



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Dell'arbitrato Interno

Arbitrato e tutela cautelare dopo la riforma Cartabia del processo civile

Chiar. ma Prof. Gabriella Tota

RELATORE

Chiar. mo Prof. Ferruccio Auletta

CORRELATORE

Gaia Modica – Matr. 155533

CANDIDATO

Anno Accademico 2022/2023

Sommario

Introduzione	1
LE MISURE CAUTELARI NEL PROCESSO CIVILE LA PREVIGENTE DISCIPLINA IN MATERIA DI ARBITRATO	4
1. Le misure cautelari.....	5
1.1. Le caratteristiche fondamentali: provvisorietà e strumentalità.....	6
2. L'arbitrato: l'equivalenza funzionale tra arbitro e giudice.....	8
2.1. La natura dell'arbitrato: le tre teorie privatistica, processualistica e giurisdizionalistica... 8	
2.1.1. La Novella del 1983 e la Riforma del 1994.....	9
2.1.2. La giurisprudenza: le importanti pronunce delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale.....	10
2.1.3. La riforma del 2006.....	11
2.2. L'equiparazione della funzione degli arbitri a quella giudiziale e la necessità da sempre avvertita di consentire agli arbitri l'emanazione di provvedimenti cautelari.....	12
3. La disciplina originaria e il previgente divieto ex art 818.....	13
3.1. L'ammissibilità della tutela cautelare nell'arbitrato irrituale: la novella dell'art 669- quinquies c.p.c. del 2005.....	15
3.1.1. Le questioni dell'onere di iniziazione del procedimento arbitrale e dell'estinzione del giudizio di merito ai sensi dell'art 669-nonies c.p.c.....	17
3.2. Ragioni del divieto e criticità da sempre sollevate.....	18
3.2.1. Fondamenti del divieto: una disposizione assolutamente da non condividere?	21
3.3. Introduzione dell'art. 35 comma 5 del d.lgs. n. 5 del 2003 come primo sintomo della volontà di riconoscere gli arbitri il potere cautelare.....	23
3.3.1. Impossibilità di disporre la sospensione ante causam e competenza precedente alla costituzione del collegio.....	24
3.3.2. L'art 35 comma 5 d.lgs. 5/2003: si è trattato realmente di un'eccezione al divieto di cui all'art 818 c.p.c.?	25
3.4. L'inciso "salvo diversa disposizione di legge" di cui all'art 818 c.p.c.	27
3.5. Il divieto di cui all'articolo 818 c.p.c.: un divieto assoluto?	28
3.6. I regolamenti arbitrali italiani.....	31
3.7. L'istruzione preventiva.....	32
4. La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale.....	33
4.1. La competenza cautelare arbitrale: le fonti.....	35
4.1.1. La competenza cautelare nell'arbitrato ICSID.....	36
4.2. Una panoramica sulle legislazioni nazionali.....	39
4.3. La legge modello UNCITRAL e l'esempio della Svizzera.....	40

4.4. L'ordinamento inglese e l'Arbitration Act del 1996.	42
4.5. L'esperienza francese e alcuni ulteriori esempi di legislazioni a competenza concorrente.	43
4.6. Legislazioni a competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria.	45

LA LEGGE DELEGA N. 206 DEL 2021: L'INCIPIT DI UN CAMBIAMENTO A LUNGO ATTESO

LA LEGGE DELEGA N. 206 DEL 2021: L'INCIPIT DI UN CAMBIAMENTO A LUNGO ATTESO	47
1. Una luce in fondo al tunnel: la legge delega n. 206 del 2021.	47
1.1. Il contenuto della delega	49
1.2. La delega ad introdurre il potere cautelare soltanto “nell’ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso”	50
1.2.1. La questione del mero rinvio a regolamenti arbitrali.	51
1.2.2. L’indicazione della volontà delle parti manifestata nella convenzione di arbitrato o in “atto scritto successivo”: che cosa intendeva il legislatore?	52
1.2.3. L’inciso “salva diversa disposizione di legge”	53
1.3. Il riferimento al potere cautelare del giudice ordinario “nei soli casi di domanda anteriore all’accettazione degli arbitri”.	55
1.4. Il reclamo cautelare: il riferimento all’art 829 comma uno e all’ordine pubblico.	57
1.5. Il mancato riferimento alla disciplina della revoca e modifica del provvedimento cautelare.	60
1.6. La necessità di disciplinare le modalità di attuazione della misura “sempre sotto il controllo del giudice ordinario”.	62
2. Le novità in tema di arbitrato societario.....	63
2.1. La prospettiva di un “riordino organico della materia e semplificazione della normativa”.....	65
2.2. Le questioni su cui il legislatore delegato sarebbe necessariamente dovuto intervenire.	67
2.3. La competenza del giudice statale.....	69
2.4. L’indicazione di prevedere “la reclamabilità dell’ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione della delibera”.....	70
2.5. Coercizione dell’inibitoria.....	71
2.6. La stabilità delle misure cautelari sospensive.	73
3. Considerazioni finali sulla legge delega.....	74

IL DECRETO ATTUATIVO N.149/2022: UNA REALE CONQUISTA?

IL DECRETO ATTUATIVO N.149/2022: UNA REALE CONQUISTA?	76
1. Il decreto attuativo n. 149/2022: una prima panoramica.	76
1.1. Il nuovo art 818 c.p.c.: l’attribuzione del potere cautelare agli arbitri subordinata all’espressa volontà delle parti.	77

1.2. Il riferimento del nuovo art 818 c.p.c. ai regolamenti arbitrali.	81
1.2.1. Le modifiche dell'articolo 26 del regolamento della Camera Arbitrale di Milano. ...	82
1.3. Il limite temporale di cui all'art 818 c.p.c. circa la manifestazione della volontà di attribuire agli arbitri il potere cautelare.	84
1.4. L'eliminazione dell'inciso "salva diversa disposizione di legge".....	86
2. La competenza esclusiva degli arbitri: l'esclusione del doppio binario.....	88
2.1. Le verifiche in ordine alla competenza cautelare in caso di convenzione attributiva di poteri cautelari agli arbitri.	90
2.2. Le questioni non risolte dal legislatore.....	91
2.3. Le novità relative all'arbitro di urgenza in riferimento al Regolamento della Camera Arbitrale di Milano.....	92
3. Il procedimento cautelare uniforme.	94
4. Il nuovo art 818 bis: il reclamo nei confronti dei provvedimenti cautelari resi dagli arbitri....	96
5. La questione relativa ai motivi di reclamo previsti dall'art 818-bis.....	99
6. L'inefficacia, la revoca e la modifica dei provvedimenti cautelari.	103
6.1. L'inefficacia del provvedimento arbitrale.	105
7. Il nuovo art 818-ter: l'attuazione delle misure cautelari.	106
8. L'arbitrato societario: le nuove disposizioni introdotte nel codice di rito.....	109
8.1. Le persistenti incertezze in tema di arbitrato irrituale societario.	110
8.2. Le questioni risolte dal legislatore.....	111
8.3. La potestà cautelare generale.	112
8.4. La reclamabilità delle ordinanze che sospendono l'efficacia delle delibere.	114
8.5. La stabilità delle misure cautelari sospensive.	115
Conclusioni.....	117

INTRODUZIONE

L'arbitrato, come mezzo di risoluzione alternativo delle controversie (ADR), è sempre più utilizzato in ambito nazionale ed internazionale grazie ai vantaggi che questo offre rispetto ad un procedimento ordinario, come le ridotte spese e la celerità dei tempi per la risoluzione delle liti.

Con riferimento ad un istituto sempre più appetibile nel contesto nazionale ed internazionale, una questione che ha interessato l'ordinamento italiano è stata ed è tuttora quella relativa alla possibilità, per gli arbitri, di emanare provvedimenti di natura cautelare al pari dei giudici dello Stato.

Dal principio di questo elaborato, avviando l'analisi dalla disciplina previgente, si provvederà ad esaminare il tema di cardinale rilevanza dei poteri cautelari degli arbitri, che verrà affrontato in particolar modo con riferimento alla recente disciplina di cui al decreto legislativo n. 149 del 2022.

In un contesto internazionale che riconosce da tempo, nella maggior parte delle legislazioni, tale potestà cautelare arbitrale, l'Italia ha rappresentato a lungo una eccezione, mantenendo saldo un divieto che negli anni è stato definito da molti decisamente duro a morire. È proprio da questo punto che il presente elaborato avvia la sua analisi, concentrandosi, nella prima parte, su quello che per molto tempo è stato proprio il divieto per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelari ai sensi dell'articolo 818 del codice di procedura civile, norma protagonista dell'analisi che seguirà.

In particolare, ci si è occupati *in primis* di indagare le ragioni per cui una simile disciplina sia sempre stata vista con sfavore, nell'ambito di un procedimento i cui pregi principali si sono sempre rinvenuti nell'attribuzione della risoluzione di una lite a figure distinte dai giudici ordinari e nella celerità con cui queste vi provvedono.

Dopo questa analisi incentrata sul previgente divieto, la prima parte dell'elaborato si concluderà con un focus sulla comparazione tra l'ordinamento italiano e alcune legislazioni straniere, guardando alle ragioni per cui l'Italia si sia sempre posta in una posizione di isolamento quasi totale nel contesto internazionale, rendendola scarsamente appetibile come sede di arbitrati internazionali.

Il discorso intrapreso sulla previgente disciplina porterà consequenzialmente all'esame della prima, vera possibilità di cambiamento prospettata con la legge-delega n. 206 del 2021, il cui articolo 1, comma 15, lettere c) ed f) riguardava le modifiche in tema di potestà cautelare arbitrale che il legislatore delegato avrebbe dovuto apportare.

In questa parte della trattazione si svolgerà un'indagine analitica sulle singole previsioni del legislatore delegante, occupandosi di sollevare alcune questioni che proprio dalla delega inevitabilmente sorgevano. Si analizzeranno infatti i principali dubbi sollevati dalla legge delega, prospettando in certi casi le possibili soluzioni che si potevano attendere.

A questo punto, nell'ultima e fondamentale fase dell'elaborato, si guarderà alla fonte di tutte le recentissime novità in materia di arbitrato rappresentata dal decreto attuativo n. 149 del 2022, con cui si sono attuate le disposizioni del legislatore delegante e si è provveduto ad una modifica radicale del codice di rito in più punti.

In questa delicata fase ci si occuperà di esaminare dettagliatamente le nuove norme e quelle modificate all'interno del codice di rito, partendo inevitabilmente dal nuovo articolo 818, completamente modificato, che ad oggi riconosce per la prima volta in Italia la potestà cautelare arbitrale. Si vedrà in particolare come il legislatore abbia scelto di regolare la materia, esaminando dettagliatamente le nuove peculiari disposizioni e svolgendo un'indagine da cui si possano trarre gli aspetti positivi e negativi delle previsioni così elaborate, chiedendosi infine se il legislatore delegato abbia provveduto a riconoscere e disciplinare la potestà cautelare in maniera adeguata.

La stessa cosa avverrà poi focalizzando l'attenzione sul nuovo articolo 818-bis del codice di procedura civile, mediante il quale il legislatore ha previsto una peculiare tipologia di reclamo avverso i provvedimenti cautelari arbitrali. Ci si occuperà, anche in questo caso, di esaminare la disposizione, domandandosi in particolare se la scelta del legislatore di non prevedere dei motivi autonomi di reclamo sia da condividere.

Ancora, sarà necessario porre l'attenzione sul nuovo art 818-ter del codice di procedura civile, relativo alla questione fondamentale dell'attuazione delle misure cautelari arbitrali, lasciata aperta dal legislatore delegante. Anche in questa occasione non si mancherà di porsi le domande necessarie a capire se la scelta del legislatore sia da condividere o meno. Infine, si commenteranno le nuove norme introdotte nel codice di rito in merito all'arbitrato societario, fino a questo momento separate dalla restante disciplina. In questo

caso, si metteranno a confronto le stesse rispetto a quelle previste dalla previgente disciplina, verificando se il legislatore delegato abbia provveduto a svolgere quell'opera di coordinamento che gli era stata richiesta in sede di delega.

Ci si pone dunque lo scopo, mediante il seguente elaborato, di svolgere un'opera di analisi e di critica, in primo luogo della disciplina che è stata protagonista dell'ordinamento italiano per anni, ma soprattutto e in modo molto più analitico delle recentissime disposizioni che hanno rivoluzionato quella stessa disciplina, determinando certamente dei cambiamenti radicali, guardandole attentamente e valutando di ognuna ogni singolo aspetto, cercando inoltre di rispondere ad alcuni quesiti e questioni a cui, in certi casi, il legislatore stesso non ha provveduto.

CAPITOLO I

LE MISURE CAUTELARI NEL PROCESSO CIVILE LA PREVIGENTE DISCIPLINA IN MATERIA DI ARBITRATO

SOMMARIO: 1. Le misure cautelari – 1.1. Le caratteristiche fondamentali: provvisorietà e strumentalità. 2. L'arbitrato: l'equivalenza funzionale tra arbitro e giudice – 2.1. La natura dell'arbitrato: le tre teorie privatistica, processualistica e giurisdizionalistica – 2.1.1. La Novella del 1983 e la Riforma del 1994 – 2.1.2. La giurisprudenza: le importanti pronunce delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale – 2.1.3. La riforma del 2006 – 2.2. L'equiparazione della funzione degli arbitri a quella giudiziale e la necessità da sempre avvertita di consentire agli arbitri l'emanazione di provvedimenti cautelari – 3. La disciplina originaria e il previgente divieto ex art 818 c.p.c. – 3.1. L'ammissibilità della tutela cautelare nell'arbitrato irrituale: la novella dell'art 669-quinquies c.p.c. del 2005 – 3.1.1. Le questioni dell'onere di iniziazione del procedimento arbitrale e dell'estinzione del giudizio di merito ai sensi dell'art 669-nonies c.p.c. – 3.2. Ragioni del divieto e criticità da sempre sollevate – 3.2.1. Fondamenti del divieto: una disposizione assolutamente da non condividere? – 3.3. Introduzione dell'art. 35 comma 5 del d.lgs. n. 5 del 2003 come primo sintomo della volontà di riconoscere gli arbitri il potere cautelare – 3.3.1. Impossibilità di disporre la sospensione ante causam e competenza precedente alla costituzione del collegio – 3.3.2. L'art 35 comma 5 d.lgs. 5/2003: si è trattato realmente di un'eccezione al divieto di cui all'art 818 c.p.c.? – 3.4. L'inciso "salvo diversa disposizione di legge" di cui all'art 818 c.p.c. – 3.5. Il divieto di cui all'articolo 818 c.p.c.: un divieto assoluto? – 3.6. I regolamenti arbitrali italiani – 3.7. L'istruzione preventiva – 4. La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale – 4.1. La competenza cautelare arbitrale: le fonti – 4.1.1. La competenza cautelare nell'arbitrato ICSID – 4.2. Una panoramica sulle legislazioni nazionali – 4.3. La legge modello UNCITRAL e l'esempio della Svizzera – 4.4. L'ordinamento inglese e l'Arbitration Act del 1996 – 4.5. L'esperienza francese e alcuni ulteriori esempi di legislazioni a competenza concorrente – 4.6. Legislazioni a competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria

1. Le misure cautelari.

L'ordinamento italiano conosce tre forme di tutela giurisdizionale: dichiarativa, esecutiva e cautelare. L'ultima delle tre è quella di cui in questa sede interessa trattare, innanzitutto genericamente con riguardo al processo civile, ma più nello specifico nell'ambito che sarà oggetto di questa trattazione: il procedimento arbitrale.

È necessario, innanzitutto, evocare quel principio fondamentale secondo cui “la necessità di servirsi del processo civile per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione”¹: principio in relazione al quale la tutela giurisdizionale deve essere effettiva, e non soltanto astrattamente garantita dall'ordinamento.² Da ciò deriva inevitabilmente come il fattore «tempo» sia determinante nella necessità di ottenere una misura cautelare, considerando che il processo, per come articolato dall'ordinamento, ha una sua fisiologica durata che potrebbe impedire al principio di effettività della tutela di trovare efficacia. Ecco il motivo per cui il legislatore si è occupato di predisporre strumenti la cui funzione è proprio quella di impedire che la durata del processo possa pregiudicare in tal senso le parti, strumenti che si modulano diversamente in relazione al tipo di diritto in questione e al tipo di pregiudizio.

Ad esempio, un diritto di credito può andare incontro a due tipi di pregiudizi: può accadere, in primis, che nel tempo necessario al creditore per far valere il proprio diritto il debitore si disfi del proprio patrimonio, facendo sì che il primo, al momento in cui riesca ad ottenere un titolo esecutivo, non abbia più nulla a disposizione su cui soddisfare il proprio credito. In casi come questo il pericolo è quello dell'infruttuosità della tutela, per cui si è avvertita la necessità di prevedere uno strumento che rendesse inefficaci gli atti compiuti dal debitore.

¹ Principio enunciato per la prima volta in Italia da Chiovenda, Sulla perpetuatio iurisdictionis, *in* Foro it., 1923, I, 362.

² Come affermato dall'art 24 Cost.

La seconda ipotesi di pregiudizio è invece relativa al pericolo dell'intempestività della tutela: tipico esempio è quello per cui nel tempo necessario a far valere un credito alimentare il creditore rischia di morire di fame. In tal caso serve uno strumento che permetta al creditore di anticipare la sua soddisfazione³.

1.1. Le caratteristiche fondamentali: provvisorietà e strumentalità.

Nonostante la diversità di misure cautelari che possono essere richieste ed ottenute a seconda dei casi specifici, vi sono due caratteristiche tipiche delle stesse e coesenziali alla loro funzione: la provvisorietà e la strumentalità.

Per quanto concerne la provvisorietà⁴, la tutela cautelare è provvisoria in quanto costituisce un rimedio alla durata del processo, può essere sempre modificata o revocata a seguito di mutamenti delle circostanze ed è destinata ad essere sostituita da quel provvedimento che sarà emanato inevitabilmente soltanto a seguito del lasso di tempo richiesto dal processo in questione, ragion per cui (come detto pocanzi) si rende necessaria in alcuni casi l'emanazione di un precedente (e provvisorio) diverso provvedimento. La provvisorietà dei provvedimenti cautelari si ravvisa dunque nel fatto che "essi non costituiscano mai concretizzazione della tutela normativa, ma mezzo per garantirne l'attuazione"⁵, determinando quindi una situazione che esisterà fintanto che esista il provvedimento.

Quanto invece al fondamentale connotato della strumentalità, elemento unificante delle varie tipologie di misure cautelari contenute nei codici e nelle leggi speciali, consiste nel fatto che il provvedimento si sorregge sul futuro riconoscimento del diritto in questo modo tutelato: la misura è preordinata (strumentale) all'emanazione di un provvedimento definitivo, che, nel caso riconosca e dunque confermi l'esistenza del diritto, darà tutela piena per il futuro e confermerà quegli effetti che aveva determinato la tutela cautelare, convalidando retroattivamente gli stessi. Principio fondamentale è, infatti, quello per cui nel momento in cui il giudice accolga la domanda, la situazione che viene accertata con

³ Luiso, *Diritto processuale civile*, Volume IV, I processi speciali, Giuffrè, 2019, p. 198.

⁴ A. Penta, *I procedimenti cautelari d'urgenza*, Giuffrè, 2022, p. 2.

⁵ A. Scarpa – R. Giordano, *I procedimenti cautelari*, CEDAM, 2015, p. 13.

sentenza dev'essere ritenuta esistente dal momento in cui fu proposta la domanda stessa, motivo per il quale il provvedimento cautelare è lecitamente efficace anteriormente all'emanazione di una sentenza che riconosca il diritto oggetto della cautela. È chiaro che se, in caso contrario, il provvedimento dichiarativo non riconosca l'esistenza del diritto oggetto della tutela, allora gli effetti che questa aveva prodotto dovranno essere caducati fin dall'inizio, dovendo essere ripristinata la situazione in cui il convenuto si sarebbe trovato se il provvedimento non fosse stato emesso. Per tale motivo si afferma che il provvedimento cautelare "è dato sempre a rischio e pericolo di colui che lo ottiene"⁶: perché lo stesso è strumentale alla sentenza definitiva.

È chiaro che, quindi, non possono mai ottenersi per mezzo di provvedimenti cautelari effetti che non potrebbero aversi con la sentenza che decide nel merito: il provvedimento cautelare non può concedere più di quanto si otterrà mediante la sentenza definitiva, ma soltanto eventualmente anticipare (provvedimenti cautelari anticipatori) quelli che saranno gli effetti della stessa. Ad esempio⁷, se la lesione di un diritto determina, secondo quanto previsto dal legislatore, l'obbligo di risarcimento dei danni in capo a chi ha commesso l'illecito, il provvedimento cautelare non potrà consistere in un provvedimento di reintegrazione in forma specifica di quella che era la situazione sostanziale, perché non sarà possibile ottenere il relativo effetto per tramite della sentenza che andrà a definire il giudizio; se quindi il soggetto ha subito un licenziamento e il rapporto di lavoro in questione è soggetto al regime di cui all'art 2 l. n. 108/1990 (secondo il quale, nel caso di licenziamento inefficace, il datore di lavoro potrà scegliere tra la riassunzione e il pagamento di un'indennità all'impiegato), questo non potrà ottenere, in forma di tutela cautelare, un provvedimento che ripristini in maniera provvisoria il rapporto di lavoro, proprio perché quello stesso effetto non potrebbe essere prodotto dalla sentenza pronunciata successivamente dal giudice. È a ciò che ci si riferisce quando si afferma che il provvedimento cautelare non può garantire più di quanto si otterrà in un momento successivo con la pronuncia definitiva.

⁶ Luiso, op. cit. p. 202.

⁷ Esempio utilizzato da Luiso in op. cit. p. 202.

2. L'arbitrato: l'equivalenza funzionale tra arbitro e giudice.

Dopo aver illustrato brevemente in cosa consiste la tutela cautelare e quali sono i connotati fondamentali della stessa, in quanto oggetto essenziale del tema che si andrà a trattare, è necessario spostare l'attenzione sui protagonisti della trattazione, con riferimento ai quali acquisisce rilevanza fondamentale la tematica della relativa tutela: gli arbitri. È, infatti, con riferimento alla figura dell'arbitro e al procedimento arbitrale che si andrà ad esaminare in che modo l'ordinamento italiano ha disciplinato nel corso del tempo la possibilità di domandare ed ottenere provvedimenti cautelari nel caso in cui le parti abbiano optato per l'istituto dell'arbitrato.

2.1. La natura dell'arbitrato: le tre teorie privatistica, processualistica e giurisdizionalistica.

Il tema di come, nel corso degli anni, il legislatore abbia “modellato” la tutela cautelare in ambito arbitrale non può prescindere da un esame della natura dell'arbitrato, essendo proprio su questa base che si sono poi sviluppati i dibattiti relativi ai poteri degli arbitri.

Sappiamo bene che l'arbitrato costituisce un mezzo alternativo di risoluzione non giurisdizionale delle controversie di natura privata, disciplinato dalle disposizioni del codice di procedura civile. Sono quindi le parti che, volontariamente, scelgono di rivolgersi ad una figura che, al pari del giudice, ha il compito di individuare le regole concrete volte alla risoluzione della controversia, concludendo il processo con un provvedimento simile ad una sentenza, ovvero il lodo. Proprio in relazione a tali “analogie” rispetto al processo giurisdizionale da un lato, e al trarre origine da una convenzione delle parti dall'altro⁸, in passato (e in particolar modo prima degli interventi legislativi e delle pronunce di cui si dirà) erano nate diverse teorie circa l'effettiva natura dell'arbitrato (rituale).

⁸ C.d. “doppia anima” dell'istituto arbitrale.

La teoria privatistica, saldamente sostenuta da Chiovenda⁹, vedeva nell'istituto arbitrale un istituto del tutto sprovvisto di contenuto giurisdizionale, facendo riferimento ad una natura totalmente privatistica. La pronuncia dell'arbitro, secondo tale teoria, avrebbe soltanto predisposto il "materiale logico" della sentenza, emanata invece dal giudice.

A questa si opponeva la teoria giurisdizionalistica, secondo la quale il procedimento arbitrale costituiva un vero e proprio giudizio, svolgendo gli arbitri un'attività a tutti gli effetti giurisdizionale, per cui l'unica differenza veniva individuata nel fatto che questi fossero nominati dalle parti stesse e non individuati dall'ordinamento. Secondo questa teoria, la decisione degli arbitri costituiva di per sé sentenza di accertamento che, successivamente, il giudice ordinario avrebbe tramutato in sentenza di condanna.

Una posizione intermedia tra le due teorie era la teoria processualistica, relativamente alla quale Carnelutti¹⁰, poiché da un lato la decisione arbitrale non costituiva sentenza in quanto bisognosa del decreto di esecutorietà, ma dall'altro concorrendo arbitri e giudici alla formazione della decisione, aveva evidenziato come la sentenza fosse costituita sia dal lodo che dal decreto di omologa, qualificandola come un "atto complesso ineguale".¹¹

2.1.1. La Novella del 1983 e la Riforma del 1994.

In tale contesto si è inserita la legge n. 28 del 1983, la quale¹² aveva aggiunto all'art 823 c.p.c. rubricato «Deliberazione e requisiti del lodo» un ulteriore comma secondo cui «il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione». La novella aveva lo scopo di facilitare l'esecuzione dei lodi italiani all'estero senza quindi la necessità di depositarli precedentemente dinnanzi al pretore, ma ha avuto come conseguenza quella di incidere anche sugli effetti interni della decisione arbitrale sotto vari profili, tra cui in particolar modo quello della natura dell'arbitrato. A tal proposito, infatti, sia la teoria privatistica che quella processualistica hanno inteso la

⁹ Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, Napoli, 1935, p. 70.

¹⁰ Carnelutti, Arbitrato estero, in *Riv. Dir. Comm.* 1961, I, 3741.

¹¹ In tal senso: Trib. Benevento, 25 settembre 1956.

¹² All'articolo 2.

novella come conferma delle rispettive opinioni. Coloro che sostenevano la prima vedevano la vincolatività attribuita alla decisione arbitrale semplicemente come efficacia negoziale “inter privatos”, mentre quelli che sostenevano la seconda affermavano come la novella avesse confermato gli effetti decisionali della decisione arbitrale, che andava quindi definitivamente considerata come munita degli effetti di una sentenza, resa poi esecutiva per tramite dell’omologazione. È dunque chiaro che la novella aveva avuto l’inaspettato effetto di riaprire, piuttosto che chiudere definitivamente, il dibattito circa la natura della decisione arbitrale, e conseguentemente dell’arbitrato stesso.

Anni dopo, la Riforma del processo arbitrale (legge 5 gennaio 1994 n. 25) interveniva in tale ambito con l’esigenza di chiarire una volta e per tutte il principio dell’efficacia del lodo come pronuncia parificabile alla sentenza, prima dell’*exequatur*, per cui il provvedimento pretorile doveva costituire semplicemente condizione per poter eseguire la pronuncia arbitrale. Questa infatti aveva previsto che «il lodo ha, fin dalla sua deliberazione e sottoscrizione, effetti di accertamento analoghi a quelli di una sentenza» abbandonando invece la concezione della «natura privata del lodo costituente l’epilogo di una attività scaturente dall’autonomia contrattuale delle parti». La riforma aveva eliminato la disposizione di cui all’art 825 c.p.c. che disponeva che «il decreto del pretore conferisce al lodo efficacia di sentenza», facendo semplicemente riferimento al «lodo reso esecutivo»: in tal modo il decreto non conferiva più al lodo efficacia di sentenza, che si aveva già dall’emissione dello stesso, ma si limitava a renderlo esecutivo.

Anche in questo caso, l’intervento del legislatore non aveva messo un punto alle divergenze. Secondo Punzi, avendo la riforma eliminato il riferimento all’efficacia di sentenza tra gli effetti dell’omologazione e sostituito l’espressione “sentenza arbitrale” con quella di “lodo”, l’effetto sarebbe stato quello di evidenziare la «differenza di natura» tra la sentenza del giudice e il lodo arbitrale, piuttosto che equipararli; di conseguenza, si riteneva in tale prospettiva che la pronuncia arbitrale non avesse la natura né producesse effetti assimilabili a quelli della sentenza pronunciata dal giudice.

2.1.2. La giurisprudenza: le importanti pronunce delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale.

Nel quadro pocanzi prospettato, si sono inserite due fondamentali pronunce che hanno mostrato l'atteggiamento (per certi versi ondivago) della giurisprudenza costituzionale e non circa la natura dell'arbitrato.

La storica sentenza di Cass., SS.UU., 3-8-2000, n. 527 mostra il mutamento di opinione della Corte di cassazione rispetto al passato: per molto tempo, infatti, la stessa si era espressa nel senso dell'equiparazione della funzione degli arbitri rispetto a quella dei giudici dello Stato, configurando i rapporti tra gli stessi in termini di competenza. La situazione muta proprio con la suddetta sentenza, la quale aveva affermato che: «Lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o sia deferibile agli arbitri– i quali, anche nell'arbitrato rituale, non svolgono una funzione sostitutiva della giurisdizione, né sono qualificabili come organi giurisdizionali dello Stato– costituisce una questione non già di competenza in senso tecnico, bensì di merito, in quanto direttamente inerente alla validità o alla interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria». A partire da questo momento, riprende vigore l'orientamento che vedeva l'arbitrato come soluzione residuale rispetto alla giurisdizione statale.

Un anno più tardi interviene un'altra storica sentenza, questa volta ad opera della Corte Costituzionale: la sentenza 28-11-2001, n. 376. La Corte si pronuncia in tale ambito circa la possibilità per gli arbitri di sollevare questioni di costituzionalità delle leggi al pari dei giudici, rispondendo in senso affermativo, per cui «gli arbitri rituali sono legittimati a sollevare q.l.c., in quanto il giudizio arbitrale ... non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, sia per quanto riguarda la natura giuridica del procedimento sia per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili». Viene dunque riconosciuta, in tal modo, l'equivalenza funzionale tra l'attività degli arbitri e quella dei giudici dello Stato.

2.1.3. La riforma del 2006.

A seguito delle pronunce di cui si è detto, è intervenuta la riforma di cui al d.lgs. 2-2-2006, n. 40 a cessare il dibattito, pervenendo all'affermazione dell'equivalenza funzionale tra arbitrato rituale e giudizio statale. Questa ha infatti inserito la disposizione

di cui all'art 824bis c.p.c. secondo la quale «salvo quanto disposto dall'art 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria», ponendo fine ai dubbi interpretativi e alla giurisprudenza delle Sezioni Unite¹³ che per anni aveva cercato di cambiare completamente visione. Il decreto ha infatti previsto una serie di norme¹⁴ che hanno confermato l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica.

2.2. L'equiparazione della funzione degli arbitri a quella giudiziale e la necessità da sempre avvertita di consentire agli arbitri l'emanazione di provvedimenti cautelari.

Il discorso appena svolto circa la natura e soprattutto la funzione degli arbitri, iniziato con riferimento alle tre teorie elaborate in passato e concluso con le importanti pronunce in giurisprudenza e le modifiche normative, ci porta, dunque, alla fondamentale equiparazione della funzione degli arbitri rispetto a quella dei giudici.

È chiaro che, nonostante ciò, arbitro e giudice sono due figure diverse che operano in distinti ambiti: ambito privato con riferimento all'arbitro, pubblicistico per quanto riguarda il giudice. L'arbitro è infatti un soggetto privato che svolge sostanzialmente la stessa attività del giudice, occupandosi della risoluzione delle controversie ad egli rivolte, fermo restando che svolge una funzione “sostitutiva” rispetto a quest'ultimo, trattandosi (quanto all'arbitrato) di un mezzo alternativo di risoluzione delle liti. Ecco perché allora si afferma che arbitro e giudice sono “due facce della stessa moneta”¹⁵, per cui anche l'arbitro deve attenersi a tutti quei principi fondamentali contenuti nel codice di rito che reggono il processo civile, in particolare facendosi riferimento al principio del contraddittorio, al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e al diritto di difesa delle parti. È logico infatti che, essendo il procedimento arbitrale disciplinato in modo da terminare con un atto finale (il lodo) che produrrà i suoi effetti nei confronti

¹³ Ci si riferisce alla citata sentenza n. 527/2000.

