

RIFLESSIONI SULLA *POTESTAS CAUTELARE* DEGLI ARBITRI

LAURA DURELLO

Ricercatore

nell'Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. La competenza degli arbitri e quella concorrente sussidiaria del giudice ordinario nella fase di autorizzazione. – 2. La competenza per la fase di modifica/revoca e di inefficacia. – 3. La competenza esclusiva del giudice ordinario per la fase di reclamo cautelare. – 4. *Segue*. E per la fase di attuazione.

1. – Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149¹, che ha, tra gli altri, modificato l'art. 818 c.p.c. e introdotto gli artt. 818 *bis* e *ter* c.p.c., nel dare attuazione ai principi contenuti all'art. 1, comma 15°, lett. c) dalla legge delega n. 206/2021, ha introdotto una disciplina della tutela cautelare arbitrale con riguardo al profilo del conferimento del relativo potere, del reclamo avverso il provvedimento che nega o autorizza la misura e, infine, delle modalità di attuazione².

¹ Decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149 «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», in G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022.

² Sulla recente riforma in materia arbitrale V. C. 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.; A. CARLEVARIS, M. BENEDETTELLI, A. BRIGUGLIO, A. CAROSI-E. MARINUCCI, A. PANZAROLA, L. SALVANESCHI, B. SASSANI, *Commento ai principi in materia di arbitrato della legge delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1 c. 15*, in *Riv. arb.*, 2022, p. 3 ss.; L. SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 614 ss.; ID., *Arbitrato e tutela cautelare della prova (passato-presente-futuro)*, in *Riv. arb.*, 2022, p. 323 ss.; ID., *Le nuove norme in materia di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 738 ss.; V. AMENDOLAGINE, *Gli arbitri e le misure cautelari: oggi e domani*, in *Riv. arb.*, 2021, p. 721 ss.; E. DALMOTTO, *L'impatto della prossima riforma dell'arbitrato comune e societario sulla sospensione delle delibere assembleari*, in *Le società*, 2022, p. 639 ss.; M.C. GIORGETTI, *Commento alle novità in materia di arbitrato introdotte dal decreto legislativo n. 10 ottobre 2022, n. 149*, in *Judicium*, 2022; A. CARLEVARIS, *La legge-delega per la riforma dell'arbitrato: verso il riconoscimento dei poteri cautelari degli arbitri?* in *Riv. dir. internazionale*, 1/2022, p. 158 ss.; G. TOTA, *I poteri cautelari degli arbitri nella legge di delega n. 206/2021*, in *Judicium*, 2/2022, p. 169 ss.; M.A. ZUMPANO, *ADR e riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia*, 2021, p. 135 ss.; M. FARINA, *Arbitrato*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, (a cura di) Tiscini, Pisa, 2023, p. 1196 ss.; A. BRIGUGLIO, *Il*

La novella contiene un evidente e decisivo – nonché tanto augurato – cambio di prospettiva rispetto al passato: le parti con la convenzione di arbitrato o con atto separato anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale possano ora attribuire agli arbitri, oltre al potere di decidere la controversia, anche quello di emanare le misure all'uopo necessarie per apprestare una tutela cautelare ai diritti dedotti in giudizio.

Invero, una timida apertura del nostro ordinamento al riconoscimento del potere cautelare in capo agli arbitri era già intervenuta in forza del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 che nel modificare l'art. 818 c.p.c. aveva previsto che il divieto in esso contenuto per gli arbitri di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari, non dovesse più considerarsi assoluto inserendo nel testo del citato articolo la clausola «salva diversa disposizione di legge».

Ciò si coordinava con la previsione di cui all'art. 35, comma 5°, d.lgs. 5/2003 – oggi trasfuso nell'art. 838 *ter* comma 4° c.p.c. – che, in tema di arbitrato societario, attribuisce agli arbitri il potere di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari³.

Tale innovazione rispetto al regime previgente era però attenuata dal carattere meramente inibitorio del potere cautelare conferito agli arbitri non implicante una fase di attuazione della misura.

Non solo, ogni qual volta pur essendo stata proposta domanda di arbitrato e il collegio arbitrale non fosse ancora costituito, la giurisprudenza riconosceva all'autorità giudiziaria ordinaria la competenza ad emanare la misura cautelare di inibitoria della delibera, in forza del richiamo dello stesso art. 2378 c.c. ovvero reputando esperibile la tutela d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c.⁴. Si era così delineato, nell'ambito dell'arbitrato societario, un

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; F.P. LUISO, Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile, Milano, 2023, p. 333 ss.; F. CORSINI, La riforma dell'arbitrato nell'ambito del d.lgs. n.149 del 2022, in Riv. trim. dir. proc. civ., p. 113 ss.; F. PORCARI, La riforma dell'arbitrato, in La riforma del processo civile, (a cura di) Dalfino, 2023, c. 545 ss.; B. DE SANTIS, Il potere cautelare degli arbitri. Note di primo commento ad una riforma attesa, in Judicium, 2023; A. CAROSI, Finalmente la potestà cautelare agli arbitri: vecchie e nuove questioni, con una postilla sull'arbitrato irrituale, in Judicium, 2023; L. CONTE, La nuova tutela cautelare in arbitrato: brevi riflessioni sulle principali novità della Riforma, in Giust. civ., 2023, p. 497 ss.

³ Sull'argomento v. A. VILLA, *Arbitrato e tutela cautelare*, cit., p. 524 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 634 ss.

⁴ V. solo per citarne alcune Trib. Roma, 26 aprile 2018, n. 2378, in *Foro it.*, 2018, I, 3321; Trib. Milano, 12 marzo 2018, in *Giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano 17 marzo 2009, in *Riv. arb.*, 2009, p. 311 ss., con nota di A. VILLA, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*. V. anche E.

sistema di competenza concorrente sussidiaria⁵ in cui l'intervento del giudice statale era configurabile qualora, nel lasso di tempo tra la notificazione della domanda di arbitrato alla controparte e la costituzione del tribunale arbitrale, ragioni di urgenza avessero richiesto l'emanazione di misure cautelari.

Il recente intervento riformatore si pone proprio sulla strada già tracciata dalla disciplina dell'arbitrato societario pur presentando delle peculiarità.

In particolare, l'art. 818 c.p.c. così novellato dispone che la *potestas* cautelare conferita agli arbitri è esclusiva e sorge per effetto dell'accettazione dell'incarico.

Al contempo, prevede che prima della costituzione del collegio arbitrale, pur se in presenza di una clausola attributiva della competenza cautelare, spetta all'autorità giudiziaria pronunciarsi sull'istanza avanzata dalla parte.

In primis si deve osservare che la scelta della riforma è stata quella di configurare un potere cautelare arbitrale solo in presenza di una volontà espressa in tal senso delle parti contenuta nella convenzione di arbitrato o in atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio ovvero attraverso il richiamo a regolamenti arbitrali. Il potere degli arbitri di pronunciare provvedimenti cautelari non è, dunque, stato configurato come una prerogativa connaturale alla funzione dichiarativa dagli stessi svolta ma come un ulteriore «facoltà» che viene espressamente conferita dalle parti.

