

IL PROCEDIMENTO E L'ATTUAZIONE DELLA MISURA CAUTELARE IN ARBITRATO RITUALE *

Luigi Iannicelli **

Introduzione

L'esame di procedimento e attuazione delle misure cautelari affidate agli arbitri giunge dopo le intense riflessioni su vari profili della cautela innovativamente affidata agli arbitri dalla riforma del d. lgs. n. 149 del 2022 che sono state sin qui proposte.

A mo' di premessa di quanto in seguito dirò sullo specifico tema, si impone una considerazione di carattere generale.

Quando unitamente ai colleghi di diritto processuale civile del Dipartimento abbiamo deciso di dedicare una giornata a questo tema – coinvolgendo anche autorevoli studiosi del diritto commerciale - pensavamo che fosse giusto dare adeguato risalto all'attribuzione agli arbitri del potere cautelare, quale ulteriore e significativo tassello di un lungo e tortuoso processo riformatore (con le ben note tappe precedenti del 1983, 1994, 2006) che tenta di rendere più vitale questo antico istituto;

Al fondo di questa scelta sta ovviamente l'opinione - diffusa fra coloro che hanno avuto occasione di studiare e soprattutto di applicare l'arbitrato - che sia auspicabile l'implementazione di quei fenomeni che oggi sono definiti di giustizia complementare, ovvero alternativa o sostitutiva. In un contesto in cui quantità e qualità del contenzioso non di rado si scontrano con la rigidità degli organici della magistratura (e del personale amministrativo) con i tanti problemi organizzativi che caratterizzano la giurisdizione statale, è innegabile l'utilità del ricorso a sistemi più fluidi, che si fondano sul coinvolgimento delle parti e degli avvocati (e delle altre categorie professionali abitualmente interessate, in particolare commercialisti, notai, ingegneri eccetera).

In quest'ottica appariva non più differibile una riforma dell'arbitrato che sgombrasse il campo da alcuni ostacoli alla sua espansione, tra i quali sicuramente era da annoverare la privazione del potere cautelare degli arbitri, che notoriamente, come già ampiamente rilevato nei lavori di stamattina, poneva il nostro Paese in una posizione eccentrica rispetto ad altri ordinamenti, soprattutto nell'ambito degli arbitrati internazionali.

* Relazione tenuta al Convegno "*L'Arbitrato e l'innovazione delle misure cautelari*", organizzato dalle Cattedre di Diritto processuale civile del Dipartimento di Scienze Giuridiche – Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Salerno, tenutosi il 29.10.2024, con sessione mattutina in Aula Cilento di UNISA e sessione pomeridiana presso il Salone Genovesi della CCIAA di Salerno. Il testo è stato depurato dalle rituali frasi di saluto e, per quanto possibile, dalle espressioni e ripetizioni di una esposizione orale; segue in calce una minima bibliografia degli essenziali contributi di riferimento per l'argomento trattato.

** Ordinario di Diritto Processuale Civile nell'Università degli Studi di Salerno.

Si trattava di una limitazione viepiù censurabile da quando – quasi quarant'anni fa – la previsione di misure cautelari innominate è stata considerata un momento del pieno riconoscimento del diritto di azione, in quanto non ci può esserci effettività della giustizia senza una pienezza del diritto alla cautela, che ricomprende ogni misura provvisoria e urgente quando c'è il pericolo imminente ed irreparabile.

Per sanare questo *vulnus* il legislatore ha così varato quella che – secondo la *communis opinio* - è stata probabilmente la novità più importante della riforma del 2022 con riguardo all'arbitrato rituale. L'intervento non si è rivelato tecnicamente esauriente, il che costringe a declinare una serie di nuove questioni interpretative che si pongono all'attenzione di studiosi e pratici.

Purtroppo il dettato normativo presenta non poche espressioni equivocate; ed anche leggendo i lavori preparatori probabilmente su alcuni profili non è appieno comprensibile quale sia la reale *intentio legislatoris*, come dimostra la necessità di circostanziare l'espressione “esclusività della potestà cautelare” (da cui è partito il filo rosso conduttore della relazione che mi ha preceduto): trattandosi di un concetto che può significare tante cose il legislatore avrebbe dovuto chiarire quale fosse l'accezione prescelta.

Nonostante ciò, la disciplina si può (anzi si deve) necessariamente ricostruire con un po' di buon senso, affrontandosi i problemi ermeneutici già evidenziati, a cominciare dal dubbio sollevato stamattina dal collega Cerrato sulla possibilità che, addirittura, non sia più previsto *naturaliter* un potere degli arbitri di sospensione delle delibere assembleari.

