la giurisprudenza corroborata in materia societaria per cui al giudice statale è concesso concedere la cautela sino a quando in termini generici, l'organo arbitrale non sia in condizione di provvedere.

⁴⁶² Cfr. sul punto SALVANESCHI, *le nuove norme in materia di arbitrato cit.*

⁴⁶³ Sul punto DE SANTIS, *op. cit.* esclude indirettamente un'attribuzione mediante espressa volontà delle parti segnalando contrariamente proprio che «tuttora l'unica attribuzione agli arbitri di potestà cautelare *ex lege*, ossia, più precisamente, che non necessita di un apposito conferimento di poteri cautelari da parte dei compromittenti, rimane quella oggi contemplata (visto il trasferimento nel codice di rito della normativa sull'arbitrato societario) dall'art. 838-ter c.p.c., comma 4 (sospensione cautelare della delibera societaria, oggetto di giudizio arbitrale)». Sul punto v. paragrafo 3.2.2.1.

delegato volto modificare il modello attributivo del potere inibitorio arbitrale ed anzi proprio nel criterio direttivo teso ad attribuire il generalizzato potere cautelare arbitrale, il legislatore delegante ha fatto salve le diverse previsioni di legge, con ciò intendendo proprio far salva la disposizione societaria in analisi.

Pertanto, l'interpretazione da attribuire all'inciso «salvo quanto previsto dall'articolo 818» sarebbe quella per cui la necessità dell'attribuzione solo per espressa volontà dei compromittenti si imporrà nei rarissimi casi in cui il collegio arbitrale non sia ancora costituito ovvero quando le parti intendano attribuire agli arbitri ulteriori poteri cautelari agli arbitri diversi da quello sospensivo delle delibere assembleari⁴⁶⁴.

Sulla riferibilità della norma di cui all'abrogato art. 35, co. 5 del D. lgs. n. 5/2003, attuale art. 837-ter, co. 4, alle sole deliberazioni assembleari ovvero a tutte le delibere sociali, gli autori che hanno commentato i principi direttivi contenuti nella delega speravano in un superamento dell'annosa questione⁴⁶⁵. Più precisamente, alla luce della proposta da tempo avanzata in dottrina⁴⁶⁶, era diffuso l'auspicio che fosse avallata la soluzione più largheggiante, in modo da ricomprendere nel potere cautelare arbitrale anche la sospensione delle delibere sociali diverse da quelle assembleari⁴⁶⁷. Tuttavia la disposizione alla fine adottata con il d.lgs. n. 149/2022 - riproponendo l'inciso «controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari» - non ha accontentato questo desiderio. Va comunque detto che il generalizzato potere cautelare attribuito agli arbitri *ex* 818 c.p.c. al cospetto di una convenzione o di un successivo atto legittimante, offrirà la possibilità di ottenere in sede arbitrale un

⁴⁶⁴ Sul punto SALVANESCHI, *ult. op. cit.*, evidenzia che «chi volesse estendere il potere cautelare degli arbitri a provvedimenti diversi da quello già regolato dall'art. 35, D. lgs. n. 5/2003 dovrebbe dunque provvedere necessariamente a modificare la clausola statutaria.».

⁴⁶⁵ Cfr. SALVANESCHI, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)* cit., la quale sul punto asserisce che: «Dato il diritto vivente e la convinzione già riscontrata nella dottrina che la norma di cui all'art. 35, c. 5, D. lgs. n. 5/2003 vada riferita non solo alle delibere assembleari, ma a tutte le delibere sociali, riterrei che anche questo chiarimento rientri poi tra quelli ammissibili e auspicati [...]».

⁴⁶⁶ Cfr. VILLA, *Arbitrato e tutela cautelare*, in L. SALVANESCHI - A. GRAZIOSI, *L'arbitrato*, Milano 2020, p. 525 testo e nota 27.

⁴⁶⁷ DALMOTTO, *L'impatto della prossima riforma dell'arbitrato comune e societario sulla sospensione delle delibere assembleari*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2022, p. 639, sul punto evidenzia che anche ove il legislatore delegato non estendesse alla disciplina di cui all'abrogato art 35.5 del D. lgs. n. 5/2003 alle delibere diverse da quelle assembleari, comunque - in virtù del generalizzato potere cautelare arbitrale - quest'ultime potranno essere sospese seppur con le difficoltà annesse all'applicazione di una disciplina di legge prevista per un fenomeno diverso quale l'arbitrato comune. In ogni caso, pur permanendo il tenore letterale di cui all'abrogato 35.5, fa notare come venuto meno il divieto di cui all'art. 818 viene meno anche l'argomentazione per cui non fosse possibile provvedere ad una lettura estensiva della norma.

provvedimento inibitorio di deliberazioni sociali diverse da quelle assembleari, richiedendo, tuttavia, come *supra* detto, l'esplicitazione di un'espressa volontà nella clausola statutaria.

Ancora, analizzando il testo della legge delega, è possibile notare come abbia impattato in materia di arbitrato societario anche la disposizione di cui all'articolo 1, co. 17, lettera q), la quale richiedeva al legislatore delegato di:

«prevedere che il provvedimento cautelare di sospensione dell'esecuzione delle deliberazioni assunte da qualsiasi organo di associazioni, fondazioni, società, ovvero condominio, non perde efficacia in caso di estinzione del giudizio, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa [...]»⁴⁶⁸.

La disposizione ha richiesto al legislatore delegato di prevedere che il provvedimento cautelare di sospensione dell'esecuzione delle decisioni prese, da qualsiasi organo societario, non perda efficacia, ai sensi dell'art. 669-*novies* c.p.c., ove il procedimento di merito si estingua.

Detta norma risponde all'esigenza di garantire la stabilità della misura inibitoria e palesa l'anacronistica posizione della Corte di Cassazione, ribadita nella sentenza n. 10986 del 26 aprile 2021⁴⁶⁹, secondo la quale tali provvedimenti hanno carattere conservativo e pertanto vanno soggetti alle disposizioni di cui agli artt. 669-*octies* e 669-*novies* del c.p.c.

In ossequio alla delega, il legislatore delegato ha previsto all'art. 669-*octies*, co. 8 c.p.c., che «L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, né dei provvedimenti cautelari di sospensione dell'efficacia delle deliberazioni assunte da qualsiasi organo di associazioni, fondazioni o società, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa.». Pertanto, anche con riferimento ai «provvedimenti cautelari di sospensione dell'efficacia delle deliberazioni assunte da qualsiasi organo di associazioni, fondazioni o società» è stata attenuata la strumentalità della tutela cautelare rispetto a quella di merito.

⁴⁶⁸ SALVANESCHI, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)* cit., sul punto osserva che: «Ovviamente, l'attuazione di questo principio direttivo si rifletterà anche sul regime della stabilità dei provvedimenti di sospensione delle delibere impugnate assunti dagli arbitri, facendo decadere, conformemente agli intenti deflattivi del contenzioso perseguiti con la progettata riforma del processo civile, l'onere della parte vittoriosa in sede cautelare di coltivare il giudizio anche nel merito se non vuole perdere i benefici ottenuti.»

⁴⁶⁹ Sulle ragioni della posizione della Corte Suprema, esplicitate nella sentenza n. 109986 del 26 aprile 2021, v. paragrafo 1.3.1.4 di questo elaborato.

