

RIPROPOSIZIONE DELLA DOMANDA, INEFFICACIA, REVOCA E MODIFICA
DEL PROVVEDIMENTO NELL'ARBITRATO CAUTELARE *

Giuseppe Palmieri **

La riforma Cartabia all'art. 818 c.p.c. ha previsto la potestà cautelare degli arbitri¹ ma ha lasciato ampia libertà di forme con riferimento alle regole che gli arbitri devono osservare nel procedimento cautelare e che possono disciplinare nel modo che ritengono più opportuno, se del caso richiamando le norme sul procedimento cautelare uniforme. In effetti, del procedimento cautelare uniforme sono state richiamate solo le norme di cui agli articoli 669 *duodecies*, in tema di attuazione delle misure cautelari e 669 *terdecies*, in materia di reclamo cautelare.

E questo ha fatto dire ai primi commentatori che l'applicazione al procedimento cautelare arbitrale delle altre norme del procedimento cautelare uniforme, non è così scontata. Anzi, alcuni ritengono la assoluta inapplicabilità della disciplina prevista dagli artt. 669 bis e ss. c.p.c. al procedimento cautelare arbitrale. Secondo questi autori, nell'arbitrato cautelare si applicano solo le norme espressamente richiamate e quelle relative all'ordine pubblico processuale, ovvero i principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e resistere in giudizio.

Sono rimaste fuori dal perimetro dell'articolo 816 bis, quindi, le questioni che attengono alla *potestas iudicandi*, quali la riproposizione della domanda, la modifica, la revoca e l'inefficacia e l'attuazione dei provvedimenti cautelari. Il legislatore si è completamente disinteressato di questi profili e questa lacuna deve essere colmata, a mio avviso, con le norme sul processo cautelare uniforme².

L'applicabilità ed il richiamo a detta normativa costituisce esplicitazione dell'ampio potere che gli arbitri hanno una volta che le parti, senza limitazione alcuna, hanno attribuito loro la potestà cautelare. Sarebbe illogico, prima ancora che in contrasto con la volontà del legislatore, attribuire agli arbitri, in astratto, la possibilità di emanare provvedimenti cautelari del tutto assimilabili a quelli che può

* 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.

** Avvocato. Professore a contratto di Diritto Processuale Civile nell'Università degli Studi di Salerno.

¹ Per vero la competenza cautelare agli arbitri non è stata attribuita dalla legge, ma sono le parti che, se vogliono, gliela attribuiscono.

² I primi commentatori sostengono la possibilità di affidare agli arbitri una potestà cautelare parziale (ad esempio limitata ad alcune cautele tra quelle in astratto demandabili al giudice statale, come attribuire il potere cautelare solo per il sequestro conservativo). Lecito, quindi, domandarsi se è possibile che le parti possano anche limitare la *potestas iudicandi* agli arbitri, ad esempio negando la possibilità della revoca e/o modifica del provvedimento cautelare emesso dagli arbitri in corso di causa.

A mio avviso la risposta non può che essere affermativa. Se le parti possono limitare la potestà cautelare degli arbitri, a maggior ragione possono limitare la *potestas iudicandi*. Nell'uno e nell'altro caso ci troviamo di fronte ad una ipotesi di potestà cautelare concorrente, anch'essa riconosciuta dai primi commentatori, nonostante la declamata esclusività della competenza arbitrale. Quindi, nel caso di potestà cautelare parziale, la domanda sulla cautela sottratta agli arbitri, andrà proposta al giudice statale. Nel caso di limitazione dei poteri cautelari (ad esempio impossibilità di chiedere la revoca ex art. 669 *decies*) l'istanza va proposta ugualmente al giudice statale.

concedere il giudice statale e poi comprimerne la *potestas iudicandi*, impendendo loro l'utilizzo delle norme sul procedimento cautelare uniforme che costituiscono strumento indispensabile per la concreta esplicazione del potere cautelare loro attribuito.