È vero che abitualmente dopo ogni riforma le tante questioni che si presentano all'orizzonte dei primi commentatori poi man mano si stemperano con il consolidarsi di prassi interpretative, ma per la materia in esame la necessità di una disciplina analitica e sistematicamente compiuta era stata oltre dieci anni fa sottolineata da autorevoli studiosi (e cito per tutti il Punzi). In altre parole era stato scritto che l'auspicata introduzione di un potere cautelare per gli arbitri rendeva certamente necessario disciplinare gli istituti della modifica o della revoca del provvedimento provvisorio ed urgente; ancor più era da attendersi una presa di posizione del legislatore su alcune delle tante questioni riannodabili alla introduzione del reclamo dinanzi al tribunale della decisione cautelare degli arbitri (ad esempio, oltre ovviamente ai vizi di legittimità, si sarebbe potuta lasciare alle parti la possibilità di pattuire ciò che potesse contestarsi con il reclamo cautelare, come accade nella ordinaria dialettica fra convenzione di arbitrato ed impugnazione giurisdizionale per nullità del lodo).

Si tratta di incertezze interpretative che rischiano di costituire un ulteriore freno alla concreta espansione di questo sostitutivo della giurisdizione proprio nel momento in cui il legislatore intende investire in esso quale strumento di deflazione. Di certo con riforme dalla lettura complessa - se non vogliamo azzardarci a dire un po' confuse, almeno per certi aspetti - non sono destinati a crescere significativamente i numeri notoriamente limitati delle liti deferite in arbitrato.

In diverso avviso altri interpreti – ed in particolare alcuni commentatori sostanzialisti – hanno mostrato di condividere la scelta dei *conditores* di dettare le tre secche norme degli artt. 818, 818 bis e 818 ter c.p.c. ritenendo che ciò consenta di non comprimere la tradizionale flessibilità della procedura arbitrale, e quanto abitualmente ne consegue; personalmente però non sono convinto che la declinazione concreta di una tale opzione favorisca il raggiungimento di

interpretazioni omogenee che rendano la disciplina di cui si discute sistematicamente coerente e razionalmente prevedibile.

Generalità sul rapporto con la disciplina del rito cautelare uniforme dettata dagli artt. 669 bis e ss. c.p.c.

Nel dare inizio ad un sintetico esame del procedimento cautelare dinanzi agli arbitri, va anzitutto premesso che nel 1990 la l. n. 353 ha introdotto un rito uniforme per le misure cautelari, con una riforma che resta tra le più “colte” degli ultimi decenni, per l’evidente impostazione sistematica e dottrinale che la ha caratterizzata.

Ebbene il legislatore del 2022 nulla ha previsto sul rapporto tra il rito cautelare uniforme degli artt. 669 bis e ss. c.p.c. ed il nuovo procedimento cautelare arbitrale.

Gli artt. 818 bis e 818 ter c.p.c. richiamano soltanto due norme (rispettivamente, l’art. 669 terdecies sul reclamo l’art. 669 duodecies sull’attuazione delle misure cautelari), mentre tutto il resto è rimasto ignorato, il che ha fatto fiorire una serie di opinioni diverse fra i primi commentatori della riforma.

Alcuni hanno sostenuto radicalmente che la disciplina degli artt. 669 bis e ss. rappresenta un *corpus* normativo immanente di cui gli arbitri non potranno farne a meno, mentre altra scuola di pensiero (ed anche qui con la possibilità di provare ad individuare un diverso atteggiamento fra processualisti e sostanzialisti) considera necessario verificare la possibilità di applicazione analogica oppure no; addirittura qualcuno ritiene che non è proprio possibile richiamare direttamente la disciplina del procedimento cautelare uniforme in sede di arbitrato (ed in questo caso il richiamo è al Corsini che in più scritti si è occupato della questione).

Un tale ventaglio di opinioni credo confermi, entro certi limiti, che il legislatore non è riuscito nell’intento di dettare norme con una *ratio legis* sufficientemente chiara.

Senza poter ovviamente in questa sede entrare nel dettaglio, direi che (a differenza dell’ultima lettura sopraccitata) non mi preoccupa molto identificare una soluzione che potrebbe essere dissonante rispetto al dettato dell’articolo 816 bis c.p.c., in particolare il co. 1, che sancisce l’ampia disponibilità delle regole di tutela di parti ed arbitri, previsione che collegherei più al procedimento in senso stretto.