¹⁴ Si fa riferimento all'art. 816 quinquies c.p.c., sull'ammissibilità dell'intervento volontario dei terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 111 c.p.c.; l'art. 819 bis c.p.c., che consente agli arbitri di sollevare questione di legittimità costituzionale e l'indicato art. 824 bis c.p.c. che ricollega al lodo, fin dalla sua sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dal giudice togato.

¹⁵ V. Amendolagine, Gli arbitri e le misure cautelari: oggi e domani, Rivista dell'arbitrato, 2021, p. 722.

delle parti senza che queste debbano approvarne il contenuto, costituisce condizione di validità della stessa decisione che questa sia presa rispettando le regole fondamentali che ne disciplinano la formazione, tra cui proprio i principi richiamati.

Proprio in relazione al fatto che anche in sede di arbitrato (rituale) si applicano le stesse regole previste per il processo civile, ci si è sempre chiesti per quale motivo il legislatore abbia mantenuto la distinzione tra arbitro e giudice quanto alla possibilità di concedere provvedimenti volti ad evitare che le lungaggini del processo possano pregiudicare l'efficacia della successiva pronuncia nel merito, costringendo coloro che avessero scelto di ricorrere all'istituto arbitrale ad instaurare il procedimento cautelare dinnanzi al giudice civile e il giudizio di merito dinnanzi all'arbitro.

Caratteristica dell'arbitrato è quindi l'alterità rispetto alla giurisdizione statale¹⁶, alterità che si traduce nell'autonomia dell'arbitrato che viene confermata dall'equiparazione, da un lato, dell'atto iniziale del procedimento arbitrale alla domanda del rito ordinario¹⁷ e, dall'altro, del lodo alla sentenza. È proprio l'alterità rispetto al giudizio statale che costituisce elemento base di questa trattazione, dovendosi evidenziare come, in una disciplina che ha sempre previsto un divieto così categorico e insuperabile semplicemente tramite l'interpretazione, l'unica lettura possibile parte dalla ricostruzione dell'istituto e delle motivazioni che si sono poste alla base di tale scelta così unica del legislatore italiano.

3. La disciplina originaria e il previgente divieto ex art 818.

Dopo aver illustrato la disciplina e le caratteristiche della tutela cautelare nel processo civile ed esserci concentrati sulla rilevanza della stessa in sede arbitrale, è necessario iniziare l'analisi che condurrà alla recentissima riforma del processo civile, oggetto fondamentale di questo studio, da quella che è stata la disciplina in Italia per

¹⁶ Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, Torino, 2010.

¹⁷ Avvenuta con la L. 5 gennaio 1994 n. 25.

molto tempo, contenuta nell'articolo 818 c.p.c., e prima ancora neanche espressamente prevista nel sistema italiano.

Il codice di procedura civile del 1942, infatti, non contemplava alcuna disposizione che facesse riferimento alla tutela cautelare nel caso di accordo compromissorio. Per tale motivo, la giurisprudenza, ritrovatasi a dover interpretare il silenzio del legislatore, fu costante nel negare il potere arbitrale di emanare provvedimenti cautelari e nell'affermare invece la competenza esclusiva dell'autorità giurisdizionale ordinaria, senza particolari contrasti da parte della prevalente dottrina. Quando "finalmente" il legislatore si occupò della materia, lo fece in aderenza a quelle che erano state le opinioni mosse da dottrina e giurisprudenza, inserendo all'interno del codice di procedura civile l'art 818 che, da quel momento in avanti, ha costituito elemento di un dibattito mai più cessato.

Nonostante i quattro interventi legislativi che hanno interessato la materia¹⁸ e la successiva riforma dell'intero capo relativo all'arbitrato¹⁹ per anni il sistema italiano, infatti, per tramite dell'articolo 818 del codice di procedura civile, ha fatto divieto agli arbitri di concedere «sequestri ed altre misure cautelari» attribuendo la competenza al giudice statale che sarebbe stato competente a conoscere del merito in assenza della convenzione arbitrale: l'articolo 669-quinquies dispone infatti che «se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito».²⁰, confermando quella che è sempre stata la scelta del legislatore italiano di mantenere il monopolio dello Stato in materia cautelare. La disposizione legislativa è stata definita un'"occasione mancata", soprattutto in relazione a quella che è stata successivamente l'attenuazione del vincolo di strumentalità in ambito cautelare, avvenuta con la l. n 80 del 2005²¹. Nonostante l'impossibilità per gli arbitri di disporre misure cautelari, il sistema ha comunque garantito in sede di arbitrato rituale (e successivamente anche in arbitrato libero) l'effettività della tutela cautelare, la cui

¹⁸ Ci si riferisce alle due novelle relative all'arbitrato rituale (l. 9 febbraio 1983, n. 28 e l. 5 gennaio 1994, n. 25) nonché alla l. 26 novembre 1990 n.353, sul procedimento cautelare uniforme che ha disciplinato per la prima volta i rapporti tra questo e la tutela cautelare, per concludere con la l. 80/2005 intervenuta sulle norme introdotte nel 1990.

¹⁹ Si fa riferimento al d.lgs. 40/2006.

²⁰ Si indica il testo dell'articolo 669-quinquies c.p.c. prima dell'introduzione, ad opera del d.lgs. 149/2022, dell'inciso «salvo quanto disposto dall'articolo 818, primo comma».

²¹ Ghirga, La nuova disciplina dell'arbitrato, CEDAM, 2010, p. 312.

fondamentale caratteristica della strumentalità rispetto al giudizio di merito viene mantenuta anche in tale ambito, prevedendo “l’assorbimento” della misura alla decisione finale. Gli articoli 669-octies e novies equiparano infatti la domanda di arbitrato a quella giudiziale con riferimento ai provvedimenti cautelari concessi *ante causam*, e il lodo alla sentenza che definisce il giudizio.²²

3.1. L’ammissibilità della tutela cautelare nell’arbitrato irrituale: la novella dell’art 669-quinquies c.p.c. del 2005.

Come pocanzi anticipato, l’ordinamento italiano ha da sempre ammesso, con riguardo all’arbitrato rituale, la possibilità di ottenere provvedimenti cautelari, seppur con gli importanti limiti che hanno caratterizzato a lungo la disciplina. Discorso diverso deve essere svolto, tuttavia, in merito all’arbitrato libero, per la cui compatibilità rispetto alla tutela cautelare si è dovuto attendere qualche tempo.

Prima dell’intervento del legislatore per mezzo della l. 80/2005, la prevalente giurisprudenza di legittimità e di merito negava l’ammissibilità della tutela cautelare in pendenza di arbitrato irrituale, facendo leva in primis sul fatto che la scelta delle parti nel senso dell’arbitrato libero, consistendo in una rinuncia all’azione e alla giurisdizione, determinasse logicamente la preclusione a domandare misure cautelari in relazione a diritti sottratti alla cognizione del giudice statale²³. Ulteriori ragioni facevano riferimento alla necessaria preordinazione della tutela cautelare rispetto ad un giudizio di merito, giudizio che, proprio in relazione alla rinuncia volontaria delle parti alla giurisdizione, non poteva mai sorgere. Infatti, si era affermato che «i provvedimenti emessi in via cautelare sono (...) strumentali, nel nostro sistema processuale, ad un giudizio di merito e presuppongono la possibilità di proposizione o la pendenza di un processo relativo al diritto da tutelare. Se detto giudizio non sia proponibile per una libera

²² S. Izzo, Arbitrato e tutela cautelare, in Rubino-Sammartano, “Arbitrato, ADR, conciliazione” Zanichelli Editore, 2013, p. 530.

²³ Cass., 7 dicembre 2000 n. 15524.

scelta delle parti, non vi è neppure spazio per l'emissione di un provvedimento che sia diretto ad assicurare gli effetti di un giudizio (...) non instaurabile».²⁴

Tale ultimo indirizzo era stato contestato da una parte della giurisprudenza di merito e della dottrina, la quale, invocando il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art 24 della Costituzione, affermava il carattere costituzionalmente necessario della cautela, anche quindi in sede di arbitrato libero. Proprio questo orientamento aveva trovato sostegno nella nota ordinanza della Corte Costituzionale n. 320 del 2002, che aveva dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli articoli 669-quinquies e 669-octies con riferimento all'arbitrato irrituale. La Corte, infatti, aveva affermato come «la preclusione (...) all'ammissione della tutela cautelare in presenza di clausola per arbitrato irrituale non discende dalla portata delle norme (...) che, nel loro tenore testuale, si limitano a prevedere (...) il raccordo tra i provvedimenti cautelari adottati dal giudice ordinario, e il giudizio e la decisione arbitrali sul merito della controversia» ma esclusivamente da una lettura restrittiva, priva di sicuri riferimenti normativi, che vede nell'arbitrato irrituale uno «strumento, (...) di composizione negoziale delle controversie, non estrinsecatesi in un giudizio, al quale la tutela cautelare possa collegarsi».

Poco dopo tale pronuncia della Corte Costituzionale, il legislatore ha modificato la normativa, in primo luogo riconoscendo l'ammissibilità del ricorso alla tutela cautelare anche nel caso di arbitrato libero in relazione alle controversie societarie (art 35 comma 5 d.lgs n.5/2003, di cui si dirà successivamente) e, in secondo luogo, novellando in tal senso l'art 669-quinquies c.p.c.²⁵ per mezzo del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con modificazioni nella legge 14 maggio 2005 n. 80. Inoltre, con la riforma del procedimento cautelare uniforme²⁶ è stato superato, con riguardo ai provvedimenti d'urgenza e a contenuto anticipatorio²⁷, l'ostacolo fondamentale alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale dato dalla necessaria strumentalità rispetto ad un giudizio di merito:

²⁴ Cass., 25 novembre 1995, n. 12225, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 897 e in *Riv. arbitrato*, 1995,62, con nota critica di Vigoriti.

²⁵ In particolare, il legislatore ha inserito nel testo originario dell'art 669-quinquies c.p.c. l'inciso «anche non rituali».

²⁶ Ci si riferisce alla l. 80/2005 e successive modificazioni.

²⁷ Analogo discorso non poteva farsi in merito ai provvedimenti conservativi.

questa ha infatti mutato l'onere di instaurare e mantenere in vita il giudizio di merito, da condizione di efficacia della cautela a mera facoltà.²⁸ A tal proposito, l'art 669-octies c.p.c. ha previsto che “Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.” Si è criticato in tal senso che le relative modifiche si siano mal conciliate con la reiterata scelta di escludere il potere cautelare arbitrale, facendo leva sul fatto che, come desunto dalle modifiche, vi siano esigenze di tutela che possono essere soddisfatte anche in sede cautelare. La mancata attribuzione agli arbitri di disporre misure cautelari avrebbe significato «svuotare di contenuto la convenzione arbitrale tutte le volte in cui le parti si accontentino della tutela offerta in quella sede».²⁹

3.1.1. Le questioni dell'onere di iniziazione del procedimento arbitrale e dell'estinzione del giudizio di merito ai sensi dell'art 669-novies c.p.c.

Nonostante l'importante modifica che aveva riguardato i provvedimenti d'urgenza e a contenuto anticipatorio, attenuando in tale ambito il vincolo di strumentalità, la questione rimaneva problematica, infatti, soprattutto in riferimento ai provvedimenti sequestrativi. Il dubbio stava nello stabilire come, dopo aver ottenuto il provvedimento cautelare e per evitare di perderne l'efficacia, dovesse iniziarsi il procedimento di merito nel caso di arbitrato libero. Tra le soluzioni prospettate sembra maggiormente coerente, a seguito del riconoscimento della compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale, quella secondo cui l'inizio del procedimento di merito dovrebbe essere inteso come esercizio della domanda di arbitrato libero, valorizzando la

²⁹ Ghirga, op. cit. p. 4

garanzia del diritto alla cautela e la possibilità di un coordinamento codicistico dell'arbitrato *tout court* e non del solo arbitrato rituale.³⁰

3.2. *Ragioni del divieto e criticità da sempre sollevate*

Conclusa la nostra breve analisi relativa all'arbitrato irrituale, possiamo tornare a occuparci del divieto di cui all'art 818 c.p.c. Quest'ultimo è sempre stato oggetto di non poche critiche, soprattutto in considerazione dell'assenza di un simile divieto all'interno della maggioranza degli ordinamenti stranieri³¹, per cui si è da sempre contestato al legislatore di aver posto l'ordinamento italiano in una situazione di isolamento nel contesto internazionale³². Fin dagli arbori della disciplina arbitrale si è lamentato, infatti, che l'esclusione di poteri cautelari per gli arbitri frustrasse le aspettative delle parti, che hanno volontariamente conferito ad essi la risoluzione delle proprie controversie, e incidesse negativamente sull'efficienza e rapidità del giudizio arbitrale, determinando una interferenza tra la valutazione del *fumus boni iuris* svolta dal giudice e il giudizio rimesso all'arbitro. Per comprendere le ragioni delle critiche è necessario innanzitutto esaminare la norma e il suo fondamento.

La ratio dell'art. 818 c.p.c. è stata tradizionalmente e principalmente individuata nella carenza di poteri autoritativi degli arbitri, per cui rimarrebbe preclusa la possibilità di adottare provvedimenti ad immediata coattività o comunque destinati ad essere forzosamente attuati³³. Secondo tale argomentazione gli arbitri, in quanto destinatari di un potere loro appositamente attribuito mediante il patto arbitrale, potrebbero (o forse sarebbe meglio dire potevano) esclusivamente emanare pronunce dichiarative, costitutive o condannatorie, ma mai procedere all'attuazione forzosa dei relativi comandi³⁴. Si tratta della tesi secondo cui il potere di pronunciare una misura interinale e quello di coercizione

³⁰ Sassani, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, Riv. arb. 1995, 710 ss

³¹ Sul punto si tornerà più avanti.

³² R. Di Iorio. *Commentario del codice di procedura civile – Volume VII – Tomo IV*, UTET Giuridica, 2014, p. 552.

³³ CARNACINI, voce «Arbitrato rituale» in *Novissimo Dig.*, I, Torino, 1958, 874 ss.

³⁴ Cfr. Di Iorio, cit., 553.

ai fini della modificazione delle realtà materiale sarebbero inequivocabilmente indissolubili³⁵, dovendosi escludere la possibilità di scindere i due elementi.

Questa impostazione non è mai stata condivisa dalla dottrina prevalente, che ha da subito avanzato svariate critiche.

La prima e più incisiva censura è stata quella per cui se ai giudici privati è attribuita la potestà di decidere in via definitiva il merito della controversia, sarebbe illogico ritenere che questi non siano invece dotati del potere di vincolare le parti in via provvisoria in funzione della decisione finale³⁶. Tale affermazione è diventata ancor più incisiva con riferimento all'introduzione dell'art 824.bis c.p.c., che ha equiparato il lodo definitivo alla sentenza emessa dall'autorità giudiziaria a far data dalla sua ultima sottoscrizione: se gli arbitri sono dotati del potere di decidere definitivamente la controversia, mediante una pronuncia avente gli stessi effetti della sentenza pronunciata dal giudice, per quale motivo non dovrebbero, allora, poter determinare un assetto provvisorio dei rapporti tra le parti in funzione di una decisione finale?

Si è osservato in tale ambito, inoltre, che la critica fondata sull'assenza del potere d'imperium necessario per l'attuazione forzosa avrebbe dovuto essere mossa anche nei confronti del lodo arbitrale che non fosse stato spontaneamente adempiuto³⁷. È infatti vero che, il lodo definitivo volontariamente non adempiuto, necessita per la sua forzosa attuazione dell'intervento dello Stato, ai sensi dell'art 825 c.p.c., mediante apposito decreto con cui lo stesso viene dichiarato esecutivo.

Un'altra impostazione, invece, ha individuato il fondamento del divieto di cui all'art 818 c.p.c. nella carenza, in capo agli arbitri, delle garanzie di indipendenza necessarie all'emanazione dei provvedimenti cautelari, previste invece in relazione all'autorità giudiziaria, e nella connotazione prettamente pubblicistica della disciplina della tutela cautelare³⁸. Anche in questo caso non sono mancate le critiche.

È stato ritenuto, infatti, che la suddetta tesi non soddisfacesse, in primis, per la medesima ragione posta alla base della critica verso la tesi tradizionale: anche qui si è fatto leva

³⁵ In tale direzione S. Izzo, 2013 "Arbitrato e tutela cautelare", Zanichelli Editore. P.533 fa riferimento ad un «legame tra cognizione e attuazione che si è visto essere carattere saliente della tutela cautelare».

³⁶ A. Carosi: Arbitrato e tutela cautelare: limiti di possibile derogabilità dell'art. 818 c.p.c. e relativi effetti. Rivista dell'arbitrato, 2021, p. 51; condivisa anche da Carpi, L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziale, in Contr. e impresa, 1990.

³⁷ Amendolagine, op. cit. p. 725.

³⁸ Così Arieta, Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale, irrituale e tutela cautelare, in Riv. dir. proc., 1993, p. 750.

sull'illogicità dell'affermazione rispetto alla disciplina prevista dal legislatore. Se infatti i giudici privati offrono quelle rassicurazioni di indipendenza necessarie per poter decidere nel merito la controversia, non è comprensibile la ragione per cui non dovrebbero esserne dotati per poter esercitare la potestà cautelare.³⁹ Tale tesi, inoltre, non viene praticamente più considerata, sia alla luce della prassi arbitrale nella gran maggioranza degli stati, sia con riferimento alla disciplina attuale, soprattutto a seguito del recentissimo d.lgs. 149/2022, che ha dato attuazione al principio espresso dal legislatore delegante nell'art. 1, comma 15, lett. a, L. 26 novembre 2021, n. 206, con l'intento di rafforzare le garanzie di indipendenza ed imparzialità degli arbitri. Il legislatore ha infatti, innanzitutto, previsto l'aggiunta di un periodo finale all'art. 810, comma 3 c.p.c., il cui fine è quello assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, rotazione ed efficienza degli incarichi conferiti agli arbitri. È poi intervenuto anche sull'art. 813, comma 1, c.p.c., rendendo obbligatoria, a pena di nullità, la disclosure⁴⁰, consistente in una dichiarazione, resa dall'arbitro, delle eventuali circostanze che potrebbero pregiudicare la sua indipendenza ed imparzialità ai sensi dell'art. 815, comma 1, c.p.c., ovvero la relativa insussistenza (obblighi affiancati, tra l'altro, da apposite fattispecie di ricusazione).⁴¹

Un'ultima impostazione, secondo alcuni più sofisticata⁴², faceva leva sull'impossibilità, per gli arbitri, di procedere secondo forme di cognizione non piena, e quindi di concedere ogni tipo di tutela sommaria, comprendendo ovviamente quella cautelare.⁴³ Anche quest'ultima, tuttavia, non è stata priva di critiche.

Si è detto in proposito⁴⁴, infatti, che se ci si riferisce alla sommarietà con riguardo alla cognizione, in riferimento ad un'accelerazione dell'iter processuale, la stessa trova la sua giustificazione in quella caratteristica fondamentale, sussistente nel processo civile, che vi è anche inevitabilmente nell'ambito del processo arbitrale, e cioè la strumentalità della tutela cautelare rispetto al lodo che pronuncerà proprio sull'oggetto della cautela.

³⁹ A. Carosi, op. cit. p. 51.

⁴⁰ Doveri dell'arbitro di rendere noti tutti i rapporti che, potendo incidere sulla sua indipendenza, possono astrattamente compromettere la sua imparzialità.

⁴¹ Vedi i nuovi art 813 e 815 c.p.c. così come interamente modificati.

⁴² S. Izzo, Arbitrato e tutela cautelare, in Rubino-Sammartano (a cura di), Arbitrato, ADR, conciliazione, cit. p. 531.

⁴³ Auletta, Cognizione sommaria e giudizio arbitrale, in Verde, Diritto dell'arbitrato rituale, Torino, 2005.

⁴⁴ A. Carosi, op. cit. p. 53.

Al termine di questa analisi sembra quindi di doversi condividere la tesi per cui il limite di cui all'art. 818 c.p.c., per anni protagonista all'interno dell'ordinamento italiano, non avesse in realtà nessuno dei fondamenti sopracitati⁴⁵, facendosi riferimento, piuttosto, ad una «consapevole scelta politica»⁴⁶, frutto della prudenza e del sostanziale disfavore del legislatore italiano rispetto all'arbitrato, con il fine di impedire che un soggetto privato potesse gestire poteri che lo avrebbero reso del tutto omologo ad un soggetto di investitura pubblica quale, appunto, il giudice. A proposito della statuizione secondo cui non vi siano «vere e proprie» ratio alla base del divieto condivisibili tra quelle enunciate, Calamandrei, in maniera simile, quasi 90 anni fa affermava: “[La tutela cautelare] mira dunque, come i provvedimenti che il diritto inglese comprende sotto la denominazione di Contempt of court, a salvaguardare l'*imperium judicis*, ossia a impedire che la sovranità dello Stato, nella sua più alta espressione che è quella della giustizia, si riduca ad essere una tarda e inutile espressione verbale, una vana ostentazione di lenti congegni destinati, come le guardie dell'opera buffa, ad arrivar sempre troppo tardi [...] E forse proprio per aver intuito che le misure cautelari attengono più che alla tutela dei diritti soggettivi, alla polizia del processo, la giurisprudenza si è mostrata restia ad ammettere che agli arbitri possa essere conferito dai compromittenti il potere di conceder sequestri durante il giudizio arbitrale”.⁴⁷

3.2.1. Fondamenti del divieto: una disposizione assolutamente da non condividere?

Si è quindi detto che il divieto italiano non rispondeva a ragioni di carattere universale, non potendosi condividere alcuna delle tesi relative alla ratio della disposizione, in particolar modo facendo riferimento, da un lato, al fatto che lo stesso art. 818 c.p.c. ammetteva la possibilità che la stessa legge riconoscesse agli arbitri un potere cautelare⁴⁸ (ancora prima espressamente previsto in materia di arbitrato societario) e, dall'altro, alle discipline straniere che confermavano diverse soluzioni, riconoscendo la

⁴⁵ Nessuna delle tesi prospettate è stata condivisa da vari autori, tra cui: A. Carosi, op.cit.: «Il sommesso avviso di chi scrive è che nessuna delle tesi sin qui riportate sia pienamente convincente».

⁴⁶ Carpi, “I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1990, p. 1259.

⁴⁷ Carlevaris, provvedimenti cautelari, in Commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15, Rivista dell'arbitrato, 2022, p. 30.

⁴⁸ Se ne parlerà al par. 2.4.

compatibilità tra la funzione degli arbitri e l'esercizio di poteri cautelari. A tal proposito, vi è chi ha ricercato una ragione del divieto altrove, con riferimento piuttosto a ragioni pratiche che teoriche. In tal senso si faceva riferimento alla possibilità di dubitare dell'utilità concreta dell'attribuzione agli arbitri del potere cautelare, facendo leva su varie motivazioni: in primis, la disciplina dell'arbitrato, essendo quest'ultimo un mezzo di risoluzione delle controversie volontariamente scelto dalle parti, pone degli importanti limiti al potere degli arbitri nei confronti di terzi soggetti che non abbiano sottoscritto la convenzione d'arbitrato, limiti che avrebbero quindi impedito agli arbitri di disporre misure cautelari nei confronti proprio di tali terzi non vincolati dal patto compromissorio. In secondo luogo, si poteva fare leva sul fatto che attribuire il potere cautelare agli arbitri avrebbe comunque lasciato invariata la necessità di un exequatur ad opera del giudice statale (al pari di quanto previsto per il lodo) che avrebbe inevitabilmente rallentato l'attuazione di misure che per loro natura dovrebbero essere adottate con rapidità, con la conseguenza di frustrarne l'efficacia. Inoltre, si poteva guardare alla natura stessa dell'arbitrato in quanto strumento consensualmente scelto dalle parti protagoniste, per cui vi è l'aspettativa che queste non agiscano in maniera tale da pregiudicare l'emanazione della decisione finale.⁴⁹

Alcune obiezioni, di carattere strutturale, sono poi state mosse con riferimento alla possibilità di ottenere provvedimenti urgenti realmente dotati di efficacia in sede arbitrale. In particolar modo si fa riferimento all'ipotesi in cui sorgesse il bisogno di ottenere una misura urgente prima ancora dell'inizio del procedimento; in questa ipotesi, mentre nell'ambito della giurisdizione statale vi sono sempre state apposite regole previste dal legislatore per individuare un organo che possa in tal senso intervenire, nell'arbitrato ciò non avveniva. Si poteva dunque affermare, a tal proposito, che il potere cautelare arbitrale fosse al massimo limitato all'ipotesi in cui si rendesse necessario in corso di lite. In realtà il problema ha trovato una soluzione con riferimento all'arbitrato amministrato: le relative istituzioni potevano infatti ipotizzare formule che garantissero in tal senso le parti, in maniera analoga a quanto già avviene dinnanzi ai giudici statali.⁵⁰

Esposte quindi alcune delle ragioni che si potevano rinvenire nel divieto, resta ferma la prevalente concezione dello stesso e dell'articolo 818 c.p.c. come disposizione

⁴⁹ L. Fumagalli, *Arbitrato in Italia e tutela cautelare nella dimensione transnazionale: note a margine di una questione tormentata*, 2016.

⁵⁰ Biavati, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bononia University Press, 2021, p. 99 ss.

prevalentemente criticata piuttosto che vista con favore, in relazione a quei fondamentali aspetti da sempre evidenziati dalla prevalente dottrina, e cioè l'”intromissione” del giudice dello Stato in un procedimento volontariamente attribuito a giudici privati e l'inevitabile lasso (e quindi perdita) di tempo che ciò avrebbe determinato. Si aggiunga che la tutela cautelare è componente fondamentale di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale, per cui se si fa riferimento, correttamente, alla giurisdizione arbitrale come forma di giustizia privata alternativa a quella statale, è allora chiaro che la tutela cautelare «possa e debba trovare spazio anche nel giudizio dinnanzi agli arbitri».⁵¹

3.3. Introduzione dell'art. 35 comma 5 del d.lgs. n. 5 del 2003 come primo sintomo della volontà di riconoscere gli arbitri il potere cautelare.

Il legislatore, a seguito delle contestazioni provenienti dalla dottrina e delle sollecitazioni tendenti al superamento del divieto di cui all'art 818 c.p.c. sembrava aver accolto parzialmente le stesse intervenendo con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Per capire il motivo per il quale si parla di un accoglimento parziale, ci basta esaminare la disposizione di cui al comma 5, art 35, del suddetto decreto: “La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera.”.

In primo luogo, all'arbitro non è stato riconosciuto un potere generalizzato di disporre provvedimenti cautelari, ma solamente quello di concedere la misura cautelare specificamente indicata dalla norma. Inoltre, nella relazione che accompagna il d.lgs. n. 5 del 2003 si è precisato che il potere di sospendere la delibera societaria è stato attribuito agli arbitri «sulla considerazione della non coercibilità del relativo ordine». La stessa Relazione, in pratica, ha segnalato come il legislatore non sia stato mosso dalla convinzione di poter superare la tesi tradizionale della carenza di poteri coercitivi degli

⁵¹ V. Amendolagine, op. cit. p. 726.

arbitri subordinando l'attuazione della misura cautelare all'exequatur del giudice dello stato⁵², ma ha piuttosto fatto riferimento ad un tipo di misura sostanzialmente autoesecutiva (self-executing) e non destinata dunque ad esecuzione in senso proprio. L'ordinanza di sospensione, infatti, non presuppone un intervento coattivo, ma semplicemente «paralizza» l'efficacia della delibera.⁵³ In altre parole il legislatore ha ritenuto che dall'assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri non deriva l'impossibilità per questi di disporre qualsiasi misura cautelare, ma soltanto che questi non possono concedere «provvedimenti suscettibili di attuazione o esecuzione in senso stretto».⁵⁴ In tal senso, pur nel silenzio del legislatore, si è evidenziato come i provvedimenti coercitivi eventualmente necessari per poter attuare la sospensione di efficacia della delibera sarebbero comunque esclusivamente demandati all'autorità giudiziaria, essendo gli arbitri competenti soltanto in riferimento al momento «dichiarativo-costitutivo». L'impostazione seguita dal legislatore è in armonia con quella dottrina che ha sostenuto che la soluzione prevista dall'art 35, 5° comma, ultima parte sarebbe stata a portata di interprete anche «a legislazione immutata» dal momento che «se l'effetto da anticipare non sia qualitativamente diverso da quello consolidabile col lodo [...] ed esso non richiede per sua natura l'esecuzione forzata, e dunque vale in quanto produttivo di modificazioni *self-executing* del rapporto, si è fuori (della stessa ragione) del divieto di cui all'art 818 c.p.c.»⁵⁵

3.3.1. *Impossibilità di disporre la sospensione ante causam e competenza precedente alla costituzione del collegio.*

In dottrina si è ritenuto che anche nel caso in cui, ai sensi dell'art 35 comma 5, spetti agli arbitri disporre la sospensione dell'efficacia della delibera, valga la regola affermata invece nel caso in cui ad essere competente circa la sospensione sia il giudice

⁵² E. Odorisio, Il potere degli arbitri di disporre la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari, in Davanti al giudice. Studi sul processo societario, Lucio Lanfranchi e Antonio Carratta (a cura di), Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 506 ss.

⁵³ S. Izzo, Arbitrato e tutela cautelare, in Rubino-Sammartano (a cura di), Arbitrato, ADR, conciliazione, cit. p. 548.

⁵⁴ Il testo tra le virgolette è sempre della Relazione che accompagna il d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5.

⁵⁵ Auletta, Titolo V. Dell'arbitrato, cit., p. 352.

ordinario, secondo cui quest'ultima può essere richiesta soltanto in corso di causa e non *ante causam*.⁵⁶ In tal senso depone l'art 2378, comma 3, c.c. che oltre a legittimare l'«impugnante» indica che il ricorso deve essere depositato contestualmente al deposito della citazione per l'impugnazione della delibera. La soluzione merita di essere condivisa guardando alla disposizione di cui all'art 35, comma 5: seppur questa nulla disponga in tal senso, se si tiene in mente lo scopo della stessa di munire gli arbitri di quel potere di sospensione attribuito dall'art 2378, comma 4, al giudice ordinario, ciò che la suddetta norma prevede sia con riferimento alle delibere sospendibili che ai soggetti legittimati a chiedere la sospensione, valga anche in relazione all'istanza che venga richiesta agli arbitri, non contenendo l'art 35 comma 5 elementi in senso contrario.⁵⁷

Inoltre, secondo parte della dottrina, se non si voleva esporre la norma a seri dubbi di legittimità costituzionale, doveva ammettersi che dopo la proposizione della domanda e prima della costituzione del collegio arbitrale fosse possibile rivolgersi al giudice per ottenere la sospensione della delibera impugnata.⁵⁸

3.3.2. L'art 35 comma 5 d.lgs. 5/2003: si è trattato realmente di un'eccezione al divieto di cui all'art 818 c.p.c.?

Come precedentemente indicato, la nuova disposizione è stata inserita a seguito dell'avviato dibattito nato in relazione all'art 818 c.p.c. e delle forti critiche avanzate in merito allo stesso, per cui si è parlato di un “parziale” accoglimento del legislatore di quelle tesi volte proprio al superamento del medesimo. Non si è potuto fare a meno di affermare come il legislatore abbia in tal modo introdotto un'eccezione a quello che fino a quel momento era stato un divieto assoluto, anche se limitatamente all'arbitrato societario, per cui sarebbe proprio a tale disposizione che si riferirebbe l'inciso “salva diversa disposizione di legge” di cui all'art 818 c.p.c.⁵⁹⁶⁰

⁵⁶ Carratta, Articolo 2378. Procedimento di impugnazione, cit., p. 663.