Iniziamo con la riproposizione della domanda cautelare. L'articolo 669 *septies* (rubricato provvedimento negativo) distingue il rigetto nel rito da quello nel merito e contiene tre regole essenziali: illimitata riproponibilità della domanda cautelare respinta per incompetenza; riproponibilità della domanda respinta per motivi diversi, se si verificano mutamenti nelle circostanze o siano dedotte nuove ragioni di fatto e di diritto, e necessità che il provvedimento negativo contenga la pronuncia sulle spese – sua esecutività.

Trasponendo la disciplina al procedimento arbitrale, avremo le seguenti ipotesi.

Con riferimento al rigetto nel rito, sia che il provvedimento sia stato emanato dal giudice statale, durante il limbo temporale previsto dall'articolo 818, secondo comma, c.p.c., ovvero prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio, sia che ad emanarlo sia stato l'arbitro, è sempre applicabile l'art. 669 *septies*, primo comma, ovvero l'istanza sarà sempre riproponibile senza limiti³.

Fra le ragioni di rito, l'articolo 669 *septies* considera solo la incompetenza che potrà aversi più facilmente nel caso di ricorso proposto ante causa; in corso di causa, si verificherà quando manca il presupposto di strumentalità tra la cautela invocata e la causa di merito. Oltre alla incompetenza, tra le questioni di rito si annoverano tutte le ipotesi in cui non si potrà decidere sulla fondatezza della domanda cautelare per carenza della giurisdizione o di altri presupposti processuali, specie se attinenti alla parte, al suo procuratore o anche eventualmente alla lite.

Pertanto, competente a conoscere della domanda riproposta sarà il giudice statale, se non c'è stata ancora accettazione o costituzione del collegio, e gli arbitri (qualora fosse stato loro attribuito il potere cautelare), dopo la costituzione.

C'è chi consente, nella disciplina codicistica, addirittura la riproposizione della domanda anche allo stesso giudice che l'ha respinta⁴.

Con riferimento al rigetto per questioni di merito, sempre *ante causam*, si applicherà l'art. 669 *septies*, primo comma, seconda parte, che consente la riproposizione della domanda solo in presenza di mutamenti delle circostanze o qualora vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto. La domanda andrà riproposta al giudice statale che ha negato la cautela per ragioni di merito, nel limbo temporale dell'art. 818 e se non è stato proposto reclamo, altrimenti dei mutamenti conoscerà il giudice del reclamo; dopo la costituzione del collegio, la domanda va proposta agli arbitri.

In corso di causa, secondo la disciplina detta dall'art. 669 *septies*, l'incompetenza attiene il giudice del processo principale.

³ A seguito del rigetto della domanda cautelare *ante causam* per incompetenza del giudice statale, una volta intervenuta l'accettazione dell'arbitro unico o la costituzione del collegio arbitrale, con poteri cautelari, la domanda a questi va riproposta perché si tratterebbe, a questo punto, di domanda proposta in corso di causa, innanzi al giudice investito del merito, cui l'istanza cautelare è strumentale. Se invece non c'è stata ancora accettazione, la domanda va proposta al giudice statale competente.

⁴ Nel nostro caso, se c'è stata costituzione del collegio arbitrale, unico a conoscere della domanda rigettata nel rito è il collegio arbitrale cui è strumentale la cautela e non più il giudice statale.

Sono stati individuati altri due casi di incompetenza in corso di causa: 1. Se in pendenza del giudizio di appello, davanti alla Corte di appello, la richiesta viene erroneamente presentata al giudice autore della sentenza⁵; 2. se la domanda viene proposta ad un ufficio diverso da quello presso cui pende la causa di merito. In entrambi i casi, rigetto per incompetenza.