In realtà, seppur il legislatore non ha fatto espresse scelte di raccordo, deve esserci necessariamente uno spazio attraverso il quale la disciplina del rito cautelare uniforme viene a contatto con un procedimento che può pur essere deformalizzato.

A tal proposito la indiscutibile natura privata dell’arbitrato va coniugata con gli effetti che i provvedimenti emanabili possono avere; sostanzialmente, avere deferito la lite in arbitri (cui oggi si può affidare anche la *potestas* cautelare) vuol dire rinunciare per questo tassello alla giurisdizione ordinaria ma a fronte di un lodo che fra le parti ha gli effetti di una sentenza, ed al quale la tutela cautelare è strumentale.

Quindi non può essere soltanto il principio del contraddittorio, anche inteso in senso ampio e variegato, a fare da argine alla completa autonomia delle parti e degli arbitri nel dettare le regole del procedimento cautelare, invero sono imprescindibili anche varie disposizioni ricollegabili alla clausola generale del cosiddetto ordine pubblico processuale. Comunque si intendano richiamare gli articoli 669 bis e ss. c.p.c. non si può predicare la massima libertà per parti ed

arbitri di dettare la disciplina del procedimento cautelare arbitrale, a fronte dei principi minimi che nel nostro sistema assistono la tutela dei diritti e che non possono non essere rispettati.

In questo contesto al giudizio cautelare affidato agli arbitri si applicheranno innanzitutto le norme richiamate direttamente, e cioè l'art. 669 duodecies c.p.c. sull'attuazione e l'art. 669 terdecies c.p.c. sul reclamo, nei limiti poi del collegamento con i vizi della disciplina di contestazione del lodo; ed anche altre norme specifiche, quali l'art. 2378 c.c. in tema di impugnazione delle delibere assembleari.

C'è poi una serie di disposizioni che indirettamente sono ricavabili dal fatto che determinati vizi del provvedimento cautelare sono previsti quale oggetto di un eventuale reclamo, nei limiti della compatibilità (ne vedremo rapidamente qualcuno di qui a poco), e più in generale sono da richiamare le norme che si possono ricollegare all'ordine pubblico processuale

Chiarito che non è corretto concludere *de plano* che il rito cautelare uniforme va utilizzato o, al contrario, va scartato, è da preferire un approccio complesso, imponendosi un lavoro ermeneutico per dare una compiuta risposta al cennato quesito. Come già detto legislatore avrebbe dovuto evitare quest'onere agli interpreti facendo delle scelte più precise, ma è noto che un approfondimento avrebbero impegnato ulteriore tempo, mentre la riforma del 2022 è andata a tappe forzate per ottenere quanto possibile dall'Unione europea in termini di finanziamenti per il PNRR.

Proposta di ricostruzione della disciplina.

Anzitutto va trattata rapidamente la delimitazione del potere cautelare degli arbitri.

Tendenzialmente, è da dire, con la gran parte di coloro che hanno esaminato la questione, che agli arbitri potranno essere devoluti gli stessi poteri cautelari che spettano al giudice statale, né più né meno.

Ciò consente di rilevare innanzitutto che gli arbitri non sono abilitati a forgiare misure cautelari; l'arbitro che giudica in Italia, assoggettato per quanto riguarda il profilo processuale alla *lex fori* italiana, non può rifarsi a norme di altri ordinamenti in punto di cautela ma ha a disposizione soltanto le norme cautelari che esistono nel nostro sistema, e cioè le stesse che potrebbe utilizzare il giudice statale.

Analogamente nemmeno i presupposti di emanazione delle cautele possono essere modellati dalle parti, oppure dagli arbitri in via surrogatoria, nel modo che si ritiene più opportuno. L'elasticità della disciplina arbitrale qui si arresta: se una tale caratteristica, come si dirà da qui a poco, può riguardare non pochi profili delle norme procedurali in senso stretto, essa va esclusa quando si è invece alle fondamenta della stessa tutela cautelare.

Un esempio di quanto affermato può farsi rapidamente con i provvedimenti d'urgenza: atteso che per la cautela innominata l'art. 700 c.p.c. sancisce che il pregiudizio lamentato deve essere imminente o irreparabile, l'affidare all'arbitro la concessione di provvedimenti di urgenza non può svincolarli da quel tipo di *periculum in mora*; in altre parole, anche dinanzi alla giustizia arbitrale il tipo di pregiudizio da salvaguardare è soltanto quello sancito dal legislatore.