Questa scelta si colloca, quindi, in una posizione opposta a quella adottata nell'arbitrato societario dove – lo ricordiamo – l'art. 838 *ter*, comma 4°, c.p.c. (già art. 35, comma 5°, d.lgs. 5/2003) prevede il conferimento *ex lege* al tribunale arbitrale, investito del merito, del potere di concedere la sospensione della delibera assembleare.

Singolare appare, quindi, la circostanza che all'interno del nostro codice di rito convivono ipotesi in cui il potere cautelare arbitrale è concepito come

ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 935 ss.; EAD., *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, in *Soc.*, 2016, p. 84 ss.; F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705 ss.; G. RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1524 ss. *Contra* nel senso della competenza esclusiva degli arbitri Trib. Napoli 10 novembre 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 1960 ss.; Trib. Napoli 8 marzo 2010, in *Soc.*, 2010, 1050 ss.; G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova 2004, p. 663; L. IANNICELLI, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno 2008, p. 396.

⁵ Sulla configurabilità di una competenza sussidiaria in capo all'autorità giudiziaria anche in altri ordinamenti v. A. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, 36 ss.

una prerogativa della funzione dichiarativa svolta dagli arbitri e altre in cui il medesimo potere necessita di una manifestazione espressa di volontà delle parti.

Va da sé, che la *potestas* cautelare arbitrale, troverà un maggior spazio applicativo nell'ambito degli arbitrati amministrati⁶ piuttosto che in quelli *ad hoc*, in forza della possibilità riconosciuta dall'art. 818 c.p.c. di conferire questo potere anche attraverso il richiamo a regolamenti arbitrali, che, solitamente, al loro interno disciplinano forme di tutela cautelare di promanazione arbitrale⁷. Non si può nascondere, infatti, che la portata applicativa delle disposizioni di nuovo conio implica un'attenzione e una sensibilità che spesso non appartengono agli operatori pratici al momento della redazione della convenzione di arbitrato o comunque di un patto successivo alla stessa⁸. Forse, sarebbe stato opportuno, alla stregua di quanto si verifica anche in altri ordinamenti⁹, attribuire *ex lege* il potere cautelare agli arbitri riservando alle parti il potere di escluderlo.

Al contempo, in un'ottica di valorizzazione del disposto normativo, si può ipotizzare che le parti di comune accordo, in pendenza del giudizio arbitrale, possano conferire il potere cautelare agli arbitri previa loro accettazione¹⁰. Tale effetto potrà essere raggiunto in virtù di una sorta di

⁶ Cfr. L. SALVANESCHI, *ivi*.

⁷ V. ad esempio all'art. 26.1 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano che prevede espressamente che il collegio arbitrale, salvo diverso accordo delle parti, possa «adottare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento»; o all'art. 28 § 1 del Regolamento di arbitrato ICC che consente al tribunale arbitrale di «adottare ogni misura provvisoria o cautelare che ritenga opportuna».

⁸ L. SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, cit., p. 626 rileva che «Si tratta di una previsione che rende più timido il nuovo approccio normativo nel passaggio da un sistema chiuso a uno di totale apertura e che nell'uso concreto potrebbe limitare la portata generale della previsione». In senso conforme F. CORSINI, *op.cit.*, p. 124.

⁹ Si pensi, ad esempio, all'art. 183, comma 1°, della legge svizzera di diritto internazionale privato prevede che «Salvo diverso accordo, il tribunale arbitrale può ordinare misure provvisorie o misure conservative su richiesta di una parte». E ancora in Inghilterra alla sez. 39 dell'*Arbitration Act 1996* «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. 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».

¹⁰ Così M. FARINA, *op.cit.*, p. 1196. In senso conforme L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 753 ss.

«accordo» successivo tra le parti¹¹ in virtù del disposto dell'art. 819 *ter* c.p.c. ovvero a seguito della mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza cautelare nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri.

Ciò posto, qualora si rendesse necessario concedere dei provvedimenti cautelari, volti a salvaguardare il successivo lodo di merito, prima dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri è riconosciuta la competenza del giudice ordinario¹², al fine di colmare quei vuoti di tutela che si possono verificare ogni qualvolta vi sia l'urgenza di provvedere e il collegio arbitrale non sia ancora costituito.

Sulla scorta dei principi più sopra richiamati elaborati dalla giurisprudenza nell'ambito dell'arbitrato societario¹³, il ricorso al giudice dovrà essere riconosciuto anche qualora, dopo l'accettazione, venga a mancare uno degli arbitri e, quindi, nelle more della sostituzione dell'arbitro ovvero della ricostituzione del collegio, la *potestas* cautelare non possa essere esercitata; o, ancora, nell'ipotesi di sospensione del procedimento arbitrale ad opera degli arbitri a seguito della proposizione dell'istanza di ricsuazione *ex* art. 815, ult. comma, c.p.c. Si pensi anche al caso in cui il collegio arbitrale già costituito, ai sensi dell'art. 816 *septies* c.p.c. subordini la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili determinando la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte. Ecco che, sino all'esito del pagamento, gli arbitri potrebbero rifiutarsi di provvedere sulla domanda cautelare¹⁴. E dunque la parte per ottenere la tutela cautelare richiesta sarà

¹¹ In tal senso L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 754, rileva che «le parti stesse, l'una formulando la domanda cautelare davanti al giudice e l'altra omettendo di sollevare apposita eccezione, si accordino per rinunciare nel caso concreto alla competenza cautelare degli arbitri, consentendo così il radicarsi della competenza cautelare del giudice cui sarà precluso il rilievo officioso della propria incompetenza. Questa soluzione, che non sarebbe sostenibile in un sistema in cui il potere decisorio degli arbitri fosse loro attribuito dalla legge, lo diviene pienamente nel sistema accolto dal nuovo art. 818 c.p.c., che rimette alle parti il potere di conferire o di non conferire agli arbitri competenza cautelare e quindi di disporre nel caso concreto del potere già conferito». L'a. rileva, inoltre, in maniera condivisibile, che nel sistema delineato dalla riforma in cui la competenza cautelare è attribuita dalle parti e non dalla legge «a fronte di una competenza cautelare attribuita agli arbitri dalle parti riterrei quindi che le parti stesse, l'una formulando la domanda cautelare davanti al giudice e l'altra omettendo di sollevare la relativa eccezione, si accordino per rinunciare nel caso concreto alla competenza cautelare degli arbitri, consentendo così il radicarsi della competenza cautelare del giudice cui sarà precluso il rilievo officioso della propria incompetenza».

¹² V. nota 5.

¹³ V. nota 4.

¹⁴ In tal senso V. V. AMEDOLAGINE, *op.cit.*, p. 721 ss.

costretta a provvedere al pagamento non essendo ipotizzabile in questa ipotesi il ricorso all'autorità giudiziaria.

Non solo, le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, hanno la possibilità di modulare il potere cautelare che intendono conferire agli arbitri, attribuendo agli stessi una competenza «generale» ovvero limitata alla pronuncia di sole alcune tipologie di misure.