⁵⁷ E. Odorisio, Il potere degli arbitri di disporre la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari, in Davanti al giudice. Studi sul processo societario, Lucio Lanfranchi e Antonio Carratta (a cura di), cit. p. 507.

⁵⁸ Ruffini, La riforma dell'arbitrato societario, Il Corriere Giuridico, 2003, p. 1535.

⁵⁹ Se ne parlerà al paragrafo successivo.

⁶⁰ Ci si riferisce sempre, naturalmente, alla previgente disciplina.

Non è mancato chi, tuttavia, non ha aderito alla tradizionale concezione dell'intervento legislativo, affermando, con riferimento al relativo provvedimento che, più che trattarsi di un provvedimento cautelare, si tratterebbe piuttosto di un provvedimento interinale.⁶¹

Le riflessioni svolte muovono da due dati.

Il primo consiste nel fatto che nell'ordinamento italiano il potere cautelare è normalmente scindibile dal potere di decidere il merito della controversia (il che si nota in particolar modo con riferimento al processo penale ed al processo fallimentare), dato sicuramente spiccato in sede arbitrale, considerata la (previgente) regola per cui gli arbitri hanno il potere di decidere il merito della controversia ma non di disporre misure cautelari, potendo tale potere essere esercitato soltanto dai giudici dello Stato.

Il secondo, considerato maggiormente discutibile, è quello relativo alla "necessaria inerenza al potere cautelare della sua coercibilità" per cui il potere cautelare "in tanto è, in quanto sia attuabile": in tal senso si fa leva sul fatto che l'art 669-duodecies indica come sequela necessaria al provvedimento cautelare la sua attuazione, per cui si dovrebbe desumere, a contrario, che non sarebbe definibile cautelare un provvedimento non destinato ad essere attuato.

È proprio su queste basi che, tale dottrina minoritaria, afferma come si potrebbe dubitare del fatto che l'art 35 comma 5 abbia fatto riferimento ad un provvedimento cautelare. Ma se non si tratta di un provvedimento cautelare, è chiaro che diventa necessario individuare che tipo di provvedimento si ha per le mani.

A tal proposito, considerando che, guardandosi al carattere fondamentale della strumentalità dei provvedimenti cautelari, questi si rapportano al provvedimento di merito come un mezzo al fine; invece, secondo questa tesi, il legislatore avrebbe inteso la sospensione della delibera impugnata non come altro rispetto alla decisione nel merito, bensì un qualcosa in meno di questa, determinando un rapporto di "meno a più" piuttosto che di mezzo a fine. Seguendo questa logica, essendo gli arbitri titolari del potere di giudicare, non li si potrebbe privare del potere minore di regolare il rapporto in pendenza di giudizio. Si potrebbe, probabilmente, fare quindi riferimento all'art 816-bis c.p.c. per cui "su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza soggetta a

⁶¹ F. Auletta, Arbitrato e impresa societaria: il potere di sospensione delle delibere assembleari e la pronuncia di merito, in *Processo arbitrato e mediazione*, 2018, p. 1296 ss.

deposito” alla quale la norma sull’arbitrato societario starebbe semplicemente rinviando, in modo che quando sorga la relativa questione questa sarebbe risolta con ordinanza. Quanto detto serve ad avvalorare l’idea per cui potrebbe dunque trattarsi, quanto alla sospensione della delibera impugnata, non di una misura cautelare ma piuttosto di una misura interinale.⁶²

3.4. *L’inciso “salvo diversa disposizione di legge” di cui all’art 818 c.p.c.*

Fermo quanto appena affermato circa un possibile diverso modo di concepire la misura introdotta dall’art 35 comma 5 d.lgs. 5/2003, l’opinione tradizionale, come precedentemente anticipato, è stata quella di considerare la disposizione come un intervento legislativo a favore di tutte quelle tesi che avevano criticato la portata del divieto ex art 818 c.p.c., e quindi come un’eccezione a quello che, prima d’allora, era stato considerato come un divieto assoluto per gli arbitri di disporre misure cautelari. Sarebbe proprio alla prima disposizione che, secondo l’opinione prevalente, si sarebbe riferito l’inciso “salvo diversa disposizione di legge” con cui terminava l’articolo 818, dopo aver negato agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari, inciso introdotto per mezzo dell’art 22 d.lgs. del 2 febbraio 2006 n. 40. Come già anticipato, tale intervento legislativo ha posto i presupposti per il superamento della giurisprudenza maggioritaria che aveva negato la possibilità, in sede di arbitrato irrituale, di rivolgersi al giudice ai fini dell’ottenimento di una misura cautelare, concretizzandosi poi nella formulazione dell’art 669-quinquies con esplicito riferimento all’arbitrato irrituale. A tal proposito, erano sorte due differenti opinioni circa l’esplicito riconoscimento del potere cautelare in arbitrato societario: secondo la prima, il divieto previsto dall’articolo 818 c.p.c. era individuato come complementare a quanto previsto dalla disciplina relativa all’arbitrato societario, per cui l’arbitro avrebbe potuto concedere misure cautelari tutte quelle volte in cui non fosse stato necessario il compimento di attività esecutive⁶³, mentre

⁶² Per relative implicazioni si veda F. Auletta, Arbitrato e impresa societaria: il potere di sospensione delle delibere assembleari e la pronuncia di merito, in *Processo arbitrato e mediazione*, 2018.

⁶³ In tal senso, Vaccarella-Verde, *Codice di procedura civile commentato, I procedimenti speciali*, UTET, 1997, p. 866.

la seconda (e più convincente) non vedeva nella disciplina dell'arbitrato societario una "apertura" e dunque una generalizzazione in tal senso, ma la individuava come unica fattispecie legislativa riferibile all'inciso "salva diversa disposizione di legge", e dunque come unica eccezione al divieto, fermo restando che secondo alcuni si sarebbe trattato del primo passo verso un graduale riconoscimento ed una graduale apertura in relazione alla materia cautelare. Si può parlare quindi di tale inciso come di un intervento ambiguo operato dal legislatore, tanto da esprimersi nel senso che «la norma [non fa altro che ribadire] ... la tendenziale estraneità della tutela cautelare alla struttura ed alle potenzialità dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge»⁶⁴ essendo stata «solo lievemente scalfita»⁶⁵ dalla disciplina societaria. L'ambiguità si rinviene nel fatto che l'intervento legislativo sia stato elaborato in modo tale da far nascere al contempo sia l'opinione secondo cui si sarebbe potuto auspicare una tanto attesa previsione generica attributiva del potere cautelare agli arbitri (in ogni circostanza) sia quella priva invece di una speranza in tal senso e, piuttosto, nella rassegnazione ad una conferma del generale e insuperabile divieto.

3.5. Il divieto di cui all'articolo 818 c.p.c.: un divieto assoluto?

Come pocanzi affermato, nonostante l'ambiguità dell'intervento del legislatore, l'inciso "salvo diversa disposizione di legge" costituiva sicuramente indice di una non assolutezza del divieto sancito dall'articolo 818 c.p.c., indipendentemente dalle difformi interpretazioni relative all'arbitrato societario.

Il dibattito sull'assolutezza o meno della relativa disposizione sorgeva anche prima dell'introduzione, da parte del legislatore, del finale inciso, dibattito che ha visto opposte posizioni pur dinnanzi a opinioni concordi sul fondamento della norma.

Una parte della dottrina, pur non condividendo la tesi dell'incompatibilità ontologica tra istituto arbitrale e tutela cautelare, individuava nell'art 818 un divieto assolutamente

⁶⁴ Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante Modificazioni al c.p.c. in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80.

⁶⁵ Briguglio, Per una (non assoluta ma) ragionevole compatibilità fra tutela cautelare innanzi al giudice italiano e convenzione per arbitrato estero (commento alla ordinanza del Tribunale di Frosinone 19 settembre 2017), in *Riv. arb.*, 2007, p. 770.

inderogabile. Secondo tale opinione, elaborata da Ricci⁶⁶, inserire una clausola, all'interno del patto arbitrale, attributiva del potere cautelare nei confronti degli arbitri, avrebbe determinato la nullità dell'intera convenzione di arbitrato, oltre che la nullità dell'eventuale misura cautelare emessa dagli arbitri stessi. Secondo una diversa tesi, invece, la convenzione di arbitrato recante la deroga al divieto non sarebbe stata affetta da nullità né avrebbe impedito all'arbitro di autorizzare la relativa cautela (essendogli comunque precluso il potere di procedere alla relativa attuazione), né tantomeno avrebbe privato il giudice statale della potestà cautelare.

Ferme restando le opinioni così riassunte, ulteriori riflessioni vanno svolte in merito alla portata della derogabilità del divieto affermata da alcuni e fortemente negata da altri. Un conto era fare riferimento alla deroga come possibilità per gli arbitri di emanare provvedimenti interamente assimilabili a quelli previsti con riferimento al giudice, altro era invece riferirsi a misure cautelari diverse da queste, non previste dal codice di rito né da speciali disposizioni di legge. Se infatti, nel primo caso, la deroga veniva intesa nel senso di attribuire agli arbitri il potere di disporre misure cautelari esattamente al pari di quelle emanabili dai giudici dello Stato, è chiaro come la relativa affermazione non si potesse in alcun modo condividere: in virtù della precedente disciplina, infatti, gli arbitri non avrebbero mai potuto emanare misure attuabili sotto il controllo degli stessi al pari di quanto previsto per i giudici statuali dalla disposizione di cui all'art 669-duodecies, in quanto mancava all'interno del codice un meccanismo simile a quello dell'*exequatur* previsto dall'art 825 c.p.c. che "suddividesse" le relative fasi tra arbitri e giudici dello stato e dunque prevedesse una collaborazione tra i due. Ferma restando tale ovvia esclusione, molti non condividevano, tuttavia, che la violazione del divieto potesse determinare la nullità dell'intera convenzione di arbitrato, dovendosi in tal caso inevitabilmente trasferire la lite dinnanzi al giudice ordinario; si riteneva, piuttosto, che in tale situazione la logica conseguenza fosse quella di una nullità parziale, limitata cioè alla clausola che, attribuendo agli arbitri il potere riservato dal legislatore al giudice statale, avesse in concreto violato il divieto.⁶⁷

In altro senso, però, se la deroga veniva intesa non come possibilità per l'arbitro di emanare provvedimenti identici a quelli che il legislatore prevedeva esclusivamente in

⁶⁶ In tale direzione anche Ghirga, op. cit. p. 311 ss.

⁶⁷ Si fa riferimento al principio di conservazione del contratto, contenuto nelle norme del codice civile.

relazione ai giudici ordinari, ma in senso più ampio, e cioè da ricomprendere misure interinali e urgenti atipiche, diverse da quelle emanabili dai giudici statuali, allora forse non poteva più condividersi la tesi dell'assolutezza del divieto⁶⁸: vi era infatti chi riteneva che non vi fosse motivo di impedire alla parti, con il patto di arbitrato, di attribuire agli arbitri il potere di adottare misure interinali e urgenti in caso di bisogno.

Come già indicato, la stessa disposizione di cui all'art 818 c.p.c. così come modificata dal d.lgs. n. 40 del 2006⁶⁹ era chiaramente indice della non absolutezza del divieto, nonostante quelli che abbiamo visto essere i diversi modi in cui la stessa è stata intesa, e ancora prima in maniera ancor più incisiva era intervenuto il comma 5 dell'art 35 del d. lgs. N. 5 del 2003⁷⁰, prevedendo il potere cautelare degli arbitri di sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari in sede di arbitrato societario.

Autorevole dottrina⁷¹ aveva poi desunto dall'inciso finale di cui all'art 818 c.p.c. altri due indici normativi relativi alla non absolutezza del divieto per gli arbitri di emanare misure cautelari. Uno veniva individuato nell'art 669-duodecies c.p.c., relativo all'attuazione dei provvedimenti cautelari, il quale prevede come questa avvenga "sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare" e conclude affermando che ogni altra questione (sempre in riferimento all'attuazione) va proposta nel giudizio di merito, il che si sarebbe tradotto quindi, in presenza di una convenzione di arbitrato, nell'affrontare le relative questioni dinnanzi all'arbitro. Il secondo era desunto dall'art 832 c.p.c., norma che afferma che la convenzione di arbitrato può fare rinvio ad un regolamento arbitrale preconstituito. Considerando, infatti, che i regolamenti delle principali istituzioni arbitrali riconoscono tutti il potere degli arbitri di emanare misure cautelari, il rinvio ad uno di questi avrebbe costituito validamente una deroga all'art 818, secondo l'ultimo comma dell'art 832 che prevede che «Se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo»; secondo tale opinione si sarebbe trattato quindi di un'eccezione implicita al divieto avente la sua fonte nella legge, per cui leggendo la norma a contrario questa

⁶⁸ A. Carosi, op. cit. p. 43 ss.

⁶⁹ Si fa, naturalmente, riferimento all'inciso salva diversa disposizione di legge.

⁷⁰ Se n'è parlato al par. 2.3.

⁷¹ Biavati, op. cit. p. 105.

autorizzerebbe la deroga proprio in favore del regolamento cui ci si riferisce, qualora l'istituzione accetti di amministrare il procedimento.⁷²

Altra dottrina aveva invece visto una possibile fonte di riconoscimento del potere cautelare arbitrale nella disposizione di cui all'art 816-bis, comma 1, che attribuisce alle parti il potere di stabilire le norme che andranno osservate nel procedimento arbitrale, tra cui dunque sarebbe ricompresa la clausola attributiva agli arbitri della potestas cautelare. A prescindere dunque dallo specifico riferimento, è chiaro come genericamente si siano cercati degli appigli per poter affermare la non assolutezza e quindi la derogabilità del divieto previsto dal precedente articolo 818 c.p.c., in un'ottica di speranza di una risposta concreta da parte del legislatore, arrivata soltanto molto tempo dopo.

3.6. I regolamenti arbitrali italiani.

Un breve cenno deve necessariamente essere fatto in riferimento ai regolamenti arbitrali italiani che, al contrario di quanto veniva previsto dal legislatore italiano ai sensi dell'art 818, già riconoscevano agli arbitri il potere cautelare. Tra questi, ad esempio, l'art 25 par.2 del regolamento della Camera di arbitrato nazionale e internazionale di Milano, entrato in vigore nel 2004, riconosce agli arbitri il potere di emanare provvedimenti urgenti, con la condizione della compatibilità con le norme inderogabili applicabili al procedimento⁷³. Allo stesso modo l'art 19 par. 1 del regolamento internazionale dell'Associazione italiana per l'arbitrato (AIA), che afferma che «salvo che le parti abbiano convenuto diversamente, e nel rispetto delle prescrizioni di legge, l'arbitro può, su istanza dell'interessato, adottare provvedimenti d'urgenza su materie che rientrano nella disponibilità delle parti, eventualmente imponendo una cauzione alla parte istante e determinando una penale per il caso di inottemperanza.».

Fatti alcuni esempi di disposizioni previste in tal senso nei testi regolamentari delle principali istituzioni italiane, si è tuttavia fatto riferimento in proposito al rischio che, in arbitrati internazionali con sede in Italia, le relative norme si rivelassero delle «tigri di

⁷² A. Carosi, op. cit. p. 60.

⁷³ «Il Tribunale Arbitrale può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non sono vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento.»

carta»⁷⁴, potendo le stesse acquisire valore soltanto a seguito dell'instaurazione dell'arbitrato internazionale in uno Stato che attribuisse il potere cautelare agli arbitri.

3.7. L'istruzione preventiva.

L'unica eccezione che alcuni individuavano in relazione alla riserva a favore dei giudici statuali della tutela cautelare era quella dell'istruzione preventiva, che, non contemplata nella disciplina codicistica relativa ai procedimenti cautelari, non sarebbe quindi stata ricompresa all'interno dell'art 818 c.p.c., limitando il potere degli arbitri in tal senso. Tuttavia, si deve tenere presente che tale argomento avrebbe avuto portata limitata a quei provvedimenti richiesti in corso di causa, considerando che non vi era un organo cui potersi rivolgere anteriormente. Si può affermare che la tesi non ha avuto grande condivisione, rimanendo piuttosto minoritaria e non condivisa dalla dottrina prevalente per diverse ragioni. Si riteneva, infatti, che la ratio dell'esclusione dei provvedimenti di istruzione preventiva dalla disciplina uniforme dei provvedimenti cautelari non trovasse le sue ragioni in una diversità di natura e funzione, ma nella diversità del rapporto procedurale che sussiste tra le relative misure e il giudizio di merito: l'istruzione preventiva, per sua natura, non è necessariamente seguita dal giudizio, che invece è meramente eventuale, per cui l'efficacia della misura non può legarsi all'instaurazione di quest'ultimo.⁷⁵ Quanto alla funzione dei relativi provvedimenti, invece, è analoga a quella della tutela cautelare, in quanto anche questi sono volti "conservare" una situazione di fatto tutte quelle volte in cui si abbia fondato motivo di temere che il ritardo nell'assunzione del mezzo istruttorio potrebbe vanificare la tutela del diritto oggetto del giudizio. Considerata l'identità di funzioni, l'unica differenza sembrerebbe consistere nel fatto che, nell'istruzione preventiva, la funzione di cautela «è preordinata esclusivamente a fini processuali, ad assicurare cioè al processo quei mezzi di prova che rappresentano l'elemento fondamentale per la ricostruzione storica della

⁷⁴ Definizione utilizzata da Broggin, I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera, in Riv. arb., 1991.

⁷⁵ Salvaneschi, Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento cautelare, in Riv. Arb. 1993.

fattispecie concreta»⁷⁶: sarebbe proprio in questa differenza da individuare la ratio della diversità di disciplina. Alla luce di quanto detto, dunque, l'opinione prevalente è stata quella di ricomprendere l'emanazione dei provvedimenti di istruzione preventiva nel divieto di cui all'art 818 c.p.c., proprio in relazione alla natura cautelare degli stessi, vietandone l'emanazione agli arbitri e riservandola invece ai giudici ordinari. In tal senso si è pronunciata la Corte Costituzionale⁷⁷, affermando che tali provvedimenti abbiano natura cautelare e che quindi non possano essere concessi dagli arbitri; ne è seguita la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art 669-quaterdecies c.p.c. nella parte in cui impedisce, nel caso di stipulazione di una convenzione arbitrale o di pendenza di un giudizio arbitrale, l'accertamento tecnico preventivo di cui all'art 696 c.p.c.⁷⁸

4. La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale.

Negli anni si è sempre più ricorso all'utilizzo dell'arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie del commercio internazionale, ragion per cui, anche in considerazione dell'allungamento della durata media delle procedure, dovuto alla complessità delle questioni devolute agli arbitri internazionali, è notevolmente aumentata l'attenzione alla tutela cautelare in relazione ai procedimenti arbitrali in tale ambito. A testimonianza dell'incremento di interesse in tal senso si evidenzia che negli anni sempre più legislazioni in tema di arbitrato hanno inserito disposizioni specificamente dedicate alle misure cautelari e provvisorie, oltre a diversi regolamenti arbitrali che hanno aggiornato le disposizioni dedicate alle relative misure in risposta alle esigenze sorte.

Si fa dunque riferimento alla nozione di «misure cautelari e provvisorie», che può definirsi come quella maggiormente diffusa e utilizzata dagli strumenti internazionali in tema, come ad esempio l'articolo 24 della convenzione di Bruxelles. È anche vero però che una nozione interamente unitaria non è semplice per una materia che si

⁷⁶ V. Calvosa, *Novissimo Digesto*, it., IX, Torino, 1963.

⁷⁷ C. Cost 16.05.2008, n.144.

⁷⁸ R. Di Iorio, *op. cit.* p. 557.

rinviene in diversi settori del diritto, per cui si è cercato di elaborare delle definizioni in tal senso: proprio in riferimento all'art 24 della convenzione di Bruxelles la Corte di giustizia dell'Unione europea ha definito i provvedimenti provvisori e cautelari come provvedimenti⁷⁹ «volti alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare diritti dei quali spetterà poi al giudice di merito accertare l'esistenza». In modo analogo la dottrina italiana ha individuato la funzione tipica dell'attività cautelare nell'«assicurare l'utilità» del giudizio di merito⁸⁰ o nel far fronte a minacce che, nel tempo necessario per ottenere la tutela giurisdizionale, potrebbero minare la «fruttuosità»⁸¹ della stessa.

Fermo restando lo scoglio di una qualificazione unitaria, vi è chi ha messo in discussione la stessa unitarietà della definizione con riguardo ai singoli ordinamenti: guardando ai vari sistemi nazionali si notano, infatti, diverse tipologie di provvedimenti in tal senso che tuttavia si distinguono tra loro. Esistono infatti forme di tutela cautelare in senso stretto e di tutela provvisoria con la funzione di anticipare gli effetti del provvedimento successivo: quanto alla prima, si fa riferimento a misure che presentano le fondamentali caratteristiche dell'accessorietà e strumentalità, essendo la tutela funzionale all'attività di cognizione o esecuzione. Da tali misure si distinguono quelle che vengono definite «misure provvisorie soddisfattive», volte a soddisfare anticipatamente l'interesse oggetto del giudizio di merito, prive del carattere accessorio e non strettamente qualificabili come cautelari⁸². Tra queste si possono citare il “*référé-provision*” francese, l'analogo istituto belga e la procedura del *kort geding* olandese: tutte misure provvisorie con effetti anticipatori che non richiedono il requisito dell'urgenza. In Italia è stata elaborata dalla dottrina la distinzione tra quei provvedimenti che garantiscono la tutela mediante l'anticipazione di quanto disporrà la futura decisione nel merito e provvedimenti che svolgono la stessa funzione cautelare senza l'effetto dell'anticipazione.

Detto ciò, è necessario guardare da vicino alla disciplina internazionale che, pur distinguendosi da quella nazionale italiana, svolge un ruolo rilevante nel caso in cui

⁷⁹ Cfr. la sentenza St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA del 28 aprile 2005.

⁸⁰ Satta, Punzi, Diritto processuale civile, CEDAM, Padova, 2000, p. 780.

⁸¹ Mandrioli, Diritto processuale civile, Torino, 2005, IV, P. 196 ss.

⁸² Cfr. Satta, Punzi, Diritto processuale civile, cit., p. 780.

si instauri un arbitrato internazionale con sede in Italia: in tale ipotesi, qualora una parte richieda all'organo arbitrale l'emanazione di un provvedimento cautelare troverà infatti applicazione la disciplina italiana, non rilevando la potenziale applicazione di un diverso diritto sostanziale.

4.1. La competenza cautelare arbitrale: le fonti.

Il tema della competenza cautelare degli arbitri non può che essere trattato svolgendo un esame delle norme convenzionali internazionali, guardando anche alle legislazioni nazionali e ai regolamenti arbitrali. Uno dei più rilevanti strumenti convenzionali in tema di arbitrato è rappresentato dalla convenzione di New York del 1958, avente un ruolo fondamentale con riferimento alle legislazioni in tema di arbitrato che garantiscono il riconoscimento dei lodi e delle convenzioni arbitrali. La convenzione non prevede disposizioni specifiche in tema di tutela cautelare, ma è proprio tale mancanza che ha dato vita ad alcuni problemi interpretativi. Profilo fondamentale della convenzione è rappresentato dal riconoscimento di quella che è la necessaria condizione per potersi pronunciare il lodo arbitrale che consiste nell'accordo compromissorio per arbitrato estero⁸³, è infatti la deroga alla giurisdizione statale l'elemento in cui si traduce il riconoscimento del relativo accordo. La questione che sorge in tal senso è la seguente: se sussiste un patto compromissorio inteso come accordo derogatorio alla giurisdizione statale, entro quali limiti il giudice potrà conoscere della controversia? E più nello specifico, la tutela cautelare costituisce materia ricompresa nel riconoscimento della convenzione arbitrale, per la quale sussisterebbe la deroga?

Ai quesiti non viene data risposta all'interno della convenzione, per cui si il problema traduce in una questione di interpretazione del patto compromissorio che potrebbe essere elaborato in modo da ricomprendere o escludere espressamente la tutela cautelare dalla competenza arbitrale⁸⁴. In Italia, poi, la questione non è mai stata particolarmente

⁸³ Art 2 par. 1: "Ciascuno Stato contraente riconosce la convenzione scritta mediante la quale le parti si obbligano a sottoporre ad arbitrato tutte o talune delle controversie che siano sorte o possano sorgere tra loro circa un determinato rapporto giuridico contrattuale o non contrattuale, concernente una questione suscettiva d'essere regolata in via arbitrale."

⁸⁴ A Carlevaris, La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale, CEDAM, 2006, p. 31 ss.

rilevante, in ragione del previgente articolo 818 c.p.c. che ha sempre escluso la competenza arbitrale impedendo che la convenzione di New York costituisse ostacolo rispetto alla giurisdizione cautelare dei giudici, oltre al fatto che il codice prevedeva un'apposita disciplina relativa alla competenza cautelare degli stessi nel caso di accordo compromissorio.⁸⁵ Il problema oggi dovrebbe forse essere guardato con occhi diversi, considerata la stravolgente novità in tema di tutela cautelare che ha, dopo anni, sorprendentemente eliminato il divieto nei confronti degli arbitri di emanare misure cautelari.⁸⁶ Appare in tal senso considerevole tenere in conto che la competenza cautelare dei giudici è stata affermata sia dal regolamento di arbitrato che dalla legge modello UNCITRAL.⁸⁷

4.1.1. La competenza cautelare nell'arbitrato ICSID.

Uno specifico ambito in cui la possibilità per le parti di ottenere provvedimenti cautelari dai tribunali nazionali in caso di patto compromissorio è stata molto controversa è quello dell'arbitrato ICSID.⁸⁸ A tal proposito la convenzione di Washington del 1965 disciplina i rapporti tra gli ordinamenti giudiziari nazionali e l'arbitrato amministrato dal Centro in maniera diversa rispetto a tutti gli altri strumenti in materia, sancendo il fondamentale principio di esclusività dell'arbitrato ICSID: l'art 26 della convenzione statuisce che «Il consenso delle Parti alla procedura d'arbitrato, giusta la presente Convenzione, è, salvo contraria indicazione, presunzione di rinuncia ad ogni altra forma di ricorso. Quale condizione per il consenso ad una procedura d'arbitrato giusta la presente Convenzione, uno Stato contraente può esigere che i ricorsi amministrativi e giudiziari interni siano stati esauriti». È chiaro quindi come la convenzione preveda l'esclusione di ogni tipo di intervento ad opera degli organi giudiziari nazionali, con riferimento sia allo Stato investitore che a quello "ospite" dell'investimento, esclusione che si può facilmente rinvenire in altre disposizioni della stessa convenzione, ad esempio in riferimento ai motivi di impugnazione relativi alla decisione arbitrale, per cui l'art 53,

⁸⁵ Ci si riferisce agli articoli 669-ter, terzo comma, 669-quater e 669-quinquies c.p.c.

⁸⁶ Si tratterà analiticamente del tema più avanti.

⁸⁷ Anche di tale argomento si tratterà successivamente.

⁸⁸ *International Centre for Settlement of Investment Disputes.*

par 1, afferma che «La sentenza è vincolante per le Parti e non può essere oggetto di ricorso o reclamo salvo quelli previsti nella presente Convenzione. Ciascuna Parte deve dare effetto alla sentenza nei termini stabiliti a meno che l'esecuzione non sia stata sospesa in virtù di disposizioni della presente Convenzione». Da queste ed altre disposizioni della convenzione si nota che caratteristica primaria del sistema ICSID è sicuramente la sua autonomia e "originalità", per cui lo stesso è stato definito un «self-sufficient system of truly international arbitration», la cui ratio è da individuare negli strumenti che si occupano di disciplinare l'arbitrato ICSID, in primo luogo la convenzione di Washington. È chiaro, infatti, che una convenzione internazionale che disciplina la materia lo fa in maniera diversa rispetto a fonti nazionali e singoli ordinamenti statali, che sicuramente non avrebbero garantito lo stesso grado di autonomia.

Per ciò che interessa in tale sede, il dibattito relativo alla competenza cautelare nell'arbitrato ICSID circa la possibilità di rivolgersi ai giudici si è concentrato soprattutto su due disposizioni della convenzione di Washington: il già richiamato articolo 26 e l'articolo 47. Quest'ultimo afferma che «Salvo altro accordo fra le Parti, il Tribunale, ritenuto che le circostanze lo esigono, può raccomandare tutti i provvedimenti temporanei intesi a tutelare i diritti delle Parti.» Il suddetto dibattito verteva sulla possibilità di qualificare il procedimento cautelare nazionale come "ricorso" ("recour") ai sensi dell'articolo 26 precedentemente citato, per cui le due teorie che erano sorte in merito, sia in giurisprudenza che in dottrina, venivano individuate come, in maniera opposta, estensiva e restrittiva della competenza del Centro. La teoria estensiva faceva riferimento al fatto che la rinuncia ad ogni forma di ricorso di cui all'art 26 si applicasse anche alle domande cautelari, determinando l'esclusività della competenza degli arbitri anche tutte le volte in cui la misura sarebbe stata più opportunamente ed efficacemente resa dal giudice statale; al contrario, quella restrittiva, escludeva le istanze cautelari da tale ambito di applicazione, affermando invece la competenza concorrente dei giudici ordinari. Quanto alla prima tesi, l'interpretazione in tal senso era stata condivisa da alcuni giudici nazionali: nel 1984, il caso *République de Guinée et Soguipeche c. Atlantic Triton* aveva visto la Corte d'Appello francese agire in tal senso escludendo totalmente la competenza del giudice ordinario, annullando un sequestro conservativo anteriormente concesso dall'autorità giudiziaria, in riferimento proprio all'articolo 26 della convenzione di

Washington. La Corte si era espressa in senso assoluto, affermando che il tribunale arbitrale fosse dotato di «una competenza generale ed esclusiva a decidere non solo sul merito, ma anche su tutte le misure provvisorie».⁸⁹ Anche in Belgio e in Svizzera erano state elaborate soluzioni analoghe a casi simili: in una controversia che aveva coinvolto la Repubblica di Guinea e la società *Maritime International Nominees Establishment*, i giudici svizzeri e belgi avevano emanato le misure richieste con apposita istanza, successivamente impugnate dallo Stato e poi revocate. I giudici di entrambi gli stati si pronunciarono sulla base di affermazioni analoghe a quelle della corte francese nel suddetto caso *Atlantic Triton*, facendo riferimento agli articoli 26 e 47 della convenzione di Washington e confermando l'esclusività della competenza arbitrale in materia cautelare.

Con riferimento poi alla prassi arbitrale ICSID, i dati emersi dalla stessa erano meno univoci, ma si possono riassumere facendo riferimento ad una tendenziale adesione a concepire la competenza cautelare dei giudici dello Stato come competenza concorrente.

Alla teoria estensiva si contrapponeva quella che interpretava restrittivamente l'art 26 della convenzione di Washington, escludendo che tale disposizione si applicasse con riferimento alla materia cautelare. Quanto ai fondamenti della medesima, si fa riferimento sia a quelli generalmente posti alla base della competenza concorrente dei giudici statuali, in particolare in relazione all'assenza di un organo cui rivolgere la domanda cautelare prima della costituzione del tribunale arbitrale all'inefficacia delle misure nei confronti di terzi, ma soprattutto la tesi si basava sulla distinzione tra un potere di «raccomandare» le misure cautelari⁹⁰, espressamente attribuito agli arbitri dalla convenzione di Washington, e un potere di «ordinare» le stesse, da non potersi ritenere esclusivo della competenza dei giudici.

Il problema della competenza cautelare dei giudici in tale ambito è stato in parte superato dalla revisione del regolamento di arbitrato ICSID operata nel 1984⁹¹, la quale ha

⁸⁹La decisione fu poi annullata dalla *Cour de Cassation* con la sentenza del 18 novembre 1986, che negò l'effetto dell'art 26 di impedire il ricorso ai giudici statali per misure cautelari volte ad assicurare l'esecuzione della futura decisione nel merito, ritenendo di non potersi applicare il termine «recour» all'istanza cautelare.

⁹⁰ Previsto dall'art 47 della convenzione di Washington.