Analogamente va detto con riguardo alla previsione dell'articolo 2378, co. 4, c.c. che in tema di sospensione della deliberazione assembleare prevede la necessaria valutazione comparativa

fra il *periculum* dedotto dal ricorrente rapportato a quello verosimilmente prevedibile a carico della società.

Quindi non si può intervenire in materia con una eccessiva elasticità, e men che meno, ovviamente, quando gli arbitri sono chiamati ad applicare norme di merito di diritto straniero essi sono legittimati a far ricorso a tecniche cautelari di altri ordinamenti.

Svolta questa preliminare delimitazione dell'effettiva *potestas iudicandi* cautelare attribuibile agli arbitri, è da precisare che è ipotizzabile l'insorgere di una questione fra le parti sulla sussistenza o meno di un determinato ambito di tutela cautelare arbitrale; è agli arbitri che spetta la decisione in proposito, ed essa - sia dichiarativa che declinatoria - non può non essere contestabile con lo strumento del reclamo previsto dall'art. 818 bis c.p.c..

Va quindi individuata una tipologia di vizio sollevabile, anzitutto, per chiedere la riforma del provvedimento con cui gli arbitri si sono ritenuti legittimati ad emanare un provvedimento cautelare, che invece almeno una delle parti ritiene escluso nell'affidamento in arbitrato.

In tal caso evidentemente si potrebbe richiamare estensivamente il motivo di cui all'art. 829, n. 4, c.p.c., che è relativo alla pronuncia che esorbita dalla convenzione di arbitrato.

Specularmente, se gli arbitri hanno inteso denegare la decisione sull'istanza proposta - assumendo di non avere quel determinato potere cautelare che invece per una delle parti gli è stato attribuito dalla convenzione di arbitrato - probabilmente si può far perno sul vizio oggetto del motivo di reclamo di cui al n. 10 dell'articolo 829, co.1, c.p.c., cioè quello relativo al procedimento che si conclude senza una dovuta pronuncia (di merito), che nel caso in esame con una interpretazione estensiva può ricomprendere la "dovuta pronuncia cautelare".

Evidentemente tali profili si ricollegano all'accezione che si prescelga in punto di esclusività del potere cautelare, sulla quale ha appena espresso una autorevole opinione Giuseppe Ruffini, ma di certo si tratta di questioni che si prestano ad ulteriori approfondimenti, non affrontabili in questa relazione.

Proseguendo in una disamina del procedimento è da rilevare che la domanda ovviamente non potrà che essere un ricorso, con un ovvio parallelismo all'articolo 669 bis c.p.c., ma possiamo immaginare anche una formulazione orale dinanzi agli arbitri, ovvero la proposizione in uno degli atti che gli arbitri previsto per il procedimento di merito, ove ciò sia coerente alla convenzione di arbitrato.

Dopo avere ricordato che non ha significato richiamare in questa materia gli articoli 669 ter, quater e quinquies c.p.c. (in quanto sono norme che riguardano solo e soltanto la cautela dinanzi al giudice statale), va esaminata la mutuabilità della disciplina procedimentale in senso stretto prevista dall'articolo 669 sexies c.p.c.

Le caratteristiche dell'arbitrato possono far insorgere un primo dubbio: nella loro libertà di conformare le regole le parti possono anche indicare agli arbitri un termine per la emanazione della decisione cautelare?

Il profilo non sembra avere destato attenzione, né si rinvencono esempi di una previsione del genere nei regolamenti delle più importanti Camere arbitrali; però ricordando che l'istituto si fonda su un certo tipo di rapporto fra parti e giudicanti, e che *naturaliter* prevede un termine per l'emanazione del lodo, sarebbe anche giustificabile una analoga scelta per la pronuncia cautelare. Opinando positivamente, ovviamente l'inutile decorso del termine consumerebbe la

potestà cautelare arbitrale, e pertanto – in assenza di un preventivo accordo delle parti sul punto - dovrebbe riemergere la decisione statuale, prescindendo poi da presumibili profili di responsabilità e giusti motivi di revoca.