Così facendo, la delimitazione del perimetro operativo del potere cautelare arbitrale per volontà negoziale delle parti, farà riaffiorare la competenza del giudice ordinario per le fattispecie espressamente escluse dalla convenzione di arbitrato.

In questa prospettiva, si deve reputare, altresì, che le parti, possano configurare una competenza sussidiaria del giudice ordinario, anche dopo l'accettazione degli arbitri, in caso di inoperatività del tribunale arbitrale nelle ipotesi in cui, ad esempio, venga a mancare la collegialità perché un arbitro è stato recusato.

Del resto, va osservato che nell'ambito dell'arbitrato amministrato i regolamenti spesso prevedono il c.d. arbitrato d'urgenza. Si pensi, ad esempio, all'art. 44 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano che prevede appunto una procedura volta all'emissione dei provvedimenti cautelari – fino alla costituzione del Tribunale Arbitrale – da parte di un arbitro di urgenza appositamente nominato, al quale gli atti vengono trasmessi entro cinque giorni e che provvede entro i successivi venti giorni nel contraddittorio delle parti (o in caso di assoluta urgenza entro i successivi cinque giorni *inaudita altera parte*)¹⁵.

Una simile previsione regolamentare si dovrà coordinare con il nuovo art. 818 c.p.c. che attribuisce, prima dell'accettazione degli arbitri, la competenza a pronunciare le misure cautelari all'autorità giudiziaria.

In linea di principio, prima della costituzione del collegio arbitrale, si potrebbe configurare una competenza concorrente in forza della quale le parti potranno rivolgersi sia all'istituzione arbitrale per la nomina di un arbitro di urgenza, sia all'autorità giudiziaria per l'emanazione della misura cautelare all'uopo necessaria¹⁶.

¹⁵ Sul nuovo Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, v. M. 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*, 2023. In senso analogo, gli artt. 2, 8 e 27 del Regolamento dell'AIA, prevedono un comitato di intervento competente ad adottare i provvedimenti d'urgenza altrimenti di competenza del costituendo collegio arbitrale.

¹⁶ In tal senso v. anche M. 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*, cit., § 5.

Come più sopra evidenziato, la competenza degli arbitri è esclusiva dopo l'accettazione dell'incarico, dunque, non si rinvergono ragioni ostative a che le parti, prima di tale momento, possano ricorrere alternativamente al giudice ovvero allo strumento messo a disposizione dal regolamento dell'istituzione arbitrale dalle stesse richiamato nella convenzione di arbitrato.

Se appare ragionevole che le parti, prima della costituzione del collegio arbitrale, possano configurare ipotesi di intervento sussidiario dell'autorità giudiziaria – financo una competenza concorrente in caso di arbitrato amministrato – non resta che verificare se l'autonomia contrattuale potrebbe spingersi sino a prevedere una concorrenza piena tra i due organi anche dopo l'intervenuta accettazione degli arbitri.

Non vi è dubbio, infatti, che dal punto di vista dell'effettività della tutela cautelare la competenza concorrente piena del giudice statale consentirebbe alle parti di «beneficiare della facoltà di scegliere tra i due organi tenendo conto della natura della misura, dell'ordinamento nel quale essa è destinata a trovare attuazione, dell'urgenza e di ogni altra circostanza rilevante»¹⁷.

In altri termini, nonostante la scelta operata a favore degli arbitri in sede di convenzione, la fattispecie concreta e la tipologia di misura richiesta potrebbero indurre la parte a preferire il ricorso all'autorità giurisdizionale anziché agli arbitri.

Nonostante il pregio degli argomenti a sostegno della configurabilità di una competenza concorrente, la nuova disposizione normativa nel momento in cui qualifica «esclusiva» la *potestas* cautelare attribuita agli arbitri inibisce, a nostro avviso, alle parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, di modulare in tali termini la competenza cautelare in corso di arbitrato stante la natura inderogabile della previsione¹⁸.

¹⁷ A. CARLEVARIS, *op. ult. cit.*, p. 42 ss.; ID., *La legge-delega per la riforma dell'arbitrato: verso il riconoscimento dei poteri cautelari degli arbitri?*, cit., p. 157 ss. rileva che «l'inadeguatezza dei poteri arbitrali si manifesta ancora più chiaramente rispetto a provvedimenti la cui efficacia dipenda dal produrre effetti anche in capo a soggetti terzi rispetto all'accordo compromissorio, ovviamente preclusi agli arbitri a causa dei limiti soggettivi della convenzione arbitrale ed invece disponibili all'autorità giudiziaria. Si pensi al provvedimento che inibisca l'escussione di una garanzia bancaria o assicurativa accessoria al rapporto contrattuale contenente l'accordo compromissorio, che potrebbe rilevarsi pienamente efficace solo se diretta anche nei confronti della banca o della compagnia assicurativa garante».

¹⁸ In questo senso v. anche M. FARINA, *Arbitrato*, cit., p. 1199; L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 754. *Contra* nel senso che anche dopo l'accettazione degli arbitri sia possibile configurare una competenza concorrente tra i due organi v. F. CORSINI, *op.cit.*, p. 126.

Da ultimo, si deve osservare che qualora debbano essere richieste misure cautelari che coinvolgano terzi estranei alla convenzione di arbitrato, si dovrà necessariamente fare ricorso all'autorità giudiziaria giusta l'impossibilità per gli arbitri di vincolare terzi estranei¹⁹. Quindi, in tali ipotesi, a prescindere dalla volontà delle parti espressa nella clausola attributiva della *potestas* cautelare agli arbitri, il ricorso all'autorità giudiziaria dovrà reputarsi imprescindibile.

2. – In forza dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. si deve reputare che anche con riguardo ai provvedimenti cautelari arbitrali possa trovare applicazione, con gli opportuni adattamenti, la disciplina del rito cautelare uniforme e, dunque, nel caso di specie, la disciplina contenuta agli artt. 669 *novies* e *decies* c.p.c.²⁰, dedicati, rispettivamente, a regolare l'inefficacia e la revoca e modifica della misura cautelare.

Con riguardo all'individuazione dell'organo preposto a pronunciare in merito a tali istanze di revoca e modifica, si deve evidenziare che alla luce della nuova formulazione dell'art. 669 *decies* c.p.c., all'adeguamento della misura cautelare attraverso l'esercizio del potere di modifica e/o revoca possa procedere l'arbitro, pendente il relativo giudizio, tanto nell'ipotesi in cui la misura cautelare sia stata concessa *ante causam* dall'autorità giudiziaria, sia nell'ipotesi in cui sia stata concessa dal medesimo arbitro²¹.

Qualora, invece, si tratti di un provvedimento di natura anticipatoria soggetto al regime di strumentalità attenuata, in mancanza dell'instaurazione del giudizio arbitrale di merito, la parte che intenda ottenere la modifica e/o revoca della stessa dovrà rivolgersi al giudice ordinario che ha reso la misura²². In caso di estinzione del giudizio di merito

¹⁹ In questo senso A. BRIGUGLIO, *op.cit.*, § 3.