Una norma che, tuttavia, potrà ingenerare dubbi interpretativi è il disposto di cui all'art. 669-*octies*, co. 6. Infatti, differentemente dal citato co. 8, il quale - nella parte in cui sancisce che «[l']estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti [...]» - si riferisce ai provvedimenti sospensivi dell'efficacia delle deliberazioni assunte «da qualsiasi organo di [...] società», il co. 6 esclude l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 669-*octies* e al primo comma dell'art. 669-*novies*, solo con riferimento alle deliberazioni emanate dall'organo assembleare. Non si può dunque escludere che alla fine prevarrà un'interpretazione per cui, in caso di sospensione di una delibera del consiglio di amministrazione, il ricorrente sarà tenuto, entro il termine perentorio, ad istaurare il giudizio di merito. In tal modo verrà così a crearsi una distinzione tra la natura dei provvedimenti cautelari inibitori delle deliberazioni assembleari rispetto alle misure sospensive delle deliberazioni degli altri organi sociali.

I primi commentatori della l. n. 206/2005⁴⁷⁰ hanno evidenziato un'ulteriore problematica relativamente all'attribuzione dei poteri cautelari degli arbitri: la formulazione della direttiva avrebbe in effetti permesso di risolvere definitivamente la *vexata quaestio* relativa l'arbitrato irrituale societario (su cui v. paragrafo 3.2.3): mentre il testo legislativo di cui all'art. 35 co. 5 del D. lgs. n. 5/2003 ammetteva pacificamente la possibilità di prevedere l'arbitrato irrituale⁴⁷¹ mediante clausola statutaria, la dottrina, ha evidenziato l'incompatibilità sistematica tra l'arbitrato irrituale e la disciplina del procedimento arbitrale societario⁴⁷².

In via preliminare si rammenta, che il principio direttivo espresso nella delega, cui non si è dato seguito in sede di attuazione, richiedeva al governo - con riferimento all'arbitrato comune - di riconoscere il potere cautelare solo nell'ambito dell'arbitrato rituale.

⁴⁷⁰ SALVANESCHI, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)* cit., la quale sul punto asseriva che: «Sarebbe quindi doveroso che il legislatore delegato, nell'inserire nel codice di rito il testo dell'articolo 35 del decreto societario, prendesse una posizione in materia, riorganizzandola organicamente con riferimento al testo sopravvenuto della norma del rito uniforme che disciplina la competenza cautelare del giudice in presenza di convenzione di arbitrato. L'articolo 669 *quinquies* c.p.c. andrà infatti coordinato di necessità con la disciplina delegata attuativa dei principi direttivi contenuti nella precedente lettera c) ed è quindi auspicabile che i decreti delegati si preoccupino quindi anche di coordinare con la disciplina generale anche il disposto per questa parte dell'art. 35 D. lgs. n. 5/2003.».

⁴⁷¹ «La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-*quinquies* del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera.».

⁴⁷² Sulle perplessità relative la compatibilità dell'arbitrato irrituale e la clausola compromissoria statutaria v. il par. 1.3 di questa dissertazione.

Orbene, il testo del nuovo art. 837-ter, co. 4, c.p.c. rispetto al previgente art. 35 co. 5, d.lgs. n. 5/2003 non reca l'inciso secondo cui «la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669-quinquies del codice di procedura civile».

A detta dei primi commentatori tale eliminazione sarebbe in linea con la successiva modifica dell'art. 669-quinquies c.p.c.⁴⁷³, che dal 2005 espressamente ammette l'accesso alla tutela cautelare anche in caso di convenzione per arbitrato irrituale. Pertanto la mancanza dell'inciso su riportato rientrerebbe nell'opera di riordino della disciplina, nel senso che non implica l'abrogazione della possibilità di optare, mediante clausola statutaria, per l'arbitrato irrituale⁴⁷⁴. Va tuttavia segnalato che, seguendo detta interpretazione - posto che l'arbitrato irrituale è escluso dal campo di applicazione della riforma⁴⁷⁵ -, si arriva alla conclusione per cui gli arbitri irrituali hanno potestà cautelare solo con riferimento al potere sospensivo delle delibere assembleari impugnate.

Passando ora ad un ulteriore tema che ha suscitato un rinnovato interesse nel dibattito dottrinale, si rammenta che la sospensione delle deliberazioni assembleari impugnate è *self-executing*, ossia risulta da sola efficace, senza che si renda necessario un intervento coercitivo da parte dell'autorità giudiziaria⁴⁷⁶. Orbene, l'interpretazione invalsa sino alla riforma, in virtù della carenza, in capo agli arbitri, del c.d. *ius imperii*, è stata quella di ritenere che il provvedimento arbitrale *self-executing* non possa essere accompagnato da un meccanismo di coercizione indiretta quale quello della c.d. *astreinte ex art. 614-bis* c.p.c. Nello scenario determinatosi con la riforma del 2022, alcuni autori hanno però avanzato l'idea che sia ora

⁴⁷³ L'inciso sull'arbitrato irrituale contenuto nell'abrogato art.35 co. 5 risultava ridondante di fronte ad una norma generale quale l'art.669-quinquies che a seguito della riforma del 2005 ha posto un principio applicabile anche nella normativa speciale societaria.

⁴⁷⁴ LAURA SALVANSECHI, *le nuove norme in materia di arbitrato*, sul punto, constata che si tratta di un'abrogazione che potrebbe influire significativamente sulla *vexata quaestio* concernente la validità delle clausole statutarie per arbitrato libero. L'abrogazione infatti potrebbe rafforzare le tesi di coloro che fermamente nel tempo hanno argomentato a favore dell'incompatibilità. Tuttavia la Corte di Cassazione, contrariamente alle opinioni di coloro i quali sostenevano l'incompatibilità con la struttura stessa della procedura arbitrale societaria, ha confermato più volte legittimità dell'arbitrato irrituale per clausola statutaria. Per di più, ad oggi, sono vigenti numerose clausole statutarie per arbitrato irrituale e che pertanto un'interpretazione abrogativa metterebbe in crisi la validità di queste clausole e la loro applicabilità.

⁴⁷⁵ BOVE, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte)*, cit., nota 23 evidenzia appunto che «[l]'esclusione dal campo di applicazione della riforma dell'arbitrato irrituale sembra doversi affermare essenzialmente per il tenore della delega, che alla lett. c) del 15° comma dell'articolo unico, precisava esplicitamente come l'attribuzione del potere cautelare fosse da prevedere per gli arbitri rituali.»

⁴⁷⁶ Cfr. DALMOTTO, *op. cit.*

possibile attribuire agli arbitri il potere di accompagnare l'inibitoria delle delibere con l'adozione di una misura coercitiva indiretta ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c.⁴⁷⁷.

Al di là dell'opera di riordino di cui è stato incaricato il governo, di certo, l'aspetto più rilevante delle disposizioni della delega in materia di arbitrato societario è la possibilità di reclamo avverso l'inibitoria delle deliberazioni assembleari emanata dagli arbitri.

Come visto nel Capitolo I di questo elaborato, nel sistema ordinato dal decreto legislativo del 2003 non era previsto alcun controllo sull'ordinanza inibitoria emessa dagli arbitri, definita pertanto quale non impugnabile.

Introducendo la possibilità di reclamo anche per i provvedimenti di cui all'abrogato art. 35 comma 5 del D. lgs. del 2003, la legge delega ha giustamente introdotto un gravame avverso tutte le misure cautelari adottate dagli arbitri, ma nello stesso tempo ha dato luogo ad alcuni dubbi interpretativi, perché menziona due tipologie di reclamo alle lettere c)⁴⁷⁸ e f)⁴⁷⁹ dell'art. 1, comma 15°.