Ha invece suscitato una significativa discussione la possibilità per gli arbitri rituali di emanare provvedimenti *inaudita altera parte*, modalità che come è noto è disciplinata in generale dal secondo comma dell'articolo 669 sexies c.p.c. ove è previsto, che, quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento il giudice, assunte sommarie informazioni, pronuncia sull'istanza con un decreto motivato e fissa poi l'udienza nella quale, in contraddittorio fra le parti, confermare, modificare o revocare il provvedimento

Alcuni commentatori hanno considerato d'ostacolo a questo tipo di decisione quanto si rinviene nell'articolo 816 bis, co. 1, c.p.c., e cioè la necessità che gli arbitri concedano alle parti eguali poteri difensivi.

Per altri invece la previsione di un provvedimento di eccezionale urgenza, a contraddittorio postecipato, è da qualificare come una norma inderogabile, che si inserisce nel substrato minimo della tutela cautelare e non è ignorabile dagli arbitri, pur in assenza di una previsione della convenzione d'arbitrato.

Provando in questa sede a semplificare, pur se la questione si presta ad effettivi dubbi, va anzitutto precisato che fino alla riforma c'era serio motivo per dubitare in generale del potere cautelare *inaudita altera parte* in materia di sospensione arbitrale delle deliberazioni assembleari, perché sussisteva il rischio evidente che attraverso tale interpretazione si giustificasse poi anche la pronuncia di un arbitro unico designato dal terzo, contestualmente alla accettazione dell'incarico, su richiesta di una delle parti.

Oggi la situazione è mutata, e si deve considerare ben possibile un provvedimento *inaudita altera parte*: poiché il nuovo testo dell'art. 818, co. 2, c.p.c. prevede che fino a quando non c'è la costituzione dell'organo arbitrale la legittimazione a pronunciarsi in via di urgenza resta al giudice statuale, l'istanza agli arbitri di un provvedimento che preceda l'instaurazione del contraddittorio è ammessa soltanto in pendenza di procedimento, e quindi quando la controparte ha comunque già partecipato a tale fase preliminare, ed ha già una conoscenza della pretesa altrui pur se non ha ancora esercitato il suo diritto di difesa.

Chiarito ciò è anche ipotizzabile l'utilizzazione di un meccanismo diverso da quello previsto dall'art. 669 sexies c.p.c., che persegua la stessa finalità, a condizione che abbia le carte in regola con il rispetto del contraddittorio: ad esempio gli arbitri potrebbero comunicare direttamente ai contendenti il provvedimento reso *inaudita altera parte* (unitamente all'istanza proposta per ottenerlo), assegnando un termine perentorio a difesa al soggetto che lo ha subito (essendo ormai diritto vivente, dopo la pronuncia della Cassazione a sezioni unite del 2016, la possibilità per gli arbitri di irrogare termini perentori per le parti), al fine poi di confermare o meno, la decisione cautelare.

Il problema che è legittimo porsi è invece se le parti quando conferiscono il potere cautelare, nella convenzione di arbitrato (o nell'atto scritto successivo ma preveniente all'instaurazione del giudizio arbitrale), possono escludere la pronuncia di un provvedimento *inaudita altera parte*? In altre parole, se i contendenti sono abilitati a preferire che in materia

provvisoria ed urgente la pronuncia venga emanata soltanto dopo avere ascoltato compiutamente entrambi i contendenti.

Poiché siamo in materia di diritti disponibili questo potere abdicativo certamente non dovrebbe essere negato alle parti, come è stato rilevato, anche se una tale opzione rischia di provocare ritardi per l'emanazione del provvedimento.

Invece è ragionevole ritenere che non possono *ex se* gli arbitri prevedere di non emanare provvedimenti *inaudita altera parte*: eliminando un tassello della disciplina ordinaria del rito cautelare, che in determinate situazioni contribuisce ad una effettività della tutela, verrebbe nuovamente in gioco il tema dell'esclusività della *potestas* arbitrale.

Invero concedendo agli arbitri la facoltà di regolamentare questo aspetto è facile ipotizzare una possibilità ulteriore di conflitto con la giustizia statale, che sarebbe preferibile evitare: poiché il soggetto che si vedesse dichiarata inammissibile la richiesta di una pronuncia cautelare “a contraddittorio postecipato” finirebbe per adire immediatamente il giudice, pena una lesione dell'effettività del suo diritto alla cautela, il tribunale prima di decidere dovrebbe anche verificare la effettiva sussistenza della previsione arbitrale che disciplina la situazione.