²⁰ Sul tema della modifica e revoca del provvedimento cautelare v. S. RECCHIONI, *op.cit.*, p. 765 ss.; G. ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2011, p. 1075 ss.

²¹ A. BRIGUGLIO, *op.cit.*, § 9 evidenzia che «Se invece, pur in presenza di un accordo compromissorio che assegna agli arbitri competenza cautelare, il provvedimento è stato del tutto legittimamente emanato dal giudice perché richiesto prima della costituzione del collegio o dell'accettazione dell'arbitro unico, a chi si chiede la revoca o modifica? Si potrebbe opinare nel senso della competenza di chi ha emanato la misura, per evitare che agli arbitri sia riservato il potere di incidere sull'efficacia di un provvedimento del giudice dello Stato. E non escludo che molti ragioneranno così».

²² A. BRIGUGLIO, *op.cit.*, § 9 ipotizzando una ricostituzione del tribunale arbitrale osserva invece che «se il giudizio di merito è deferito ad arbitri, chi pronuncia sulla revoca e modifica del "700" emanato a) dal giudice prima della costituzione del collegio, ovvero b) dagli arbitri dopo, qualora il giudizio arbitrale non inizi o si estingua? Applicando con un minimo di coerenza quanto sopra, e nel modo

pendente, spetterà al giudice che ha pronunciato la misura provvedere sulla modifica/revoca della stessa, mentre qualora sia stata pronunciata dagli arbitri dovrà essere riconvocato il collegio arbitrale affinché provveda a tale incombenza²³.

Passando, poi, all'istituto dell'inefficacia è necessario analizzare le singole previsioni contenute all'art. 669 *novies* c.p.c. in relazione alle peculiarità del provvedimento cautelare emanato dagli arbitri.

In particolare, troverà applicazione la fattispecie di inefficacia della misura cautelare a carattere conservativo per estinzione del procedimento arbitrale di merito²⁴. Ai sensi dell'art. 669 *novies*, comma 2°, c.p.c. competente sull'istanza di inefficacia sarà il tribunale arbitrale che ha pronunciato la misura²⁵. Peraltro, oggi, il disposto normativo in esame, è stato anch'esso oggetto di parziale modifica da parte della riforma, e prevede che sull'inefficacia si provveda, anche in caso di contestazione, con ordinanza²⁶.

Quanto alle fattispecie di inefficacia di cui all'art. 669 *novies*, comma 3°, c.p.c. per mancato versamento della cauzione ovvero per pronuncia di lodo non definitivo che abbia dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stata concessa la misura cautelare, sarà di competenza del tribunale arbitrale che ha emanato il provvedimento dichiararne l'inefficacia con il lodo stesso ovvero con un'ordinanza resa nel corso del giudizio nel contraddittorio tra le parti.

possibilmente più semplice l'art. 669 *decies*, c. 2, dovrebbe ritenersi che pronunci sempre il giudice se il provvedimento cautelare è stato da lui emanato, e pronuncino sempre gli arbitri rispetto a provvedimento da essi emanato. E ciò in modo da limitare la singolare ultrattività dei poteri e dell'impegno degli arbitri al solo caso in cui essi stessi abbiano disposto la cautela».

²³ L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 768; A. BRIGUGLIO, *ivi*.

²⁴ Esula dal nostro campo di indagine la fattispecie di inefficacia della misura cautelare conservativa ottenuta *ante causam* per mancato inizio del giudizio di merito. In questa ipotesi, infatti, la misura cautelare sarà stata concessa dall'autorità giudiziaria stante la mancata costituzione del tribunale arbitrale e, dunque, non si pongono problematiche di sorta, essendo il medesimo organo statuale competente a pronunciarsi sull'intervenuta inefficacia.

²⁵ In tal senso anche L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 769; A. BRIGUGLIO, *op.cit.*, § 10.

²⁶ Nella sua versione originaria l'art. 669 *novies* c.p.c. così disponeva «il giudice che ha emesso il provvedimento, su ricorso della parte interessata, convocate le parti con decreto in calce al ricorso, dichiara, se non c'è contestazione, con ordinanza avente efficacia esecutiva, che il provvedimento è divenuto inefficace e dà le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente. In 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*».

Infine, in ordine alle modalità di esecuzione dei provvedimenti da adottarsi in conseguenza della declaratoria di inefficacia o di revoca della misura cautelare, si deve reputare che poiché le misure ripristinatorie sono disposte dagli arbitri che hanno emanato la cautela divenuta inefficace, non si rinvergono ragioni ostative all'applicazione delle forme di attuazione di cui all'art. 818 *ter* c.p.c. assimilando l'intervento ripristinatorio a quello di attuazione della cautela²⁷.

3. – L'art. 818 *bis* c.p.c. prevede che avverso il provvedimento arbitrale che concede o nega la misura cautelare è esperibile il reclamo *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c. per i motivi di cui all'art. 829, comma 1°, c.p.c., in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico.

Il reclamo da proporre nei quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o notificazione del provvedimento se anteriore, è attribuito alla competenza della corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato.

Con riguardo alla fase di impugnazione, quindi, non essendo possibile prevedere la costituzione di un collegio arbitrale di seconda istanza, la scelta del legislatore è caduta inevitabilmente sull'autorità giudiziaria.

Si tratta di un'opzione che implica un'interferenza del giudice ordinario, ma al contempo garantisce la possibilità di riesame – se pur limitato – del provvedimento cautelare arbitrale che, ricordiamo, essere stata preclusa nella previgente disciplina dell'arbitrato societario²⁸.

Lo strumento di controllo esperibile contro il provvedimento cautelare arbitrale si presenta come uno mezzo di impugnazione a critica vincolata attraverso il quale possono essere dedotti soli i motivi di cui all'art. 829, comma 1°, c.p.c. ovvero quelli di impugnazione del lodo rituale, in quanto compatibili, e la contrarietà all'ordine pubblico²⁹.

I suddetti motivi – cuciti sul lodo – dovranno essere rimodellati sul provvedimento cautelare; si pensi, per fare un esempio, al n. 4 del comma 1°, dell'art. 829 c.p.c. dove la pronuncia fuori dei limiti della convenzione di

²⁷ In tal senso v. anche L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 770.

²⁸ Oggi, per effetto dell'intervenuta riforma, l'art 838 *ter*, comma 4°, c.p.c. prevede espressamente che l'ordinanza di sospensione dell'efficacia della delibera assembleare pronunciata dagli arbitri sia reclamabile ai sensi dell'art. 818 *bis* c.p.c.

²⁹ In proposito L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 760, richiama come esempio la «pronuncia di provvedimenti cautelari abnormi e non ammessi nel nostro ordinamento e quindi emessi in violazione del nostro ordine pubblico processuale, o a violazioni di regole fondamentali compiute in sede cautelari».

arbitrato dovrà essere intesa come pronuncia in difetto di potere cautelare degli arbitri o al n. 6 ovvero alla pronuncia dopo la scadenza del termine stabilito, motivo che potrebbe trovare applicazione qualora le parti nel conferire il potere cautelare agli arbitri abbiano fissato un termine per la pronuncia del provvedimento. Altresì, non si vedono ragioni che ostacolino il richiamo al motivo n. 2 ovvero l'invalidità della convenzione d'arbitrato. Si potrebbe, inoltre, reputare che nell'ambito del n. 1 possa essere ricondotto il caso in cui le parti non abbiano conferito agli arbitri il potere cautelare.