Con riferimento alla inefficacia del provvedimento cautelare, la norma di riferimento è l'art. 669 *nonies*, anche se la disciplina in essa contenuta non è esaustiva; vanno contemplate altre ipotesi come quella dell'art. 675 (sequestro non eseguito nei 30 giorni dalla pronuncia) o quella degli artt. 156 e 156 bis disp. att. c.p.c. per il sequestro conservativo (la sentenza di condanna da depositare nella cancelleria del G.E. entro 60 giorni dalla comunicazione ovvero proporre domanda di esecutorietà del lodo sempre entro il termine di 60 giorni decorrente da quando la domanda di esecutorietà è proponibile).

La prima ipotesi contemplata dall'art. 669 *nonies*, cioè provvedimento cautelare conservativo emesso *ante causam* e mancato inizio del giudizio di merito nei termini (in questo caso l'inefficacia va dichiarata dal giudice che ha emesso il provvedimento), non può essere presa in considerazione perché il provvedimento cautelare *ante causam* non può essere emesso dagli arbitri ma solo dal giudice statale⁶.

Nella seconda ipotesi prevista sempre dal primo comma dell'art. 669 *nonies*, (estinzione della causa di merito) se è stato il giudice statale ad emettere la cautela, a dichiarare la inefficacia del provvedimento, nel caso in cui il giudizio arbitrale è stato iniziato nei termini e poi si sia estinto, sarà l'arbitro come previsto dal secondo comma sempre dell'articolo 669 *nonies*.

A maggiore ragione, se il provvedimento cautelare è stato emesso dagli arbitri in corso di causa e il procedimento arbitrale si estingue, il provvedimento perde efficacia e saranno gli arbitri a dover dichiarare l'inefficacia del provvedimento.

Nel caso sia necessario disporre provvedimenti ripristinatori della situazione precedente, dal momento che gli arbitri non hanno questi poteri, detti provvedimenti dovrebbero essere dati dal giudice statale.

La disposizione del terzo comma dell'articolo 669 *nonies* (mancato versamento della cauzione) è applicabile in pieno: se non è versata la cauzione oppure se col lodo anche non definitivo viene dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale è stato concesso il provvedimento cautelare, saranno gli arbitri a dichiarare inefficace il provvedimento col lodo, se del caso risolvendo anche le contestazioni così come previsto dal novellato art. 669 *nonies*.

Quanto ai provvedimenti in ordine al ripristino della situazione precedente, che non spettano agli arbitri perché non dotati di poteri coercitivi, bisogna richiamare l'articolo 818 *ter* e quindi la competenza è del Tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato.

⁵ Questa ipotesi non vale per l'arbitrato, dal momento che l'impugnazione del lodo davanti alla Corte di Appello può essere proposta solo nei limiti e per i casi di cui agli artt. 827, 829 c.p.c. In pendenza dell'appello, quindi, a mio avviso e contrariamente alla disciplina codicistica, la domanda cautelare va presentata all'arbitro e non alla Corte di Appello perché l'impugnazione del lodo è una impugnazione a critica vincolata. Questa ipotesi di incompetenza in corso di causa non può verificarsi nel caso dell'arbitrato e la domanda, a mio avviso, va proposta correttamente agli arbitri.

⁶ Alcuni regolamenti arbitrali, come quello della camera arbitrale di Milano, prevedono la figura dell'arbitro di urgenza; in questi casi e se la convenzione di arbitrato vi ha fatto riferimento, dopo l'accettazione, a dichiarare l'inefficacia del provvedimento è l'arbitro e non il giudice statale.

Nel caso in cui gli arbitri abbiano ommesso di dichiarare l'inefficacia del provvedimento cautelare col lodo, è sempre possibile rivolgersi nuovamente agli arbitri, in analogia con quanto avviene in materia di correzione del lodo ex articolo 826 c.p.c.