⁹¹ Il problema è stato solo parzialmente superato in quanto la modifica ha trovato applicazione soltanto con riferimento alle liti sorte in relazione ad accordi stipulati dopo la sua entrata in vigore.

introdotto nell'art 39 un ultimo paragrafo che ha espressamente previsto la possibilità per le parti di rivolgersi ai giudici dello Stato per l'ottenimento di misure cautelari, sia prima dell'istanza arbitrale che nel corso del procedimento, a condizione che le parti lo abbiano manifestamente previsto. A seguito della modifica, quindi, è stata resa necessaria un'espressa indicazione scritta ai fini della competenza statale, avendosi, in caso contrario, e quindi come regola, competenza arbitrale esclusiva.

4.2. Una panoramica sulle legislazioni nazionali.

Con riferimento alle singole situazioni delle legislazioni nazionali in tema di arbitrato, ad oggi la grande maggioranza di queste statuisce la competenza concorrente tra arbitri e giudici con riferimento alla materia cautelare. Genericamente, nel corso degli anni, si è avuto un atteggiamento sempre più favorevole al riconoscimento espresso della competenza cautelare nei confronti degli arbitri, rispetto ad un passato in cui molti ordinamenti limitavano fortemente la competenza arbitrale o la escludevano. È chiaro che il tema necessita per sua natura una trattazione distinta in relazione alle scelte adottate dai singoli legislatori, fermo restando che è più agevole suddividerlo in categorie, potendoci riferire ad ordinamenti che hanno affrontato la questione in maniera simile.

In primis, si può fare riferimento a quegli ordinamenti che prevedono espressamente l'attribuzione agli arbitri del potere di emanare provvedimenti cautelari, salvo diverso accordo delle parti, nell'ambito dei quali assume rilevanza fondamentale la legge modello dell'UNCITRAL, che costituisce il massimo sforzo internazionale per armonizzare il processo di arbitrato attraverso la creazione di un insieme di norme considerate come modello, che gli ordinamenti giuridici nazionali sono invitati ad adottare per sviluppare internamente una legge sull'arbitrato, in linea con gli standard ritenuti più appropriati dalla comunità internazionale degli studiosi.

In secondo luogo, ci si riferisce a quegli ordinamenti che statuiscono la competenza cautelare degli arbitri solo per alcune tipologie di misure, ma richiedono l'accordo espresso delle parti per altre.

In terzo luogo, vi sono ordinamenti che non prevedono esplicitamente la competenza cautelare degli arbitri, ma relativamente ai quali la stessa si è ricavata per via giurisprudenziale.

Infine, un'ultima e marginale categoria è quella degli ordinamenti che escludono la competenza arbitrale in materia cautelare, non trovandovi applicazione il criterio della competenza concorrente, alla quale per anni è appartenuto proprio lo Stato italiano. Si noterà come il previgente art 818 c.p.c. abbia costituito una sorta di *unicum* rispetto alle legislazioni degli altri Stati in materia.⁹²

4.3. La legge modello UNCITRAL e l'esempio della Svizzera.

Come anticipato, la legge modello “UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration” costituisce elemento fondamentale sul piano dell'arbitrato internazionale, avendo condizionato svariate leggi in tema che l'hanno adottata o ne hanno tratto ispirazione. La legge è stata introdotta per la prima volta nel 1985 e successivamente è stata oggetto di una serie di modifiche, soprattutto in materia cautelare, che hanno portato a riproporla sotto una nuova veste nel 2005; i motivi principali per i quali si è sentita l'esigenza di modifiche in tal senso sono stati certamente la già indicata necessità di una disciplina uniforme tra diversi sistemi giuridici e l'importanza crescente della tutela cautelare nel processo arbitrale, dovuta all'aumento dell'utilizzo dello strumento arbitrale internazionale. I due articoli fondamentali che interessano questa sede sono gli articoli 19 e 9 della relativa legge. Il primo, rubricato “Power of arbitral tribunal to order interim measures”, si occupa di disciplinare le misure cautelari riconoscendo il potere degli arbitri di emanarle a due condizioni: la prima, che vi sia in tal senso la richiesta di una parte, non potendosi quindi procedere *in audita altera parte*, la seconda, l'assenza di un diverso accordo delle parti⁹³. La disciplina prosegue con alcune disposizioni che prevedono: la necessità di accertare i due elementi fondamentali del

⁹² V. Amendolagine, op. cit. p. 732.

⁹³ “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measure”

fumus boni iuris e del periculum in mora⁹⁴, la possibilità di sospendere, modificare o revocare il provvedimento⁹⁵ e il riconoscimento ed esecuzione della misura⁹⁶.

La seconda disposizione indicata, ovvero l'art. 9, prevede che «It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure» sancendo quindi la competenza concorrente di arbitri e giudici statali. Questo, infatti, fa riferimento alla facoltà delle parti di rivolgersi al giudice competente per ottenere le misure cautelari richieste. La disposizione non sembrerebbe perfettamente in linea con lo scopo della Model Law, ossia di voler semplificare il procedimento arbitrale interazionale, ma si è dovuto disporre in tal senso per regolamentare anche quelle discipline nazionali che non attribuiscono agli arbitri il potere cautelare.

Uno Stato che ha adottato una disciplina in tema di misure cautelari che si attiene a quanto disposto dalla legge modello è stata la Svizzera, collocando l'ordinamento svizzero tra i più evoluti circa i rapporti tra giudici e arbitri in tema cautelare e costituendo un'importante inversione di rotta per la stessa, in cui per anni si era invece posto il divieto per gli arbitri di concedere misure cautelari, allo stesso modo che in Italia. La LDIP⁹⁷ ha previsto la disciplina in materia cautelare agli articoli 183 e 184, relativi alle misure provvisorie e conservatorie e all'amministrazione delle prove. L'art 183 rappresenta una svolta rispetto alla soluzione adottata dal Concordato Intercantonale e rappresenta una rottura con il principio tradizionale dell'esclusività della competenza dei giudici. Secondo quanto previsto dalla norma il fondamento della competenza arbitrale è da rinvenirsi nella legge, rimanendo le parti libere di modificare o escludere la relativa competenza mediante apposito accordo; la competenza riconosciuta agli arbitri dalla LDIP non è infatti una competenza esclusiva, e nel silenzio del legislatore è pacificamente riconosciuto che le parti possano rivolgersi ai tribunali statali, svizzeri o stranieri, per ottenere l'emanazione di misure cautelari.

⁹⁴ Art 17A: "Conditions for granting interim measures".

⁹⁵ Art 17D: "Modification, suspension, termination".

⁹⁶ Art 17H: "Recognition and enforcement".

⁹⁷ Legge federale sul diritto internazionale privato.

4.4. *L'ordinamento inglese e l'Arbitration Act del 1996.*

Per quanto riguarda gli ordinamenti di common law, questi hanno storicamente previsto con anticipo rispetto agli altri il potere arbitrale di disporre misure cautelari. In Inghilterra, paese nativo del common law, la legge del 1950 si occupava di disciplinare solamente il potere cautelare della High Court of Justice, mentre il potere degli arbitri, se non indicato espressamente dalle parti, si riteneva essere limitato all'assunzione di misure di amministrazione delle prove. Considerata l'assenza di una apposita disciplina in tal senso, la delimitazione della competenza degli arbitri era rimasta a lungo incerta, e in gran parte dipendente da quanto previsto dalle parti all'interno del patto compromissorio. L'Arbitration Act del 1996 ha introdotto disposizioni volte a rafforzare la competenza cautelare degli arbitri, con riferimento alle sezioni 38 e 39 della legge. Per mezzo di tale intervento legislativo molte misure che, prima di quel tempo, potevano essere disposte esclusivamente dalle corti, da quel momento venivano esplicitamente comprese nella competenza degli arbitri; a tal proposito la sez. 38, intitolata «general powers exercisable by the tribunal», ha conferito agli arbitri un potere generico di concedere provvedimenti cautelari⁹⁸. La maggior novità dell'intervento è stata rappresentata proprio dal riconoscimento espresso della competenza cautelare arbitrale, non soltanto a fianco a quella dei giudici statali, ma in maniera prevalente rispetto alla stessa, essendosi previsto di poter ricorrere ai giudici soltanto per l'esercizio di poteri di cui gli arbitri siano privi o che non possano esercitare, come in relazione alle misure che siano disposte nei confronti di soggetti terzi. Tale fondamentale principio è stato espresso all'interno di tutte le disposizioni della richiamata sez. 38 e nella sez. 44 par. 5, secondo la quale l'intervento dei giudici ordinari dovrebbe aversi soltanto quando il tribunale arbitrale non ha il potere o non è in grado, per il momento, di agire efficacemente.⁹⁹ A tal proposito si evidenzia come l'Arbitration Act sia anche andato oltre quanto aveva previsto la legge modello.

⁹⁸ “The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal for the purposes of and in relation to the proceedings.”

⁹⁹ “In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.”

4.5. *L'esperienza francese e alcuni ulteriori esempi di legislazioni a competenza concorrente.*

Come precedentemente anticipato, è opportuno fare riferimento ad alcuni ordinamenti che non contengono alcuna espressa attribuzione dei poteri cautelari agli arbitri, in cui tuttavia la relativa competenza è stata desunta per via giurisprudenziale; la giurisprudenza in materia di competenze cautelari distribuite tra arbitri e giudici è stata infatti particolarmente consistente in Francia, soprattutto alla luce della natura incerta del particolare istituto del *référé-provision*¹⁰⁰, d'importanza fondamentale per il tema in questione. A tal proposito è importante rilevare come dottrina e giurisprudenza abbiano delineato la distinzione tra “*meseures conservatoires*” e “*meseures provisoires*” in materia netta: le prime, il cui scopo è di tutelare i diritti delle parti nel tempo necessario all'emanazione della decisione nel merito, avrebbero come caratteristiche comuni quelle di avere ad oggetto beni indisponibili, essere opponibili ai terzi e non pregiudicare il merito. Proprio questi connotati costituirebbero la ratio dell'esclusione della competenza degli arbitri ad emanarle, riservandole invece alla competenza esclusiva dei giudici statali. Le misure provvisorie, invece, svolgono la funzione di cristallizzare una situazione per tutto il corso della procedura, o di anticipare gli effetti che scaturiranno dall'esito della futura decisione; queste ultime sarebbero di competenza degli arbitri, allorché non producano effetti nei confronti di terzi soggetti. Con riferimento a tale competenza arbitrale, è fatta salva in ogni caso la competenza del giudice dei *référés*, relativamente alla quale l'art 1458 NCPC¹⁰¹ impone la declinatoria in presenza di una convenzione arbitrale soltanto con riferimento al merito, e non anche all'emanazione di misure cautelari. Il sistema che si viene a creare vede quindi, per la prima tipologia di misure, un regime a competenza esclusiva dei giudici, mentre per la seconda si applica il principio di competenza concorrente. In Francia, dunque, si ha un regime c.d. a doppio binario, potendo le misure provvisorie essere emesse da un organo arbitrale, a differenza di quelle

¹⁰⁰ Istituto francese che consente al creditore di una somma determinata di denaro di soddisfare il proprio diritto prima della decisione definitiva, mediante un provvedimento basato su una valutazione sommaria.

¹⁰¹ Code de procédure civile.

conservative, regime che trova equilibrio anche grazie al particolare istituto del *référé-provision*. Quest'ultimo viene di norma definito come un istituto ibrido¹⁰², distinguendosi dalla maggior parte delle misure cautelari in relazione a due elementi: in primis, il requisito dell'urgenza non è imprescindibile, potendo il provvedimento essere disposto anche in assenza del *periculum in mora*, in secondo luogo, si tratta di un provvedimento di natura sommaria che riguarda lo stesso diritto controverso della domanda principale, sull'assunto che questo non sia oggetto di seria contestazione.

Infine, si possono citare ulteriori legislazioni che prevedono la competenza concorrente: la legge olandese sull'arbitrato del 1986 ha riconosciuto agli arbitri una vasta competenza in materia, affermando peraltro che la convenzione arbitrale non impedisce alle parti di rivolgersi ai giudici ordinari per ottenere l'emanazione di misure cautelari che per loro natura siano escluse dalla competenza arbitrale.¹⁰³ Inoltre, l'articolo 1049 del codice di procedura civile fa riferimento al potere degli arbitri di decidere la controversia per tramite di a «final award, a partial final award, or an interim award», distinguendo esplicitamente i lodi parziali da quelli volti all'assunzione di misure cautelari o con scopo di anticipare la decisione finale.

In Germania si è verificata una intensa evoluzione in tale ambito, passandosi dall'escludere generalmente la competenza arbitrale¹⁰⁴ (così come in Italia) al conformarsi al modello di competenza concorrente, predominante nel panorama europeo. Ciò è avvenuto grazie alla riforma dell'arbitrato tedesco del 1998, che ha novellato la sez. 1041 par. 1 ZPO, tramite la quale si è affermata la competenza cautelare degli arbitri, prevedendosi la facoltà della parte interessata di rivolgersi al giudice dello Stato, sia per la concessione di misure che per ottenere l'esecuzione del provvedimento arbitrale.¹⁰⁵ Secondo la nuova disciplina, dunque, la competenza degli arbitri può essere esclusa in via convenzionale dalle parti e, in caso di esecuzione di misure ingiustificate, è sancita dal paragrafo 4 della sezione 1041 la competenza del tribunale arbitrale per le domande

¹⁰² La natura ibrida dipende dal fatto che il giudice è chiamato ad esaminare la pretesa dei creditori nei suoi aspetti sostanziali, comportando la verifica dell'assenza di seria contestazione della domanda il rischio di interferenza nella sfera di competenza esclusiva arbitrale.

¹⁰³ Art 1022, comma 2, codice di procedura civile.

¹⁰⁴ Previgente sez. 1036 par. 1 ZPO.

¹⁰⁵ BOCKSTIEGEL, *Germany*, in PAULSSON, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 34, dicembre 2001 – op. cit. in Carlevaris, *Le misure cautelari nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006.

di risarcimento danni. Quanto alla competenza dell'autorità giudiziaria, è ammessa dallo stesso ZPO, che alla sezione 1033 riproduce in maniera quasi coincidente l'art 9 della legge modello, confermando la compatibilità di istanze cautelari rivolte al giudice ordinario, sia prima che dopo l'inizio di un procedimento arbitrale.

4.6. Legislazioni a competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria.

Abbiamo visto come la gran parte degli ordinamenti giuridici sancisca, in maniera espressa o implicita, il principio della competenza concorrente di arbitri e giudici in materia cautelare. Nonostante ciò, vi sono ancora ordinamenti che escludono *tout court* il potere cautelare degli arbitri, optando al contrario per la competenza esclusiva dei giudici statali. Escludendo in questa sede la trattazione della situazione italiana, di cui si è abbondantemente parlato in precedenza e di cui si tratterà in relazione al non più esistente divieto, si fa qui riferimento ad altri ordinamenti che hanno fatto una scelta in senso analogo.

In Argentina, la competenza cautelare arbitrale non è oggetto di una specifica disciplina, motivo per il quale la dottrina e giurisprudenza maggioritarie ricorrono all'art 753 del codice di procedura civile e commerciale, che afferma: «Los arbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución, deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación el proceso arbitral»¹⁰⁶, disposizione in cui si fa riferimento ad un generale dovere di assistenza del giudice che può consistere nell'emanazione di misure cautelari. Secondo distinte opinioni il divieto sancito dall'art 753 potrebbe essere derogato mediante apposito accordo che conferisce agli arbitri i poteri cautelari, mentre secondo altri esso sarebbe previsto soltanto in relazione alla fase esecutiva, facendo salvo il potere arbitrale di emanare le misure.¹⁰⁷

Altro esempio è quello del Québec, unica provincia del Canada a non essersi conformata al principio di competenza concorrente, relativamente al quale l'art 940 comma 4 della

¹⁰⁶ La norma afferma quindi che gli arbitri non possono decretare misure obbligatorie o esecutive, dovendole richiedere al giudice.

¹⁰⁷ V. Bombau, Attachments and Other Interim Court Remedies in Support of Arbitration: The Argentine Perspective.

legge sull'arbitrato del 1986 continua ad affermare la competenza esclusiva dei giudici in materia cautelare.

Infine, si può fare riferimento alla Cina, in cui l'art 258 della legge di procedura civile cinese e gli articoli 28 e 68 della *China Arbitration Law* sanciscono l'esclusività della competenza dei giudici in tale ambito, e al codice civile libico, in cui è indicata la facoltà per le parti di proporre istanza cautelare ai giudici, senza pregiudicare la devoluzione del merito della controversia agli arbitri.

In sintesi, dopo avere illustrato la situazione a livello internazionale, si può affermare come vi sia stata e vi sia una tendenza crescente verso una maggiore autonomia degli organi arbitrali rispetto ai giudici nazionali, il cui ruolo sembra essere limitato e sostitutivo. Si può dunque notare come per lunghissimo tempo l'ordinamento italiano sia stato l'unico all'interno dei confini europei a continuare ad escludere totalmente la competenza arbitrale, con i pochissimi ulteriori esempi visti anche al di fuori del territorio europeo. Ciò ha fatto sì che quello italiano non costituisse certamente la prima scelta quale ordinamento in cui stabilire la sede di un procedimento arbitrale internazionale, facendosi riferimento in proposito ad una vera e propria mancata appetibilità, e costringendo le parti ad optare per altre sedi. È dunque chiaro all'esito della trattazione relativa all'arbitrato internazionale e dell'analisi comparatistica svolta come il sistema italiano si sia per anni "isolato" nettamente rispetto a quasi tutti gli altri Stati, rappresentando questo un ulteriore motivo su cui hanno fatto leva tutti coloro che hanno criticato l'art 818 del codice di procedura civile e spinto per una riforma della disciplina arbitrale in tal senso, avendo alcuni definito la norma come "un dato di fatto duro a morire"¹⁰⁸, intervenuta soltanto nel 2022, molto tempo dopo rispetto a quanto si auspicasse.

¹⁰⁸ RICCI, Articolo 818, in *Arbitrato – Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-840* (a cura di Carpi), Bologna, 2001, p. 336.

CAPITOLO II

LA LEGGE DELEGA N. 206 DEL 2021: L'INCIPIT DI UN CAMBIAMENTO A LUNGO ATTESO

SOMMARIO: 1. Una luce infondo al tunnel: la legge delega n. 206 del 2021 – 2. Le novità in tema di arbitrato societario – 3. Considerazioni finali sulla legge delega – 1.1. Il contenuto della delega – 1.2. La delega ad introdurre il potere cautelare soltanto “nell’ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso” – 1.2.1. La questione del mero rinvio a regolamenti arbitrali – 1.2.2. L’indicazione della volontà delle parti manifestata nella convenzione di arbitrato o in “atto scritto successivo”: che cosa intendeva il legislatore? – 1.2.3. L’inciso “salva diversa disposizione di legge” – 1.3. Il riferimento al potere cautelare del giudice ordinario “nei soli casi di domanda anteriore all’accettazione degli arbitri” – 1.4. Il reclamo cautelare: il riferimento all’art 829 comma uno e all’ordine pubblico – 1.5. Il mancato riferimento alla disciplina della revoca e modifica del provvedimento cautelare – 1.6. La necessità di disciplinare le modalità di attuazione della misura “sempre sotto il controllo del giudice ordinario” – 2. Le novità in tema di arbitrato societario – 2.1. La prospettiva di un “riordino organico della materia e semplificazione della normativa” – 2.2. Le questioni su cui il legislatore delegato sarebbe necessariamente dovuto intervenire – 2.3. La competenza del giudice statale – 2.4. L’indicazione di prevedere “la reclamabilità dell’ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione della delibera” – 2.5. Coercizione dell’inibitoria – 2.6. La stabilità delle misure cautelari sospensive – 3. Considerazioni finali sulla legge delega

1. Una luce in fondo al tunnel: la legge delega n. 206 del 2021.

Dopo aver analizzato, all'interno del capitolo precedente, quello che è stato definito l'«anacronistico divieto»¹⁰⁹ che ha caratterizzato per anni l'ordinamento italiano e lo ha “isolato” nel contesto internazionale, è opportuno ora spostare l'attenzione su quello che invece è stato il primo passo verso una completa apertura dell'ordinamento in tal senso, che ha spianato la strada per i cambiamenti fondamentali da pochissimo intervenuti ad opera del legislatore in materia cautelare e arbitrato.

Dopo i vari interventi legislativi in tema di arbitrato che si sono susseguiti negli anni, cui abbiamo fatto riferimento precedentemente, si può dire che la speranza di un cambiamento radicale che riguardasse il potere degli arbitri di emanare provvedimenti cautelari si era ormai decisamente affievolita. È proprio in un contesto in cui in un certo senso non si attendeva più che si sono manifestate delle importanti prospettive di cambiamento. Il 9 gennaio 2020, infatti, un disegno di legge della riforma del codice di procedura civile¹¹⁰ veniva presentato dal Governo Conte, disegno di legge che, invece di spegnersi con l'esaurirsi della legislatura, era stato successivamente investito da un inaspettato maxi-emendamento, scaturito dai lavori della “Commissione Luiso”¹¹¹, a firma del nuovo Ministro della Giustizia, Marta Cartabia. La commissione presieduta dal prof. Francesco Paolo Luiso, infatti, incardinata presso il Ministero della giustizia nel marzo 2021 «per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi», aveva previsto nuovi rimedi per ridurre i tempi del processo verso una migliore efficienza nell'amministrazione della giustizia, intervenendo sul codice di procedura civile e sulle leggi speciali e proponendo dei correttivi al disegno di legge delega c.d. Bonafede. A questo punto il Senato e la Camera dei deputati hanno terminato i loro lavori, approvando una legge-delega con cui si chiedeva al Governo, prima del termine del 2022, di intervenire migliorando l'efficienza del processo civile e degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. È così che si è dato vita alla L. 26 novembre 2021, n. 206, articolata in un unico articolo di 44 commi. Per ciò che a noi interessa, il comma 15 lett. c) e f) si è occupato dei poteri cautelari degli arbitri.

¹⁰⁹ Carlevaris, Lett. c): *provvedimenti cautelari*, in Aa. Vv., *Commento ai principi in materia della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021*, in *Riv. Arb.* 2022, p. 30.

¹¹⁰ Si fa riferimento al D.D.L. n. 1662, recante “*Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie*”.

¹¹¹ “Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e strumenti alternativi”.

1.1. Il contenuto della delega

L'art 1, comma 15, lett. c), in particolare, aveva delegato il legislatore a «prevedere l'attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare misure cautelari nell'ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo, salva diversa disposizione di legge», (ii) a «mantenere per tali ipotesi in capo al giudice ordinario il potere cautelare nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri», (iii) a «disciplinare il reclamo cautelare davanti al giudice ordinario per i motivi di cui all'articolo 829, primo comma, del codice di procedura civile e per contrarietà all'ordine pubblico»; ed (iv) a «disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare sempre sotto il controllo del giudice ordinario». Quanto alla lett. f), questa ha riguardato un ambito più circoscritto, delegando il legislatore a (i) inserire all'interno del codice di procedura civile, nella prospettiva di un riordino organico della materia e di semplificazione della normativa sull'arbitrato societario, la disciplina contenuta nel D. Lgs 17 gennaio 2003, n.5, con conseguente abrogazione dello stesso, e di (ii) prevedere “la reclamabilità dell'ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione della delibera”.

Possiamo dunque affermare che la legge delega aveva posto le basi per intervenire su due “ambiti”, entrambi relativi alla stessa categoria: da un lato, alla lett. c), si faceva riferimento all'attribuzione agli arbitri dei poteri cautelari (soltanto con riferimento all'arbitrato rituale), seppur in maniera peculiare e unica anche da un punto di vista comparatistico, dall'altro lato, la lett. f) riguardava l'arbitrato societario, unico settore in cui il legislatore aveva previsto un'eccezione all'esclusione del potere di emanare provvedimenti cautelari.

Prima di passare all'analisi di come il legislatore delegato abbia agito a seguito della delega, intervenendo con il recentissimo d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, è opportuno esaminare in che termini la legge delega ne aveva posto le basi, che tipo di reazioni, già da questa, erano scaturite, e quali questioni si erano poste ed evidenziate nell'attendere che il legislatore provvedesse.

1.2. La delega ad introdurre il potere cautelare soltanto “nell’ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso”.

Un primo importante argomento che non può assolutamente non essere affrontato va oltre il semplice riferimento, ad opera del legislatore delegante, all’introduzione dei poteri cautelari degli arbitri. Meritano infatti particolare attenzione le modalità e le condizioni per l’esercizio del relativo potere, in relazione a quella che è stata, all’interno della delega, la disposizione di «prevedere l’attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare misure cautelari nell’ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo, salva diversa disposizione di legge». Nonostante, infatti, mediante l’art 15, lett. c) si sia sgretolato definitivamente un feticcio¹¹², - quello dell’impossibilità per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelari - lo si è fatto andando a prevedere un potere non assoluto, bensì condizionato dal necessario ed esplicito accordo tra le parti¹¹³. Il requisito dell’espressa attribuzione dei poteri cautelari da parte dei compromittenti non è certamente un principio già incontrato nelle leggi straniere sull’arbitrato, che prevedono anzi, genericamente, la regola dell’attribuzione agli arbitri dei poteri cautelari, dovendo le parti espressamente indicarne l’esclusione¹¹⁴, nel caso in cui vogliano agire in tal senso¹¹⁵. Rinviamo al capitolo successivo un commento più approfondito sulla relativa previsione, soprattutto in riferimento alla nuova disciplina dettata dal decreto n. 149/2022, ci basti dire che la prima, già a seguito della delega, aveva suscitato non poche perplessità giustamente evidenziate dai commentatori, ritenendosi che rischiasse di «limitare significativamente la portata innovativa della riforma»¹¹⁶. Si è trattato forse dell’aspetto maggiormente criticato della delega, avendo molti lamentato il fatto che il legislatore delegante non fosse stato sufficientemente deciso, facendo riferimento ad un potere che continuava a non

¹¹² Briguglio, *Commento ai principi*, p. 4.

¹¹³ Secondo Amendolagine in “riforma processo civile: rapporti tra tutela cautelare e arbitrato”, in IUS, 2022, p.4, il legislatore avrebbe non abolito ma più semplicemente “ripensato” il divieto.

¹¹⁴ Secondo Zumpano, in “ADR e riforma del processo civile”, in *Questione Giustizia*, 2021, p.140, la medesima disciplina avrebbe dovuto trovare applicazione anche in Italia, prevedendo cioè come regola generale il potere degli arbitri di emettere misure cautelari e facendo salva la volontà contraria delle parti.

¹¹⁵ Si fa riferimento, ad esempio, alla legge svizzera di diritto internazionale privato, il cui art 183, 1° comma, sancisce “*Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d’une partie.*”

¹¹⁶ Carlevaris, in *Commento ai principi*, p. 39.

essere completamente “abbandonato” alla figura dell’arbitro. Secondo altri, invece, la commissione sarebbe stata “giustamente cauta”, senza andare a stravolgere del tutto delle disposizioni introdotte non così tanto tempo fa.¹¹⁷

1.2.1. La questione del mero rinvio a regolamenti arbitrali.

Una specifica questione che si era prospettata in dottrina circa la necessaria espressa volontà delle parti di attribuire agli arbitri il potere cautelare riguardava la possibilità che questa potesse essere integrata dal rinvio, all’interno della convenzione arbitrale, ad un regolamento arbitrale precostituito al cui interno fosse previsto il potere cautelare degli arbitri¹¹⁸. Si è già in precedenza affermato che la maggior parte dei regolamenti italiani delle istituzioni arbitrali, da molto prima che il legislatore delegante intervenisse in tale ambito, sancisce il potere degli arbitri di emanare provvedimenti cautelari, tanto che si era fatto riferimento al rischio del fenomeno delle “tigri di carta”¹¹⁹ dato dalla precedente “incoerenza” tra i regolamenti e il divieto di cui al previgente art 818 c.p.c. È chiaro infatti che, nonostante i regolamenti già riconoscessero il relativo potere, la concreta applicazione delle norme dipendeva dalla legge nazionale applicabile, non potendo dunque le stesse trovare applicazione nel caso di arbitrato che avesse sede in Italia, ma soltanto nel caso di Stati i cui ordinamenti interni prevedessero il potere cautelare arbitrale. Se questa era la situazione data dalla disciplina dell’art 818 c.p.c., la legge delega ha prospettato la possibilità di un cambiamento di rotta, per cui se il divieto era la causa della mancata applicazione delle disposizioni regolamentari nel caso di arbitri aventi sede in Italia, l’eliminazione dello stesso avrebbe determinato la compatibilità delle stesse disposizioni con la legge italiana.

¹¹⁷ In tal senso C. Rasia in “Prime riflessioni sul progetto della commissione Luiso in materia di arbitrato”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, p. 1071, afferma che la commissione abbia scelto di non intraprendere la strada di una vera e propria quarta riforma, avendo solo “aggiustato il tiro nell’ambito di una delega circoscritta conferita per intervenire solo su alcune aporie del nostro ordinamento”.

¹¹⁸ Questione prospettata da Tota, “I poteri cautelari degli arbitri nella legge di delega n. 206/2021” in *Judicium*, 2/2022, p. 173.

¹¹⁹ Vedi cap. 1, par. 3.6.

Detto ciò, come pocanzi anticipato, la questione che era sorta in merito alla delega si poneva in tali termini: considerata la necessità di una «espressa volontà delle parti» ai fini dell'attribuzione del potere cautelare agli arbitri, sarebbe stato sufficiente rinviare ad un regolamento precostituito attributivo del relativo potere, ovvero sarebbe comunque stato doveroso uno specifico accordo tra le parti? Considerando che una previsione in tal senso, in sede di delega, non vi è stata, si poteva soltanto immaginare una risposta mediante alcune riflessioni. Si poteva ritenere che la potestà cautelare dei collegi arbitrali costituiti nel contesto di un arbitrato amministrato da un'istituzione il cui regolamento prevedesse il relativo potere in capo agli arbitri si sarebbe potuta affermare anche in assenza di una espressa previsione del legislatore delegato della sufficienza del rinvio ad un regolamento arbitrale, in quanto si poteva affermare che l'attuazione del criterio direttivo di delega circa i poteri cautelari degli arbitri avesse, di per sé, l'effetto di «rimuovere il limite attualmente esistente all'operatività delle norme regolamentari che prevedono poteri cautelari in capo agli arbitri»¹²⁰. Tuttavia, si è anche rilevato come fosse altrettanto probabile che gli interpreti optassero per una soluzione “più rigorosa”¹²¹, conformemente al riferimento ad una “espressa” volontà dei compromittenti in senso stretto, non accettando il mero richiamo ad un regolamento precostituito che contempri la potestà cautelare ma esigendo, per l'appunto, un esplicito accordo delle parti. Si vedrà, esaminando le nuove disposizioni introdotte e modificate dal decreto n. 149 del 2022, come il legislatore abbia risolto la questione.

1.2.2. L'indicazione della volontà delle parti manifestata nella convenzione di arbitrato o in “atto scritto successivo”: che cosa intendeva il legislatore?

Sempre in relazione all'attribuzione del potere cautelare agli arbitri, una questione particolare è sorta, a seguito della delega, in riferimento alla previsione che la volontà delle parti potesse essere “manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo”. Non s'intende il riferimento alla convenzione d'arbitrato, in quanto è chiaro che il legislatore delegante si riferisse ai tre tipi di accordo compromissorio che

¹²⁰ Tota, op. cit. p. 174.