Veniamo ora ad esaminare la forma del provvedimento cautelare emesso dagli arbitri. Nella scelta che in questa materia può contrapporre il lodo non definitivo all'ordinanza è da preferire quest'ultima. È da generalizzare il tipo di provvedimento già adottato per la sospensione arbitrale della delibera assembleare, anche facendo perno sull'art. 816 bis, co. 3, c.p.c. ove si prevede che gli arbitri, se non ritengono di adottare un lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile. Invero la misura cautelare per sua natura può avere bisogno di successiva modifica o revoca, mentre il lodo non definitivo è da riservare a quei tipi di decisione, in cui eventualmente si può formare un vincolo interno.

L'ordinanza cautelare va deliberata dalla maggioranza degli arbitri con la partecipazione di tutti. Per quanto attiene poi al contenuto-forma di tale provvedimento, già stamattina Stefano Cerrato ne ha discusso muovendo, in via indiretta, dalle norme che identificano i vizi del lodo previsti come motivo di reclamo. In proposito, facendo riferimento ai requisiti del lodo previsti ai numeri 5, 6 e 7 dell'articolo 823 c.p.c., è da ritenere, anzitutto, che questa ordinanza debba contenere, a pena di nullità, l'esposizione sommaria di motivi, il dispositivo e la sottoscrizione; ed ancora, può dirsi che il provvedimento dovrà essere privo di decisioni contraddittorie e coprire l'intero *thema decidendum* della domanda cautelare, perché altrimenti si aprirebbe la possibilità di richiamare motivi di reclamo fondati ai numeri 11 e 12 dell'art. 829 c.p.c.

Si dubita poi del fatto che nel concedere la cautela gli arbitri siano legittimati ad imporre una cauzione, come previsto dinanzi al giudice statale dall'art. 669 undecies c.p.c..

La soluzione affermativa era stata già sostenuta in tema di sospensione arbitrale dell'impugnazione di delibera assembleare, e si può perpetuare anche oggi, dopo avere premesso che l'art. 838 ter c.p.c. – ormai riferibile anche alla sospensione di delibera - continua ad essere silente sul punto.

In realtà la cauzione va intesa come una controcautela o, meglio, un mezzo per bilanciare il provvedimento cautelare, che necessariamente presuppone, e quindi essa accede *naturaliter* all'esistenza della *potestas* degli arbitri, senza che sia d'obbligo specificare il potere di imporla. Invece soltanto per le parti nella convenzione di arbitrato (o nel patto preliminare successivo)

andrebbe probabilmente fatta salva la possibilità di disporre diversamente, ma non credo che si tratti di un'ipotesi che solleghi concreto interesse.

Per quanto riguarda le conseguenze della mancata corresponsione della cauzione si entra nell'ambito della disciplina dell'inefficacia del provvedimento cautelare arbitrale, in raffronto all'ordinaria disciplina dall'art. 669 novies, co. 3, c.p.c., che costituisce uno dei profili trattati nel successivo intervento programmato dell'amico Palmieri, cui faccio rinvio.

Mi limito ad osservare, su questi temi scottanti della riproponibilità, inefficacia, modifica e revoca della misura - e cioè di quanto degli artt. 669 septies, novies e decies può applicarsi nel procedimento cautelare dinanzi agli arbitri - che non bisogna enfatizzare una presunta esclusività dell'attribuzione arbitrale (a scapito della giurisdizione statale), come giustamente ha sostenuto Giuseppe Ruffini, ma è necessario impegnarsi a ritagliare soluzioni sistematicamente accettabili.

L'attuazione della cautela arbitrale

La riforma del 2022 ha introdotto la diretta attuazione della misura cautelare arbitrale, seguendo sostanzialmente il legislatore delegato che aveva prescritto al delegante di disciplinare l'attuazione sotto il controllo del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato.

Si tratta di un completamento necessario del nuovo impianto normativo, perché - una volta superato il dogma di negare attribuzione cautelare agli arbitri, in quanto a monte privi di potere coercitivo - evidentemente bisognava prevedere la legittimazione a sovrintendere all'esecuzione dei risultati dell'esercizio della *potestas* cautelare arbitrale.

Affidando tale fase al giudice si è scelta la via più rapida, pur se ciò ha destato sicuramente qualche perplessità *de iure condendo*.

Probabilmente un approfondimento avrebbe fatto meglio valutare la possibilità di soluzioni più complesse. Se è indubbio che gli arbitri sono inadeguati a fornire assistenza alla materiale esecuzione del provvedimento (e cioè quella attività esecutiva "in senso stretto", dove può occorrere addirittura arrivare al "volto delle armi" del potere statale), essi avrebbero potuto essere scelti per la determinazione delle modalità; in tal modo si sarebbe sottratto al Tribunale un procedimento ulteriore, che tra l'altro impegna un organo che non ha alcuna precedente cognizione della vicenda.

