

IL RECLAMO CAUTELARE ARBITRALE*

Stefano Conforti**

Nel contesto dell'attribuzione di una generalizzata potestà cautelare in capo agli arbitri, il d.lgs. n. 149 del 2022 (c.d. "Riforma Cartabia") ha previsto un peculiare meccanismo di controllo dei provvedimenti cautelari emanati in sede arbitrale.

La scelta di riconoscere, in quest'ambito, alle parti un rimedio impugnatorio non era "obbligata" con riguardo alla "tenuta" costituzionale del sistema. Basti pensare che non hanno avuto esito i pur paventati dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 34, 5° co., d.lgs. 5/2003 (ora abrogato e "sostituito" dall'art. 838 *ter* c.p.c.), che stabiliva che l'ordinanza di sospensione dell'esecuzione della delibera societaria impugnata dinanzi agli arbitri fosse «non impugnabile».

La norma di nuovo conio, contenuta nell'art. 818 *bis* c.p.c., stabilisce che «contro il provvedimento degli arbitri che concede o nega una misura cautelare è ammesso reclamo a norma dell'art. 669-*terdecies* davanti alla corte d'appello, nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, per i motivi di cui all'art. 829, primo comma, in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico».

Anche da una superficiale lettura emerge subito che ci si trova di fronte ad un controllo a carattere limitato.

Ciò discende principalmente dal fatto che, nel delineare il perimetro dei motivi di reclamo, non può ritenersi applicabile la disposizione dell'art. 829, terzo comma, c.p.c., che, come noto, attribuisce alle parti la possibilità di devolvere al giudice dell'impugnazione per nullità del lodo, tra l'altro, per la violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.

Il mancato rinvio a tale disposizione conduce ad un netto scostamento del reclamo cautelare arbitrale da quello ordinario *ex art. 669-terdecies* c.p.c., in quanto il primo, diversamente da quest'ultimo, non potrà mai essere utilizzato per dedurre censure strettamente inerenti al merito cautelare. In sostanza, un rimedio a critica libera, qual è il reclamo cautelare ordinario, diviene in questa sede strumento di censura a critica vincolata, alterando in qualche misura la tipica natura devolutiva e sostitutiva del mezzo.

*Intervento programmato tenuto 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 e tenutosi il 29.10.2024, con sessione mattutina in Aula Cilento di UNISA e sessione pomeridiana presso il Salone Genovesi della CCIAA di Salerno.

** Ricercatore di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Salerno.

Come si è detto, i motivi “veicolabili” attraverso il reclamo cautelare arbitrale sono: a) quelli di cui all’art. 829, primo comma, in quanto compatibili; b) la contrarietà all’ordine pubblico.

Diviene dunque imprescindibile la valutazione della clausola di compatibilità, che è stata aggiunta in sede di decreto legislativo¹.

A questo proposito, si può partire da una considerazione di carattere generale, ossia che quasi tutti i motivi di impugnazione previsti dall’art. 829, primo comma, c.p.c. sono astrattamente compatibili con le censure che possono investire un provvedimento cautelare. Non si può infatti interpretare la clausola di compatibilità nel senso che essa precluda “in partenza” l’utilizzabilità di quei motivi, che si riferiscono testualmente e direttamente al lodo, ma occorre procedere, di volta in volta, ad un’operazione di “adattamento” della censura, tenendo conto del fatto che oggetto di gravame non è il lodo, ma un provvedimento provvisorio.

Accedendo, infatti, alla prima opzione verrebbe, pressoché automaticamente, esclusa la proponibilità: del motivo di cui al n. 3 (« se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere arbitro»); del motivo di cui al n. 4 («se il lodo è stato pronunciato fuori dei limiti della convenzione di arbitrato (...) o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso»); del motivo di cui al n. 5 («se il lodo non ha i requisiti indicati nei numeri 5, 6, 7 dell’art. 823»); del motivo di cui al n.6 («se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'articolo 821»); del motivo di cui al n. 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»); del motivo di cui al n.10 («se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri»); del motivo di cui al n. 11 («se il lodo contiene disposizioni contraddittorie»); infine, del motivo di cui al n.12 («se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato»).

Per contro, sarebbe consentita solo la proposizione: del motivo di cui al n.1 («se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma»); del motivo di cui al n.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»); del motivo di cui al n.7 («se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità

¹ L’art. 1, comma 15, lett. c), legge n. 206 del 2021, aveva infatti delegato il legislatore « [...] a 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», senza dare al riguardo ulteriori indicazioni.

e la nullità non è stata sanata»); del motivo di cui al n.9 («se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio»).