¹²¹ Tota, op cit. p. 175.

l'ordinamento conosce (compromesso, clausola compromissoria e convenzione di arbitrato in materia non contrattuale), bensì la previsione di un "atto scritto successivo". In primo luogo si è rilevato come tale indicazione potesse ostacolare notevolmente l'esercizio dei poteri cautelari da parte degli arbitri da un punto di vista pratico, considerando che, seppur la volontà delle parti di attribuire agli arbitri il potere cautelare possa essere manifestata anche dopo la sottoscrizione della convenzione di arbitrato, una volta che la controversia sia sorta è molto improbabile che le parti siano disposte ad accordarsi in tal senso, finendo quindi, la disposizione, per "obbligare" le parti a formulare in maniera accorta il patto compromissorio.¹²² Si trattava di un altro di quegli elementi che il legislatore delegante aveva inserito nella delega senza tuttavia occuparsene in maniera specifica, né facendo riferimento a quali effettivamente fossero gli atti successivi e facendo sorgere il dubbio precedentemente illustrato circa il rinvio a regolamenti arbitrali, né considerando la scarsa rilevanza pratica e l'improbabilità di un atto successivo che disponesse in tal senso.

A tal proposito, si è trattato di una di quelle questioni relativamente alle quali si è sperato in un più incisivo intervento del legislatore delegato, che si vedrà aver modificato la portata della condizione cambiandone parzialmente i termini¹²³.

1.2.3. L'inciso "salva diversa disposizione di legge"

La prima parte della lett. c) del comma 15 presentava l'inciso "salva diversa disposizione di legge", quello stesso inciso che era stato introdotto all'interno dell'art 818 c.p.c. per mezzo del d.lgs. del 2 febbraio 2006 n. 40. Si è visto, nel capitolo precedente, che l'inciso è stato considerato di fondamentale importanza nella "storia" del divieto dell'ordinamento italiano relativo al potere cautelare arbitrale, in quanto molti, dal momento della sua introduzione, hanno visto in esso una primissima apertura del

¹²² Problematica evidenziata da Tota, "I poteri cautelari degli arbitri nella legge di delega n. 206/2021" in *Judicium*, 2/2022, p.176. Così anche Carlevaris in "commento ai principi", p.32, secondo cui «da un punto di vista pratico, un accordo sul punto successivo all'insorgere della controversia, quando gli interessi delle parti, anche rispetto alle forme di tutela disponibili davanti agli arbitri, tendono a divergere, sembra comunque assai improbabile.»

¹²³ Carlevaris, op. cit. p. 32.: «La portata effettiva di questa condizione dipenderà da come i decreti delegati o, nel silenzio di questi, l'interprete la intenderà.»

legislatore verso quella che un giorno avrebbe potuto essere una completa rimozione del divieto stesso, cosa che in effetti poi vi è stata, come si avrà l'occasione di illustrare. Si sa, infatti, che l'inciso è stato introdotto per tramite della riforma del 2006 sia per tenere conto di eventuali aperture settoriali, ma soprattutto in relazione a quell'eccezione all'esclusione della competenza cautelare arbitrale che era stata prevista dall'art 35 comma 5 d.lgs. n 5/2003, relativamente al potere degli arbitri, in sede di arbitrato societario, di disporre la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari, costituendo a tal proposito l'inciso una disposizione piuttosto ambigua e soggetta a diverse interpretazioni.¹²⁴

La legge delega mirava quindi a capovolgere la situazione per anni dettata dall'art 818 c.p.c.: se prima, infatti, la regola era quella del divieto per gli arbitri di esercitare il potere cautelare "salvo diversa disposizione di legge", la delega riconosceva il potere degli arbitri di agire in tal senso "salva diversa disposizione di legge", con l'effetto dunque di poter escludere il relativo potere. Il persistente richiamo ad una diversa disposizione normativa che prevedesse in senso opposto non sarebbe stato, secondo alcuni, del tutto congruo, avendo sostanzialmente testimoniato una tenace e continua sfiducia nei confronti degli arbitri circa l'emanazione di provvedimenti notevolmente invasivi della sfera giuridica delle parti¹²⁵. Altri, invece, ritenevano che la limitazione fosse in realtà "innocua", facendo riferimento al fatto che, anche nel caso in cui il la clausola non fosse stata indicata, il legislatore avrebbe comunque potuto, nei limiti costituzionali della ragionevolezza, escludere il potere cautelare degli arbitri.¹²⁶ In tale prospettiva l'inciso avrebbe avuto semplicemente il fine di rafforzare il riconosciuto potere di emanare provvedimenti arbitrali affermato precedentemente, potendo l'esclusione dello stesso essere data solo ed esclusivamente da una espressa norma di divieto. Si può infine ritenere, più correttamente, che l'intento del legislatore delegante sia stato non tanto quello di far salve eventuali future disposizioni che escludessero espressamente il potere cautelare degli arbitri, ma, piuttosto¹²⁷, di non pregiudicare l'applicabilità di previsioni

¹²⁴ Vedi cap. 1, par. 3.4.

¹²⁵ Così affermato da Carlevaris, op. cit.

¹²⁶ Così ritenuto da Carlevaris, op. cit., nonché da Tota, op. cit. 173.

¹²⁷ Così ritenuto da Tiscini, in "La riforma Cartabia del processo civile, commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149", commento di M. Farina.

che, secondo la legge, sanciscano l'esercizio del relativo potere da parte degli arbitri a prescindere dalla volontà delle parti.¹²⁸

Si vedrà, commentando la nuova disposizione di cui all'art 818 c.p.c. come modificata dal decreto 149/2022, come il legislatore delegato abbia in questa sede deciso di rimuovere l'inciso "salva diversa disposizione di legge", con le relative conseguenze.

1.3. Il riferimento al potere cautelare del giudice ordinario "nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri".

Il legislatore delegante non si è limitato ad attribuire agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari, ma ha anche provveduto a regolare i rapporti tra questi ultimi e i giudici statali circa l'esercizio dei relativi poteri, chiedendo al legislatore delegato di «mantenere [...] in capo al giudice ordinario il potere cautelare nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri». Da ciò si evince come il delegante abbia optato per un tipo di competenza non concorrente (come nella gran parte delle legislazioni straniere¹²⁹) bensì esclusiva degli arbitri, riconoscendo tuttavia una potestà cautelare residuale dei giudici ordinari tutte quelle volte in cui i primi non abbiano ancora accettato la nomina, non essendo dunque venuto ad esistenza l'organo arbitrale. Vi sarebbe stato, quindi, un cambiamento radicale rispetto al passato, da un regime a competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria sempre e comunque (con l'unica eccezione in tema di arbitrato societario) ad uno a competenza esclusiva degli arbitri, escludendo, per l'appunto, la competenza concorrente di entrambi nella fase successiva. Era stato rilevato come il riferimento all'"accettazione degli arbitri" come *dies a quo* fissato per l'esclusione della competenza dell'autorità giudiziaria potesse dar vita ad incertezze nel caso di arbitrato amministrato¹³⁰, in quanto i regolamenti arbitrali spesso contengono

¹²⁸ Si fa riferimento all'unico caso di competenza cautelare ex lege degli arbitri, ossia l'art 35 comma quinto del d.lgs. 5/2003.

¹²⁹ per es., art. 17J della legge modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale, come modificata nel 2006: "*A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration*"

¹³⁰ Così Carlevaris, op. cit. p. 32.

requisiti ulteriori e successivi all'accettazione della nomina per poter effettivamente iniziare il giudizio arbitrale. A tal proposito era, infatti, stato ritenuto opportuno «che di questa possibile discrepanza si tenga conto nella normativa delegata o, in mancanza, in sede interpretativa, per evitare un vuoto di tutela cautelare nella fase successiva all'accettazione del mandato da parte degli arbitri, ma prima che essi siano effettivamente posti in grado di provvedere»¹³¹. Ad ogni modo, il riferimento ad una competenza esclusiva degli arbitri e meramente “residuale” dell'autorità giudiziaria, prospettato nella delega, era sicuramente fonte di non poche riflessioni, considerata la totale inversione di rotta rispetto al passato. Da un lato, si sarebbe potuto affermare che, se il legislatore delegato avesse effettivamente disposto in tal modo, la disciplina così prevista avrebbe avuto il pregio di evitare una lesione del diritto di difesa delle parti, che non avrebbero altrimenti potuto godere di alcuna tutela nel periodo compreso tra la notificazione della domanda arbitrale e la costituzione; così come si sarebbe tutelata in maniera assoluta l'autonomia dell'istituto arbitrale, escludendo un potere giudiziale concorrente a procedimento iniziato¹³². Allo stesso tempo, però, la soluzione scelta dal legislatore delegante non era certamente priva di aspetti negativi. In particolare¹³³, questa non era in grado di prevenire completamente il rischio che i poteri giudiziali e arbitrali si sovrapponevano tutte le volte in cui una misura cautelare venisse disposta correttamente dal giudice ordinario (ad esempio in fase di reclamo) dopo l'accettazione da parte degli arbitri, oppure quando questi sono chiamati a pronunciarsi su una richiesta di cautela già presentata al tribunale senza successo. Inoltre, nel formulare il criterio di delega non si è considerato che la mancanza di tutela per le parti può verificarsi non solo tra la notifica della domanda di arbitrato e la costituzione del collegio arbitrale, ma anche in altre situazioni in cui quest'ultimo, anche se costituito regolarmente, non è in grado di pronunciarsi tempestivamente per varie ragioni, come la sostituzione o la decadenza di uno dei suoi membri¹³⁴. Si può affermare che la previsione della legge delega abbia costituito forse fonte di critiche piuttosto che di apprezzamenti, per cui il legislatore

¹³¹ Carlevaris, op. cit. p. 34.

¹³² Tota, op. cit. p. 176.

¹³³ Problematiche evidenziate da Tota, op. cit.

¹³⁴ A tal proposito Tota, in op. cit., p. 178, affermava che «Al fine di evitare future incertezze interpretative e oscillazioni giurisprudenziali, è allora auspicabile che, in sede di attuazione della delega, si provveda a meglio delineare l'ambito dell'intervento cautelare degli organi statuali, ricomprendendovi anche i casi di temporanea incapacità di funzionamento dell'ufficio arbitrale.»

avrebbe forse optato per un *favor arbitrati* eccessivo e non necessario il cui effetto non sarebbe stato quello di rispondere all'interesse delle parti, che avrebbero anzi maggiormente giovato della possibilità di scegliere tra arbitro e giudice in relazione alla specificità del caso concreto.¹³⁵

Se certamente il legislatore delegante era stato mosso da un condivisibile intento, vale a dire di salvaguardare l'autonomia e l'indipendenza arbitrale mai avutasi prima di questo momento in materia cautelare, probabilmente "spaventato" di perdere l'occasione di un vero cambiamento, forse questa eccessiva preoccupazione ha avuto l'effetto opposto di limitare la portata dell'intervento, ma se ne parlerà più specificamente vedendo come il legislatore delegato abbia modificato l'art 818 c.p.c. in tal senso.

1.4. Il reclamo cautelare: il riferimento all'art 829 comma uno e all'ordine pubblico.

La delega proseguiva indicando al legislatore di «disciplinare il reclamo cautelare¹³⁶ davanti al giudice ordinario per i motivi di cui all'articolo 829, primo comma, del codice di procedura civile e per contrarietà all'ordine pubblico». A tal proposito, "l'impressione che l'antica diffidenza non sia del tutto superata"¹³⁷ si faceva notare anche e soprattutto in riferimento a tale previsione, affidandosi il reclamo dei provvedimenti cautelari all'autorità giudiziaria.

Il legislatore delegante aveva innanzitutto fatto riferimento al reclamo in maniera del tutto peculiare, prevedendolo soltanto per quegli *errores in procedendo* indicati al comma 1 dell'art 829 c.p.c. e per contrarietà all'ordine pubblico. Ciò significava "snaturare" il reclamo stesso, trasformandolo dal tipico mezzo di gravame che questo di norma è in un mezzo di impugnazione a critica vincolata, escludendo quindi che il giudice ordinario

¹³⁵ Così ritenuto da Carlevaris, op. cit. p. 35. secondo cui, inoltre, "L'inadeguatezza dei poteri arbitrali si manifesta ancora più chiaramente rispetto a provvedimenti la cui efficacia dipenda dal loro 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."

¹³⁶ Si vedrà anche, a tal proposito, il criterio direttivo di cui al comma 15, lett. f), che demandava al legislatore delegato di «prevedere altresì la reclamabilità dell'ordinanza di cui all'art. 35, comma 5, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, che decide sulla richiesta di sospensione della delibera».

¹³⁷ Zumpano, op. cit. 140.

potesse sindacare il merito del provvedimento cautelare (e dunque la valutazione effettuata dall'arbitro circa il *fumus boni iuris*) e limitandone la portata ai soli motivi attinenti la validità. È chiaro che la ragione che spingeva il legislatore a disporre in tal modo era quella di preservare il più possibile il procedimento arbitrale dall'ingerenza del giudice statale, salvaguardando dunque l'autonomia dello stesso e facendo in modo di discostarsi il più possibile da un modello che per anni aveva visto come elemento caratterizzante l'"intromissione" dei giudici nel campo arbitrale. Nonostante il nobile intento, tuttavia, tale scelta non è stata di certo esente da critiche, in particolar modo in relazione ai motivi di reclamo, quegli stessi motivi che l'art 829 c.p.c. comma 1 prevede per l'impugnazione per nullità del lodo. È stato rilevato, correttamente, che, da un lato, alcuni di quei motivi non avrebbero avuto nulla a che fare con il reclamo cautelare, considerata la diversa natura ed effetti rispetto al lodo; dall'altro lato, tuttavia, il richiamo ai suddetti motivi è stato ritenuto "problematico per difetto", lamentando di non aver il legislatore previsto alcuna possibilità di sindacato del provvedimento quantomeno in relazione alla corretta applicazione delle disposizioni sostanziali e processuali relative ai tipi di cautela.¹³⁸

Quanto al primo aspetto, era dunque stato rilevato come soltanto alcuni dei vizi di nullità di cui all'art 829 comma 1 potessero in realtà valere anche con riferimento al reclamo cautelare: ci si riferiva, ad esempio, al n. 5, circa la mancanza nel provvedimento della motivazione, del dispositivo o della sottoscrizione degli arbitri; o ancora al n. 11, relativo alla contraddittorietà all'interno del dispositivo o tra dispositivo e motivazione, o ancora ai n. 9 e 12 circa la violazione dei principi del contraddittorio e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Altri vizi, invece, si riteneva non potessero estendersi a provvedimenti diversi da quello che definisce la controversia.¹³⁹ Si riteneva per questi

¹³⁸ Così Briguglio in *commento ai principi*, p. 6. che, tra l'altro, afferma, in esempio: «se tre arbitri-ingegneri concedono un sequestro giudiziario fuori dai limiti dell'art. 670 c.p.c. siamo davvero sicuri che la tendenziale impermeabilità del giudizio arbitrale rispetto alle censure per violazione di legge debba proteggere anche quel sequestro in sede di reclamo cautelare.»

¹³⁹ Così affermato da Tota in op. cit., che in tal senso fa riferimento ai vizi di cui 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. In maniera parzialmente diversa Carlevaris in op. cit. afferma che «non sembrano per esempio automaticamente applicabili alla materia cautelare i motivi di impugnazione dei lodi di cui ai numeri 1, 2, 3, 4 e 10 (relativi alla validità e all'ambito di applicazione della convenzione arbitrale, alla regolarità della costituzione del tribunale arbitrale, alla capacità di essere arbitro e all'erronea declinatoria di competenza) e 9 (violazione del contraddittorio) dell'art. 829 cod. proc. civ.»

motivi opportuno che, in attuazione della delega, il legislatore provvedesse ad elaborare motivi di reclamo compatibili con il provvedimento stesso, individuandone di nuovi o adattando quelli di cui all'art 829 comma 1.¹⁴⁰

Ulteriore questione sorta a causa della non sufficiente specificità del legislatore delegante riguardava gli effetti dell'accoglimento del reclamo: ci si chiedeva infatti se, analogamente a quanto previsto dall'art 669-terdecies, all'accoglimento seguisse una nuova pronuncia volta a modificare il provvedimento impugnato, ovvero se il giudice dovesse esclusivamente provvedere alla fase rescindente, revocando il provvedimento e rimettendo agli arbitri il riesame delle ragioni poste alla base della domanda cautelare.¹⁴¹

Nessun dubbio suscitava l'ipotesi in cui il giudice dell'impugnazione avesse accertato la mancanza di una disposizione pattizia attributiva del potere cautelare all'arbitro, relativamente alla quale è chiaro che il primo avrebbe potuto e dovuto emanare una nuova pronuncia sostitutiva della prima. In tutti gli altri casi, la questione invece era più problematica: si è correttamente evidenziato come la volontà espressa dalle parti nel patto compromissorio circa la competenza cautelare degli arbitri e *voluntas legis* risultante dal criterio direttivo di delega in questione avrebbero dovuto far propendere per un'interpretazione che escludesse la possibilità per il giudice dell'impugnazione di procedere al riesame del merito cautelare. Dall'altro lato, tuttavia, la soluzione sarebbe stata contraria alle esigenze di celerità e snellezza della tutela cautelare e avrebbe determinato un'irragionevole disparità di trattamento rispetto al provvedimento cautelare emanato dall'autorità giudiziaria, considerando che la disciplina prevista dal legislatore delegante avrebbe trovato applicazione soltanto in riferimento ai provvedimenti cautelari pronunciati nell'ambito di procedimenti arbitrali. Date tutte le questioni e i dubbi sorti in relazione alla delega, sarà opportuno in apposita sede vedere se e come il legislatore delegato abbia provveduto a disporre, e se si sia occupato di risolvere le suddette problematiche.

¹⁴⁰ Così veniva sottolineato da Carlevaris, op. cit. p. 39.

¹⁴¹ Questione opportunamente segnalata da Tota, op. cit., 179.

1.5. Il mancato riferimento alla disciplina della revoca e modifica del provvedimento cautelare.

Il legislatore delegante non ha fatto alcun espresso riferimento né alla revoca né alla modifica dei provvedimenti cautelari in arbitrato, genericamente disciplinati all'interno del codice di procedura civile dall'art 669-decies. Nonostante la mancata attenzione del legislatore a tale specifico profilo, sarebbe stato illogico escludere l'applicazione di tali rimedi nell'ambito del procedimento arbitrale, non potendosi rilevare alcuna differenza tra provvedimenti cautelari in tal senso. Ferma restando, dunque, la possibilità di proporre istanza per la modifica o revoca del provvedimento, un dubbio che sorgeva a causa dell'assenza di disciplina della delega risiedeva nella competenza ad adottare le suddette misure: questa sarebbe spettata al giudice ordinario, analogamente a quanto espressamente previsto per il reclamo (e per l'attuazione dei provvedimenti cautelari), ovvero agli arbitri? E in che termini avrebbero dovuto definirsi i rapporti tra revoca/modifica e reclamo? Era stato rilevato come l'esplicito riferimento del legislatore delegante circa la necessità di attuare le misure cautelari sotto il controllo del giudice ordinario avrebbe potuto far ritenere, circa i rapporti tra reclamo e modifica/revoca, di doversi applicare la disciplina prevista per il procedimento cautelare uniforme¹⁴². In tal modo, tuttavia, si sarebbe data per scontata la totale replicabilità della relativa disciplina anche in materia arbitrale, incoerentemente rispetto alla specifica volontà del legislatore delegante di prevedere un regime differenziato relativo al reclamo nei confronti dei provvedimenti cautelari rispetto a quello di cui all'art 669-terdecies, indice di inevitabili differenze tra le due ipotesi. Inoltre, anche a volere ritenere applicabili le disposizioni del procedimento cautelare uniforme, si sarebbe comunque dovuto tenere in considerazione il carattere "residuale" del rimedio di revoca/modifica rispetto al reclamo, per cui eventuali «mutamenti nelle circostanze» o «fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare»¹⁴³ avrebbero dovuto dedursi nell'ambito del reclamo tutte le volte in cui fosse ancora possibile, essendo quindi anche in tal caso il giudice ordinario a doversi pronunciare. Tale conclusione non era,

¹⁴² Briguglio in *commento ai principi*, p.6, che tuttavia proseguiva affermando «Ma la cosa mi parrebbe incongrua perché espropriativa, oltre quanto non lo è già l'inevitabile reclamo, della signoria arbitrale, voluta dalle parti, sulla vicenda contenziosa anche in relazione delle sopravvenienze.»

¹⁴³ Art 669-decies comma 1.

tuttavia, del tutto convincente, in particolare in ragione al fatto che se il legislatore delegante avesse voluto attribuire la competenza per la revoca/modifica al giudice statale, probabilmente lo avrebbe espressamente indicato così come ha provveduto per il reclamo stesso, cosa che al contrario non è avvenuta¹⁴⁴.

Nell'attesa che il legislatore delegato provvedesse a chiarire tali aspetti, vi sono degli elementi su cui alcuni dei commentatori¹⁴⁵ della legge delega si sono soffermati. In primis, si era fatto giustamente notare che, anche nel caso in cui si fosse optato per escludere l'applicabilità dell'art 669-decies e dunque del procedimento cautelare uniforme, vi sarebbe stato in ogni caso l'art 816-bis, ult. comma, c.p.c.¹⁴⁶ all'interno del quale si potevano certamente comprendere anche le ordinanze cautelari, pertanto è su questa norma che si sarebbe trovata la fonte del potere arbitrale di provvedere mediante revoca/modifica nel caso di mutamenti di circostanze. Inoltre, un'importante considerazione era quella per cui il reclamo disciplinato dal legislatore delegante in sede arbitrale, come precedentemente visto, aveva caratteristiche diverse rispetto al reclamo "ordinario", non potendosi rilevare mediante tale rimedio qualsiasi vizio ma esclusivamente quelli espressamente richiamati (strumento di impugnazione a critica vincolata); per questo motivo, quello specifico regime dettato dagli artt. 669-decies, commi 1 e 2, e 669-terdecies, comma 4¹⁴⁷, c.p.c. non avrebbe forse potuto trovare applicazione in sede arbitrale, proprio a causa della diversa natura del reclamo in tale sede e dell'impossibilità di rilevare ogni vizio, compresa la sopravvenienza di fatti nuovi. In conclusione, anche qualora pendesse il giudizio di reclamo, le circostanze e i motivi sopravvenuti avrebbero dovuto essere dedotti dinnanzi agli arbitri affinché questi potessero esercitare il potere di revoca o modifica di cui all'art 669-decies.

Si approfondirà la questione commentando i nuovi articoli e i già esistenti modificati dal d.lgs. 149/2022, verificando in tale sede se il legislatore delegato abbia provveduto a

¹⁴⁴ Riflessione di Tota, op. cit. 180.

¹⁴⁵ Si fa qui riferimento ad aspetti evidenziati da Tota, in op. cit.

¹⁴⁶ «Su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito.»

¹⁴⁷ «Le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento. Il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti. Non è consentita la rimessione al primo giudice.»

sciogliere i dubbi dettati da una mancata indicazione del delegante, ovvero se questi debbano essere risolti in via interpretativa.

1.6. La necessità di disciplinare le modalità di attuazione della misura “sempre sotto il controllo del giudice ordinario”.

La lett. c) terminava delegando il legislatore a «disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare sempre sotto il controllo del giudice ordinario». La soluzione prevista da tale disposizione, come sottolineato da Zumpano, riproduceva il modello maggiormente diffuso fra gli ordinamenti europei, distinguendo la fase di emanazione del provvedimento, svolta dall'arbitro in quanto espressione del potere dichiarativo, dalla fase attuativa della misura, che, consistendo nell'esercizio di poteri coercitivi, doveva sempre avvenire «sotto il controllo del giudice ordinario». In realtà, è opportuno affermare che una fase attuativa della misura cautelare non sarebbe «sempre» necessaria in sede arbitrale, e dunque rimessa in ogni caso alla competenza del giudice ordinari; in tal senso, come visto in precedenza commentando l'introduzione del potere degli arbitri di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari in materia di arbitrato societario¹⁴⁸, gli arbitri non sarebbero dotati del solo potere di emettere misure cautelari che necessitino di un intervento coercitivo di trasformazione della realtà materiale¹⁴⁹, potendo invece provvedere a concedere quelle misure che di tale trasformazione in senso stretto non abbiano bisogno, vale a dire quelle che vengono definite come misure *self-executing*. Vi sarebbero dunque delle ipotesi in cui, nonostante la rigorosa previsione del legislatore circa il controllo del giudice ordinario, la fase dell'attuazione potrebbe comunque aversi in sede arbitrale, ferma la necessità di rivolgersi in ogni caso al giudice statale nell'ipotesi di mancato adempimento spontaneo e dunque necessità di esecuzione coattiva.

Questione fondamentale che sorgeva dall'attribuzione del potere cautelare arbitrale era la necessità di elaborare un regime di attuazione dei provvedimenti, che la legge delega prevedeva, dando istruzione al legislatore di «disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare» ma senza altro di fatto indicare circa le relative modalità. Si può affermare che non sarebbe stata utile per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti cautelari la Convenzione di New York relativa all'esecuzione dei lodi

¹⁴⁸ Capitolo 1, par. 3.3.

¹⁴⁹ U. Corea, in “Commentario alle riforme del processo civile”, p. 839, a cura di Briguglio e Capponi.

esteri¹⁵⁰, considerando in primis che la Convenzione riguarda esclusivamente le decisioni estere, non potendosi applicare a quei provvedimenti emanati in arbitrati aventi sede nello stesso ordinamento; inoltre, il riferimento al “lodo” all’interno della convenzione sembra escludere che questo possa riguardare anche i provvedimenti cautelari, riferendosi ad un provvedimento caratterizzato da una stabilità che i questi per loro natura non hanno. Guardando, invece, alle norme nazionali, il controllo del giudice ordinario cui faceva espresso riferimento la delega poteva realizzarsi mediante differenti modelli legislativi: in primo luogo, si sarebbe potuto riconoscere il provvedimento cautelare mediante *exequatur*, vale a dire per tramite di un provvedimento del giudice ordinario che provvedesse semplicemente a rendere efficace il provvedimento cautelare, al pari di quanto previsto per il lodo ai sensi dell’art 825 c.p.c.¹⁵¹; in secondo luogo, un modello alternativo sarebbe stato quello “di assistenza dell’autorità giudiziaria”, con un intervento certamente più incisivo ad opera del giudice che, non avrebbe semplicemente reso efficace il provvedimento senza modificarne il contenuto, ma avrebbe emesso un autonomo provvedimento volto ad attuare la relativa misura. Date le varie possibilità che si potevano prospettare a seguito della delega, era stato indicato dai commentatori a quest’ultima che l’unica cosa da fare era attendere che il legislatore delegato provvedesse a specificare quale modello avrebbe dovuto seguirsi, ritenendo genericamente che, volendosi perseguire quel fondamentale fine di preservare l’autonomia e indipendenza dell’organo arbitrale, la soluzione più coerente sarebbe stata quella di limitare al minimo indispensabile l’ingerenza in tal senso dell’autorità giudiziaria, prevedendo esclusivamente il potere di quest’ultima di attribuire al provvedimento cautelare l’efficacia esecutiva in caso di mancato spontaneo adempimento ad opera delle parti rispetto al provvedimento stesso¹⁵².

2. *Le novità in tema di arbitrato societario.*

¹⁵⁰ Così rilevato da Carlevaris, op. cit., p. 36.

¹⁵¹ Modello adottato dalla legge modello UNCITRAL con la revisione del 2006 (articoli 17H, par. 1 e 17I, par. 1).

¹⁵² Secondo Tota, op. cit. p. 182-183.

Dopo aver esaminato le disposizioni indicate dal legislatore delegante circa l'introduzione del potere degli arbitri di emanare provvedimenti cautelari, capovolgendo completamente la situazione dettata dall'allora art 818 c.p.c., e aver concentrato l'attenzione su quelle questioni e quei dubbi inevitabilmente sorti da un intervento a tratti non specifico, è opportuno focalizzarci su un altro ambito che è stato oggetto della delega in relazione ai poteri cautelari arbitrali. Come anticipato, l'art 1, comma 15, lett. f) aveva riguardato in maniera specifica l'arbitrato societario, chiedendo al legislatore di (i) inserire all'interno del codice di procedura civile, nella prospettiva di un riordino organico della materia e di semplificazione della normativa sull'arbitrato societario, la disciplina contenuta nel D. Lgs 17 gennaio 2003, n.5, con conseguente abrogazione dello stesso, e di (ii) prevedere "la reclamabilità dell'ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione della delibera". Si è trattato, dunque, di previsioni che sono state definite "apparentemente molto semplici e poco innovative"¹⁵³; se si guarda, infatti, alle relative disposizioni, da una prima lettura quanto previsto dal delegante avrebbe potuto sembrare qualcosa di semplice, vale a dire semplicemente di "spostare" quella che era la disciplina dell'arbitrato societario a lungo contenuta all'interno del d.lgs. 5/2003 (unico ambito in cui, come ampiamente visto, era riconosciuto agli arbitri il potere di emanare un provvedimento cautelare) all'interno del codice di procedura civile assieme alla restante disciplina in materia arbitrale. Oltre a questa trasposizione, sicuramente più complessa di quanto potesse apparire, novità ancor più imponente era quella della reclamabilità nell'unica previsione che già consentiva una deroga al divieto di conferimento di poteri cautelari agli arbitri.

Prima di addentrarci nell'analisi della delega, è opportuno tenere a mente quanto precedentemente visto in relazione alla lett. c) e all'introduzione dei poteri cautelari degli arbitri secondo le disposizioni del delegante: l'aver previsto lo stesso non in maniera assoluta bensì subordinandolo ad una "espressa" manifestazione di volontà delle parti, facendo tuttavia salva ogni "diversa disposizione di legge". Considerato quindi il riferimento del legislatore ad eventuali eccezioni in tal senso, ci si poteva chiedere se il potere degli arbitri di sospendere le delibere assembleari impugnate potesse continuare a trovare il suo fondamento nella legge, come fino a quel momento, ovvero se, essendo

¹⁵³ L. Salvaneschi, "Commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15.", *Rivista dell'arbitrato*, p. 59.

necessario secondo quanto stabilito nella delega un apposito accordo delle parti, anche la sospensione delle delibere (in quanto esercizio di un potere cautelare) dovesse sottostare al medesimo requisito. È stato correttamente rilevato¹⁵⁴ a tal proposito che l'opzione preferibile sarebbe stata quella di confermare il regime di diretta attribuzione agli arbitri del potere di sospensione, soprattutto tenendo a mente che un cambiamento in tal senso avrebbe richiesto una modifica della clausola compromissoria statutaria, per cui sarebbe stata necessaria la maggioranza qualificata dei due terzi del capitale sociale ai sensi dell'art 34, comma 6, d.lgs. n. 5/2003 (o l'unanimità nel caso delle società di persone); è chiaro che in tal modo sarebbe stato estremamente semplice impedire l'esercizio del potere di sospensione delle delibere, essendo sufficiente che una minoranza di un terzo del capitale (o, nel caso di società di persone, un solo socio) si opponesse in tal senso. La soluzione più adatta era dunque quella di lasciare che il potere arbitrale di sospensione delle delibere impugnate in ambito societario continuasse a trovare la sua fonte nella legge, considerando anche come il legislatore delegante abbia espressamente indicato di "inserire all'interno del codice di procedura civile... la disciplina contenuta nel D. Lgs 17 gennaio 2003, n.5" senza invece far riferimento a modifiche né richiamando quella specifica "espressa volontà delle parti in tal senso" contenuta invece all'interno della lett. c).

2.1. La prospettiva di un "riordino organico della materia e semplificazione della normativa".

Come anticipato, il legislatore ha fatto riferimento alla necessità di procedere "nella prospettiva di un riordino organico della materia e di semplificazione della normativa sull'arbitrato societario". Si è già rilevato come si sia trattato di una disposizione solo apparentemente semplice, dietro la quale si celava un lavoro in realtà complesso. Deve infatti considerarsi che le disposizioni in materia di arbitrato societario altro non erano che un isolato nucleo normativo non coordinato dalla riforma dell'arbitrato intervenuta

¹⁵⁴ Così E. Dalmotto, "L'impatto della prossima riforma dell'arbitrato comune e societario sulla sospensione delle delibere assembleari" in *Le Società*, 2022, p. 640.

nel 2006, per questo rimaste escluse dal codice di rito. Ciò faceva sì che il legislatore delegato non dovesse limitarsi ad annettere all'interno del codice le relative disposizioni, ma dovesse procedere a svolgere proprio quell'opera di coordinamento cui aveva mancato di provvedere nel 2006. Ci si chiedeva, inoltre, se il "riordino organico" e la "semplificazione della materia" si riferissero soltanto alla materia dell'arbitrato societario o più genericamente all'arbitrato *tout court*¹⁵⁵.