L'incertezza è emersa in quanto, come detto nel paragrafo che precede, la lettera c) dell'art. 1, comma 15° ha previsto un reclamo con il quale può essere fatto valere un numero limitato di censure⁴⁸⁰, mentre la lettera f) ha genericamente incaricato il Governo di «prevedere [...] la reclamabilità dell'ordinanza di cui all'art. 35, comma 5°, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, che decide sulla richiesta di sospensione della delibera». Si tratta insomma di comprendere se i limiti di cui alla lettera c) siano applicabili anche all'inibitoria delle deliberazioni societarie o se, invece, la formulazione della lettera f) sia da intendersi nel senso per cui il reclamo in tale ambito deve avere una portata devolutiva più ampia, comprendendo «anche la violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia»⁴⁸¹.

In proposito è opportuno evidenziare che, mentre nell'ambito dell'arbitrato rituale ordinario, dal dettato dell'art. 829 del codice di rito emerge un quadro per cui (in assenza di

⁴⁷⁷ Sul punto cfr. *ibidem*.

⁴⁷⁸ Ai sensi della quale, come visto, il governo è stato delegato per: «disciplinare il reclamo cautelare davanti al giudice ordinario per i motivi di cui all'art. 829, primo comma, del codice di procedura civile e per contrarietà all'ordine pubblico.».

⁴⁷⁹ La quale dispone di: «prevedere altresì la reclamabilità dell'ordinanza di cui all'articolo 35, comma 5, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, che decide sulla richiesta di sospensione della delibera;».

⁴⁸⁰ V. nota 478.

⁴⁸¹ Cfr. SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, cit.,.

una esplicita pattuizione volta ad ammettere l'impugnabilità del lodo rituale anche per *errores in iudicando* ai sensi del c. 3) sono censurabili solo gli *errores in procedendo* di cui al catalogo del c. 1, con riguardo al lodo societario, è proprio la legge a stabilire che quando l'impugnazione attiene alla validità delle deliberazioni assembleari e quando l'arbitrato societario abbia avuto ad oggetto questioni non compromettibili è consentita un'impugnazione "piena", che consente la censura anche degli errori commessi dagli arbitri nel loro giudizio di merito⁴⁸².

Al di là di ciò, come sottolineato a seguito della pubblicazione della legge di delega, appare più ragionevole interpretare la disposizione di cui alla lettera f) quale costituente mero richiamo di quanto previsto nella lettera c) in termini generali.

La dottrina ha osservato come non vi fosse alcuna *ratio* per trattare diversamente l'ordinanza sospensiva delle deliberazioni assembleari in sede di reclamo rispetto ad altre misure cautelari adottabili ai sensi della lettera c) e che pertanto l'interpretazione che avrebbe dovuto perseguire il legislatore delegato fosse quella per cui la lettera f) preveda anche un reclamo limitato, in coerenza con il sistema vigente⁴⁸³.

A conferma delle ragioni addotte dalla dottrina, l'art. 838-ter, co. 4 prevede la possibilità delle parti di reclamare il provvedimento inibitorio emanato dagli arbitri societari, innanzi al giudice statale, e nei termini e modi previsti dall'art. 818-bis; ossia quelli previsti per l'arbitrato di diritto comune.⁴⁸⁴

⁴⁸² Ibidem, la quale sul punto ha giustificato un'eventuale differenziazione; ritenendo condivisibile che all'impugnazione del lodo, normalmente limitata alle sole censure di vizi procedurali ai sensi dell'art. 829, comma 1, c.p.c., corrisponda un reclamo cautelare altrettanto limitato, come descritto nell'art. 1, comma 15°, lett. c) della legge delega. D'altro canto, nel caso di un'impugnazione del lodo con "formula piena", come previsto dall'abrogato art. 35, comma 3 del D. lgs. n. 5/2003, parrebbe logico che il reclamo possa avere una portata altrettanto piena. Certamente però optare per una tale lettura porterebbe a un'eccessiva ingerenza del giudice ordinario nel merito dell'inibitoria cautelare arbitrale, proprio nell'unica materia in cui il potere cautelare arbitrale era già legittimato senza alcun controllo.

⁴⁸³ Cfr. SALVANESCHI, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)* cit., la quale sul punto asserisce che: «Non c'è dunque nessuna ragione perché l'ordinanza di sospensiva abbia un trattamento diverso in sede di reclamo da quello che avranno le altre e diverse misure cautelari che saranno ammesse e regolate come previsto in via generale dalla precedente lettera c). Ritengo quindi che l'interpretazione preferibile sia quella meno dirompente di un sistema che è stato costruito sulla mancanza di ogni interferenza del giudice ordinario sull'arbitrato e che anche la lettera f) vada quindi letta con le medesime restrizioni che la legge delega impone in via generale al reclamo. Proprio nell'unica materia il cui il potere cautelare degli arbitri era già conosciuto, sarebbe infatti davvero discutibile pensare che il giudice ordinario in sede di reclamo possa entrare nel merito della decisione arbitrale, con evidenti interferenze e ricadute sul corso successivo dell'arbitrato.»

⁴⁸⁴ «[...]agli arbitri compete il potere di disporre, con ordinanza reclamabile ai sensi dell'articolo 818 bis, la sospensione dell'efficacia della delibera.»

3.1.3 *Le modifiche apportate al Regolamento della Camera arbitrale di Milano a seguito della riforma dell'articolo 818 c.p.c. La figura dell'arbitro d'urgenza*

Il 1° marzo 2023 è entrato in vigore il nuovo regolamento della Camera arbitrale di Milano, a seguito di una revisione resasi necessaria principalmente per tener conto delle modifiche apportate alle norme sull'arbitrato dal decreto legislativo 149/2022.

La ragione principale che ha indotto questa riscrittura del Regolamento è stata l'opportunità di conformare o adeguare le disposizioni relative all'esercizio dei poteri cautelari degli arbitri - anzitutto - alla nuova, riformata, versione dell'articolo 818 c.p.c., il quale, come ampiamente visto, attribuisce agli arbitri, con il consenso delle parti coinvolte, il potere di concedere provvedimenti cautelari.

A ben vedere, l'articolo 26 (misure cautelari o provvisorie) comma 1 del Regolamento è rimasto praticamente invariato rispetto alla precedente formulazione risalente al 2019, che conferiva, agli arbitri, nominati in un arbitrato regolato dal Regolamento, il potere di “pronunciare tutti i provvedimenti cautelari di natura urgente e provvisoria, inclusi quelli di natura anticipatoria, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento.”

Ebbene, la formulazione di cui al primo comma dell'art. 26, introdotta nel 2019 - anche ove la *lex arbitri* sia quella interna - era idonea, anche in assenza di modifiche al Regolamento, a legittimare il potere cautelare arbitrale all'interno del procedimento amministrato dalla CAM; ciò in virtù proprio del venir meno del divieto inderogabile di legge di cui all'originario art. 818 c.p.c.⁴⁸⁵.

Prima di passare all'analisi della radicale modifica di cui al comma 2 dell'art. 26 del Regolamento, è opportuno porre una rapida disamina concernente la questione dell'applicazione nel tempo della norma di cui al nuovo art. 818 c.p.c.

Premesso che sul tema non rileva tanto la modifica del Regolamento quale conseguenza della novellazione dell'art. 818 c.p.c., bensì l'entrata in vigore di quest'ultimo e la sua applicazione nel tempo,⁴⁸⁶ la *quaestio* deve risolversi tenendo conto, anzitutto, del

⁴⁸⁵ FARINA, *Il nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano all'alba dell'entrata in vigore delle nuove norme in tema di poteri cautelari degli arbitri*, in *judicium (judicium.it)*, 2023.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

disposto dell'art. 35⁴⁸⁷ del D. lgs. n. 149/2022, ai sensi del quale «le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti».