Del pari potranno trovare applicazioni i motivi³⁰: n. 5 mancanza nel provvedimento della motivazione, del dispositivo o della sottoscrizione degli arbitri; n. 7 inosservanza nel corso del sub procedimento arbitrale delle forme prescritte dalle parti a pena di nullità; n. 9 inosservanza del principio del contraddittorio nell'ambito del giudizio cautelare; n. 11 contraddittorietà tra parti del dispositivo ovvero tra dispositivo e motivazione; n. 12 se il provvedimento non ha pronunciato su alcune delle domande proposte dalle parti in conformità alla convenzione.

Stante il mancato richiamo ad opera dell'art. 818 *bis* c.p.c. al comma 3° dell'art. 829 c.p.c., è esclusa, invece, l'impugnazione del provvedimento cautelare arbitrale per violazione delle norme di diritto relative al merito della controversia e ciò neppure se le parti hanno previsto l'impugnabilità del lodo per violazione delle stesse. In questo modo, pur garantendo un controllo sull'esercizio del potere cautelare degli arbitri si preclude una forte ingerenza da parte dell'autorità giudiziaria³¹ in sede di reclamo.

Non va poi trascurato che alcuni dei motivi di cui all'art. 829 c.p.c., come ad esempio l'invalidità della convenzione d'arbitrato, si prestano ad inficiare in egual misura sia l'ordinanza cautelare arbitrale, sia il successivo lodo.

In tale ipotesi, l'eventuale accoglimento del reclamo da parte della corte d'appello si tradurrà in una proiezione dell'esito della successiva eventuale impugnazione del lodo. Esso non comporterà alcun accertamento vincolante in ordine alla validità della convenzione arbitrale e il giudizio arbitrale potrà

³⁰ G. TOTA, *op.cit.*, p. 178 part. n. 28 rileva che la difficoltà di estendere i vizi attinenti ad un lodo decisorio quali ad esempio ai nn. 6 (inosservanza del termine stabilito per la pronuncia del lodo), 8 (contrarietà del lodo ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti) e 10 (mancata pronuncia sul merito della controversia in un caso in cui il merito doveva essere deciso) dell'art. 829 c.p.c. V. anche F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli del codice di procedura civile*, cit., p. 352 esclude la possibilità di impugnare la misura cautelare per i motivi di cui ai nn. 5, 10, 12 in quanto riferibili solo al lodo.

³¹ Così L. SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, cit., p. 627.

proseguire. Tuttavia, è stato osservato che la pronuncia resa dalla corte d'appello in sede di reclamo potrà «indurre le parti, soprattutto quando il merito della lite sia ancora del tutto impregiudicato a ben ponderare la proposizione di un reclamo fondato su motivi che possono poi coinvolgere anche il lodo, nella consapevolezza che in questo caso l'interferenza del giudice nel procedimento arbitrale, pur meramente fattuale e psicologica, è inevitabile»³².

Va, poi, osservato che il nuovo disposto normativo non fornisce elementi idonei a comprendere, se a seguito dell'annullamento della misura cautelare per uno dei motivi di cui all'art. 829, comma 1°, c.p.c. alla corte d'appello competa anche il *judicium rescissorium* diretto ad emanare un nuovo provvedimento.

Da un certo angolo visuale, si è osservato che il richiamo operato dall'art. 818 *ter* c.p.c. all'art. 669 *terdecies* c.p.c. deve reputarsi integrale e comprensivo anche della disciplina contenuta al comma 4° che consente al giudice del reclamo di assumere informazioni ed acquisire nuovi documenti e di conoscere delle circostanze e dei motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo³³. Tali elementi sarebbero idonei a configurare il giudizio di reclamo della corte d'appello non solo come un'impugnazione meramente rescindente ma anche sostitutiva della pronuncia cautelare arbitrale³⁴.

Va da sé che tale opzione interpretativa consente al giudice del reclamo di rivalutare il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* già valutati dal tribunale arbitrale nella fase autorizzativa della misura con ingerenza dell'autorità giudiziaria in materia cautelare di esclusiva competenza arbitrale.

Ecco, allora, che si potrebbe immaginare, in forza di una applicazione analogica con l'art. 830, comma 2°, c.p.c., che in caso di annullamento per i motivi di cui all'art. 829, comma 1°, nn. 5, 6, 7, 8 9, 11 e 12, c.p.c. salvo che le parti non abbiano previsto diversamente nella convenzione arbitrale, la corte d'Appello possa anche pronunciare la misura cautelare.

Sotto altro punto di vista, la percorribilità dello strumento del reclamo solo a fronte della deduzione di determinati motivi di nullità fa emergere l'idea che alla corte d'appello quale giudice del reclamo non siano trasferiti –

³²L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 761.

³³L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 762.

³⁴ Sulla natura sostitutiva del reclamo avverso la misura cautelare arbitrale, v. anche A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, § 8.

così come avviene invece nel rito cautelare uniforme – i poteri cautelari già in capo agli arbitri³⁵.

Abbracciando una concezione meramente rescindente del giudizio di impugnazione, peraltro in sintonia con le indicazioni della legge delega e con le considerazioni sino a qui svolte, la corte d'appello si limiterà, quindi, a revocare la misura cautelare senza poter procedere ad un riesame del *fumus* del diritto sottoposto a cautela ovvero delle circostanze idonee a dimostrare i fatti lesivi che l'istante sta subendo o può subire a seguito della violazione del diritto sottoposto a cautela (ovvero del *periculum in mora*).

Va da sé che qualora il reclamo sia stato esperito contro il provvedimento di diniego, la corte d'appello dovrebbe limitarsi a revocare il medesimo senza decidere il merito cautelare.

Tale opzione interpretativa in sintonia con la competenza esclusiva cautelare riconosciuta agli arbitri dal disposto dell'art. 818-bis c.p.c.³⁶ al contempo, rischia di compromettere la stessa fruttuosità della tutela cautelare che per essere effettiva deve essere immediata. Non vi è dubbio, infatti, che a seguito di una pronuncia meramente rescindente le parti dovrebbero rivolgersi nuovamente agli arbitri con un evidente ritardo nella concessione della misura³⁷.

Al contempo, riconoscere alla corte d'appello il potere di esaminare il merito cautelare quando le parti hanno devoluto tale potere agli arbitri, pare porsi in assoluto contrasto con la competenza esclusiva riconosciuta dalla legge. Dunque, si deve concludere nel senso che la corte d'appello deve limitarsi a revocare il provvedimento cautelare.

Strettamente connesso alla natura dell'esame demandato alla corte d'appello in sede di reclamo, è il coordinamento con il regime di revoca e modifica previsto dall'art. 669 *decies* c.p.c.