Detto ciò, è opportuno sottolineare che si doveva porre l'attenzione sui limiti della delega, essendo evidente che il legislatore delegato non sarebbe potuto andare "oltre" questi ultimi, rischiando di sfiorare nell'incostituzionalità delle previsioni, ad esempio rimediando ad alcune questioni spinose tipiche dell'arbitrato societario che avrebbero richiesto un intervento di portata maggiore rispetto a quanto concesso dal delegante. Si è, ad esempio, esclusa la possibilità di provvedere a porre fine a quelle limitazioni soggettive relative alle società quotate che impediscono di optare per l'arbitrato, tranne nell'ipotesi (rara) di stipulazione di un compromesso successivamente al sorgere della controversia¹⁵⁶. Ovvero ancora, stessa impossibilità avrebbe riguardato un intervento di modifica dell'art 34 d.lgs. n. 5/2003¹⁵⁷ volto a consentire alle parti di devolvere una lite in arbitrato procedendo ad una nomina personale fiduciaria degli arbitri piuttosto che nominare terzi soggetti estranei alla società. Si è invece ritenuto che non avrebbe oltrepassato i limiti della delega un intervento legislativo in materia di arbitrato irrituale societario, considerando che, nonostante l'art 669-quinquies c.p.c. così come modificato

¹⁵⁵ A tal proposito L. Salvaneschi in op. cit., p.60, affermava che «Nonostante la lettera f) dell'articolo 1, comma 15 sia relativa all'arbitrato societario, penserei che non sia solo questa, ma anche la disciplina generale dell'arbitrato che si vuole riordinata in modo tale da ricomprendere in sé il modello speciale, con semplificazione sia della normativa speciale che di quella generale sull'arbitrato, chiamata a integrare in un unico corpo normativo anche l'arbitrato societario.»

¹⁵⁶ L. Salvaneschi. Op. cit., p. 61, secondo cui «Una modifica dell'art. 34 d. lgs. n. 5/2003 laddove esclude tutte le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2365 *bis* c.c. dalla possibilità di scegliere la via dell'arbitrato per il tramite di clausole compromissorie statutarie mi sembrerebbe infatti operazione che va ben oltre il riordino delegato, segnalando con ciò un'occasione mancata per correggere una anomalia priva di ogni condivisibile logica.»

¹⁵⁷ "1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-*bis* del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale. 2. La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale."

nel 2005 facesse espresso riferimento all'arbitrato irrituale, l'art 35 del d.lgs. n.5/2003 continuava a prevedere che "La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies"; sarebbe infatti stato opportuno, in un'ottica di coordinamento, procedere ad abrogare l'inciso "anche non rituale" contenuto nell'art 35 comma 5, non più necessaria a seguito dell'apposita modifica dell'art 669-quinquies. È anche vero, tuttavia, che un'abrogazione in tal senso avrebbe potuto determinare l'effetto indesiderato di riaprire una questione a lungo accesa, portando qualcuno a intendere l'abrogazione come volontà del legislatore di escludere la clausola compromissoria statutaria con riferimento all'arbitrato libero.

Era necessario inoltre che nel nuovo sistema previsto dal legislatore delegato non vi fossero più dubbi non solo riguardo la possibilità, per gli arbitri, di sospendere le delibere assembleari secondo quanto previsto dall'art 35 comma 5, ma anche di provvedere in tal senso circa le deliberazioni del consiglio di amministrazione e le decisioni dei soci di società di persone, in particolare tenendo in considerazione che, a seguito dell'abrogazione del divieto di cui all'art 818 c.p.c., sarebbe venuta meno l'unica fonte utilizzata per ostacolare un'interpretazione estensiva dell'art 35 comma 5, considerata l'eccezionalità di quest'ultima rispetto alla regola generale. Si vedrà successivamente se il legislatore delegato abbia provveduto a cogliere l'occasione di prevedere una disposizione che mettesse la parola fine alle incertezze relative all'arbitrato irrituale societario.

2.2. Le questioni su cui il legislatore delegato sarebbe necessariamente dovuto intervenire.

Dopo aver visto alcuni dei limiti relativamente ai quali si riteneva che i decreti delegati non potessero intervenire, è opportuno invece fare riferimento ad alcune discordanze sulle quali si richiedeva in maniera indispensabile un rimedio. In primo luogo, ci si riferiva al rapporto tra l'art 35 comma 3¹⁵⁸ del d.lgs. n. 5/2003 e l'art 819

¹⁵⁸ «Nel procedimento arbitrale non si applica l'articolo 819, primo comma, del codice di procedura civile; tuttavia il lodo è sempre impugnabile, anche in deroga a quanto previsto per l'arbitrato internazionale

c.p.c., la prima disposizione infatti era formulata con riferimento al previgente art 819 c.p.c., che così stabiliva: «Se nel corso del procedimento sorge una questione che per legge non può costituire oggetto del giudizio arbitrale, gli arbitri, qualora ritengano che il giudizio ad essi affidato dipende dalla definizione di tale questione, sospendono il procedimento». Il legislatore societario del 2003 aveva invece deciso di prevedere un sistema che attribuisse agli arbitri il potere di conoscere in via incidentale le relative questioni, escludendo l'applicabilità dell'art 819 comma 1, ma quando poi il legislatore del 2006 ha allo stesso modo sancito la regola generale, proprio ispirandosi al decreto societario, si è mancato di coordinare l'art 35 con l'allora nuovo art 819 c.p.c. La conseguenza di tutto ciò era stata quindi, paradossalmente, l'impossibilità di applicare in ambito societario proprio quella regola che lo stesso legislatore societario aveva originariamente elaborato; ciò costituiva dunque un primo disallineamento cui si riteneva dover necessariamente porre rimedio, escludendo ogni possibile dubbio circa la possibilità per gli arbitri societari di conoscere in via incidentale le questioni non arbitrabili da cui dipendesse la decisione della controversia.

Altre difformità su cui si riteneva di dover intervenire sussistevano poi, ad esempio, in relazione all'intervento/chiamata di terzi nel procedimento arbitrale, relativamente ai quali l'art 35 d.lgs. n.5/2003, prevedeva, al secondo comma¹⁵⁹: «si applica l'art 820, secondo comma, del codice di procedura civile». Anche tale richiamo tuttavia si riferiva alla disposizione precedente alle modifiche del 2006, nell'ambito della cui riforma si erano previste (al comma 4) alcune ipotesi di proroga della pronuncia del lodo di centottanta giorni derogabili nel caso di diversa disposizione delle parti. Il non aver provveduto a coordinare l'art 35 comma 2 con il nuovo art 820 c.p.c. aveva dato vita a due interpretazioni: da un lato, vi era chi riteneva che il riferimento al comma 2 dell'art 820 c.p.c. andasse letto come rinvio al comma 4 della stessa disposizione, andando a sommare la proroga prevista da tale norma a quella speciale; dall'altro lato, si sosteneva più semplicemente che il rinvio all'art 820 dovesse intendersi come richiamo al vecchio

dall'articolo 838 del codice di procedura civile, a norma degli articoli 829, primo comma, e 831 dello stesso codice.»

¹⁵⁹ Il comma 2 sanciva per intero: «Nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'articolo 34, l'intervento di terzi a norma dell'articolo 105 del codice di procedura civile nonché l'intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 dello stesso codice è ammesso fino alla prima udienza di trattazione. Si applica l'articolo 820, comma secondo, del codice di procedura civile.»

comma 2 della norma, consentendo dunque in sede di arbitrato societario il potere di prorogare soltanto una volta il termine per pronunciare il lodo e subordinando lo stesso all'esistenza dei presupposti di cui all'art 35. Nell'attesa che il legislatore provvedesse a disciplinare questi aspetti, si rilevava come fosse necessario tenere a mente che uno dei più importanti tratti distintivi dell'arbitrato societario fosse proprio quello di consentire l'ingresso di terzi soggetti, non potendo gli arbitri societari rifiutare l'intervento o la chiamata del terzo a differenza che nel procedimento arbitrale ordinario, ragion per cui sarebbe forse stato corretto lasciare alla discrezionalità degli arbitri la possibile proroga del termine per pronunciare il lodo¹⁶⁰.

2.3. La competenza del giudice statale.

Se si guarda all'art 35 del d.lgs. n. 5/2003, che come abbondantemente visto ha costituito il primo discostamento da un sistema rigido e chiuso che trovava la sua fonte nell'art 818 c.p.c., si ricorda come questo, secondo la giurisprudenza consolidata in materia societaria, nell'attribuire agli arbitri societari il potere di sospensione delle delibere assembleari comportasse come unica eccezione a tale potere esclusivo quella relativa ai casi in cui gli arbitri non avessero ancora accettato l'incarico, mancando dunque un organo precostituito; in questi casi, infatti, con riferimento alle ragioni di urgenza tipiche della misura cautelare, si riteneva dover rivolgere l'istanza al giudice statale. Il legislatore delegato, all'art 1, comma 15, lett. c), ha sostanzialmente recepito tale giurisprudenza andando ad attribuire al giudice ordinario i poteri cautelari in arbitrato "nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri", ispirandosi dunque al modello societario¹⁶¹.

¹⁶⁰ Così L. Salvaneschi in op. cit., p. 64, che affermava, inoltre, «la specialità dell'arbitrato societario nell'ammettere l'intervento e la chiamata di terzi deve indurre comunque a riflettere sull'opportunità che quando la lite si complica dal punto di vista soggettivo vi deve essere anche una possibile proroga del termine per la pronuncia del lodo, al fine di bilanciare le novità che gli arbitri sono chiamati a valutare.»

¹⁶¹ A tal proposito, secondo Dalmotto, in op. cit. p. 642. «Nulla sembrerebbe dunque dover cambiare rispetto all'attuale interpretazione dell'art. 35, comma 5, D.lgs. n. 5/2003, che potrebbe offrire anche in seguito, per la decisione dei casi concreti, utili spunti di riflessione nel senso di una lettura ampia della formula proposta dalla legge-delega, potendosi ad esempio considerare che la semplice accettazione non necessariamente implica la possibilità degli arbitri di provvedere subito, come è evidente negli arbitrati

2.4. *L'indicazione di prevedere "la reclamabilità dell'ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione della delibera".*

Elemento di estrema novità rispetto al passato, secondo le indicazioni della legge delega, era quello dell'introduzione del reclamo esperibile avverso l'ordinanza di sospensione emanata dagli arbitri societari, ordinanza che l'art 35 d.lgs. n. 5/2003 aveva da sempre individuato come specificamente "non reclamabile". L'art 1, comma 15, lett. f) della delega indicava infatti espressamente di prevedere "la reclamabilità dell'ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione della delibera". La scelta del legislatore delegante in tale ambito non è stata dunque di modellare le norme generali su quelle allora previste dalla specifica disciplina dell'arbitrato societario, bensì di prevedere per quest'ultima alcune analogie rispetto a quelle che sarebbero state le norme di diritto comune. Il fatto che il decreto societario n. 5/2003 avesse escluso la possibilità di reclamare il provvedimento sospensivo aveva immediatamente fatto sorgere svariate critiche relative alla costituzionalità di tale meccanismo, che secondo alcuni mancava di coerenza permettendo invece il reclamo tutte le volte che lo stesso tema venisse trattato dal giudice statale, come nel caso in cui l'organo arbitrale non si fosse ancora costituito. In realtà, la prevalente giurisprudenza aveva ritenuto infondata la questione, giustificando l'impossibilità di esperire reclamo nel caso in cui la risoluzione della controversia fosse devoluta ad arbitri sulla base del fatto che anche le forme di controllo relative al lodo erano differenti e più limitate rispetto a quelle della sentenza. Ciò aveva dunque reso pacifico che, in sede arbitrale, non potesse esperirsi alcun tipo di controllo relativamente all'ordinanza cautelare, potendo gli arbitri esclusivamente esercitare poteri di revoca e modifica.

La previsione della legge delega non era di certo stata esente da dubbi. Una prima questione era quella del rapporto tra le indicazioni di cui alla lett. c) ed f) relativamente al reclamo: nella prima, con riferimento all'arbitrato generale, il legislatore delegante indicava di "disciplinare il reclamo cautelare davanti al giudice ordinario per i motivi di

amministrati, dove all'accettazione e alla collegata dichiarazione di indipendenza deve in genere seguire la successiva conferma, da parte dell'istituzione arbitrale competente, che nulla osti all'incarico.»

cui all'art. 829, primo comma, del codice di procedura civile e per contrarietà all'ordine pubblico"; nella seconda, invece, prescriveva di "prevedere altresì la reclamabilità dell'ordinanza di cui all'art. 35, comma 5, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, che decide sulla richiesta di sospensione della delibera", senza nulla specificare. Ci si chiedeva, quindi, se i motivi di reclamo indicati nella prima disposizione valessero anche con riferimento al provvedimento di sospensione emanato dall'arbitro societario ovvero se in tale secondo caso il reclamo fosse da interpretare come privo di limitazioni in tal senso, costituendo quel mezzo di gravame tramite cui sindacare il merito della controversia che questo di norma è. Il relativo dubbio, tuttavia, poteva venir meno svolgendo alcune considerazioni: in primo luogo, la previsione della lettera f) potrebbe essere stata meno specifica in tal senso semplicemente a causa del mero richiamo a quanto indicato nella lettera c), per cui non vi sarebbe stata necessità di riprodurre interamente la disposizione; in secondo luogo, e più incisivamente, era da tenere in considerazione che, per opera della delega e del legislatore delegato, gli arbitri societari non sarebbero più stati titolari di un potere circoscritto alla sospensione delle delibere impugnate, bensì di un generale potere cautelare, motivo per cui non ci sarebbe stata ragione di disciplinare l'ordinanza di sospensione in maniera diversa relativamente al reclamo rispetto a tutte le altre ipotesi di emanazione di misure cautelari. Inoltre, sarebbe stato poco sensato ritenere che, nell'unico ambito che a lungo aveva eccezionalmente attribuito il potere cautelare agli arbitri, il giudice ordinario potesse mediante il reclamo sindacare il merito della pronuncia arbitrale.¹⁶² La soluzione preferibile era dunque quella di poter procedere al reclamo soltanto con riferimento ai casi di cui all'art 829, comma 1, c.p.c., e di violazione dell'ordine pubblico, al pari di quanto previsto nella lettera c.

2.5. *Coercizione dell'inibitoria.*

¹⁶² Così Salvaneschi, in op. cit., p.67, che affermava «Ritengo quindi che l'interpretazione preferibile sia quella meno dirompente di un sistema che è stato costruito sulla mancanza di ogni interferenza del giudice ordinario sull'arbitrato e che anche la lettera f) vada quindi letta con le medesime restrizioni che la legge delega impone in via generale al reclamo». Così anche Briguglio in op. cit. secondo cui «passare dalla irreclamabilità del provvedimento sulla sospensione della delibera ad una reclamabilità a 360 gradi pare un salto troppo grande.»

Come affermato in più occasioni, la sospensione della delibera assembleare impugnata costituisce un tipo di misura sostanzialmente autoesecutiva (self-executing) e non destinata dunque ad esecuzione in senso proprio, modificando in tal senso la realtà materiale.¹⁶³ Nonostante ciò, era necessario prevedere delle conseguenze nel caso di comportamenti contrari ai provvedimenti di sospensione emanati dagli arbitri, come si prevedeva ad esempio sancendo la responsabilità degli amministratori che non vi si conformassero. Si è correttamente rilevato, tuttavia, che maggiormente efficace avrebbe potuto essere un meccanismo di coercizione indiretta che condannasse le società al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione/inosservanza del provvedimento sospensivo¹⁶⁴. Si fa chiaramente riferimento all'art 614 bis c.p.c. (*astreinte*), norma che ha sempre avuto nell'ordinamento una finalità non sanzionatoria, bensì di esercitare una pressione psicologica sul soggetto inadempiente in modo tale da indurlo a realizzare la sua obbligazione, maggiormente conveniente rispetto a perseguire nella propria inerzia ed essere costretti a pagare una somma di denaro. A tal proposito nell'ambito dell'intervento della legge delega era venuto meno il primario ostacolo al riconoscimento dell'applicazione del meccanismo di cui all'art 614 bis con riferimento alle misure cautelari arbitrali e dunque al provvedimento sospensivo delle delibere societarie impugate; il motivo per cui si è sempre negata l'operatività del relativo meccanismo risiedeva infatti nella carenza, in capo agli arbitri, di poteri coercitivi, e in particolare nel potere di ricorrere all'esecuzione forzata per ottenere l'adempimento ai relativi comandi.

Ci si poteva chiedere, a seguito della delega, se l'apertura del legislatore ad un sistema che riconoscesse il potere cautelare agli arbitri avrebbe potuto estendersi ad un riconoscimento anche del potere di disporre misure di coercizione indiretta. Una risposta positiva sarebbe tuttavia forse stata eccessiva, considerata la previsione del legislatore delegante di «disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare sempre sotto il controllo del giudice ordinario», indicativa da una volontà di questo di lasciare tutto ciò che sia “attuazione” al controllo del giudice statale, ma anche in relazione al necessario controllo del giudice con riferimento alla possibilità di proporre reclamo indicata alla lettera c del comma 15, sia per i vizi di cui all'art 829, comma 1, c.p.c. che per la

¹⁶³ Vedi in particolare cap. 1 par. 3.3., in cui si era affermato che “L’ordinanza di sospensione, infatti, non presuppone un intervento coattivo, ma semplicemente «paralizza» l’efficacia della delibera.”

¹⁶⁴ Così rilevato da Dalmotto, op. cit. p. 643.

contrarietà del provvedimento all'ordine pubblico, che sussisterebbe di certo nel caso di misure che non rispondano ai parametri di cui all'art 614-bis c.p.c.

Si è tuttavia affermato che¹⁶⁵, anche negando che gli arbitri potessero emanare misure di coercizione indiretta, il legislatore delegante, al comma 12 lett. o) indicava di «prevedere altresì l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di disporre dette misure quando il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna oppure la misura non è stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento»; ciò vuol dire che l'art 614 bis c.p.c. avrebbe potuto successivamente applicarsi nei casi in cui non vi fosse adempimento spontaneo al provvedimento e si rendesse pertanto necessaria l'attuazione, che sempre secondo la delega avrebbe dovuto aversi sotto il controllo del giudice statale, al quale era certamente attribuito il potere di disporre misure di coercizione indiretta.

2.6. La stabilità delle misure cautelari sospensive.

Un ultimo cenno va fatto in relazione al tema della stabilità del provvedimento cautelare di sospensione della delibera societaria. La legge delega aveva infatti fatto riferimento proprio a quest'ultimo, nell'art 1, comma 17, lett. q), nell'ambito del quale aveva indicato al legislatore delegato di “prevedere che il provvedimento cautelare di sospensione dell'esecuzione delle deliberazioni assunte da qualsiasi organo di associazioni, fondazioni, società, ovvero condominio” non perda efficacia in caso di estinzione del giudizio di merito. Tale disposizione del delegante diventava fondamentale nell'ambito di quello che era stato il dibattito in merito alla natura delle suddette misure e delle relative conseguenze nel caso di estinzione del giudizio di merito; a tal proposito, la giurisprudenza di legittimità aveva risolto la questione attribuendo natura conservativa e non anticipatoria alle misure sospensive, mettendo in discussione la necessità di stabilità di queste ed escludendone l'ultrattività nel caso di estinzione del giudizio di merito¹⁶⁶. Era chiaro dunque come l'attuazione del principio enunciato nella delega avrebbe

¹⁶⁵ Dalmotto, op. cit. p. 643.

¹⁶⁶ Da ultimo Cass., 26 aprile 2021, n. 10986.

consentito ai provvedimenti di sospensione delle delibere impugnate emanati dagli arbitri di rimanere in vita sia in caso di estinzione del giudizio che in quello di una mancata instaurazione dello stesso, facendo venir meno l'onere della parte vittoriosa in sede cautelare di perseguire la decisione di merito al fine di mantenere la stabilità della misura. A tal proposito, infatti, nella relazione della Commissione Luiso si indicava che “infatti, molto spesso, l'attore, dopo avere ottenuto nell'ambito del giudizio di merito il provvedimento cautelare con il quale è stata disposta la sospensione dell'esecuzione della deliberazione, non ha un reale interesse alla decisione di merito diverso da quello costituito dalla necessità di ‘stabilizzare’ gli effetti della decisione cautelare”; allo stesso modo anche il convenuto potrebbe non avere interesse a proseguire il giudizio, ad esempio rendendosi conto della debolezza della sua posizione rispetto a quella dell'attore e dunque delle scarse possibilità di uscirne vittorioso, considerate le inevitabili spese del procedimento che questo sarebbe tenuto a sostenere.

3. Considerazioni finali sulla legge delega.

Al termine dell'analisi svolta in merito alla legge-delega n. 206/2021 e prima di vedere come il legislatore delegato abbia provveduto a modificare il codice di procedura civile in relazione a questa, è opportuno svolgere alcune considerazioni conclusive. Risulta chiaro da quanto visto sia in merito alle questioni lasciate aperte dal legislatore che alle espresse previsioni di quest'ultimo che la normativa contenuta nella delega non poteva definirsi perfetta e priva di criticità. Elemento da molti non pienamente condiviso è stato in particolare l'aver subordinato l'esercizio del potere cautelare degli arbitri all'espresso accordo in tal senso dei compromittenti, che si riteneva rischiasse di “limitare significativamente la portata innovativa della riforma”¹⁶⁷, in maniera forse assai prudente rispetto a quanto ci si aspettasse ed anche rispetto alla disciplina di attribuzione di poteri cautelari agli arbitri vigente nella gran parte degli ordinamenti stranieri. Ancora,

¹⁶⁷ Carlevaris, op. cit. Così anche C. Rasia, op.cit. p. 1071, secondo cui “forse la strada dell'introduzione cautelare in arbitrato è ancora piena di ostacoli: la presenza dell'accordo delle parti limiterà molto il suo ricorso (salvo nell'arbitrato amministrato)”.

discutibile la scelta del legislatore delegante di prevedere reclamo nei confronti dell'ordinanza cautelare esclusivamente con riferimento all'art 829 comma 1 c.p.c. e alla contrarietà all'ordine pubblico, modellando dunque i motivi su quelli previsti dal codice per l'impugnazione per nullità del lodo, e trasformando così il reclamo da tipico mezzo di gravame a mezzo di impugnazione a critica vincolata, escludendo la possibilità per il giudice statale di sindacare il merito.

Nonostante gli evidenti aspetti avversi che si potevano evincere dalla delega, l'intervento è stato da molti complessivamente apprezzato¹⁶⁸, in particolare avendo avuto l'innegabile pregio di rimuovere un divieto ormai eccessivamente consolidato all'interno dell'ordinamento e riconoscere finalmente agli arbitri il potere cautelare, relativamente al quale si sperava in una normativa attuativa che interpretasse in maniera estensiva le previsioni della delega. Inoltre, alcune disposizioni del delegante sono state da alcuni maggiormente apprezzate¹⁶⁹, come l'aver limitato la competenza cautelare dei giudici statali esclusivamente alla fase anteriore la costituzione del collegio arbitrale, il cui scopo era chiaramente quello di salvaguardare l'autonomia e l'indipendenza del giudizio arbitrale dall'ingerenza dell'autorità giudiziaria. Sicuramente apprezzato è stato il riferimento alla disciplina dell'arbitrato societario e alla necessità di ricomprendere la stessa all'interno del codice di procedura civile, ponendo fine ad un'insensata separazione che l'ha caratterizzata per anni.

In conclusione, il giudizio relativo alla delega può dirsi solo parzialmente positivo, non mancando certamente questa di elementi che avrebbero potuto essere meglio regolati. Si vedrà, in proposito, cosa sia accaduto successivamente a questa e come il legislatore delegato abbia provveduto ad intervenire, esaminando nello specifico le nuove disposizioni e quelle modificate, e analizzando se e come le questioni e i dubbi sorti dalla delega siano stati risolti.

¹⁶⁸ Così Tota in op. cit., p.183, secondo cui “La sintetica disamina fin qui condotta consente di esprimere un giudizio complessivamente positivo”, così come C. Rasia, op. cit. che affermava “la rimozione del “tabù” dei poteri cautelari degli arbitri nella legge delega è motivo di grande soddisfazione per chi abbia a cuore l'efficacia del giudizio arbitrale e la crescita dell'Italia come sede di procedimenti arbitrali internazionali.”

¹⁶⁹ Così ritenuto da Tota, op. cit. p. 183.

CAPITOLO III

IL DECRETO ATTUATIVO N.149/2022: UNA REALE CONQUISTA?

SOMMARIO: 1. Il decreto attuativo n. 149/2022: una prima panoramica – 1.1. Il nuovo art 818 c.p.c.: l’attribuzione del potere cautelare agli arbitri subordinata all’espressa volontà delle parti – 1.2. Il riferimento del nuovo art 818 c.p.c. ai regolamenti arbitrali – 1.2.1. Le modifiche dell’articolo 26 del regolamento della Camera Arbitrale di Milano – 1.3. Il limite temporale di cui all’art 818 c.p.c. circa la manifestazione della volontà di attribuire agli arbitri il potere cautelare – 1.4. L’eliminazione dell’inciso “salva diversa disposizione di legge” - 2. La competenza esclusiva degli arbitri: l’esclusione del doppio binario – 2.1. Le verifiche in ordine alla competenza cautelare in caso di convenzione attributiva di poteri cautelari agli arbitri – 2.2. Le questioni non risolte dal legislatore – 2.3. Le novità relative all’arbitro di urgenza in riferimento al Regolamento della Camera Arbitrale di Milano – 3. Il procedimento cautelare uniforme – 4. Il nuovo art 818 bis: il reclamo nei confronti dei provvedimenti cautelari resi dagli arbitri – 4.1. La questione relativa ai motivi di reclamo previsti dall’art 818-bis – 5. L’inefficacia, la revoca e la modifica dei provvedimenti cautelari – 5.1. L’inefficacia del provvedimento arbitrale – 6. Il nuovo art 818-ter: l’attuazione delle misure cautelari – 7. L’arbitrato societario: le nuove disposizioni introdotte nel codice di rito – 7.1. Le persistenti incertezze in tema di arbitrato irrituale societario – 7.2. Le questioni risolte dal legislatore – 7.3. La potestà cautelare generale – 7.4. La reclamabilità delle ordinanze che sospendono l’efficacia delle delibere – 7.5. La stabilità delle misure cautelari sospensive

1. Il decreto attuativo n. 149/2022: una prima panoramica.

Un anno dopo la suddetta legge delega n. 206 del 2021, con delibera del 28 luglio 2022, il Consiglio dei Ministri adottava lo schema del decreto legislativo recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», in attuazione della delega stessa. Con riferimento all'entrata in vigore delle nuove disposizioni elaborate dal legislatore delegato, originariamente erano previsti termini differenziati tra le stesse, indicando tuttavia come ultima data per la gran parte di queste il 30 giugno 2023. La legge di bilancio n. 197/2022, tuttavia, ha anticipato il termine al 28 febbraio 2023, giustificando tale scelta relativamente alla necessità di raggiungere gli obiettivi fissati dal PNRR.

Il recentissimo d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, emanato in attuazione della legge delega n. 206/2021 i cui criteri direttivi sono stati ampiamente esaminati nel capitolo precedente, ha costituito una riforma a tutto tondo, prevedendo un corpus normativo che non ha riguardato soltanto il codice di procedura civile, ma anche il codice civile e svariate leggi speciali. Si è trattato infatti, di un intervento che ha interessato un'ampia varietà di ambiti, fermo restando che quello che in questa sede interessa è chiaramente quello relativo all'arbitrato e alla potestà cautelare arbitrale. Si esamineranno, dunque, in questo capitolo, le nuove disposizioni di cui agli artt. 818, 818-bis, 818-ter, guardando anche alle modifiche a tal riguardo apportate agli artt. 669-quinquies e 669-decies, oltre che i nuovi artt. 838-bis, 838-ter, 838-quater- 838-quinquies inerenti all'arbitrato societario.

1.1. Il nuovo art 818 c.p.c.: l'attribuzione del potere cautelare agli arbitri subordinata all'espressa volontà delle parti.

Il legislatore delegato, per mezzo dell'articolo 3, comma 52, lett. b) e c), del d.lgs. 149/2022, ha provveduto ad attuare i criteri direttivi della legge delega innanzitutto riscrivendo completamente l'art 818 c.p.c., che ad oggi sancisce: «Le parti, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali, possono attribuire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale. La competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva. Prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio

arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669-quinquies.». La norma, dunque, viene interamente sostituita, eliminando quasi del tutto quello che si è visto essere un divieto decisamente duro a morire, realizzando finalmente e definitivamente la speranza di molti di poter mettere un punto alla situazione che ha caratterizzato l'ordinamento italiano troppo a lungo; si può inoltre notare come questa sia stata elaborata dal legislatore delegato in parte conformandosi interamente a quanto era stato indicato dal delegante, ma anche discostandosi in alcuni punti, che saranno opportunamente esaminati. C'è da dire, tuttavia, che il cambiamento dettato dalla nuova formulazione della norma, seppur certamente di grandissimo spessore, non può definirsi radicale. La potestà cautelare degli arbitri, infatti, può essere riconosciuta, in base alla nuova disposizione codicistica, nel caso in cui le parti abbiano espresso la loro volontà in tal senso «con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale» o «mediante rinvio a regolamenti arbitrali». È chiaro dunque come nel sistema modificato dal decreto attuativo l'attribuzione del potere di emanare provvedimenti cautelari non costituisca ancora la regola generale, considerando che non è sufficiente in tal senso che vi sia una valida convenzione di arbitrato, ma sarà necessaria in aggiunta l'espressa volontà delle parti in tal senso, mancando la quale la competenza cautelare spetterà senz'altro ai giudici ordinari. I poteri cautelari arbitrali, dunque, non vengono dal nuovo sistema riconosciuti in automatico¹⁷⁰.

Si nota dunque come il legislatore delegato abbia a tal proposito interamente ripreso quanto era stato indicato dalla legge delega, il cui comma 15, lett. c), si ricorda, richiedeva di “prevedere l'attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare misure cautelari nell'ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso”. Come visto nel capitolo precedente, questa modalità di riconoscimento del potere cautelare agli arbitri era stata, già a seguito della delega, criticata da molti, per cui si parlava di un alto rischio di “limitare significativamente la portata innovativa della riforma”, soprattutto in relazione

¹⁷⁰ Non si fa qui riferimento all'unica ipotesi di attribuzione del potere cautelare agli arbitri sulla base della generica volontà compromissoria, senza necessità di un'espressa volontà delle parti in tal senso, vale a dire quella prevista dall'art 35 D.lgs. n. 5/2003 circa la sospensione delle delibere assembleari di società di capitali impugnate davanti agli arbitri. A tal proposito Briguglio, in *“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*, 2022, p. 4, afferma che «Tale perdurante regola speciale si giustifica, anche dopo la introduzione generalizzata della regola diversa (potere cautelare arbitrale solo in caso di apposita volontà delle parti), perché nella interconnessione fra diritto societario sostanziale e strumentario processuale la cautela sospensiva è fin troppo essenziale connotato del giudizio sulla validità della delibera.»

al fatto che, come visto, un analogo requisito non è richiesto da nessuna delle più evolute leggi straniere sull'arbitrato, all'interno delle quali la regola generale è quella dell'esercizio del potere cautelare da parte degli arbitri che può essere escluso mediante espressa volontà delle parti in tal senso. I dubbi circa l'efficacia di una previsione in tal senso non possono quindi che permanere ora che il legislatore delegato ha confermato tale requisito, ritenendo in molti che sarebbe stato preferibile prevedere una generale potestà cautelare degli arbitri, lasciando la possibilità per le parti, nel caso in cui non avessero condiviso tale soluzione, di negarla in quello specifico caso¹⁷¹, seguendo quello stesso meccanismo che si rinviene in molti ordinamenti stranieri¹⁷². Un problema in questo senso evidenziato è quello per cui quando si stipula un accordo di qualsiasi natura, i contraenti si concentrano maggiormente su problemi contenutistici, senza troppo badare alle clausole compromissorie che vengono inserite "quasi per inerzia"¹⁷³; queste ultime costituiscono quindi elemento essenziale per verificare se agli arbitri spetti o meno il potere cautelare, per cui ci si chiede se ve ne saranno effettivamente che attribuiscono il potere agli arbitri ovvero se questo sarà previsto da un atto successivo, che in base al nuovo art 818 c.p.c. deve sempre essere "anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale".