Dovendo scartare, come già detto, questa soluzione, va tuttavia precisato che, in alcune ipotesi, la sola sostituzione virtuale della parola «lodo» con l'inciso «provvedimento cautelare» al fine di “trasformare” il motivo di impugnazione in motivo di reclamo non è in ogni caso sufficiente ad evitare l'incompatibilità cui fa riferimento la norma all'esame. Ad incidere sull'effettiva valorizzazione di tutti i motivi richiamati dall'art. 829 c.p.c. potrebbero poi giocare un ruolo concorrente altri elementi che sono emersi anche nelle relazioni che hanno preceduto il mio intervento.

Si pensi da un lato al possibile riconoscimento in capo alle parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, del potere di declinare “in partenza” i motivi di reclamo in maniera diversa; dall'altro lato, alla “centralità” di alcuni motivi cui viene riconosciuto l'ulteriore funzione di disciplinare indirettamente la prima fase del procedimento cautelare arbitrale su cui il legislatore è stato praticamente “silente” (ad esempio, riguardo al contenuto - forma del provvedimento reclamabile, viene in rilievo il motivo di cui al n.5 o, ancora, ai fini dell'individuazione delle regole inerenti al *thema decidendum*, è funzionale il richiamo al motivo di cui al n. 12).

Iniziamo a questo punto ad analizzare brevemente le singole fattispecie di impugnativa previste dall'art. 829, primo comma, c.p.c.

Si può ragionare sicuramente in termini di compatibilità per i motivi di cui all'art. 829, primo comma, nn.1, 2, 3, che disciplinano rispettivamente: a) l'invalidità della convenzione di arbitrato; b) l'invalidità della nomina degli arbitri; c) l'incapacità degli arbitri ai sensi dell'art. 812 c.p.c.

In queste ipotesi ci si trova di fronte a vizi che incidono sulla stessa esistenza di qualsivoglia potere decisorio in capo agli arbitri e, conseguentemente, anche sulla possibilità di esercizio da parte degli stessi di un potere cautelare.

La loro natura di vizi generali potrebbe, nondimeno, indurre le parti ad utilizzarli “con moderazione” quali motivi di reclamo, stante la possibile “interferenza” con il successivo giudizio di merito in tutti i casi in cui gli arbitri sono chiamati ad emanare il lodo pur sapendo che la corte d'appello ha già accertato – seppur in maniera non vincolante - l'invalidità della convenzione o comunque l'insussistenza del loro potere di *ius dicere*.

Anche il motivo di cui all'art. 829, primo comma, n. 4, si può ritenere compatibile con i dovuti adattamenti. Il superamento dei limiti della convenzione di arbitrato può concretizzarsi, in primo luogo, in caso di pronuncia cautelare resa dagli arbitri in assenza di un espresso conferimento del relativo potere.

In secondo luogo, nel caso in cui si aderisca alla tesi che ammette l'attribuzione parziale della potestà cautelare (selezionando "a monte" le misure cautelari che possono essere concesse dagli arbitri), la violazione dei limiti della convenzione si può verificare nell'ipotesi di un provvedimento cautelare di accoglimento che contenga una misura cautelare non devoluta agli arbitri e quindi di "competenza" del giudice ordinario.

Quanto al motivo di cui all'art. 829, primo comma, n. 5, c.p.c., che sanziona con la nullità il lodo carente dei requisiti di cui ai nn. 5), 6), 7) dell'art. 823 c.p.c., se è vero che si tratta di norma costruita in relazione agli specifici requisiti di forma che deve avere il lodo, è altrettanto vero che anche un provvedimento cautelare possa essere carente dell'esposizione sommaria dei motivi, del dispositivo o della sottoscrizione e, conseguentemente, vada dichiarato nullo.

Prendendo in esame il motivo di cui all'art. 829, primo comma, n. 6, c.p.c., salta, per contro, agli occhi l'immediata incompatibilità col reclamo cautelare, trattandosi di vizio strettamente riferibile al lodo. Sotto il profilo pratico è, infatti, difficile pensare che la pronuncia cautelare venga resa dopo la scadenza del termine per la pronuncia del lodo e l'attivazione della fattispecie estintiva di cui all'art. 821 c.p.c.

Astrattamente compatibile con il reclamo cautelare è il motivo di cui all'art. 829, primo comma, n. 7, c.p.c., che, tuttavia, sarà in concreto "fruibile" solo nell'ipotesi in cui le parti abbiano stabilito, a pena di nullità, particolari forme per lo svolgimento del rito cautelare arbitrale.

Il motivo di cui all'art. 829, primo comma, n. 8, c.p.c., appare, invece, non compatibile, a meno che non si voglia ricostruire, per vero un po' forzatamente, la censura in termini di denuncia della violazione di un giudicato "cautelare" in quanto tale. Si pensi al caso dell'istanza cautelare che venga accolta dagli arbitri, nonostante un ricorso dal medesimo contenuto sia stato rigettato dal giudice statale *ante causam* o comunque competente in via residuale *ex art. 818*, secondo comma, c.p.c.