Dal testo della norma si ricava che gli arbitri di un procedimento arbitrale italiano hanno il potere di adottare misure cautelari ove il procedimento sia divenuto pendente a far data dal 1° marzo 2023, anche in presenza di una convenzione arbitrale - rinviante al predetto Regolamento - conclusa prima di detta data⁴⁸⁸. In tal senso, è proprio l'inizio di un procedimento in sede arbitrale a rappresentare l'elemento di discriminazione tra i casi in cui si dovrà applicare, ai sensi sempre dell'art. 26 comma 1, il divieto di cui all'art. 818 c.p.c. nella sua originaria versione e quelli in cui avrà corso la regola legittimante la nuova potestà arbitrale.

E' tuttavia doveroso osservare come, tanto l'art. 818 c.p.c., quanto l'art. 26 del Regolamento, attribuiscono primaria rilevanza alla manifestazione di volontà delle parti in termini di fonte attributiva del potere cautelare arbitrale. Infatti, tralasciando la formulazione del nuovo art. 818 c.p.c. di cui si è già ampiamente discusso, il primo comma dell'art. 26 del Regolamento - in relazione all'attribuzione del potere cautelare agli arbitri - fa salvo un diverso accordo delle parti.

A ben vedere dunque, con riguardo alle convenzioni arbitrali anteriori al 1° marzo 2023, sarebbe irragionevole ritenere che le parti possano aver intenzionalmente manifestato - con rinvio al Regolamento - la propria volontà di attribuire il potere cautelare agli arbitri. Invero, un'interpretazione contraria, implicherebbe che il rinvio al Regolamento contenuto in una convenzione conclusa anteriormente all'entrata in vigore, tanto del primo comma dell'art. 26, quanto dell'art. 818 c.p.c, sia da considerarsi idoneo a fondare un potere non ancora riconosciuto dalla legge al momento della sottoscrizione della convenzione arbitrale⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ L'articolo in commento contiene una norma transitoria che - salvo diverse disposizioni, non sussistenti in riferimento alla fattispecie cui ci concerne - determina l'applicazione temporale delle disposizioni contenute nel D. lgs. n. 149/2022.

⁴⁸⁸ Ciò detto in quanto il dato normativo temporale fa riferimento per l'appunto all'instaurazione del procedimento. Cfr. CORSINI, *La riforma dell'arbitrato nell'ambito del D. lgs. n. 149 del 2022*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 12.

⁴⁸⁹ Sul punto, cfr. FARINA, *op. cit.*

Diversamente da quanto detto in merito al primo comma, il secondo comma dell'art. 26 è stato profondamente modificato, in quanto, eliminato il contenuto previgente - riportato nel capitolo I - la nuova norma prevede la possibilità per gli arbitri di concedere provvedimenti cautelari anche *inaudita altera parte*.

In base al nuovo secondo comma dell'art. 26 del Regolamento, dunque, «su istanza della parte ricorrente, il Tribunale Arbitrale può pronunciare l'ordinanza senza sentire l'altra parte se dalla sua convocazione può derivare grave pregiudizio alle ragioni dell'istante. In tal caso, il Tribunale Arbitrale, con il provvedimento che accoglie l'istanza, fissa nei successivi 10 giorni l'udienza per la discussione delle parti e gli eventuali termini per il deposito di memorie. Il Tribunale Arbitrale, all'udienza o comunque entro i successivi 5 giorni, nel contraddittorio delle parti, con ordinanza conferma, modifica o revoca il provvedimento già concesso.».

Prevista la possibilità per il tribunale arbitrale di pronunciare l'ordinanza *inaudita altera parte* - ove vi sia fatta istanza da parte del ricorrente⁴⁹⁰ e dunque senza la possibilità per l'arbitro di procedervi d'ufficio - e qualora questa sia resa, il Tribunale Arbitrale dovrà - entro e non oltre dieci giorni dal provvedimento di accoglimento dell'istanza cautelare - fissare l'udienza per discussione, in contraddittorio tra le parti, del ricorso.

Altresì, ove il Tribunale Arbitrale, accordi la cautela, dovrà, con il medesimo provvedimento, fissare gli «eventuali» termini per il deposito di memorie⁴⁹¹.

Dalla lettura della norma si può osservare come questa fissi il termine dell'udienza di conferma, modifica o revoca in contraddittorio, riducendolo - rispetto al termine previsto in

⁴⁹⁰ Il quale dovrà dedurre il grave pregiudizio alle proprie ragioni.

⁴⁹¹ FARINA, *op. cit.*, il quale, in merito al tenore letterale della norma nella parte in cui si riferisce alla fissazione "eventuale" dei termini per il deposito delle memorie: «A tale ultimo proposito deve osservarsi che l'eventualità cui allude la disposizione non può a nostro avviso, essere riferita alla stessa possibilità per la parte contro la quale è stato reso il provvedimento cautelare *inaudita altera parte* di difendersi in vista dell'udienza mediante il deposito di una memoria scritta. Poiché gli arbitri, tanto ai sensi dell'art. 816-bis c.p.c. quanto ai sensi dell'art. 2, comma 3, del Regolamento sono tenuti ad assicurare il rispetto del principio del contraddittorio e della parità di trattamento delle parti, deve escludersi che il Tribunale Arbitrale, discrezionalmente, possa decidere di limitare l'esercizio del diritto di difesa del resistente ad un contraddittorio meramente orale, da esercitarsi in udienza, a fronte di una iniziativa cautelare rispetto alla quale l'istante ha avuto agio di decidere tempi e forme (assai verosimilmente scritte e racchiuse in un vero e proprio ricorso) di proposizione. Deve, quindi, concludersi nel senso che ad essere eventuale sarà, unicamente, la possibilità per il Tribunale di modellare un contraddittorio scritto anteriore all'udienza in cui, eventualmente appunto, coinvolgere pure il ricorrente per una replica alla risposta del resistente, ferma quindi la possibilità per quest'ultimo, in mancanza della concessione di un termine da parte del Tribunale Arbitrale, di depositare ugualmente una memoria difensiva scritta per resistere all'istanza cautelare avversaria.».

caso di provvedimento *inaudita altera parte* richiesto al giudice statale - a dieci giorni, ma non sia previsto un termine entro il quale comunicare al resistente l'istanza e la fissazione dell'udienza⁴⁹².

In assenza di un termine entro il quale il ricorrente deve notificare il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza in contraddittorio, da un lato, un'interpretazione volta a optare per una comunicazione immediata del provvedimento da parte della segreteria, sebbene garantisca il diritto di difesa del resistente e conceda a quest'ultimo i pieni dieci giorni per preparare la sua difesa cautelare, comprometterebbe l'effetto sorpresa e rendere inutile l'ottenimento del provvedimento *inaudita altera parte* per il ricorrente. Dall'altro una comunicazione non immediata, con un termine a discrezione del Tribunale Arbitrale o della segreteria, potrebbe limitare eccessivamente le possibilità di difesa del resistente, concedendogli un termine troppo breve. Sarà necessario dunque trovare un equilibrio ragionevole che tenga conto delle esigenze difensive di entrambe le parti coinvolte⁴⁹³.

Un'ulteriore modifica ha riguardato l'arbitro di urgenza disciplinato dall'art. 44 del Regolamento⁴⁹⁴, al cui primo comma ora si prevede che «Salvo diverso accordo delle parti, fino alla costituzione del Tribunale Arbitrale la parte può chiedere, anche senza comunicarlo all'altra parte, la nomina di un arbitro unico d'urgenza per l'adozione dei provvedimenti cautelari e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento. L'istanza contiene l'indicazione delle parti e della convenzione arbitrale, gli elementi in fatto e le ragioni di diritto a fondamento della richiesta, e l'attestazione del pagamento in base alla tariffa allegata.»