Nonostante quindi la nuova disposizione abbia l'enorme pregio di aver finalmente riconosciuto il potere cautelare agli arbitri da tanto atteso, delude in particolar modo quella che sembra essere ancora una parziale sfiducia del legislatore nei confronti del legislatore delegato, che non si è spinto al punto di fare del potere cautelare arbitrale la regola generale, senza in alcun modo aver interpretato estensivamente quanto era stato indicato nella legge delega in sede di adozione dei decreti delegati, fermo restando che, in un discorso certamente più generale, si vedrà poi soltanto nella pratica se l'aver previsto tale modalità inciderà in maniera determinante sull'esercizio dei poteri cautelari.

Ad ogni modo, passando oltre quello che in molti hanno ritenuto essere un difetto della nuova normativa, per i procedimenti arbitrali instaurati dopo il 28 febbraio 2023 varrà la

¹⁷¹ Così B. De Santis, "Il potere cautelare degli arbitri. Note di primo commento ad una riforma attesa" in *Judicium*, 2023, p. 3. In contrario, Briguglio, op. cit., nota 6: "La cosa (...) può spiacere, ma a me pare invece più che equilibrata".

¹⁷² In Germania, per es., gli arbitri possono rendere le misure cautelari ritenute necessarie "*a meno che le parti della controversia non abbiano concordato diversamente*" (così il § 1041 ZPO che fissa la regola per cui "*l'arbitro può disporre, su istanza di parte, le misure provvisorie o di garanzia che ritiene opportune in relazione all'oggetto della controversia*").

¹⁷³ De Santis, op. cit., p. 3.

regola per cui le parti potranno validamente attribuire agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari; pertanto, se una convenzione di arbitrato o un regolamento arbitrale richiamato nella convenzione stipulata prima di quella data, attribuiscono agli arbitri il potere cautelare, questo potrà essere esercitato ove il processo arbitrale inizi dopo il 28 febbraio 2023¹⁷⁴. Inoltre, il potere cautelare da parte degli arbitri verrà esercitato allo stesso modo ed eseguendo le stesse valutazioni che i giudici dello Stato devono eseguire nel momento in cui viene proposta istanza cautelare. In particolare, i due elementi fondamentali che sono quelli caratteristici dell'azione cautelare, vale a dire il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, costituiscono requisiti che devono emergere dalla domanda cautelare, ma allo stesso tempo sono anche oggetto di accertamento da parte del giudice ed anche dell'arbitro, dovendo essi sussistere per l'ottenimento delle misure cautelari richieste. Quanto al primo, il *fumus boni iuris*, esso consiste in un giudizio sommario svolto in ordine alla verosimile esistenza del diritto alla cautela, vale a dire un'analisi circa la possibilità che il diritto vantato dal richiedente esista in concreto; ciò in quanto per poter contenere i rischi di pregiudizio che corre la tutelanda situazione sostanziale a causa dell'adozione di un provvedimento cautelare, è necessario che il giudice, e dunque anche l'arbitro, proceda ad un "preventivo calcolo di probabilità intorno a quello che potrà essere il contenuto del futuro provvedimento principale"¹⁷⁵. Con riferimento al *periculum in mora*, invece, si richiede all'istante di illustrare la probabile sopravvenienza futura di un pregiudizio alla sua situazione sostanziale, che può essere evitato esclusivamente mediante concessione del provvedimento cautelare richiesto. Si tratta quindi di un giudizio che il giudice e l'arbitro dovranno svolgere in termini probabilistici, verificando la plausibilità dei rischi di pregiudizio prospettati dal richiedente¹⁷⁶. Soltanto se si ritengono sussistere entrambi i requisiti gli arbitri potranno dunque emanare il provvedimento cautelare richiesto.

¹⁷⁴ Infatti, secondo un principio generale del processo civile, la fattispecie (in questo caso la convenzione di arbitrato) può essere antecedente al momento (28 febbraio 2023) in cui si produce l'effetto, in questo caso il potere cautelare degli arbitri.

¹⁷⁵ Calamandrei, La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 300.

¹⁷⁶ "La domanda cautelare e i suoi elementi identificatori: il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*", in *Diritto.it*, 2018.

1.2. Il riferimento del nuovo art 818 c.p.c. ai regolamenti arbitrali.

Si è ricordato, nella prima parte di questo elaborato, che già da molto prima che il legislatore riconoscesse, all'interno del codice di rito, il potere degli arbitri di emanare provvedimenti cautelari, molti regolamenti italiani disponevano in tal senso. Ciò determinava il paradossale ed incoerente effetto di impedire che tale principio potesse trovare applicazione qualora l'arbitrato avesse sede in Italia, potendosi invece agire in tal senso soltanto nel caso di ordinamenti riconoscessero espressamente il medesimo potere. È chiaro che adesso, con il d.lgs. 149/2022 che ha finalmente riconosciuto e previsto il potere cautelare all'interno del nuovo art 818 c.p.c., non si può più parlare di incoerenza rispetto ai regolamenti arbitrali che, a prescindere da alcune modifiche svolte proprio a seguito del mutamento della disciplina, non sono più incompatibili con quanto previsto dal codice di rito.

Ad ogni modo, una delle questioni che si era prospettate a seguito della legge delega, esaminata nel capitolo precedente¹⁷⁷, era quella rilevata da alcuni commentatori circa la possibilità che, con riferimento alla necessaria "espressa volontà delle parti" richiesta per poter attribuire agli arbitri poteri cautelari, in tal senso bastasse rinviare ad un regolamento arbitrale preconstituito che riconoscesse il relativo potere, ovvero se si richiedesse comunque uno specifico accordo tra le parti in tal senso, considerando il che il riferimento a tale espressa volontà dei compromittenti avrebbe anche potuto intendersi in senso stretto. Il legislatore delegato ha certamente sciolto il dubbio rispondendo nel primo senso, indicando al nuovo art 818 c.p.c. che le parti «anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali» possono attribuire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari. Si ritiene che tale sufficienza del rinvio al regolamento arbitrale al fine di attribuire agli arbitri il potere cautelare non costituisca un eccesso di delega, nonostante il criterio direttivo si riferisse ad una esplicita volontà delle parti¹⁷⁸. Alla luce della nuova disciplina, dunque, nel momento in cui le parti andranno a richiamare il regolamento di

¹⁷⁷ Vedi capitolo 2, par. 1.2.1.

¹⁷⁸ Così già Carlevaris, in op. cit., p. 40, che affermava come il rinvio al regolamento implichi una scelta espressa dell'applicazione delle sue norme, compresa dunque quella relativa al potere cautelare degli arbitri, compatibile con il rispetto del requisito di una inequivoca e quindi espressa manifestazione di volontà.

un'istituzione arbitrale che fa espresso riferimento alla sussistenza dei poteri cautelari degli arbitri ciò sarà sufficiente per ritenere soddisfatto il requisito della “espressa” volontà delle parti.

1.2.1. Le modifiche dell'articolo 26 del regolamento della Camera Arbitrale di Milano.

In merito a quanto ricordato pocanzi circa il riconoscimento, già da prima delle modifiche del codice di rito da poco intervenute, dei poteri cautelari degli arbitri da molti regolamenti arbitrali italiani, tra questi vi è il regolamento della Camera Arbitrale di Milano, il cui articolo 26, rubricato «misure cautelari o provvisorie» è stato modificato per poter rinnovarne le disposizioni anche alla luce del nuovo art 818 c.p.c. La norma è rimasta fondamentalmente immutata con riferimento alla regola generale, introdotta nel 2019, che già riconosceva agli arbitri nominati nell'ambito di un arbitrato governato dal Regolamento il potere di «pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento»; la disposizione tuttavia non poteva trovare applicazione nel caso di arbitrato amministrato avente sede in Italia, relativamente al quale operava invece il limite previsto dal primo comma dell'art 26 del Regolamento, relativo al divieto posto da norme inderogabili applicabili al procedimento, che si rinveniva proprio nella disposizione di cui al previgente art 818 c.p.c. Ad oggi, a seguito delle modifiche di tale ultima norma, quindi, la previsione generale già contenuta nell'art 26 del Regolamento potrà applicarsi senza più limiti anche nel caso di arbitrati con sede in Italia, fermo restando che il potere degli arbitri di emanare provvedimenti cautelari anche nel caso di *lex arbitri* italiana avrebbe dovuto ammettersi anche nell'ipotesi in cui non vi fossero state le modifiche apportate al Regolamento, considerando che il venir meno del divieto sancito dal previgente art 818 c.p.c. rimuoveva il limite relativo a contrarie previsioni inderogabili da parte della legge applicabile al procedimento¹⁷⁹. Detto ciò, quanto alle modifiche apportate all'art 26, all'interno del primo comma è stata aggiunta una clausola

¹⁷⁹ Farina, in “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, p. 2 ss.

che fa «salvo un diverso accordo delle parti» in merito al riconoscimento di poteri cautelari agli arbitri, previsione che, in base al nuovo art 818 c.p.c., fa sì che le parti possano validamente derogare alla norma del Regolamento che attribuisce agli arbitri poteri cautelari; considerando infatti che oggi la regola del codice di rito è stata capovolta, e che basta inoltre rinviare al Regolamento per poter fare in modo che gli arbitri possano concedere provvedimenti cautelari, nel caso inverso in cui le parti vogliano mantenere il relativo potere in capo al giudice statale dovranno espressamente indicarlo negando che il rinvio al Regolamento stesso riguardi anche il primo comma e dunque il potere cautelare arbitrale.

Quanto al secondo comma dell'art 26, questo è stato modificando prevedendo la possibilità per gli arbitri di concedere provvedimenti cautelari anche *inaudita altera parte*, stabilendo che «su istanza della parte ricorrente, il Tribunale Arbitrale può pronunciare l'ordinanza senza sentire l'altra parte se dalla sua convocazione può derivare grave pregiudizio alle ragioni dell'istante. In tal caso, il Tribunale Arbitrale, con il provvedimento che accoglie l'istanza, fissa nei successivi 10 giorni l'udienza per la discussione delle parti e gli eventuali termini per il deposito di memorie. Il Tribunale Arbitrale, all'udienza o comunque entro i successivi 5 giorni, nel contraddittorio delle parti, con ordinanza conferma, modifica o revoca il provvedimento già concesso». La norma fa dunque riferimento in primis ad un'espressa istanza di parte, elemento necessario anche in relazione al fatto che spetterà chiaramente al ricorrente l'onere di dimostrare le ragioni che fondano un provvedimento cautelare in tal senso, senza il quale potrebbe prodursi un "grave pregiudizio alle ragioni dell'istante"; in secondo luogo, Il Tribunale Arbitrale dovrà, dopo aver reso il provvedimento, fissare l'udienza di discussione in cui viene realizzato il contraddittorio delle parti entro dieci giorni dal provvedimento che accoglie la domanda cautelare. Considerato che tale nuova disposizione prevede il termine ridotto di dieci giorni, e che ancora non è previsto un termine entro cui notificare al resistente l'istanza e la fissazione dell'udienza, si corre un duplice rischio: da un lato, si rischia che un'immediata comunicazione del provvedimento, volta a garantire in maniera massima il rispetto del diritto di difesa, possa pregiudicare l'"effetto sorpresa" rendendo inutile il provvedimento *inaudita altera parte*; dall'altro lato, se si prevedesse invece una comunicazione non immediata, rimettendo il

termine alla discrezionalità del Tribunale Arbitrale, si potrebbero mettere a repentaglio le facoltà difensive del resistente¹⁸⁰.

1.3. Il limite temporale di cui all'art 818 c.p.c. circa la manifestazione della volontà di attribuire agli arbitri il potere cautelare.

Il nuovo art 818 c.p.c. prevede poi un elemento particolare, elaborato dal legislatore delegato in maniera diversa rispetto a quanto era stato previsto all'interno del criterio direttivo. Si ricorda, infatti, che la legge delega del 2021 aveva indicato che la volontà delle parti circa l'attribuzione dei poteri cautelari agli arbitri potesse essere manifestata nella convenzione di arbitrato o "in atto scritto successivo", essendo dunque pacifico, alla luce della delega, che anche dopo l'inizio del giudizio arbitrale le parti fossero ancora in tempo per affermare la loro volontà in tal senso. Si era tuttavia rilevato che la questione avesse scarsa rilevanza da un punto di vista pratico, in ragione della notazione per cui, dopo l'insorgenza della lite, è a dir poco rara l'eventualità che le parti possano trovare accordi su aspetti rilevanti del contenzioso in corso¹⁸¹.

Il legislatore delegato non ha riprodotto la stessa formulazione elaborata dal delegante, sancendo piuttosto al nuovo art 818 c.p.c., primo comma, che le parti possono attribuire agli arbitri il potere cautelare con la convenzione di arbitrato "o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale", delineando quindi un limite temporale decorso il quale le parti perderanno tale facoltà. Confinando, dunque, l'attribuzione dei poteri cautelari in un momento necessariamente anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale, il legislatore delegato fa una scelta da cui emerge come la competenza cautelare arbitrale costituisca aspetto di una certa rilevanza nel procedimento arbitrale, e che per questo motivo la sua previsione debba aversi prima che si abbia la litispendenza arbitrale

¹⁸⁰ Così evidenziato da Farina, in op. cit. p. 8, secondo cui «Sarà, quindi, assolutamente opportuno che gli arbitri, tenendo conto di queste circostanze, modulino nel modo più ragionevole possibile e nel rispetto delle contrapposte e parimenti meritevoli di tutela esigenze difensive, in senso lato, delle parti il segmento procedimentale – inclusa l'individuazione del termine di comunicazione del provvedimento al resistente – che va dalla pronuncia del provvedimento sino all'udienza per la conferma, modifica o revoca in contraddittorio».

¹⁸¹ Vedi cap. 2. par. 1.2.2.

in senso ampio¹⁸². Anche se, come affermato pocanzi, la questione non avrebbe importanza fondamentale da un punto di vista pratico, secondo alcuni tale limitazione temporale avrebbe comunque potuto evitarsi, non risultando adatta nel contesto del nuovo sistema. Alla base di ciò vi è, innanzitutto, l'argomentazione secondo cui l'esigenza di certezza delle parti relativamente alle regole del procedimento cui fa riferimento la relazione illustrativa non varrebbe a sostenere la scelta del legislatore delegato, considerando che sono le parti stesse a concordare l'attribuzione agli arbitri del potere cautelare, e dunque non si avrebbe nessun "effetto sorpresa" che potrebbe provocare una situazione di incertezza nei confronti delle stesse; in secondo luogo, non convince neanche l'esigenza di fare in modo che gli arbitri accettino consapevolmente l'incarico, conoscendone *ex ante* tutti i poteri, in quanto l'eventualità di un incidente cautelare non dovrebbe considerarsi come una situazione che cambierebbe in maniera sostanziale i compiti degli arbitri nell'ambito del giudizio arbitrale, oltre al fatto che questi possono sempre rinunciare all'incarico per giustificato motivo secondo la previsione di cui all'art 813-ter c.p.c.¹⁸³ Ad ogni modo, stante la nuova formulazione della norma, si ritiene che il momento ultimo per le parti di attribuire agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari sarebbe da individuarsi in quello in cui sia stata proposta la domanda arbitrale e non, invece, quello relativo alla costituzione del collegio arbitrale¹⁸⁴.

¹⁸² Tale scelta, nella relazione illustrativa, è giustificata in base alla necessità di rispettare "l'esigenza di cristallizzare, prima dell'instaurarsi della litispendenza (in senso ampio) arbitrale, il perimetro dei poteri spettanti agli arbitri, così da attribuire maggiore certezza in proposito sia alle parti, sia agli stessi arbitri, che possono avere accettato la nomina anche sulla base di una determinata prefigurazione del complessivo svolgimento dell'iter processuale".

¹⁸³ Così ritenuto da M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1195-1197, che prosegue concludendo «Ciò detto, nel prendere atto della previsione così introdotta, da parte nostra ci limitiamo ad osservare che, in realtà, essa sarà irrilevante le volte in cui le parti abbiano effettivamente raggiunto un accordo nel senso di conferire la competenza cautelare agli arbitri dopo l'inizio del giudizio arbitrale e gli arbitri, a fronte di una domanda cautelare di una delle parti, decidano nel "merito" di essa così, in sostanza, dando anche il loro consenso a tale nuova attribuzione di competenza in corso di giudizio »

¹⁸⁴ Così affermato da M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1195, nota 11. In senso contrario M. Bove, in "Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) – La riforma dell'arbitrato", *Giurisprudenza Italiana*, 2023, p. 8, secondo cui «...limite questo che, in simmetria con quanto previsto dall'art 816 bis c.p.c. per le regole processuali, non si riferisce al momento in cui si determina la litispendenza arbitrale (con la notificazione della domanda) né al momento in cui inizia a decorrere il termine per la pronuncia del lodo (con l'ultima accettazione da parte degli arbitri), bensì si riferisce al momento in cui gli arbitri svolgono la loro prima riunione (che può coincidere col momento delle accettazioni, che però potrebbero anche aversi prima).»

1.4. L'eliminazione dell'inciso "salva diversa disposizione di legge".

È poi opportuno riprendere in tale sede quanto detto nel capitolo precedente in merito all'inciso "salvo diversa disposizione di legge" indicato dal legislatore delegante. Ricordiamo, infatti, che il criterio direttivo indicava di «prevedere l'attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare misure cautelari nell'ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo, salva diversa disposizione di legge», disposizione volta dunque a ribaltare il previgente art 818 c.p.c., riconoscendo agli arbitri i poteri cautelari "salva diversa disposizione di legge", e non il contrario. Si era in quella sede evidenziato come il mantenimento dell'inciso nonostante il cambiamento radicale della disposizione avesse generato opinioni discordanti, tra chi riteneva il persistente richiamo ad una diversa disposizione normativa assolutamente innocuo, potendo in ogni caso il legislatore (nei limiti costituzionali), escludere il potere cautelare degli arbitri prescindendo da una disposizione in tal senso, e chi non riteneva opportuna la persistente esistenza dell'inciso, costituendo questa in realtà una conferma di un'ancora presente sfiducia nei confronti degli arbitri. Nel nuovo art 818 c.p.c. così come formulato dal legislatore delegato, la clausola di salvezza di una diversa disposizione di legge è stata rimossa, non facendovi la norma alcun riferimento, optando il legislatore per una scelta che secondo alcuni non sarebbe da condividere¹⁸⁵. A tal proposito, infatti, il mancato riferimento ad una diversa disposizione di legge potrebbe essere motivo di incertezze in relazione a quella che ad oggi continua ad essere l'unica ipotesi in cui è la legge stessa, e non la necessaria volontà delle parti in tal senso, ad attribuire agli arbitri il potere cautelare, vale a dire quella relativa all'art 35, comma 5, del d.lgs. 5/2003¹⁸⁶, secondo il quale nel caso di devoluzione in arbitrato di una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di una delibera assembleare agli arbitri compete di disporre la sospensione dell'efficacia della delibera. In merito a tale previsione, come si è già in parte visto con riferimento alla legge delega e come si vedrà meglio successivamente, il legislatore delegato ha provveduto ad attuare il criterio direttivo di delega di cui alla lettera f) del comma 15 dell'art. 1, mediante

¹⁸⁵ In particolare M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1197.

¹⁸⁶ Oggi abrogato a seguito della trasposizione della disciplina dell'arbitrato societario nel codice di rito.

l'introduzione, all'interno del codice di procedura civile, degli artt. 838-bis, 838-ter ed 838-quinquies. Il comma 4 dell'art 838-ter, in particolare, sarebbe quello in merito al quale potrebbero aversi delle incertezze circa la mancanza dell'inciso "salva diversa disposizione di legge" non più presente all'art 818 c.p.c.: la norma, che ha sostituito l'art. 35 comma 5 del d.lgs. 5/2003, sancisce che «Salvo quanto previsto dall'articolo 818, in caso di devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, agli arbitri compete il potere di disporre, con ordinanza reclamabile ai sensi dell'articolo 818-bis, la sospensione dell'efficacia della delibera». Ci si chiede, in merito alla disposizione, a cosa si riferisca l'inciso iniziale "salvo quanto previsto dall'art 818", essendo questa la norma generale di attribuzione agli arbitri del potere cautelare. Sarebbe probabilmente errato ritenere che la relativa clausola di salvezza sia da interpretare nel senso che, anche nel caso di sospensione dell'efficacia delle delibere impugnate in arbitrato, si renderebbe necessaria l'espressa volontà delle parti affinché gli arbitri possano emanare il provvedimento, e ciò in quanto, in primo luogo, in tal modo vi sarebbe un'ipotesi di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, considerando che la legge delega del 2021 non indicava alcuna modifica a tal proposito; in secondo luogo, sarebbe poco sensato ritenere che il legislatore, dopo aver finalmente riconosciuto in maniera generale il potere degli arbitri di disporre provvedimenti cautelari, seppur subordinandolo alla volontà delle parti, volesse modificare l'unica ipotesi in cui in via eccezionale si è sempre attribuito *ex lege* tale potere agli arbitri, nel contesto opposto di un generale divieto. Pertanto, un modo per interpretare l'inciso di cui al quarto comma potrebbe essere semplicemente quello di voler quest'ultimo richiamare le altre parti dell'art 818 anche con riferimento alla sospensione della delibera, vale a dire il carattere esclusivo della competenza degli arbitri e la competenza del giudice ordinario fino al momento della costituzione del tribunale arbitrale¹⁸⁷. Ad ogni modo, se ne parlerà più esaurientemente esaminando le nuove disposizioni in tema di arbitrato societario introdotte dal legislatore delegato.

¹⁸⁷ Soluzione prospettata da M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1198.

2. La competenza esclusiva degli arbitri: l'esclusione del doppio binario.

Un aspetto fondamentale su cui è necessario concentrare l'attenzione è quello del tipo di competenza per cui ha optato il legislatore delegato nell'attribuire agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari. Si era visto, analizzando le disposizioni della legge delega, che il criterio direttivo aveva indicato, nel consentire agli arbitri l'esercizio dei suddetti poteri, di doversi «mantenere per tali ipotesi in capo al giudice ordinario il potere cautelare nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri», optando per un tipo di competenza non concorrente bensì esclusiva degli arbitri successivamente all'accettazione. Nel formulare il nuovo art 818 c.p.c., il legislatore delegato ha sostanzialmente riprodotto quanto veniva indicato nel criterio direttivo, per cui il secondo periodo della relativa disposizione ad oggi sancisce che «La competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva»; dopodiché, al secondo comma, la norma prosegue affermando che «Prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669-quinquies.». La norma riempie dunque la lacuna temporale che inevitabilmente si presenta prima che l'arbitro sia in condizione di provvedere sulla richiesta. Come si era anticipato nel capitolo precedente¹⁸⁸, la scelta del legislatore, prima delegante e poi delegato, si può definire piuttosto unica e sicuramente distante dai modelli diffusi nelle legislazioni straniere, in cui genericamente i sistemi optano per una potestà cautelare concorrente del giudice statale, con rimessione alla scelta di parte in base al caso specifico tra le due. Nonostante il modello della competenza concorrente sia quello in linea generale preferito ed adottato, questo è certamente più complesso e fonte di possibili confusioni, mentre quello della competenza esclusiva arbitrale è stato definito come maggiormente semplice e più adatto ai nostri ambienti¹⁸⁹.

Come si evince dall'art 818 c.p.c. così come oggi formulato, dunque, la competenza cautelare esclusiva degli arbitri si ha esclusivamente a seguito della loro accettazione, momento a partire dal quale non potrà aversi alcuna possibilità di concorso della

¹⁸⁸ Vedi cap. 2. Par. 1.3.

¹⁸⁹ Briguglio, op. ult. cit. p. 5.

competenza del giudice statale, a prescindere da diverse soluzioni che le parti potrebbero aver previsto in astratto mediante accordo circa l'attribuzione dei poteri cautelari. Le parti non potranno dunque mai optare pattiziamente per la possibilità di un doppio binario di tutela cautelare, in quanto se da un lato è vero che saranno queste stesse a decidere a chi spetti il potere cautelare, sulla loro autonomia si imporrà sempre e comunque la regola dell'esclusività della competenza degli arbitri da queste attribuita¹⁹⁰. Inoltre, affinché possa trovare applicazione il principio della competenza esclusiva arbitrale, dal secondo comma dell'art 818 c.p.c. si evince chiaramente che è necessaria l'avvenuta costituzione del tribunale arbitrale, in quanto prima di questo momento lo stesso tribunale non sarà chiaramente in grado di decidere su eventuali istanze cautelari; a tal proposito, in questi casi, il secondo comma prevede l'applicazione dell'art 669 quinquies, che, così come modificato, ad oggi così afferma: «Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito, salvo quanto disposto dall'articolo 818, primo comma.». La norma da ultimo richiamata si occupava di individuare la competenza dell'autorità giudiziaria alla luce del previgente divieto di cui all'art 818 c.p.c., mentre ad oggi, con l'aggiunta dell'inciso "salvo quanto disposto dall'articolo 818, primo comma" ad opera del d.lgs. 149/2022, svolge lo stesso compito ma non più in relazione ad un divieto di emanazione di provvedimenti cautelari arbitrali, bensì in riferimento sia ai casi in cui manchi l'accordo delle parti che attribuisce agli arbitri la competenza cautelare, sia ai casi in cui la relativa competenza spetti al giudice ordinario alla luce di quanto previsto dal secondo comma dell'art 818¹⁹¹.

¹⁹⁰ Così M. Farina, Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare, in R. Tiscini (a cura di), in La riforma Cartabia del processo civile, p. 1199, che afferma: «Di modo che, per esemplificare, se le parti prevedessero che la competenza cautelare spetti anche agli arbitri un tale accordo dovrà, verosimilmente, essere considerato, diciamo così, invalido o, comunque, privo di effetto. [...] Non sembra, invece, che in casi come questi possa ritenersi l'accordo *tout court* invalido in quanto, in definitiva, non contenente una espressa (ed incondizionata) volontà di riconoscere in capo agli arbitri un potere cautelare che la legge, vorrebbe, come visto, esclusivo.»

¹⁹¹ M. Farina, Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare, in R. Tiscini (a cura di), in La riforma Cartabia del processo civile, p. 1201.

2.1. Le verifiche in ordine alla competenza cautelare in caso di convenzione attributiva di poteri cautelari agli arbitri.

Alla luce della disciplina di cui all'art 818 e della competenza esclusiva arbitrale a partire dall'accettazione degli arbitri, nel caso in cui mediante ricorso cautelare venga adito un giudice statale che constati l'esistenza di una precedente convenzione d'arbitrato devolvendo il merito ai primi, egli dovrà svolgere tutta una serie di accertamenti prima di procedere in tal senso affermando o negando la propria *potestas iudicandi*. In primo luogo dovrà verificare se le parti abbiano manifestato espressamente la volontà di attribuire agli arbitri i poteri cautelari e se vi sia stata accettazione da parte di questi, in quanto sussistendo entrambi i requisiti sarà necessario che si dichiarino incompetenti; se, al contrario, non sussista nessuno dei due presupposti, il giudice dovrà passare alla seconda verifica, accertandosi che sussista la propria competenza cautelare ai sensi dell'art 669 quinquies. È chiaro che secondo il fondamentale principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art 5 c.p.c.¹⁹² una volta richiesta la tutela cautelare al giudice dello Stato solo egli sarà competente in tal senso, non potendosi invertire la rotta mediante successivo accordo attributivo del potere agli arbitri ovvero sopravvenuta accettazione di questi/costituzione del collegio arbitrale¹⁹³. Si potrebbe tuttavia prospettare il problema inverso¹⁹⁴, ci si chiede cioè, nel caso in cui la convenzione d'arbitrato attribuisca il potere cautelare agli arbitri già nominati, ma prima della loro accettazione, se questi possano istantaneamente accettare e ritenersi dunque competenti per la tutela cautelare. Se si segue l'orientamento giurisprudenziale secondo cui le

¹⁹² Secondo il quale «La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo.»

¹⁹³ In modo analogo M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1202, afferma «La circostanza per cui il secondo comma dell'art. 818 c.p.c. disponga che, prima della costituzione del tribunale arbitrale, la domanda si propone al giudice competente ai sensi dell'art. 669-quinquies c.p.c., unitamente all'ulteriore circostanza per cui il criterio direttivo di delega di cui la norma in esame costituisce attuazione si riferiva al potere cautelare del giudice nei (soli) casi di «domanda anteriore all'accettazione degli arbitri», ci convincono che la competenza residuale dell'autorità giudiziaria ordinaria di cui al secondo comma dell'art. 818 c.p.c. si perpetuerà, se si vuole anche ai sensi dell'art. 5 c.p.c., pure nei casi in cui, nelle more tra la data di deposito del ricorso cautelare ai sensi degli artt. 669-bis e 669-ter c.p.c. e quella di pronuncia su di esso da parte del giudice, dovesse essersi perfezionata la costituzione del tribunale arbitrale». Così anche Tota, op. cit. p. 176.

¹⁹⁴ Prospettato da Briguglio, op. cit. p. 8.

soppravvenienze possono avere rilevanza sulla giurisdizione e sulla competenza soltanto nel senso affermativo, la risposta non può che essere positiva¹⁹⁵.

Inoltre, considerando che il nuovo art 818 è entrato in vigore il 28 febbraio 2023, i giudici statali che siano stati aditi con ricorso cautelare depositato prima di questa data, manterranno la propria *potestas iudicandi* anche dopo la stessa, così come dovranno dichiararsi incompetenti gli arbitri aditi per la tutela cautelare prima della relativa data¹⁹⁶. Al contrario, successivamente al 28 febbraio 2023 saranno competenti gli arbitri qualora la convenzione di arbitrato, anche se anteriore¹⁹⁷, lo preveda espressamente e gli arbitri abbiano accettato l'incarico; infatti, quando il comma 1 dell'art 35 del decreto afferma che le disposizioni dello stesso si applicano "ai procedimenti instaurati successivamente a tale data", si deve intendere nel caso specifico il riferimento non al procedimento arbitrale, che potrebbe già essere stato instaurato, ma al procedimento cautelare davanti al giudice o agli arbitri¹⁹⁸.

2.2. *Le questioni non risolte dal legislatore.*

Si era già rilevato commentando la legge delega come la scelta del legislatore nel senso di una competenza esclusiva arbitrale a seguito dell'accettazione della nomina, mossa certamente dall'intento di preservare l'autonomia degli arbitri, avrebbe potuto avere l'effetto opposto di limitare la portata dell'intervento, costituendo questo in realtà fonte di alcune problematiche che si sarebbero forse potute evitare. Si era ad esempio prospettato il problema di una possibile mancanza di tutela nel caso in cui il collegio arbitrale, anche se costituito regolarmente, non potesse provvedere a pronunciarsi

¹⁹⁵ Così Briguglio, op. cit. p. 8, che prosegue affermando: «orientamento questo la cui riconduzione al principio di economia processuale è qui particolarmente pregnante, visto che altrimenti si avrebbe un comico rimpallo dovuto al fatto che il giudice statale, investito successivamente alla declinatoria degli arbitri, si troverebbe di fronte alla loro accettazione nel frattempo intervenuta e perciò sarebbe costretto a sua volta a dichiararsi incompetente»

¹⁹⁶ Ciò in virtù della disposizione transitoria ex art. 35, comma 1, del d.lgs. 149/2022 che così afferma: «Le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti.»