Quanto al motivo di cui all'art. 829, primo comma, n. 9, c.p.c. che si riferisce alla violazione del principio del contraddittorio, si può agevolmente ritenere che lo stesso sia *tout court* "trasferibile" in sede di reclamo cautelare arbitrale. Si pensi non solo alle violazioni del contraddittorio nella fase della trattazione cautelare, ma altresì ai possibili vizi inerenti al mancato o insufficiente recupero del contraddittorio a seguito di provvedimento emanato *inaudita altera parte*.

Un medesimo discorso può farsi sia per il motivo di cui al n. 10), essendo prospettabile la fattispecie di rigetto di un ricorso cautelare per ragioni di rito che il reclamante ritenga non sussistenti; sia per il motivo di cui al n. 11), in quanto anche un provvedimento cautelare potrebbe contenere disposizioni contraddittorie che conducono alla nullità dello stesso (si pensi al palese contrasto tra motivazione e dispositivo).

Va infine ritenuto compatibile con il reclamo cautelare il motivo di cui all'art. 829, primo comma, n. 12, c.p.c., ben potendo verificarsi anche in sede cautelare un'omissione di pronuncia sulle domande o le eccezioni formulate dalle parti. Si pensi al cumulo in via subordinata di istanze cautelari, a cui segua un provvedimento di rigetto di una delle istanze senza esaminare l'altra (o le altre).

In relazione alla contrarietà all'ordine pubblico, non è possibile intrattenersi in questa sede sugli incerti confini di tale doglianza (che, tra l'altro, con riferimento al lodo, la Suprema Corte non accoglie facilmente)².

Nondimeno, occorre evidenziare che alcuni commentatori, in merito alla tutela cautelare arbitrale, hanno provato ad enucleare, sulla scia di quanto già elaborato riguardo al lodo arbitrale, le seguenti fattispecie: a) la pronuncia di provvedimenti cautelari abnormi e non ammessi dal nostro ordinamento e quindi emessi in violazione del c.d. ordine pubblico processuale; b) l'insanabile contrasto del *dictum* reso in sede cautelare con quelle norme interne fondamentali che sono diretta espressione dei principi etici, economici, politici e sociali immanenti al nostro ordinamento.

Vanno ora esaminati gli aspetti strettamente procedimentali e le problematiche "di sistema" scaturenti dal richiamo all'art. 669 *terdecies* c.p.c.

L'applicazione di alcune disposizioni contenute in questa norma possono certamente essere escluse, mentre altre sono da considerarsi di (più o meno) pacifica applicabilità.

Riguardo alla competenza, l'art. 669 *terdecies*, secondo comma, c.p.c. non è applicabile, essendo essa compiutamente disciplinata dall'art. 818 *bis* c.p.c. che, come detto, indica quale giudice competente per il reclamo cautelare arbitrale la «corte di appello nel cui distretto ha sede l'arbitrato».

Parimenti inapplicabile è l'art. 669, *terdecies*, ultimo comma, c.p.c. se non per la parte in cui stabilisce che la proposizione del reclamo «non sospende l'esecuzione del provvedimento». Va infatti escluso che la corte di appello, pur non potendo conoscere di censure attinenti al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*, sia dotata del potere di sospendere l'esecuzione del provvedimento reclamato, compiendo una valutazione squisitamente di merito in relazione ai motivi sopravvenuti che arrechino grave danno.

Sono, invece, mutuabili in questa sede le indicazioni sul termine e sulle modalità di proposizione del gravame e sullo svolgimento del giudizio di reclamo. Anche riguardo alla cautela arbitrale, dunque, il termine perentorio per la proposizione del reclamo sarà di quindici giorni, che decorreranno dalla pronuncia del provvedimento in udienza, quando ciò avvenga, oppure dalla sua comunicazione da parte degli arbitri o dalla sua notificazione, se anteriore.

² V. recentemente ad esempio Cass., Sez. I, 3/4/2024, n.8718; nello stesso senso anche Cass., Sez. I, 21/9/2022, n. 27615.

In particolare, in dottrina si è ritenuto che la decorrenza del termine possa essere innescata attraverso un'applicazione analogica dell'art. 816-*bis*, secondo comma, ultimo periodo, c.p.c., secondo cui «in ogni caso il difensore può essere destinatario della comunicazione o della notificazione del lodo e della notificazione della sua impugnazione».