Sul punto si osserva che il reclamo avverso il provvedimento cautelare arbitrale essendo concepito, come si dirà meglio *infra*, quale strumento a

³⁵ F. CORSINI, *op.cit.*, p.127 rileva che «il reclamo non può essere utilizzato per rimettere in discussione il merito, essendo stato concepito come un rigido rimedio di legalità».

³⁶ In tal senso F.P. LUIO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli del codice di procedura civile*, cit., p. 353.

³⁷ A. CAROSI, *op.cit.*, § 10. rileva che «alla corte d'appello competente debba riconoscersi il potere di concedere il provvedimento cautelare, ove ravvisi il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, e ciò sia in caso di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza arbitrale di diniego sia in caso di accoglimento del reclamo contro l'ordinanza arbitrale di concessione emessa da un tribunale arbitrale, ad esempio, incompetente o non correttamente nominato».

critica vincolata non deputato ad un riesame del merito³⁸ non consente alla corte d'appello di conoscere delle istanze di revoca e/o modifica che andranno formulate innanzi al tribunale arbitrale.

Per evitare interferenze tra le due forme di controllo, si deve reputare che tali richieste potranno essere avanzate all'arbitro solo a seguito dell'esaurimento della fase di reclamo o della scadenza del termine di proposizione.

Questa appare anche la scelta più congeniale alla natura meramente rescindente del reclamo del provvedimento cautelare arbitrale, nei termini più sopra espressi, e alla competenza cautelare esclusiva dell'arbitro.

4. – Sul punto il nuovo articolo 818 *ter* c.p.c. prevede che l'attuazione del provvedimento cautelare arbitrale³⁹ sia disciplinata dall'articolo 669 *duodecies* c.p.c.⁴⁰, sotto il controllo del tribunale nel cui circondario si trova 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. In ordine, poi, all'attuazione dei sequestri viene fatta salva l'applicazione degli art. 677 ss. c.p.c. con competenza attribuita al tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata.

La norma ad una prima lettura potrebbe sembrare in perfetta coerenza con il rilievo pacifico per cui gli arbitri, benché ora possano essere muniti dalle parti di *potestas* cautelare, sono comunque privi di potestà esecutiva⁴¹, prescrivendo l'ausilio dell'autorità giudiziaria per la fase deputata all'attuazione della misura cautelare arbitrale.

Le cose, a ben vedere, non stanno esattamente così: la disciplina dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. varia a seconda di quale sia la tipologia di obbligo a tutela del quale è stata erogata la cautela. In particolare, l'attuazione della misura cautelare che ha ad oggetto una somma di denaro avviene nelle forme previste per l'espropriazione forzata in quanto compatibili e il giudice competente sarà proprio il giudice dell'esecuzione e non l'organo che ha emesso il provvedimento cautelare.

³⁸ Nel senso che spetti al tribunale arbitrale conoscere della revoca e/o modifica del provvedimento cautelare v. F.P. LUISO, *ivi*; F. CORSINI, *op.cit.*, p. 127.

³⁹ Sull'attuazione delle misure nel rito cautelare uniforme V. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 882 ss.; G. ARIETA, *op.cit.*, p. 1045 ss.; E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, *passim*.

⁴⁰ Il termine «attuazione» evidenzia inequivocabilmente la consapevolezza della natura di esecuzione forzata «speciale» della procedura in questione V. G. COSTANTINO, *L'espropriazione forzata speciale*, Milano, 1984, pp. 291 e 305.

⁴¹ V. Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527 in *Foro it.*, 2001, I, c. 829.

Mentre l'attuazione delle misure cautelari che hanno ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare, il quale determina la modalità di attuazione.

La nuova disposizione, disattendendo le indicazioni della legge delega⁴², non detta, quindi, una disciplina *ad hoc* dell'esecuzione dei comandi cautelari arbitrali, limitandosi a specificare che la stessa debba avvenire sotto il controllo del tribunale e richiamando quanto più sopra evidenziato in ordine ai provvedimenti cautelari di provenienza giudiziale⁴³.

Il problema interpretativo che si pone è quale sia «il controllo» che il tribunale è chiamato ad esercitare sulla misura cautelare pronunciata dagli arbitri: esso si sostanzia in una forma di «integrazione» del provvedimento cautelare arbitrale ovvero, più limitatamente, il legislatore ha voluto chiarire che le eventuali controversie relative all'attuazione del provvedimento vanno proposte al giudice ordinario?

Con riferimento al primo aspetto, per l'attuazione delle misure aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare è sicuramente necessaria una fase di attuazione davanti al giudice volta a determinarne le modalità. Pur tuttavia in questa fase non è previsto dall'art. 669-*duodecies* c.p.c. alcun controllo, posto che la norma è dettata con riferimento ai provvedimenti del giudice ordinario, ove non si pone alcun problema di controllo da parte del giudice dell'attuazione.

Quanto, invece, all'esecuzione avente ad oggetto obblighi di pagamento, non è previsto alcun procedimento deputato all'attuazione. Anche qui ci si chiede in quale modo vada esercitato il controllo.

In proposito, merita osservare che oggi è parso possibile per la parte vittoriosa munita dell'ordinanza cautelare arbitrale avente ad oggetto somme di denaro rivolgersi all'ufficiale giudiziario e chiederne l'attuazione⁴⁴ senza dover procedere alla richiesta di *exequatur*.

⁴² L'art. 1, comma 15°, lett. c) della legge delega n. 206/2021 che all'art. 1, comma 15°, lett. c) richiedeva al legislatore delegato, tra le altre, di «disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare sempre sotto il controllo del giudice ordinario».

⁴³ Sulla disciplina dell'attuazione nel rito cautelare uniforme v. L. MONTESANO, *Attuazione delle cautele e diritti cautelabili nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 935; S. RECCHIONI, *op.cit.*, p. 882 ss.; G. ARIETA, *op.cit.*, p. 1045 ss.; E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, *passim*.

⁴⁴ L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 771 osserva che sarà sufficiente esibire «come titolo il provvedimento sottoscritto dagli arbitri, come avviene quando l'avente diritto chiede l'esecuzione di un accordo formato in sede di negoziazione assistita o di mediazione, oppure procedere sulla base del medesimo provvedimento all'esecuzione delle diverse misure cautelari previste dall'ordinamento».

La previsione è stata salutata con favore dalla dottrina in quanto, indubbiamente, consente un'abbreviazione dei tempi di attuazione della misura cautelare senza dover attendere il preventivo esito della fase di omologazione richiesta, invece, per il lodo⁴⁵.

Non si può sottacere che la scelta adottata dal legislatore – diversa da quelle accolte in altri ordinamenti dove si contemplan forme di *exequatur* ovvero di assistenza giudiziaria volte a reperire il contenuto del provvedimento cautelare arbitrale⁴⁶ – desta qualche perplessità.

Tale impostazione induce a ritenere che la misura cautelare emanata dagli arbitri sia dotata *ipso iure* – al pari di una sentenza – di esecutorietà, quando, invece il lodo ne è privo per espressa disposizione di legge.