Di certo, una prima novità rispetto al testo precedente è la modifica del termine ultimo per l'accesso all'arbitro d'urgenza. La nuova formulazione, con la finalità ultima di

⁴⁹² Ai sensi dell'art. 669-*sexies*, in caso di provvedimento *inaudita altera parte*, il ricorrente ha un termine non superiore a otto giorni, dall'ottenimento della misura, per la notifica del ricorso - e del decreto del giudice con il quale fissa l'udienza - ed in virtù del fatto che entro quindici giorni, dall'ottenimento della misura, deve svolgersi il contraddittorio, alla parte resistente è riconosciuto un termine a difesa non inferiore a sette giorni.

⁴⁹³ FARINA, *op. cit.*

⁴⁹⁴ Il primo comma dell'art. 44 prevedeva che « Ove la convenzione arbitrale sia stata conclusa dopo il 1° marzo 2019 e salvo diverso accordo delle parti, fino alla conferma degli arbitri la parte può chiedere, anche senza comunicarlo all'altra parte, la nomina di un arbitro d'urgenza per l'adozione dei provvedimenti e delle determinazioni di cui all'art. 26. L'istanza contiene l'indicazione delle parti e della convenzione arbitrale, gli elementi in fatto e le ragioni di diritto a fondamento della richiesta, e l'attestazione del pagamento in base alla tariffa allegata.»

conformare la previsione al nuovo tenore dell'art. 818 c.p.c.⁴⁹⁵, ha sostituito il riferimento alla «conferma degli arbitri», prevedendo che la nomina dell'arbitro d'urgenza è possibile «fino alla costituzione del Tribunale Arbitrale».

La sfida sarà dunque coordinare l'istituto in esame con il comma secondo dell'art. 818 c.p.c., il quale, come detto, prevede che «prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669-quinquies».

A ben vedere⁴⁹⁶, rispettivamente nel sistema dell'arbitrato amministrato ed in quello dell'arbitrato *ad hoc*, la previsione dell'arbitro d'urgenza e della competenza cautelare dell'autorità giudiziale prima della costituzione del Tribunale Arbitrale⁴⁹⁷, hanno la finalità di sopperire al vuoto di tutela in presenza di convenzione arbitrale che attribuisca competenza cautelare agli arbitri⁴⁹⁸. Tuttavia, la norma *ex art.* 818, co. 2, che riserva la competenza cautelare all'autorità giurisdizionale statale prima della costituzione del collegio arbitrale, pare essere una disposizione inderogabile. L'inderogabilità comporterebbe dunque l'idoneità della norma di escludere la figura dell'arbitro d'urgenza per i procedimenti arbitrali con sede in Italia⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ «prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669-quinquies».

⁴⁹⁶ Sulla ricostruzione argomentativa di cui *infra*, in merito al coordinamento tra la figura dell'arbitro d'urgenza e la previsione di cui al co. 2 dell'art. 818 v. FARINA, *op. cit.*

⁴⁹⁷ Ovvero dell'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro unico.

⁴⁹⁸ Taluni hanno osservato che in quanto l'art. 818 co. 1 c.p.c. attribuisce la competenza cautelare arbitrale in via esclusiva agli arbitri e che la finalità della previsione di cui al co. 2 dell'art. 818 c.p.c. è quella di evitare il vuoto di tutela sussistente sino la costituzione del Tribunale Arbitrale, si potrebbe arrivare alla conclusione che in presenza di un arbitrato amministrato, il cui regolamento preveda la figura dell'arbitro d'urgenza, quest'ultimo avrà, per gli arbitrati aventi sede in Italia, competenza cautelare esclusiva, impedendo alla parte, che voglia ottenere la cautela prima della costituzione dell'organo arbitrale, di adire l'autorità statale. Tuttavia, arrivare ad una tale interpretazione argomentativa non risulta appetibile e che pertanto il disposto di cui al secondo comma dell'art. 818 - per quanto sia inidoneo ad escludere la figura dell'arbitro d'urgenza - esprime chiaramente che sino alla costituzione del Tribunale Arbitrale, le parti avranno sempre la facoltà di rivolgersi al giudice ordinario e pertanto non può che prospettarsi un competenza concorrente tra l'arbitro d'urgenza e il giudice dello stato. In tal senso, FARINA, *op. cit.*

⁴⁹⁹ Per una diversa conclusione cfr. nota *sub* 498.

Conclusioni

L'analisi condotta nel presente elaborato ha, anzitutto, permesso di delineare come la tutela cautelare sia un'esigenza imprescindibile di ogni ordinamento al fine di assicurare una tutela giudiziale effettiva. Detta esigenza ha condotto l'ordinamento italiano a riformare, nel 1940, il sistema prevedendo - mediante l'introduzione dei provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* - la possibilità di richiedere provvedimenti atipici, capaci di cautelare qualsiasi situazione giuridica soggettiva esposta ad un pregiudizio imminente ed irreparabile e capaci di assicurare anticipatamente gli effetti della futura decisione di merito.

Il lavoro svolto ha, altresì, messo in luce come il nostro ordinamento, sin dall'introduzione della figura dell'arbitrato, abbia sistematicamente sottratto la competenza cautelare, e più in generale quella sommaria, agli arbitri; e conseguentemente come il legislatore - visto anche l'incremento del numero di controversie compromesse in arbitri - abbia dovuto predisporre una disciplina di coordinamento tra le norme che oggi regolano in maniera uniforme il procedimento cautelare e le disposizioni previste per il procedimento arbitrale.

L'approfondimento comparatistico, invece, ha dimostrato, sia che l'attribuzione agli arbitri della potestà cautelare dipende principalmente dall'ordinamento della sede dell'arbitrato, - il quale potrebbe, come non, concedere detta prerogativa, *ex lege* ovvero esigere una espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso - sia che in ambito internazionale vi è una prevalenza assoluta di modelli a competenza cautelare concorrente, i quali cioè consentono alle parti di ricorrere per l'adozione di tali misure all'autorità statale e agli arbitri.

La tendenza constatata negli ordinamenti statali presi in esame ha messo in luce come il modello a competenza statale esclusiva sopravvive in un numero di ordinamenti sempre più esiguo, ai quali apparteneva, sino alla Riforma Cartabia, anche il nostro ordinamento.

Orbene, la spinta europeista - derivante dall'attuazione del PNRR e volta all'ottenimento dell'erogazione dei fondi destinati dal piano europeo all'Italia - ha posto lo Stato nella posizione di operare in tempi celeri - la riforma della giustizia civile, e per quanto concerne in questa sede ad - una "miniriforma" dell'arbitrato, che si pone nel solco degli

interventi propriamente riformisti del 1983, del 1994 e del 2006, ispirati da un crescente *favor* verso l'istituto.

Al di là dei risultati conseguiti complessivamente dalla novella del 2022 in materia d'arbitrato (*traslatio iudicii*, imparzialità, ecc.), è doveroso, in conclusione del presente elaborato, predisporre un bilancio sulla vera, storica, novità apportata in materia dalla Riforma con la riscrittura dell'art. 818 c.p.c. e l'introduzione delle due nuove disposizioni immediatamente successive, ossia gli artt. 818-*bis* e 818-*ter* c.p.c. Dall'assoluto ed inderogabile divieto agli arbitri di emanare misure cautelari, il legislatore è passato all'attesa, solo settorialmente anticipata,⁵⁰⁰ legittimazione della potestà cautelare arbitrale.

Orbene, l'analisi svolta nel presente elaborato ha permesso di mettere in luce i pregi e i difetti della Riforma, taluni di questi evidenziati da diversi autori a seguito della pubblicazione della legge di delega e corretti in sede di attuazione.