Riguardo al procedimento, pare applicabile il terzo comma dell'art. 669 *terdecies*, che a sua volta richiama gli artt. 737 e 738 c.p.c., con la conseguenza che, pure per l'ipotesi di un'ordinanza cautelare resa dagli arbitri, il reclamo andrà proposto con ricorso da depositarsi nel termine perentorio innanzi indicato su cui la corte di appello, in ossequio al quinto comma dell'art. 669-*terdecies*, c.p.c., deciderà con ordinanza.

A questo riguardo – e qui veniamo allo snodo interpretativo probabilmente più complesso – ci si è interrogati su quali siano i possibili contenuti dell'ordinanza resa dalla corte di appello quale giudice del reclamo e, in particolare, se a tale organo spettino gli ampi poteri sostitutivi previsti dall'art. 669-*terdecies*.

Secondo una prima opinione, sarebbe da valorizzare il mero richiamo alla disciplina procedimentale del reclamo cautelare ordinario, operato dall'art. 818-*bis* c.p.c. Da ciò discenderebbe la diretta traslazione in sede cautelare arbitrale del contenuto del quarto e del quinto comma dell'art. 669-*terdecies*, conferendo alla corte di appello adita *ex art.* 818 *bis* c.p.c. anche il potere di conferma, modifica o revoca del provvedimento cautelare reclamato, se del caso attraverso una rivalutazione – previa eventuale nuova istruttoria – della sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Secondo questa impostazione, ad esempio, nel caso in cui gli arbitri abbiano negato la concessione di un sequestro conservativo con un provvedimento contenente disposizioni contraddittorie (e quindi impugnabile ai sensi del n. 11 dell'art. 829, primo comma c.p.c.), la corte di appello, una volta appurata l'esistenza del vizio, dovrebbe non solo revocare il provvedimento di rigetto reso dagli arbitri, ma anche decidere il merito cautelare accogliendo o rigettando l'originaria istanza *secundum eventum*.

In contrapposizione a tale lettura, vi è chi ha sostenuto che l'esclusività del potere cautelare conferito agli arbitri imponga una ricostruzione del reclamo come una impugnazione in senso stretto. Ed infatti solo l'esclusione di qualsivoglia potere rescissorio in capo alla corte di appello consentirebbe di evitare interferenze tra giudice statale ed arbitri rispetto ad una tutela che le parti hanno volutamente sottratto alla giurisdizione ordinaria. Da qui deriva che, in caso di rigetto del reclamo, il provvedimento impugnato resta immutato; mentre, in caso di accoglimento, il provvedimento cautelare impugnato viene annullato, ma mai sostituito.

A partire da questa affermazione, sono stati elaborati i seguenti corollari: a) se l'annullamento del provvedimento cautelare avviene per motivi che non incidono sullo stesso potere decisorio degli arbitri, l'istanza va riproposta dinanzi a loro; b) per contro, se l'accoglimento del reclamo si fonda su un motivo che esclude *ab initio* la potestà cautelare arbitrale la domanda cautelare dovrebbe essere riproposta dinanzi al giudice dello stato che sarebbe competente per il merito in primo grado.

L'opinione da ultimo esaminata mi sembra essere la più aderente all'impalcatura costruita dalla Riforma Cartabia attorno alla possibilità di devolvere pattiziamente agli arbitri anche il segmento della tutela cautelare.

Il legislatore, infatti, si è preoccupato di inserire uno strumento di revisione dei provvedimenti cautelari arbitrali, ma allo stesso tempo ha inteso evitare un rinvio *tout court* al modello di reclamo cautelare già esistente, operazione che pure avrebbe potuto compiere ponendosi nella diversa ottica di far prevalere l'esigenza di celerità sottesa alla tutela cautelare rispetto alla necessità di garantire le parti dall'esercizio di un potere giurisdizionale "invasivo", a seguito della loro scelta di "sottrarsi" a tale potere.

Si tratta, evidentemente, di una scelta di "campo" compiuta a monte dal riformatore, che non può essere ignorata, pur nella consapevolezza che un siffatto sistema potrebbe non realizzare appieno, quanto meno sotto il profilo dei tempi di risposta dell'ordinamento, l'effettività della tutela.

Non può infatti escludersi che l'accesso all'ulteriore accertamento sui presupposti di concedibilità della cautela, soltanto a seguito di un giudizio meramente rescindente svolto in altra sede, potrebbe arrivare in un momento in cui il provvedimento cautelare è divenuto oramai inutile.

Bibliografia di riferimento

D. Amadei, *L'arbitrato, in Il processo civile dopo la riforma. Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, in 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);

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, *Arbitrato e tutela cautelare (profili processuali)*, 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 potestas 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, 358 ss.
- L. Salvaneschi, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, in *Riv. dir proc.*, fasc.2 (2023) 738 ss.