Come noto, la pronuncia degli arbitri deve essere sottoposta ad un controllo di regolarità formale da parte dell'autorità giudiziaria volto ad attribuire l'efficacia *lato sensu* esecutiva, idonea a costituire non solo titolo esecutivo, ma anche idonea all'iscrizione di ipoteca giudiziale e alla trascrizione e annotazione nei pubblici registri⁴⁷.

⁴⁵ L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., pp. 770-771 rileva che «è stato provvidenzialmente evitato nell'ambito della tutela cautelare, che necessità di quella celerità che ogni passaggio davanti al giudice statale comprime»; 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, § 11 evidenzia che «il sistema adottato dall'art.818 ter, e cioè della diretta esecuzione sotto il controllo del giudice e su istanza della parte interessata, è sicuramente assai favorevole alla più celere possibile effettività del provvedimento cautelare arbitrale, se raffrontato al quasi altrettanto favorevole sistema dell'art. 183, c. 2 della legge svizzera sul d.i.p., ove la cooperazione giudiziale è mediata da una richiesta del tribunale arbitrale (al quale evidentemente l'interessato dovrà anzitutto e prudenzialmente indirizzare la propria sollecitazione), e soprattutto ai sistemi che richiedono un previo *exequatur* (quello olandese, pur notoriamente all'avanguardia quanto a *favor arbitrati*, e così anche la attuale versione della Legge-Modello Uncitral agli artt. 17 H e 17 I), o addirittura a quelli che prevedono una sorta di *exequatur* a seguito della richiesta arbitrale o di parte successiva alla mancata esecuzione spontanea (così in Inghilterra secondo la *Sect. 42* dell'*Arbitration Act* del 1996) o un procedimento di *exequatur* con poteri modificativi della cautela assegnati al giudice dello Stato (così in Germania)»; F. CORSINI, *op. cit.*, 128; F. PORCARI, *op.cit.*, c. 583, rileva che le misure cautelari arbitrali godono di un trattamento più favorevole rispetto al lodo.

⁴⁶ Sui modelli di attuazione delle misure cautelari V. A. CARLEVARIS, *The Recognition and Enforcement of Interim Measures Ordered by International Arbitrators*, in *Yearbook of Private International Law*, 2007, p. 507 ss.

⁴⁷ Sul giudizio di omologazione del lodo V. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 2014, p. 816 ss.; L. DURELLO, *L'omologazione del lodo*, in *L'arbitrato*, (a cura di) Salvaneschi, Graziosi, Milano, 2020, p. 381 ss.

Tralasciando i rilievi mossi in dottrina circa la svalutazione del ruolo e della funzione svolta dall'omologazione⁴⁸, il dato normativo che viene in rilievo, e che deve essere valorizzato anche ai nostri fini, è la necessità di procedere ad *exequatur* per porre in esecuzione il lodo.

Ecco che la circostanza per cui la misura cautelare arbitrale possa essere dotata *ab origine* di esecutorietà è molto singolare. Si pensi, ad esempio, ad un provvedimento cautelare anticipatorio che potrebbe essere, dunque, attuato senza il preventivo passaggio alla fase di *exequatur*, richiesta, invece, per porre in esecuzione il lodo di cui va anticipare gli effetti.

In questa prospettiva, si finirebbe per riconoscere alla misura cautelare arbitrale una forza – esecutiva – che non appartiene al lodo.

Come più sopra anticipato a sostegno dell'immediata esecutorietà del provvedimento cautelare si è richiamato, da un lato, la circostanza che la stessa può essere portata in esecuzione come avviene per l'accordo sottoscritto in sede di negoziazione o di mediazione e, dall'altro, l'assenza di una specifica previsione normativa di munire di *exequatur* la misura cautelare arbitrale⁴⁹.

Tali argomenti non persuadono.

Per quanto riguarda il primo, in quelle ipotesi è espressamente la legge ad attribuire a tali atti di natura negoziale efficacia di titolo esecutivo⁵⁰ e quindi idoneità a dare impulso all'esecuzione forzata.

Ma una simile previsione non è contemplata per le misure cautelari pronunciate dagli arbitri.

Con riferimento al secondo, l'assenza di una specifica disposizione non esclude l'applicabilità della norma generale. È dunque all'art. 825 c.p.c. che va rivolto lo sguardo, là ove prevede che il lodo acquista esecutorietà a seguito del vaglio positivo di *exequatur*. Sembra ragionevole ritenere che tale articolo sia applicabile in via analogica al provvedimento cautelare arbitrale: al pari di quanto avviene per il lodo anche la misura cautelare pronunciata dagli arbitri che di quel lodo ne conserva o anticipa gli effetti, deve essere minuita di *exequatur* ai fini della sua attuazione.

⁴⁸ L. SALVANESCHI, *sub* art. 825, in *Dell'Arbitrato, Commentario del codice di procedure civile*, cit., p. 816; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, p. 162.

⁴⁹ F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli del codice di procedura civile*, cit., p. 355; L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 770.

⁵⁰ V. art. 5 d.l. n. 132/2014 che espressamente prevede che l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita «sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico»

Peraltro, se l'esecutorietà è l'attitudine di un provvedimento ad essere attuato coattivamente ossia contro la volontà dell'interessato e tale sua attitudine promana dall'autorità giudiziaria, vorrebbe dire equiparare l'arbitro, nell'esercizio del potere cautelare, al giudice.

Non vi è dubbio che ai sensi dell'art. 824-*bis* c.p.c. gli effetti del lodo pronunciato dagli arbitri sono equiparati a quelli di una sentenza, al tempo stesso, però, non si può negare che gli arbitri sono soggetti privati, privi della qualifica di pubblici ufficiali, e agiscono in forza di poteri ad essi conferiti dalla convenzione di arbitrato che è atto di natura negoziale.

Peraltro, in assenza del vaglio formale dell'autorità giudiziaria, non si comprende come si possa, ad esempio, procedere alla trascrizione presso la competente conservatoria dell'ordinanza cautelare di sequestro su beni immobili ai sensi dell'art. 679 c.p.c.

Sul punto, viene in rilievo l'art. 2657 c.c. che sancisce il principio di autenticità della trascrizione immobiliare⁵¹ che si poggia sull'esigenza di certezza collegata all'efficacia probatoria privilegiata degli atti pubblici e delle scritture private autenticate e sul principio di legalità, che richiede un preventivo controllo della legalità dell'atto e della capacità e legittimazione delle parti di esso⁵².

Dunque, la misura cautelare arbitrale in quanto scrittura privata, priva di *exequatur*, per poter essere trascritta dovrà necessariamente essere autenticata dal notaio unitamente alla convenzione di arbitrato⁵³, con evidenti ricadute in termini di tempi e costi per le parti.

Se, dunque, è possibile rintracciare una modalità alternativa all'omologa per procedere alla trascrizione dell'ordinanza cautelare arbitrale, al tempo stesso, in assenza di un'espressa attribuzione normativa di esecutività *ipso iure*, non si rinvergono altre strade se non quella dell'*exequatur* per dotare di efficacia esecutiva il provvedimento reso dagli

⁵¹ Sul principio di autenticità nella trascrizione immobiliare, cfr. G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 585.