Con riferimento al dettato dell'art. 818 c.p.c. si può dunque osservare come, in sede di delega, sia stato espresso il principio secondo cui l'attribuzione della prerogativa arbitrale potrà avvenire solo per "espressa volontà delle parti". Il principio da ultimo riportato è condivisibile ed equilibrato, soprattutto ove si consideri che quest'ultimo è stato mitigato in sede di attuazione con la previsione per cui le parti potranno attribuire il potere cautelare agli arbitri per *relatio* ovvero mediante rinvio ad un regolamento arbitrale che preveda tale prerogativa arbitrale. Rimanendo in tema di autonomia privata, nel corso del terzo capitolo, è stato evidenziato che la norma di cui all'art. 818 c.p.c. nulla dice circa la possibilità per le parti di escludere, nella convenzione arbitrale, l'adozione in sede arbitrale di alcuni provvedimenti ovvero prevederne, consentendone, solo taluni. A ben vedere non vi sono argomentazioni a sostegno di una tale limitazione dell'autonomia privata, laddove si osservi che proprio il legislatore ha inteso attribuire a quest'ultima una rilevanza tale da richiederne una espressa manifestazione al fine di concedere in via generale la potestà cautelare ai giudici privati. Ancora, sul dettato del nuovo art. 818 c.p.c. è stato evidenziato come, in virtù delle complesse dinamiche applicative a cui bisognerà far fronte nella prassi, sia discutibile la scelta legislativa di attribuire in via esclusiva il potere cautelare agli arbitri. Tale scelta - che da un

⁵⁰⁰ V. quanto *supra* ampiamente argomentato circa il potere sospensorio delle deliberazioni assembleari, attribuito dal D. lgs. 2006 agli arbitri.

lato opera un capovolgimento di fronte rispetto al sistema previgente di esclusività cautelare giudiziale e dall'altro si discosta dalla maggior parte delle esperienze straniere - dimostra la perdurante volontà del legislatore di concentrare la competenza cautelare nelle mani di un unico organo, limitando quanto più possibile interferenze nell'esercizio della potestà cautelare. La prassi dovrà far fronte, anzitutto, ai casi in cui, in presenza di una convenzione arbitrale che attribuisca potere cautelare agli arbitri, vi sia l'esigenza di provvedimenti che esplicino efficacia nei confronti di soggetti terzi. Orbene - come visto in sede di analisi del potere inibitorio delle deliberazioni arbitrali - in presenza di una potestà cautelare arbitrale esclusiva, com'era quella ai sensi dell'art. 35. 5 del D. lgs. 5/2003, la dottrina e la giurisprudenza, soprattutto in ossequio al principio di effettività della tutela ed al fine di evitare un vuoto di tutela, si sono espresse favorevolmente all'attribuzione della potestà cautelare all'autorità statale. Un'ulteriore questione legata al dettato dell'art. 818 c.p.c., è quella di comprendere, nel silenzio normativo, se le parti avranno o meno la facoltà di derogare all'esclusività del potere cautelare arbitrale, prevedendo convenzionalmente una competenza cautelare concorrente tra giudici privati ed autorità giudiziale. Anche qui si può nuovamente sottolineare l'importanza attribuita dal legislatore alla volontà espressa dalle parti con riferimento all'attribuzione del potere cautelare agli arbitri. In tal senso è possibile dunque sostenere che l'autonomia delle parti possa spingersi al punto di derogare all'esclusività di cui all'art. 818 c.p.c. In conclusione, il testo del nuovo art. 818 c.p.c. lascia aperta la possibilità degli arbitri di concedere provvedimenti cautelari in sede di arbitrato irrituale. Come visto in sede d'analisi, il legislatore delegato non ha riportato il chiaro inciso contenuto nella delega, che lasciava intendere senza ombra di dubbio l'esclusione dell'arbitrato irrituale dal campo d'applicazione della Riforma. Al di là del dato normativo contraddittorio, le plurime ragioni poste in sede di analisi non possono che condurre verso l'asserzione, da tempo riecheggiante in dottrina, secondo cui è inconcepibile riconoscere il potere cautelare in capo arbitri irrituali. Pertanto in caso di procedimento arbitrale irrituale, al fine di ottenere la cautela, le parti dovranno rivolgersi all'autorità giurisdizionale competente *ex art. 669-quinquies c.p.c.*

Venendo, invece, al disposto dell'art. 818-*bis*, dedicato al reclamo cautelare, il generico rinvio all'art. 669-*terdecies c.p.c.* ingenera forti perplessità circa la modifica del

provvedimento cautelare da parte della Corte d'appello. Infatti, se da un lato il dettato normativo farebbe convergere verso l'interpretazione attributiva del potere sostitutivo della Corte d'appello competente in termini di modifica del provvedimento arbitrale, dall'altro una tale interpretazione contrasterebbe con l'impianto dell'art. 818 c.p.c., che, come detto, attribuisce il potere cautelare in via esclusiva agli arbitri. Anche qui il legislatore avrebbe potuto ovviare disciplinando in termini più specifici il rinvio al disposto dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. Medesimo discorso si può ripetere con riferimento ai casi di provvedimenti arbitrali che neghino la cautela. Infatti, anche qui, nel silenzio normativo, la soluzione potrebbe essere o quella secondo cui la Corte d'appello avrà il potere di concedere, in sostituzione al tribunale arbitrale, il provvedimento richiesto ovvero quella per cui il giudice di secondo grado debba limitarsi al mero annullamento del provvedimento di diniego, rinviando, in una sorta di fase rescissoria, agli arbitri, l'eventuale emanazione del provvedimento richiesto.

Un'altra *quaestio* lasciata aperta dalla Riforma, e che dovrà essere affrontata dagli operatori del diritto, concerne a chi spetterà la competenza per la modifica e revoca del provvedimento cautelare qualora questo sia stato emesso - ad esempio *ex art. 818, co. 2 c.p.c.* - dal giudice statale.

La medesima questione può essere riproposta con riferimento all'inefficacia del provvedimento cautelare. Ci si chiede chi avrà la competenza a dichiarare l'inefficacia del provvedimento nei casi in cui vi sia una convenzione arbitrale che attribuisca la competenza cautelare agli arbitri. Il problema di attribuire agli arbitri il giudizio di inefficacia sopravvenuta del provvedimento è riconducibile alla questione dell'impossibilità degli arbitri di attribuire, come richiesto dall'art. 669-*novies* c.p.c., esecutività all'ordinanza che dichiarando l'inefficacia del provvedimento cautelare, imponga il ripristino della situazione a com'era prima dell'esecuzione del provvedimento stesso. La Riforma, anche qui, ha lasciato una lacuna non indifferente, che tuttavia potrà essere colmata, in via interpretativa, applicando analogicamente il disposto di cui all'art. 818-*ter* c.p.c.. Pertanto, ove il provvedimento cautelare, concesso in sede arbitrale, dovesse essere dichiarato inefficace, la pronuncia potrà competere agli arbitri stessi, ai quali verrà prestata l'assistenza giudiziale *ex art. 818-ter* c.p.c. al fine di attribuire efficacia esecutiva all'ordinanza emessa.

Concludendo sulle disposizioni introdotte in materia di arbitrato comune, si evidenzia che, l'analisi condotta ha permesso di apprezzare il dettato normativo l'art. 818-ter, in quanto, con il modello di assistenza giudiziale previsto dalla norma, si permette un'attuazione dei provvedimenti cautelari arbitrali più in linea con le esigenze di celerità proprie della tutela cautelare e che diversamente sarebbero state pregiudicate ove previsto il modello del previo ottenimento dell'*exequatur* proprio del riconoscimento del lodo.