Ciò premesso, il vigente art. 818 ter c.p.c. detta un meccanismo innovativo perché sostanzialmente i provvedimenti cautelari sono ormai immediatamente eseguibili non occorrendo alcun *exequatur*, a differenza di quanto previsto per l'analoga efficacia del lodo di merito.

Condivisibile la logica che è sottesa a questa scelta dei *conditores*, perché in tema di provvedimenti caratterizzati dall'urgenza la necessità di passare attraverso un controllo del giudice statale per arrivare poi alla fase di attuazione (con l'ulteriore dilazione temporale, e quindi il rischio di vanificare l'urgenza e l'effettività), evidentemente avrebbe reso impari la concorrenza tra il provvedimento cautelare statale e quello reso in arbitrato.

Gli studi comparatistici sul punto (anzitutto con riguardo a Germania e Svizzera) ed il raffronto alla nota "legge modello" UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) ci dicono che, a ben guardare, il legislatore italiano è andato forse più in là di altri

ordinamenti: all'estero è frequente la previsione quantomeno di qualche forma di verifica invece nel nostro Paese sostanzialmente si può andare direttamente dall'ufficiale giudiziario per chiedere l'attuazione del provvedimento cautelare arbitrale.

Una tale situazione ha fatto sì che qualche studioso abbia anche tentato in via ermeneutica di resistere (seppur infondatamente) a questa innovazione, paventando rischi e difficoltà; la inequivocabilità della *voluntas legis* non consente di risolvere il problema adducendo inconvenienti, ma va rilevato che in assenza di un esame preventivo da un lato diventa più oneroso il compito del giudice del reclamo, da altro lato anche il giudice cui è attribuita l'attuazione indubitabilmente tenderà ad effettuare un esame "rafforzato" di questo provvedimento in sede di concreta messa in esecuzione.

Altri commentatori invece hanno fatto notare che un titolo esecutivo costituito da una cambiale non ha una garanzia di certezza della pretesa migliore della copia autentica di un lodo arbitrale.

Proprio muovendo da quest'ultima riflessione va anche sottolineato che il provvedimento proviene da un ufficio dove non c'è nessuno che sia pubblico ufficiale, e quindi sorge un problema per la sua trascrizione nei pubblici registri, sia in tema di sequestro di immobili e sia in tema di misure cautelari correlate ad obbligazioni di somme di denaro per le quali si vuole avviare l'attività espropriativa immobiliare.

E' evidente che l'ordinanza cautelare arbitrale non è utilizzabile *sic et simpliciter* per la trascrizione, atteso il principio di autenticità e le esigenze di certezza che sovrintendono a questa forma di pubblicità; pertanto, si devono necessariamente individuare le modalità per fare autenticare il provvedimento e la convenzione di arbitrato, consentendo così al Conservatore di trascrivere il sequestro o il pignoramento immobiliare.

Il tema dell'attuazione presenta non pochi altri nodi interpretativi, che in questa sede non si possono affrontare; invero già l'art. 669 duodecies c.p.c. (espressamente richiamato dall'art.818 ter c.p.c.) detta una disciplina di per sé complessa, nella misura in cui c'è da adattare la tecnica esecutiva all'attuazione cautelare (*in limine* discutendosi dell'esistenza oppure no del giudice dell'esecuzione).

Chiarito che per i provvedimenti cautelari relativi al pagamento di somme di denaro non c'è notifica di titolo esecutivo e precetto, emerge poi una complicazione ulteriore in tema di competenza. L'art. 818 ter sancisce che il giudice dell'attuazione delle misure cautelari è sempre il giudice del luogo in cui ha sede l'arbitrato, e quindi sembrerebbe superare tutte le norme dettate sul punto nella disciplina dei sequestri; e cioè per gli artt. 677, 678, 679 c.p.c. al riferimento al luogo in cui sono situati i beni mobili ed immobili, ed altresì il luogo in cui risiede il debitore per il sequestro presso terzi, ai sensi della recente modifica all'art. 26 c.p.c. per l'espropriazione presso terzi.

A fronte delle norme appena richiamate, ove si intendesse restare fedeli alla lettera della legge, è da ritenere che le questioni che sorgano in fase di attuazione siano attribuite al tribunale del luogo in cui ha sede l'arbitrato; infatti, seppur la disposizione dice espressamente al co. 2 che sono fatte salve le norme sui sequestri, comunque prosegue disponendo che si applica il citato criterio di competenza territoriale previsto dal co. 1.