⁵² G. PETRELLI, *op.cit.*, p. 628 ss.

⁵³ È opportuno osservare che affinché il lodo possa essere trascritto nei pubblici registri necessita del controllo formale compiuto dall'autorità giudiziaria in sede di omologazione che gli attribuisce l'autenticità all'uopo richiesta. In mancanza dell'omologa, il lodo, come ogni altra scrittura privata, per poter essere trascritto dovrà essere autentico dal notaio che lo riceverà in deposito, verbalizzando le dichiarazioni degli arbitri che ne riconoscono la paternità. Non solo, dovranno essere autenticate anche le sottoscrizioni della convenzione di arbitrato in forza della quale sono stati conferiti i poteri agli arbitri. V. sul tema G. PETRELLI, *Arbitrato, trascrizione e altre pubblicità legali*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 349 ss.

arbitri indispensabile ai fini della sua attuazione da parte dell'ufficiale giudiziario.

Per tutte le ragioni esposte si propende nel ritenere che anche la misura cautelare avente ad oggetto somme di denaro emessa dagli arbitri al pari del lodo a cui è strumentalmente legata, necessiti per poter trovare attuazione di un provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dichiari l'esecutorietà *ex art. 825 c.p.c.*⁵⁴.

In questo senso potrebbe, dunque, essere interpretato il «controllo» richiesto dal nuovo art. 818 *ter* c.p.c. in sintonia con quanto previsto dalla legge delega che giustificava l'intervento dell'autorità giudiziaria in sede di attuazione stante l'assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri.

Quanto agli altri tipi di misure cautelari, si potrebbe reputare che il controllo che il tribunale è chiamato a compiere ai sensi dell'art. 818 *ter* c.p.c. debba essere assimilato al giudizio di *exequatur* di cui all'art. 825 c.p.c. e ciò al fine di far conseguire al comando cautelare un'efficacia idonea a dar vita all'attuazione coattiva⁵⁵.

Ciò posto, per dotare il comando cautelare arbitrale di esecutorietà, la parte interessata dovrà, quindi, proporre istanza, depositando presso la cancelleria del giudice competente per l'attuazione il provvedimento in originale o in copia conforme insieme alla convenzione arbitrale.

È ragionevole ipotizzare che questa fase di controllo si svolga con modalità analoghe a quanto previsto dall'art. 825 c.p.c. e con conseguente possibilità di impugnazione del decreto che accoglie o nega l'esecutorietà del provvedimento cautelare⁵⁶.

L'intervento del giudice statale nella fase attuativa del comando cautelare si realizza, quindi, in primo luogo, attribuendo allo stesso efficacia esecutiva attraverso un giudizio di omologazione del tutto analogo a quello

⁵⁴ A. CARLEVARIS, *La legge-delega per la riforma dell'arbitrato: verso il riconoscimento dei poteri cautelari degli arbitri?*, cit., p. 157 ss., illustra tre diversi modelli volti a riconoscere ed eseguire il provvedimento nell'ordinamento, l'*exequatur* ovvero il procedimento di assistenza dell'autorità giudiziaria "secondo cui il giudice 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"; ovvero un sistema ibrido previsto dalla legge tedesca secondo cui al giudice, in sede di esecuzione, è riconosciuto un limitato potere di modificare il contenuto del provvedimento arbitrale per renderlo compatibile con il diritto tedesco".

⁵⁵ Sul giudizio di omologazione del lodo v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 816 ss.; L. DURELLO, *L'omologazione del lodo*, in *L'arbitrato*, (a cura di) Salvaneschi, Graziosi, Milano, 2020, p. 381 ss.

⁵⁶ Sul tema v. L. DURELLO, *op.cit.*, pp. 394-395.

del lodo e poi si potrà estendere, a seconda delle fattispecie, fino alla previsione delle modalità di attuazione.

Da ciò consegue che le eventuali difficoltà e/o contestazioni che dovessero sorgere durante la fase attuativa saranno conosciute dal tribunale che opererà, quindi, anche un controllo successivo. Peraltro, aderendo alla tesi dell'immediata attuazione della misura senza il vaglio di *exequatur*, si dovrebbe ritenere che il controllo operato dal tribunale ai sensi dell'art. 818-ter c.p.c. sia solo quello limitato ad eventuali opposizioni.

Da ultimo, in un'ottica di rafforzamento dell'effettività della tutela cautelare si deve reputare che, anche alla luce del riconoscimento anche agli arbitri del potere cautelare, non sussista alcun ostacolo a che le parti chiedano agli arbitri di associare alla pronuncia della misura cautelare anche la condanna ad una misura coercitiva⁵⁷.

Va, infine, osservato che l'art. 614 bis c.p.c. anch'esso novellato dalla riforma⁵⁸, prevede oggi la possibilità che la misura coercitiva possa essere applicata anche dal giudice dell'esecuzione. Dunque, si può reputare che anche in fase di attuazione della misura cautelare arbitrale, la parte possa fare istanza all'autorità giudiziaria affinché venga pronunciata l'*astreinte*⁵⁹.

Abstract

REFLECTIONS ON THE ARBITRATORS' POWER TO ISSUE PRECAUTIONARY MEASURES

Il contributo analizza la disciplina introdotta con la Legge delega n. 206/2021 attuata con il decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149, relativa tutela cautelare arbitrale con riguardo al profilo del conferimento del relativo potere, del reclamo avverso il provvedimento che nega o autorizza la misura e, infine, delle modalità di attuazione. L'a. pone in risalto i pregi e i profili di maggior criticità della nuova disciplina normativa proponendo soluzioni interpretative.

⁵⁷ Con riguardo alla possibilità per gli arbitri di associare alla pronuncia del lodo una misura coercitiva, V. A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rievitate dalla riforma del 2022*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1221, nota 15; C. BESSO, *L'art. 614 bis e l'arbitrato*, in *Giur. it.*, 2014, p. 766; A. CARRATTA, *L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibile e di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614 bis*, in *Treccani.it*, § 3; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Judicium*, 2010; B. SASSANI, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, p. 283; A. DI BERNARDO, *Astreinte in arbitrato: serve la domanda di parte*, in *Judicium*, 2020; I. LOMBARDINI, *Arbitrato e misure coercitive indirette*, in *Riv. arb.*, 2020, p. 45 ss. In senso contrario F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2013, p. 239; F. TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, p. 67.

⁵⁸ Sul nuovo art. 614 bis c.p.c. V. A. NASCOSI, *op.cit.*, p. 1214 ss.

⁵⁹ Cfr. E. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 643.

The essay analyzes the regulatory framework introduced by Delegated Law no. 206/2021, implemented through Legislative Decree no. 149 of October 10, 2022, regarding precautionary protection in arbitration. The analysis focuses on the vesting of the corresponding authority, the appeal against the decision to deny or authorize the precautionary measure, and, finally, the methods of implementation of such measure. The article highlights both merits and major criticalities of the new regulatory framework, proposing interpretative solutions.