Volgendo invece uno sguardo all'arbitrato societario, di certo il riordino della disciplina speciale di cui all'abrogato D. lgs. 5/2003 permetterà una migliore consultazione e consequenziale applicazione della normativa resa omogenea rispetto a quella di diritto comune. Inoltre, la Riforma è stata risolutiva rispetto molte *quaestiones* che hanno impegnato dottrina e giurisprudenza sin dall'entrata in vigore della riforma del 2003. Si pensi alla *vexata quaestio* relativa alla possibilità per le parti di adire l'autorità statale nei casi in cui il tribunale arbitrale non sia ancora costituito, ovvero quella relativa alla tipologia di atti sospendibili. Su quest'ultimo punto infatti, l'attribuzione generalizzata della potestà cautelare agli arbitri ex 818, permetterà, in sede di arbitrato societario, la sospensione di deliberazioni sociali anche di organi diversi rispetto quello assembleare. Tuttavia, una norma che potrà ingenerare dubbi interpretativi concerne il disposto di cui all'art. 669-octies, co. 6, il quale, come visto in sede di analisi, esclude l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 669-octies e al primo comma dell'art. 669-novies, sono con riferimento alle deliberazioni emanate dall'organo assembleare. Pertanto, riproponendo l'osservazione critica avanzata in sede di analisi, non può escludere un'interpretazione per cui, in caso di sospensione di una delibera del consiglio di amministrazione, il ricorrente sarà tenuto, entro il termine perentorio, ad istaurare il giudizio di merito, venendosi a creare in tal senso una distinzione tra la natura dei provvedimenti sospensori delle deliberazioni assembleari con quelli sospensori delle deliberazioni degli altri organi sociali.

Concludendo, la Riforma ha lasciato non pochi vuoti normativi, probabilmente dati dalle tempistiche particolarmente contingentate nelle quali il legislatore e i suoi ausiliari si sono trovati a dover operare, ed ai quali dovrà ovviare l'opera interpretativa degli operatori del diritto.

In ogni caso, la Riforma ha di certo un grande pregio: aver superato finalmente il divieto degli arbitri di concedere provvedimenti cautelari, permettendo all'Italia di fare il primo passo per diventare un *arbitration friendly country* e dunque una futura ambita sede di arbitrato internazionale.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, VIGORITI, *Nuova Giurisprudenza di diritto civile e commerciale - Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Cedam, 2013.

ALTAVILLA, *Accertamento tecnico preventivo e caratteri della relazione del consulente*, in *giuricivile* (giuricivile.it), 2018.

AMENDOLAGINE, *Arbitrato: le principali novità introdotte dal D.lgs. n. 149/2022*, in *onelegale* (onelegale.it), 2023.

AMENDOLAGINE, *Istruzione preventiva (procedimento di)*, in *ilprocessocivile* (ilprocessocivile.it), ultima visita 03/07/2023.

ARIETA - DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Milano, 2004.

ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 758 ss.

ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, 1991, Padova.

AULETTA, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Giappichelli, 1997.

BAIOCCHETTI, *i procedimenti cautelari*, in *la Nuova Procedura Civile*, IV, 2013.

BASILICO, *l'arbitrato amministrato dagli ordini forensi*, in *riv. dir. proc.*, 2014, p. 1397 ss.

BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 329 ss.

BENEDETTELLI - CONSOLO - RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2017.

BENEDETTELLI, BRIGUGLIO, CARLEVARIS, CAROSI, MARINUCCI, PANZAROLA, SALVANESCHI, SASSANI, *l'arbitrato nella legge-delega (commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15)*, in *judicium (judicium.it)*, 2022.

BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in *judicium (judicium.it)*.

BOVE, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) - La riforma dell'arbitrato*, su *onelegale (onelegale.it)*, 1 febbraio 2023.

BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in AA.VV. (a cura dell'A.I.A.), *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Roma, 2003, pp. 27-32.

BRIGUGLIO, *il potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile e la inevitabile interferenza del giudice ("evviva il cautelare arbitrale, ma le cose non sono poi così semplici)*, in *judicium (judicium.it)*, 2022.

BRIGUGLIO, *l'arbitrato estero*, Padova, 1999.

BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 17 ss.

CAIRNS, *The spanish application of the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration*, in William W. Park (ed), *Arbitration International*, (© The Author(s); Oxford University Press 2006, Volume 22 Issue 4).

CAPASSO, *L'adjudication, contributo allo studio di arbitrato e tutela cautelare*, Giappichelli, 2019.

CARDONA, *La legittimazione cautelare nell'arbitrato*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2016.

CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006.

CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Digesto.it.*, XII, Torino, 1958.

CAROSI, *Finalmente la potestà cautelare agli arbitri: vecchie e nuove questioni, con una postilla sull'arbitrato irrituale*, in *judicium (judicium.it)*, 2023.

CARPI - COLESANTI - TARUFFO, *commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2018, CEDAM.

CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 411 ss.

CAVALLINI, *Arbitrato rituale. Convenzione arbitrale e arbitri*, in *treccani.it*, 2012.

CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 486 ss.

CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Giappichelli, 1997.

CONSOLO, *Arbitrato libero e liti societarie: compatibile salvo nella versione statutaria, che ha valenza irriducibilmente giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 2017, p. 1933 ss.

CONSOLO, *Codice di procedura civile Commentato, Tomo IV*, Ipsoa, 2018.

CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 1505 - 1524.

CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile; VOL.1 “Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale”*, G. Giappichelli Editore, 2019.

COPPO, *Provvedimenti cautelari e arbitrato internazionale: Le misure cautelari ex parte nei lavori di revisione dell’art. 17 della Legge modello UNCITRAL*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 931 ss.

COREA, *La tutela anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul référé all’italiana*, in *judiciun (judiciun.it)*, 2020.

CORSINI, *L’arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2003.

CORSINI, *La riforma dell’arbitrato nell’ambito del d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 1 ss.

D’AMICO, *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio*, Napoli, 2018.

DALMOTTO, *L’impatto della prossima riforma dell’arbitrato comune e societario sulla sospensione delle delibere assembleari*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2022.

DE BOISSESON, *Le droit français l’arbitrage interne et international*, Paris, 1990.

DE SANTIS, *Il potere cautelare degli arbitri, Note di primo commento ad una riforma attesa*, in *judiciun (judiciun.it)*, 2023.

DELLE DONNE, note alla Corte Costituzionale, 28 gennaio 2010, n. 26, *La Consulta, l’istruzione preventiva e la forza espansiva del rito cautelare tra esigenze di compatibilità costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in *judiciun (judiciun.it)*, 2010.

FARINA, *Il nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano all'alba dell'entrata in vigore delle nuove norme in tema di poteri cautelari degli arbitri*, in *judicium (judicium.it)*, 2023.

FERRI, *I procedimenti cautelari e urgenti in materia di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 111 ss.

FERRI, *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 63 ss.

GIANA, *Codice di Procedura Civile commentato*, (a cura di) L.P. COMOGLIO E R. VACCARELLA, in *onelegale (onelegale.it)*, sub art. 700, ultima visita 25.06.2023.

GIORGETTI, *Commento alle novità in materia di arbitrato introdotte dal decreto legislativo n. 10 ottobre 2022, n. 149*, in *judicium (judicium.it)*, 2022.

GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, Padova, 1997.

GRIFFINI, *L'impugnazione delle deliberazioni assembleari: giurisdizione e competenza*, in *Percorsi di giurisprudenza - Giurisprudenza Italiana*, 2019.

IZZO, *sulla sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari prima della costituzione del collegio arbitrale*, in *Le società*, 2012, nota a Tribunale Napoli, Sez. VII, Ord., 2012, p. 563 ss.

KRÖLL, *National, Report for Germany (2007 through 2023)*, in Lise Bosman (ed), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2023, Supplement n. 125, February 2023).

LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Giuffrè, 2011.

LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004.

LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 455 ss.

LÉGIER, *Saisie et mesures conservatoires*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. II, n. 1, 2023.

LICCI, *La competenza cautelare nelle controversie devolute ad arbitri*, in *Riv. arb.*, 2019, p. 339 ss.

LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 706 ss.

LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *riv. arb.*, 1991, p. 253 ss.

MAFFEI, *Commentario breve al diritto delle società*, 4° ed., Padova, 2017.

MAFFUCCINI, *Provvedimenti cautelari ed arbitrato: appunti sull'art. 35, 5° comma D. lgs. 17 febbraio 2003, n. 5*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2004.

MARENGO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Giuffrè, 1994.

MENCHINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, CEDAM, 2010.

MOTTO, *Compromettibilità in arbitrato delle controversie di impugnazione delle deliberazioni assembleari*, in *Le Società*, 2021, p. 1257 ss.

NAVARRETE, *la competenza degli arbitri spagnoli ad adottare misure cautelari: uno studio di diritto comparato tra la legislazione spagnola e quella italiana*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2006.

NELA, in *Il nuovo processo societario*, commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2004.

NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Giuffrè, 1979.

ODORISIO, *Poteri cautelari agli arbitri: la proposta della commissione Alpa*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 104 ss.

OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme, judicium (judicium.it)*, 2005.

PANDOLFI, *L'arbitrato commerciale: uno strumento efficace per la risoluzione delle controversie delle imprese*, in *assistenza-legale-imprese (assistenza-legale-imprese.it)*, 2021.

PELLEGRINELLI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, in *altalex (altalex.com)*, 2018.

PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.

POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 17 ss.

PUNZI, *Le prospettive di riforma dell'arbitrato offerte dalla legge delega «per l'efficienza del processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 611 ss.

PUNZI, voce *Arbitrato*, "Arbitrato rituale e irrituale", in *Enc. Giur. II*, 1988, 1.

PUNZI, voce *Arbitrato*, "Arbitrato rituale e irrituale", in *Enc. Giur.*, 2008.

RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 517 ss.

RICCI, in Carpi, *L'arbitrato, commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - art. 806-840*, Bologna, 2007.

ROMANO, *La natura della sospensione dell'efficacia di una deliberazione societaria tra diritto societario e diritto processuale*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2022.

RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006.

SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, commento alla normativa, in *onelegale (onelegale.it)*, 2022.

SALVANESCHI, *la domanda ed il procedimento*, in: *Il processo cautelare*, Padova, 2004.

SALVANESCHI, *le nuove norme in materia di arbitrato*, in *onelegale (onelegale.it)*, 2023.

SASSANI, commento alla Corte costituzionale del 5.9.2002, ordinanza n. 320, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2002, 503 ss.

SASSANI, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 709 ss.

SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum*, Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa, Portale, II, Torino, 2006.

SCARPA, GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, Cedam, 2015.

SCHÄFER, *Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV: Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1041 - Interim Measures of Protection*, in Patricia Nacimiento, Stefan M. Kröll, et al. (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (Second Edition)*, 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015).

SCHAFER, VERBIST, IMHOOS, *L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*, Berne, Bruxelles, 2002.

TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 719 ss.

TRAVI, *Tutela cautelare [dir. amm.]*, in *treccani (treccani.it)*, 2013.

TURATTO, *Arbitrato societario irrituale - La Cassazione delude e dichiara valida ex professo la clausola statutaria per arbitrato irrituale ancorché sia univocamente compatibile solo con l'arbitrato rituale*, nota a sentenza, in *onelegale (onelegale.it)*, 2023.

VACCARELLA, CAPPONI, CECHELLA, *La riforma del processo civile*, Torino, 1992.

VALITUTTI, *Procedimenti cautelari e possessori*, CEDAM, 2004.

VILLA, *Arbitrato e tutela cautelare.*, in G. Salvaneschi (a cura di), *L'arbitrato*. Giuffrè, 2020.

VILLA, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale* in *Riv. arb.*, 2009, nota a Trib. Milano, 17 marzo 2009, p. 311 ss.

VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. dir. proc. Civ.*, 2014, p. 601 ss.

VILLATA, *note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 601 ss.

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

NORMATIVA INTERNA

Codice di Procedura Civile, R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443.

Costituzione della Repubblica Italiana, 1 Gennaio 1948.

Legge del 10 maggio 1970, n. 418 - Legge di ratifica della Convenzione di Ginevra del 1961.

Decreto legislativo del 17 gennaio 2003 n. 5.

Legge del 14 maggio 2005 n. 80 - con la quale si ha la conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35.

Decreto legislativo del 2 febbraio 2006, n. 40.

Legge delega del 26 novembre 2021, n. 206.

Decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149.

NORMATIVA ESTERA

GERMANIA

Zivilprozessordnung (ZPO), codice di procedura civile, nella versione del bando del 5 dicembre 2005.

INGHILTERRA

The arbitration and conciliation act del 1996, numero 26.

SPAGNA

Legge n. 1 del 2000 (*Ley de Enjuiciamiento Civil*).

Legge n. 60 del 2003 (*Ley de Arbitraje*).

SVIZZERA

Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) n. 291 del 18 dicembre 1987.

FONTI INTERNAZIONALI

Convenzione di *New York* del 1958 - Convenzione per il riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere.

Convenzione di Ginevra del 1961 - Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale.

SOFT LAW

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006.

REGOLAMENTI ARBITRALI

Regolamento della Camera arbitrale di Venezia.

Regolamento della Camera arbitrale di Milano.

Regolamento della Camera di Commercio di Bologna.

Regolamento della Camera arbitrale dell'ordine degli avvocati di Roma.

Regolamento dell'*International Chamber of Commerce (ICC)*.

Regolamento della *London Court of International Arbitration (LCIA)*.

Regolamento dell'*International Chamber of Arbitration (ICA)*.

Regolamento dell'*International Centre for Dispute Resolution (ICDR - sezione internazionale dell'American Arbitration Association (AAA)*.

Regolamento dell'*Arbitration Institute della Stockholm Chamber of Commerce*.

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

Corte costituzionale del 5 febbraio 1999, n. 15.

Corte costituzionale del 27 aprile 2000, n. 126

Corte costituzionale del 31 maggio 2000, n. 163.

Corte costituzionale del 13 luglio 2000, n. 276.

Corte costituzionale del 28 novembre 2001, n. 376.

Corte costituzionale del 5 settembre 2002, n. 320.

Corte costituzionale del 11 aprile 2008, n. 98.

Corte costituzionale del 24 aprile 2008, n. 112.

Corte costituzionale del 28 gennaio 2010, n. 26.

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. civ., 10 ottobre 1962, sentenza n. 2910.

Cass. civ., 25 luglio 2002, sentenza n. 10922.

Cass. civ., 28 maggio 2003, sentenza n. 8539.

Cass. civ., 23 febbraio 2005, sentenza n. 3772.

Cass. civ., 10 giugno 2014, sentenza n. 13031.

Cass. civ., 24 ottobre 2014, sentenza n. 22715.

Cass. civ., 13 ottobre 2016, sentenza n. 20674.

Cass. civ., 5 febbraio 2018, sentenza n. 2692.

Cass. civ., 26 aprile 2021, ordinanza n. 10986.

Cass. civ., 10 febbraio 2022, ordinanza n. 4335.

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Trib. Milano 31 ottobre 1995, in *Giur. comm.*, 96, II.

Trib. Milano, 19 settembre 2007, in *Giur.It.*, 2008.

Trib. Milano, 7 marzo 2018, in *Società*, 2018.

Trib. Roma, 16 aprile 2018, in *Le società*, 2018.