Con riferimento alle revoca e modifica dei provvedimenti cautelari, il legislatore della novella del 2005 (legge n. 80 del 2005) ha dettato due diversi commi all'articolo 669 *decies*: uno relativo alla modifica o revoca in corso di causa e quindi applicabile sia ai provvedimenti conservativi che a quelli anticipatori, e uno invece applicabile quando non è stato instaurato il giudizio a cognizione piena e quindi riservato alle cautele a strumentalità attenuata (ovviamente solo a queste perché per quelle conservative c'è sempre la necessità del giudizio di merito, pena la perdita di efficacia del provvedimento).

Presupposti di proponibilità sono i mutamenti nelle circostanze e la allegazione di fatti anteriori conosciuti dopo il provvedimento cautelare.

In corso di causa, ovvero in pendenza del giudizio arbitrale, è a questi che va proposta la domanda di revoca e/o modifica; e tanto lo si ricava dal terzo comma dell'art. 669 *decies* che contiene la clausola di salvezza dell'art. 818 c.p.c.

Anche nella ipotesi in cui il provvedimento cautelare è stato emesso dal giudice statale, prima dell'accettazione dell'arbitro unico e della costituzione del collegio arbitrale⁷, e non è stato proposto reclamo, la competenza a conoscere della domanda di revoca è sempre dell'arbitro ex art. 669 *decies*, comma primo (ovviamente se agli arbitri è stata attribuita *potestas* cautelare).

C'è però chi obietta che mancando nel primo comma dell'articolo 669 *decies* la salvezza dell'articolo 818 primo comma, se ne dovrebbe desumere che anche in presenza di *potestas* cautelare la revoca va presentata al giudice statale che ha emanato il provvedimento. Questa tesi non convince del tutto perché il primo comma dell'articolo 669 *decies* parla di giudice istruttore della causa di merito e quindi dell'arbitro in presenza del patto di arbitrato e poi anche perché oggi la previsione dell'articolo 669 *decies* terzo comma va circoscritta al caso in cui il provvedimento cautelare sia stato emanato dal giudice statale mancando la *potestas* cautelare. Chi sostiene la revocabilità del giudice statale non tiene conto del collegamento funzionale tra competenza cautelare e competenza a decidere nel merito di una controversia; una volta preso avvio il procedimento arbitrale, sono gli arbitri ad essere nella migliore condizione per valutare se occorra o meno rimettere mano ad una precedente misura cautelare, anche in base alle risultanze processuali frattanto acquisite.

Come risaputo nella concorrenza tra reclamo e revoca, il legislatore dà preferenza al reclamo nel senso che la domanda può proporsi al giudice istruttore solo se non sia stato già proposto reclamo ovvero siano scaduti i termini per proporlo.

Per quel che qui interessa, bisogna distinguere tra provvedimento cautelare reclamato, ma emesso dagli arbitri o provvedimento reclamato ma emesso dal giudice statale.

Nella prima ipotesi di reclamo proposto alla Corte d'appello, avverso un provvedimento emesso dagli arbitri, essendo detto reclamo un mezzo di impugnazione in senso stretto e a critica vincolata, eventuali mutamenti intervenuti nelle more vanno presentati agli arbitri e non alla Corte d'appello

⁷ Il legislatore ha utilizzato un lessico impreciso perché nel caso di arbitrato amministrato anche dopo l'accettazione dell'arbitro unico, l'accettazione nel senso voluto dalla norma non si è perfezionata. La norma va quindi interpretata nel senso che la competenza cautelare spetta al giudice statale se gli arbitri, unico o collegiale, non sono in grado di operare.

che non avrebbe la possibilità di modificare, revocare il provvedimento cautelare reclamato; viceversa, se il reclamo è stato proposto avverso un provvedimento cautelare del giudice statale (al giudice competente ex art. 669 *terdecies*), anche se nelle more si è costituito il collegio arbitrale, la istanza di revoca e/o modifica del provvedimento cautelare va proposta al giudice del reclamo statale, perché in pendenza di reclamo le istanze vanno proposte sempre al giudice del reclamo.