È da segnalare che non tutti concordano sull'accentramento nel foro della sede arbitrale, ed in attesa del formarsi di un "diritto vivente" è facile prevedere che questo conflitto fra disposizioni

che regolano la competenza è destinato a creare non pochi contrasti (come abitualmente accade per le incertezze sulla competenza).

Ovviamente quando sono deferite in arbitrato controversie attribuite per il merito al tribunale delle imprese, è alla peculiare competenza territoriale di tale sezione specializzata che bisogna rapportare la sede arbitrale; peraltro, se con riferimento al tema dell'impugnativa delle deliberazioni assembleari gli adempimenti pubblicitari della sospensione sono tendenzialmente di c.d. *self execution*, resta sempre il problema - anche per la mera pubblicazione del provvedimento inibitorio - dell'inadempienza degli amministratori, che impone al soggetto richiedente di andare dal giudice per essere autorizzato a procedere direttamente all'iscrizione.

Un ultimo profilo da accennare è relativo alla limitata serie di situazioni costituita dall'attuazione degli arbitrati esteri.

L'inciso finale dell'articolo 818 ter, co. 1, prevede che se la sede dell'arbitrato è all'estero e la misura cautelare si deve eseguire in Italia la competenza del tribunale che deve sovrintendere all'attuazione va radicata con riferimento al luogo in cui essa si svolge.

Anche questa previsione si rivela una grande novità, tanto che qualcuno (per esempio Briguglio) si è chiesto il legislatore avesse effettivamente intenzione di creare un sistema circolatorio che supera, addirittura, la Convenzione di New York del 1958 ed i nostri attuali articoli 839 e 840 sul riconoscimento dei lodi stranieri.

La norma ha ingenerato non poche perplessità, ma è rimasto isolato il tentativo interpretativo di negarne la carica innovativa: la previsione finale del co. 1 dell'articolo 818 ter se deve conservare un significato non può che essere letta nel senso che il lodo estero è da portare direttamente ad attuazione in Italia.

Quindi il famoso "ordinamento aperto", di cui già tempo fa discorreva Biavati, si è ulteriormente evoluto, e consente ormai al tribunale del luogo in cui si chiede che la misura venga attuata il riconoscimento immediato dei provvedimenti cautelari stranieri; così facendo questo ufficio giudiziario, attesa l'assenza di precedenti momenti di verifica, probabilmente dovrà farsi carico anche dell'esame di contestazioni che esulano dall'attuazione in senso stretto, emergenti - seppur incidentalmente - in quella sede.*

* Bibliografia di riferimento

D. Amadei, *L'arbitrato*, in *Il processo civile dopo la riforma. Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, C. Cecchella (cur.), Bologna 2023, 487ss.;

M. Bove, *La riforma dell'arbitrato*, in *Giur. it.*, (2023), 447 ss.;

A. 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*, (2023);

A. Carlevaris, *Competenza cautelare esclusiva degli arbitri e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, (2023), 85 ss.;

A. Carosi, *Finalmente la potestà cautelare agli arbitri: vecchie e nuove questioni, con una postilla sull'arbitrato irrituale*, in *Judicium* (2023).

S.A. Cerrato, *Note sparse su arbitrato e potere cautelare alla luce della riforma Cartabia*, in *Riv. Arb.*, fasc.1, (2023), 101 ss..

F. Corsini *L'arbitrato societario dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1 (2024) 45 ss.

F. Corsini, *Arbitrato e tutela cautelare*, in *Giur. arb.*, (2023), 188 s.

B. De Santis, *Il potere cautelare degli arbitri. Note di primo commento ad una riforma attesa*, in *Judicium* (2023);

L. Durello, *Riflessioni sulla potestà cautelare degli arbitri*, in *Il diritto degli affari*, 3 (2023), 367 ss.

M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare (artt. 669-quinquies, 669- decies, 818,818-bis e 818-ter c.p.c.)*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, R. Tiscini (cur.), Pisa 2023, 1190 ss.

-
- L. Iannicelli, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno, 2008;
- F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, Milano 2023, 344;
- C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2° ed., II, Padova 2012;
- L. Salvaneschi, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, in *Riv. dir proc.*, fasc.2 (2023) 738 ss.
- L. Salvaneschi, *I poteri cautelari degli arbitri e l'arbitrato amministrato*, in *Riv. arb.*, (fasc.4) (2023), 829.