¹⁹⁷ L'ipotesi di una convenzione precedente alla modifica dell'art. 818 e però attributiva di poteri cautelari agli arbitri è ovviamente plausibile ponendo mente alla possibile *relatio* a regolamenti arbitrali.

¹⁹⁸ Così affermato da Briguglio, op. cit. p. 9.

tempestivamente per vari motivi, come la decadenza o la sostituzione di uno dei membri. In quella sede si era evidenziato come il legislatore delegato avrebbe dovuto meglio delineare l'ambito di intervento cautelare degli organi statuali, ricomprendendo anche i casi di temporanea incapacità di funzionamento dell'ufficio arbitrale¹⁹⁹; così non è stato, avendo il legislatore piuttosto semplicemente riprodotto le disposizioni del criterio direttivo, senza provvedere a specificarne la portata. Allo stesso modo, il legislatore non ha disciplinato l'ipotesi in cui il provvedimento cautelare si rivolga anche nei confronti di soggetti terzi alla convenzione di arbitrato, non sciogliendo il dubbio circa la possibilità o meno che il giudice statale venga adito in via cautelare pur dopo l'accettazione degli arbitri cui venga conferito il potere cautelare stesso, non essendo il provvedimento emanabile dagli arbitri o comunque inefficace se da questi emanato²⁰⁰. Queste ed altre sono questioni che il legislatore delegato non ha chiaramente risolto, per le quali si può soltanto provvedere in via interpretativa nella speranza che in futuro vengano opportunamente affrontate. Si conferma quindi anche in tale sede l'impressione che si era avuta a seguito della legge delega, di un intervento cioè che avrebbe potuto meglio strutturarsi e che avrebbe dovuto affrontare temi invece trascurati, con l'impressione, tra l'altro, di aver forse "esagerato" con l'attribuire la competenza esclusiva agli arbitri, avendo forse le parti potuto godere di maggiori vantaggi se l'ordinamento avesse consentito di scegliere tra arbitro e giudice.

2.3. Le novità relative all'arbitro di urgenza in riferimento al Regolamento della Camera Arbitrale di Milano.

Il nuovo art 818 c.p.c. ha reso necessaria un'ulteriore modifica, rispetto a quelle già viste²⁰¹, del regolamento della Camera Arbitrale di Milano, questa volta con riferimento all'arbitrato d'urgenza. Oggetto della modifica è stato innanzitutto il primo comma dell'art 44, in particolare in relazione al termine finale per la richiesta dell'intervento

¹⁹⁹ Vedi cap. 2. Par. 1.3.

²⁰⁰ Brigulio in op. cit. p. 5 risolve la questione in senso positivo, sulla base del "principio di necessaria effettività della cautela".

²⁰¹ Ci si riferisce al par. 1.2.1.

dell'arbitro d'urgenza: in precedenza, secondo tale disposizione, la parte poteva chiedere “anche senza comunicarlo all'altra parte, la nomina di un arbitro d'urgenza per l'adozione dei provvedimenti e delle determinazioni di cui all'art. 26”, richiesta che poteva essere svolta “fino alla conferma degli arbitri”; il nuovo Regolamento così come modificato, invece, prevede che la parte possa chiedere la nomina di un arbitro unico d'urgenza per l'adozione dei provvedimenti cautelari e provvisori “fino alla costituzione del Tribunale Arbitrale”²⁰², modifica alla quale si è provveduto per conformare la disposizione al nuovo secondo comma dell'art 818 c.p.c. che, come visto, sancisce che “prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669-quinquies”. Come analizzato nei paragrafi precedenti, la nuova disposizione fa in modo, nell'arbitrato ad hoc di diritto comune, che non vi sia alcun vuoto di tutela nei confronti delle parti tutte quelle volte in cui l'organo arbitrale cui sia stata attribuita competenza cautelare esclusiva non sia ancora in grado di funzionare, attribuendo in questi casi il potere cautelare al giudice dello Stato. Allo stesso modo, con riferimento alla modifica dell'art 44, lo scopo è stato proprio quello di fare in modo che l'arbitro d'urgenza riempia lo stesso vuoto di tutela che si verrebbe a creare qualora le parti necessitino di un provvedimento urgente e provvisorio prima che sia venuto ad esistenza l'organo arbitrale. Si rende necessario, dunque, comprendere come coordinare la disposizione contenuta nel Regolamento circa la possibilità per l'arbitro d'urgenza di esercitare il potere cautelare ancor prima che si costituisca il Tribunale Arbitrale e quella prevista dall'art 818 c.p.c. secondo comma. A tal proposito si potrebbe affermare che²⁰³, essendo la competenza cautelare “esclusiva” secondo il

²⁰² Art 44 comma 1: “Salvo diverso accordo delle parti, fino alla costituzione del Tribunale Arbitrale la parte può chiedere, anche senza comunicarlo all'altra parte, la nomina di un arbitro unico d'urgenza per l'adozione dei provvedimenti cautelari e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento. L'istanza contiene l'indicazione delle parti e della convenzione arbitrale, gli elementi in fatto e le ragioni di diritto a fondamento della richiesta, e l'attestazione del pagamento in base alla tariffa allegata.”

²⁰³ Così ritenuto da Farina, op. cit. p. 9, che indica come presupposto che “le parti le parti, nel fare rinvio al Regolamento, non abbiano espressamente escluso (non tanto la competenza cautelare *tout court* degli arbitri, come pur possibile, ma) la (sola) possibilità dell'arbitrato d'urgenza. A noi sembra, infatti, che la salvezza di un diverso accordo delle parti che compare (oltre che nel primo comma dell'art. 26 del Regolamento, anche) nel primo comma dell'art. 44 consenta questa conclusione, non essendovi infatti ragione per ritenere che le parti possano accordarsi solamente per escludere del tutto la competenza cautelare arbitrale e che, dunque, una volta che questa sussista essa possa allora essere sempre e comunque esercitata nelle forme (anche dell'arbitrato d'urgenza) previste dal Regolamento. Al contrario, le parti saranno libere di modulare l'esercizio della potestà cautelare comunque riconosciuta agli arbitri negandone esclusivamente la sperimentabilità nelle forme dell'arbitrato d'urgenza (e, in definitiva, *ante causam*).

primo comma dell'art 818 ed essendo il secondo comma della stessa norma volto ad evitare vuoti di tutela, la possibilità per le parti di rivolgersi all'arbitrato d'urgenza vada a determinare proprio la piena esclusività della competenza cautelare degli arbitri prevista dalle parti stesse mediante il rinvio al regolamento; in questo modo sarebbe quindi consentita l'emanazione del provvedimento cautelare ad opera dell'arbitro anche nel caso in cui il tribunale arbitrale vero e proprio non sia ancora costituito, per cui il tribunale ordinario eventualmente adito dovrebbe dichiararsi incompetente su eccezione della parte resistente. Vi sono poi ulteriori modifiche operate all'art 44 che spingono a ritenere che fosse proprio questa l'intenzione degli organi della Camera Arbitrale nel revisionare il Regolamento, come l'espressa previsione per cui l'arbitro d'urgenza abbia il potere di adottare "provvedimenti cautelari e provvisori, anche a contenuto anticipatorio"²⁰⁴ oppure la facoltatività dell'instaurazione del procedimento arbitrale di merito in caso di provvedimento cautelare reso dall'arbitro d'urgenza con contenuto anticipatorio, alla luce dei quali la conclusione da ricavare sarebbe quella per cui il potere dell'arbitro d'urgenza coinciderebbe interamente con il potere cautelare del Tribunale Arbitrale una volta costituito ai sensi dell'art 26 del Regolamento. Tale soluzione, indicativa di una natura esclusiva della competenza dell'arbitrato d'urgenza, potrebbe tuttavia non essere uniformemente condivisa, potendosi piuttosto ritenere maggiormente opportuna una competenza concorrente dell'arbitro d'urgenza e dell'autorità giudiziaria, essendo dunque possibile per la parte rivolgersi all'uno o all'altra²⁰⁵.

3. Il procedimento cautelare uniforme.

È necessario adesso analizzare quanto del procedimento cautelare uniforme si applichi all'arbitrato, considerando che i nuovi articoli del codice di rito introdotti dal legislatore delegato con riferimento alla competenza cautelare degli arbitri non si occupano del

²⁰⁴ Il previgente comma 1 faceva riferimento a "i provvedimenti e le determinazioni di cui all'art. 26."

²⁰⁵ Così ritenuto da Farina, op. cit., p. 10, che afferma: «Ed infatti, la previsione di cui al secondo comma dell'art. 818 c.p.c. – se non è in grado di rendere *tout court* impraticabile la strada dell'arbitro d'urgenza – contiene, comunque, una previsione il cui espresso tenore letterale è idoneo a dar credito alla tesi secondo cui, fino alla costituzione del Tribunale Arbitrale, rimane a disposizione delle parti (anche) la competenza cautelare del giudice dello stato la quale non è, in effetti, incisa (ancorché per ragioni strutturali che qui non si presenterebbero) dalla scelta delle parti di devolvere in arbitrato anche le loro liti cautelari.»

procedimento applicabile. In primo luogo, si ricorda che gli artt. 669 quinquies e 669 decies ad oggi si occupano espressamente del potere cautelare arbitrale, essendo entrambi stati modificati dal legislatore mediante l'aggiunta dell'inciso "salvo quanto disposto dall'articolo 818, primo comma": nella prima norma l'inciso serve ad escludere dalla sua applicazione l'ipotesi in cui agli arbitri sia attribuito il potere cautelare, nella seconda per conferire agli arbitri il compito di modificare e revocare il provvedimento cautelare da loro concesso²⁰⁶. Detto ciò, la questione relativa al coordinamento con le norme del procedimento cautelare uniforme è delicata, in quanto si vengono a sovrapporre gli artt. 669 bis e ss. e l'art 816 bis²⁰⁷, da cui si generano due sotto-problemi: individuare la disciplina da applicare nel caso in cui le parti non abbiano stabilito apposite norme processuali ed individuare le norme non derogabili dalla volontà delle parti²⁰⁸. Si può prima di tutto escludere la diretta applicazione dell'art 669 sexies relativo alla disciplina del procedimento ("Il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda"), ritenendo, piuttosto, che nell'ambito del procedimento cautelare arbitrale siano le parti e gli arbitri stessi a poter regolare lo svolgimento della relativa fase secondo quanto previsto dall'art 816 bis e per il procedimento di merito²⁰⁹. Pertanto, se le parti nella convenzione d'arbitrato o con atto separato non hanno stabilito le norme da osservare in relazione al procedimento arbitrale, saranno gli arbitri a regolare il sub procedimento dovendo in ogni caso attuare il principio del contraddittorio. Tuttavia, l'art 669 sexies prevede la possibilità di chiedere la tutela cautelare *inaudita altera parte*, disposizione che dovrebbe applicarsi anche alla tutela

²⁰⁶ Amendolagine, "Arbitrato: le principali novità introdotte dal D. Lgs. n. 149/2022", i Contratti 1/2023, p. 61. «Il legislatore ha dunque inteso riconoscere agli arbitri che hanno emanato un provvedimento cautelare – in ragione del potere loro attribuito dalle parti - anche il potere di disporre l'eventuale revoca o modifica della misura cautelare in precedenza disposta, in presenza di mutamenti nelle circostanze o di allegazione di fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare, secondo quanto disposto dall'art. 669-decies, comma 1, c.p.c.»

²⁰⁷ "Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa."

²⁰⁸ Questioni prospettate da Luiso, "Il nuovo processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile", Giuffrè, 2023, p. 346.

²⁰⁹ Così ritenuto da M. Farina, Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare, in R. Tiscini (a cura di), in La riforma Cartabia del processo civile, p. 1204.

cautelare arbitrale, in quanto indispensabile per l'effettività della stessa²¹⁰; a tal proposito, infatti, l'obbligo rivolto agli arbitri di attuare il contraddittorio concedendo alle parti "ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa" previsto dall'art 816 bis non sembra incompatibile con la concessione di un provvedimento *inaudita altera parte*, sempre nei limiti in cui la parte ne abbia fatta espressa richiesta in tal senso, e dunque con la possibilità che il contraddittorio venga instaurato successivamente all'emanazione del provvedimento²¹¹.

L'art 669-bis fa poi riferimento alla forma della domanda, affermando che "la domanda si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente". Nel caso in cui non vi sia una diversa previsione delle parti o del regolamento sarà questa la disposizione di riferimento, ma nulla vieta che le parti o il regolamento stesso possano prevedere una forma diversa²¹².

Gli artt. da 669 ter a 669 quinquies non sono stati modificati dalla riforma, salvo quanto visto circa quest'ultima norma, e riferendosi alla competenza del giudice non riguardano il procedimento cautelare arbitrale. Quanto ai successivi articoli, se ne parlerà successivamente in merito ai nuovi art 818 bis e 818 ter ed all'inefficacia, revoca e modifica dei provvedimenti cautelari emanati dagli arbitri.

4. *Il nuovo art 818 bis: il reclamo nei confronti dei provvedimenti cautelari resi dagli arbitri.*

²¹⁰ Luiso, op. ult. cit. p. 347, secondo il quale «L'art 669 sexies disciplina il procedimento cautelare con due diversi ordini di disposizioni. Il primo – a nostro avviso non derogabile – prevede la possibilità di chiedere la tutela cautelare *inaudita altera parte*. Questa disposizione deve applicarsi anche alla tutela cautelare arbitrale, perché è indispensabile per l'effettività della stessa. Come ugualmente deve applicarsi la conferma, modifica o revoca della stessa a contraddittorio instaurato, a garanzia appunto del diritto di difesa della parte che subisce gli effetti della misura cautelare. Viceversa, le altre disposizioni della norma possono essere derogate dalle parti, dal regolamento e, in mancanza, anche dagli arbitri, purché sia attuato il principio del contraddittorio.»

²¹¹ Esclude invece la possibilità che si abbia una pronuncia *inaudita altera parte* Amendolagine, in "Gli arbitri e le misure cautelari: oggi e domani", in Riv. Arb. p. 737, secondo l'argomento per cui, non potendo gli arbitri decidere *ante causam*, non potrebbero neanche decidere *inaudita altera parte*.

²¹² Così ritenuto da Luiso, op. cit. p. 347.

Si è visto poi, analizzando il criterio direttivo della legge delega del 2021, come il legislatore delegante avesse indicato espressamente di doversi “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”, secondo una scelta che già allora aveva destato non pochi dubbi nei commentatori alla delega. Il legislatore delegato, con riferimento alla necessità della disciplina del reclamo, ha provveduto a dare vita ad una nuova disposizione fino a quel momento non esistente nel codice di rito, vale a dire il nuovo art 818 bis, che ad oggi così recita: «Contro il provvedimento degli arbitri che concede o nega una misura cautelare è ammesso reclamo a norma dell'articolo 669-terdecies davanti alla corte di appello, nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, per i motivi di cui all'articolo 829, primo comma, in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico». Si può dunque notare come il legislatore si sia quasi interamente conformato alla delega, attribuendo la competenza per il reclamo alla Corte d’Appello e confermando la peculiare scelta del richiamo ai motivi di cui all’art 829 primo comma e alla contrarietà all’ordine pubblico, e riferendosi inoltre all’art 669 terdecies, norma che disciplina genericamente il reclamo contro i provvedimenti cautelari resi dall’autorità giudiziaria. In merito quindi a tale nuova previsione, è opportuno fare riferimento a due importanti questioni che erano già state accennate commentando il criterio direttivo²¹³: la prima riguardava gli effetti dell’eventuale accoglimento del reclamo, non essendo gli stessi indicati dal legislatore delegante; la seconda, ancor più fondamentale, riguardava la compatibilità dei motivi di reclamo con il provvedimento stesso.

Partendo dalla prima, era stato rilevato come il legislatore delegante nulla avesse previsto circa gli effetti che si sarebbero prodotti in caso di accoglimento del reclamo, per cui ci si era chiesto se, in tal caso, la soluzione da accogliere fosse quella per cui all’accoglimento dovesse seguire una nuova pronuncia del giudice stesso volta alla modifica del provvedimento, ovvero se egli potesse provvedere soltanto alla fase rescindente, rimettendo agli arbitri il riesame dei motivi posti alla base della domanda cautelare²¹⁴. Nonostante la speranza che il legislatore delegato provvedesse a sciogliere il dubbio indicando opportunamente la competenza del giudice in tali casi, così non è

²¹³ Vedi cap 2. Par. 1.4.

²¹⁴ La questione era stata posta da Tota, in “I poteri cautelari degli arbitri nella legge di delega n. 206/2021” in *Judicium*, 2/2022, p. 179.

stato, rimanendo la questione una delle non poche ancora aperte a seguito del decreto attuativo. È vero che il nuovo art 818 bis c.p.c. richiama l'art 669 terdecies, tuttavia in merito al quinto comma di quest'ultimo, che consente proprio al collegio adito in sede di reclamo cautelare non solo di confermare o revocare ma anche di modificare il provvedimento cautelare, l'applicabilità è dubbia proprio in ragione a quanto pocanzi affermato; poiché, infatti, il reclamo può aversi soltanto per limitati motivi, che escludono il "merito" cautelare e poiché la competenza cautelare degli arbitri è esclusiva in virtù del nuovo art 818, rimarrebbe saldo il dubbio circa la possibilità che la Corte d'Appello sia titolare di un potere sostitutivo di "merito" cautelare in caso di accoglimento del reclamo. Tuttavia, non è da escludere che si possa optare per una diversa conclusione, in particolar modo con riferimento ai casi in cui il reclamo abbia ad oggetto un provvedimento di rigetto emesso dagli arbitri; in tal caso, fermo restando che il reclamo non potrà riguardare direttamente la valutazione dei due presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* da parte degli arbitri, nell'ipotesi di accoglimento di un motivo di reclamo compatibile con una rinnovata decisione sul merito cautelare si potrebbe giustificare l'esercizio di un potere cautelare sostitutivo da parte della Corte d'Appello. Se dunque il provvedimento di rigetto è stato motivato dall'incompetenza cautelare arbitrale, nel caso in cui la Corte ritenga fondato il reclamo non potrà semplicemente revocare il provvedimento, ma dovrà provvedere a decidere ex novo sull'istanza cautelare valutando la sussistenza dei presupposti fondamentali²¹⁵. Nel caso inverso in cui, invece, il reclamo sia proposto nei confronti di un provvedimento di accoglimento e sia fondato con riferimento ad un motivo di nullità incompatibile con l'esercizio del potere cautelare degli arbitri, come nel caso in cui il provvedimento sia censurato sul fondamento dell'incompetenza degli arbitri per inesistenza, nullità o inefficacia dell'accordo richiesto

²¹⁵ Così ritenuto da M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1208. In senso contrario Luiso, op. cit. p. 353, che afferma: «Non è immaginabile una pronuncia sostitutiva in sede di reclamo, perché ciò significherebbe disattendere la volontà delle parti, che hanno individuato l'arbitro, e non il giudice, come soggetto competente per la tutela cautelare. Ove, invece, le ragioni dell'annullamento siano ostative all'esercizio del potere cautelare da parte degli arbitri, ritorna la competenza del giudice, cui deve essere (ri)proposta la domanda cautelare. Anche in questo caso, una pronuncia sostitutiva della corte di appello non è pensabile, poiché – analogamente a quanto affermato in tema di impugnazione per nullità – la pronuncia del provvedimento da parte di un soggetto che aveva il potere di emetterlo costituisce il presupposto indispensabile per la sostituzione dello stesso in sede di impugnazione.»

dall'art 818 primo comma, allora la Corte d'Appello dovrà limitarsi ad accogliere il reclamo e annullare il provvedimento²¹⁶.

5. La questione relativa ai motivi di reclamo previsti dall'art 818-bis.

Come anticipato, una seconda questione di importanza fondamentale è quella relativa ai motivi del reclamo indicati dal nuovo art 818 bis, circoscritti a quelli di cui all'art 829 primo comma “in quanto compatibili” ed alla contrarietà all'ordine pubblico. L'intenzione del legislatore nell'elaborare una previsione di questo tipo può chiaramente rinvenirsi nel voler trasformare un'impugnazione a critica libera come di norma è il reclamo cautelare in un'impugnazione a critica vincolata, relativamente alla quale il controllo del giudice statale non può quindi tradursi in un riesame del merito del provvedimento arbitrale. La peculiare scelta del legislatore non può che trovare il suo fondamento nel voler in ogni modo preservare il procedimento arbitrale dall'ingerenza del giudice dello Stato²¹⁷, salvaguardandone l'autonomia, nella paura che un vero distacco rispetto al passato non si verifichi neppure con le modifiche legislative, lasciando in realtà il controllo prevalente al giudice statale. Ciò che avviene dunque applicando la nuova disposizione è che la Corte d'Appello adita mediante il reclamo non potrà di certo verificare ad esempio il *fumus* della validità o invalidità della convenzione arbitrale, ma la validità o invalidità della convenzione come se si trattasse dell'impugnazione del lodo. Il discorso, tuttavia, diventa più complesso nel momento in cui l'art 818 bis, nel fare riferimento ai motivi di cui al primo comma dell'art 829, aggiunge che essi saranno proponibili se ed “in quanto compatibili”, disposizione ambigua in quanto non rende

²¹⁶ Così ritenuto da M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1209 che afferma: «a noi sembra, che dinanzi ad un provvedimento di accoglimento censurato con successo per incompetenza cautelare arbitrale, la competenza del giudice ordinario sia quella di regola prevista dall'art 669 quinquies e non possa, quindi, essere attribuita, *per saltum*, alla Corte d'Appello.», in senso contrario a quanto aveva affermato Tota in op. cit. p. 179, secondo la quale in questi casi sarebbe scontato il potere sostitutivo di merito della Corte d'Appello.

²¹⁷ Luiso, op. cit. p. 351: «un intervento del giudice, nel corso del processo arbitrale, che valutasse il *periculum* e soprattutto il *fumus*, costituirebbe un'intromissione pericolosissima nella decisione dell'arbitro.»

chiaro che cosa volesse intendere a tal proposito il legislatore. In relazione alla questione della compatibilità, è necessario analizzare i singoli motivi e svolgere un'opera d'interpretazione per cercare di colmare le lacune legislative.

Partendo dal n. 1) dell'art 829, primo comma, relativamente al quale l'impugnazione per nullità è ammessa "se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma", si ritiene che possa riferirsi all'ipotesi di reclamo avverso un provvedimento cautelare emanato da arbitri in relazione a due diversi profili. In primo luogo, si potrebbe invocare tale motivo nel caso in cui il reclamo abbia ad oggetto un provvedimento di accoglimento deducendo l'inesistenza, invalidità o inefficacia dell'accordo tramite cui le parti attribuiscono agli arbitri la competenza cautelare secondo quanto richiesto ad oggi dall'art 818. In realtà però, la medesima invalidità del provvedimento di accoglimento potrebbe anche essere ricondotta, con i necessari adattamenti, al motivo di cui al n. 4) dell'art 829²¹⁸, in quanto gli arbitri avrebbero in tal caso deciso il merito cautelare in una situazione in cui non poteva essere deciso, dovendo piuttosto questi pronunciare la propria incompetenza e rigettare la domanda cautelare. Nel caso dunque in cui l'ipotesi prospettata si ritenga da ricondurre nell'ambito del n. 4), potrebbe non rimanere più spazio per l'applicazione del motivo di cui al n. 1); tuttavia, anche se quest'ultimo motivo non si riferisce direttamente al provvedimento cautelare, potendosi per tale ragione ritenere di non applicarsi lo stesso, la contestazione del potere degli arbitri di decidere il merito per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato determina automaticamente la contestazione del potere arbitrale di pronunciare un provvedimento cautelare²¹⁹. Piuttosto, si deve rilevare come questa sia una di quelle ipotesi in cui l'estensione dei motivi di cui all'art 829 al reclamo cautelare, astrattamente possibile, sia in realtà inopportuna, considerando che l'accoglimento del motivo di impugnazione postula l'accertamento dell'incompetenza degli arbitri ed implica quindi una inevitabile intromissione del giudice statale, risultato opposto di quello ricercato dal legislatore²²⁰. In maniera analoga si potrebbe dire con riferimento ai motivi

²¹⁸ "Se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma, o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso".

²¹⁹ Riflessioni svolte M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1211-1212.

²²⁰ Così veniva indicato da Tota a proposito della legge delega, in *op. cit.* p. 179.

di cui ai nn. 2) e 3) del primo comma dell'art 829, in quanto se gli arbitri non possono validamente decidere il merito perché nominati invalidamente o perché non potevano essere nominati ai sensi dell'art 812 c.p.c., non potranno neanche validamente decidere di emanare un provvedimento cautelare.

Ancora, per quanto riguarda il motivo di cui al n. 6) dell'art 829, primo comma, secondo cui l'impugnazione per nullità è ammessa "se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'articolo 821", riferendosi al lodo emesso nonostante il decorso del termine, si tratterebbe per questa ragione di un motivo incompatibile con il reclamo cautelare²²¹. Nonostante ciò si potrebbe osservare che, se nel corso del procedimento la parte ha rilevato il decorso del termine previsto all'art 821 (termine per la pronuncia del lodo)²²² e gli arbitri hanno comunque provveduto ad emanare un provvedimento cautelare²²³, questo potrebbe essere oggetto di reclamo in quanto strumentale ad una decisione di merito che non potrà più essere validamente resa, a causa dell'avvenuto superamento del termine senza che sia ancora stato pronunciato il lodo²²⁴. Sembrerebbe poi riferirsi esclusivamente al lodo il motivo numero 5), che sanziona la nullità del lodo che non abbia i requisiti di cui ai numeri 5, 6 e 7 dell'art 823; tuttavia, anche in tal caso si potrebbe adattare la portata della disposizione per potersi avere reclamo anche nel caso in cui l'oggetto sia un provvedimento cautelare arbitrale, che potrebbe ritenersi nullo nel caso in cui non contenga "l'esposizione sommaria dei motivi" di cui al n. 5, il "dispositivo" di cui al n. 6 e la "sottoscrizione degli arbitri" di cui al numero 7²²⁵. Ancora, il motivo di cui al n. 8) dell'art 829 prevede che il lodo possa essere impugnato per nullità se questo "è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti purché tale lodo o

²²¹ Come ritenuto da Tota, op. cit. p. 178. Inoltre Luiso, in op. cit. p. 352 afferma che «Il motivo n. 6 non è utilizzabile, perché non c'è un termine per la pronuncia del provvedimento cautelare.»

²²² Norma che così statuisce: «Il decorso del termine indicato nell'articolo precedente non può essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della deliberazione del lodo risultante dal dispositivo sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri, non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende far valere la loro decadenza. Se la parte fa valere la decadenza degli arbitri, questi, verificato il decorso del termine, dichiarano estinto il procedimento»

²²³ Deve trattarsi di un provvedimento conservativo, in quanto nel caso di provvedimento cautelare anticipatorio varrebbe il regime di inefficacia previsto dall'art 669 novies.

²²⁴ Così affermato da M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1210.

²²⁵ Tale adattamento è ammesso da Tota, op. cit. p. 178. Al contrario Luiso, in op. cit. p. 352 afferma che «il motivo n. 5 non si applica, perché i requisiti del provvedimento cautelare sono quelli indicati dagli artt. 669 bis e ss., e non sono quelli del lodo.»

tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento”. Tale motivo potrebbe adattarsi ed applicarsi in un caso particolare: se infatti l’istanza cautelare accolta dagli arbitri fosse stata preceduta dal rigetto di un’analogo istanza, pronunciato dal giudice statale nei casi di cui all’art 818, nel caso in cui gli arbitri abbiano accolto l’istanza sulla base di quegli stessi argomenti già esaminati dal giudice ordinario, il relativo vizio potrebbe effettivamente farsi valere sulla base del motivo di cui al n. 8).²²⁶

Risultano poi di più semplice applicazione al reclamo i motivi di cui ai numeri 7), 9), 10), 11) e 12). In particolare, il n. 7) fa riferimento all’impugnazione “se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata”; a tal proposito, le parti potrebbero aver prescritto regole a pena di nullità anche con riferimento al sub-procedimento cautelare. Ancora, il n. 9) dà rilevanza al principio del contraddittorio, sicuramente concepibile anche in relazione al sub-procedimento cautelare. Il n. 10), essendo speculare al motivo di cui al n. 4), potrà essere fatto valere dalla parte se l’arbitro ha rigettato l’istanza cautelare sulla base della propria incompetenza cautelare²²⁷. Con riferimento al n. 12) (se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato), poi, l’omessa pronuncia degli arbitri potrebbe essere solo quella del *petitum* cautelare e dell’eccezione opposta alla concessione del provvedimento cautelare, senza possibilità per la corte d’appello di sindacare la valutazione arbitrale circa il *fumus boni iuris*.

Al termine dell’analisi dei motivi, e ricordando ancora una volta che le intenzioni del legislatore erano sicuramente di protezione dell’ordinanza cautelare arbitrale da un eccessivo controllo del giudice dello Stato, si può vedere come in realtà il richiamo al catalogo ex art 829 determini comunque un controllo da parte di quest’ultimo, controllo che andrà a condizionare lo svolgimento della vicenda arbitrale e post arbitrale²²⁸.

²²⁶ Così ritenuto da M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1211. Escluso invece da Tota, *op. cit.* p. 178.

²²⁷ Motivi ritenuti applicabili da M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1213, così come da Luiso, *op. cit.* p. 352.

²²⁸ Così affermato da Briguglio, *op. cit.* p. 16.

6. *L'inefficacia, la revoca e la modifica dei provvedimenti cautelari.*

Un ulteriore aspetto che era stato affrontato esaminando le disposizioni della delega era quello inerente alla revoca e alla modifica dei provvedimenti cautelari emessi dagli arbitri, relativamente alle quali il legislatore delegante nulla aveva espressamente indicato. Si era rilevato in quella sede come nonostante l'assenza di disposizioni in tal senso fosse illogico escludere che i relativi rimedi si rendessero applicabili anche nel caso di provvedimenti cautelari pronunciati da arbitri, non essendovi differenza a tal proposito rispetto ai provvedimenti emanati dall'autorità giudiziaria²²⁹. Piuttosto, il dubbio che si prospettava era un altro, ci si chiedeva infatti di chi fosse la competenza di adottare le relative misure: se del giudice statale, così come previsto espressamente per il reclamo, ovvero degli arbitri stessi. Anche a seguito delle modifiche apportate al codice di rito mediante il d.lgs. 149/2022, l'assimilazione tra i due provvedimenti cautelari, dell'arbitro e del giudice ordinario, sembra da confermarsi; in particolar modo, ad opera del decreto attuativo è stato modificato l'art 669 decies, norma che disciplina genericamente la revoca e la modifica dei provvedimenti cautelari, che adesso all'ultimo comma fa espressamente «salvo quanto disposto dall'art 818, primo comma»²³⁰. Tale ultima precisazione, infatti, non avrebbe l'effetto di precludere l'applicazione dello stesso art 669 decies con riferimento ai presupposti per poter esercitare il potere di revoca e modifica, ma soltanto quello di chiarire che, qualora il provvedimento cautelare sia emanato dagli arbitri, la revoca o la modifica dello stesso su istanza di parte per “intervvenuti mutamenti nelle circostanze” o “o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare”, gravando in tal caso sull'istante l'onere di fornire la prova nel momento in cui ne è venuto a conoscenza, dovranno essere richieste al “giudice che ha emanato il provvedimento cautelare”; la revoca e la modifica dovranno dunque essere richieste a quegli stessi arbitri che hanno pronunciato il provvedimento in

²²⁹ Vedi Cap 2. Par. 1.5.

²³⁰ Modifica relativamente alla quale la relazione illustrativa così disponeva: «si è dunque inteso riconoscere agli arbitri che hanno emanato un provvedimento cautelare – in ragione del potere loro attribuito dalle parti – del corrispondente potere anche di disporre l'eventuale revoca o modifica della misura cautelare in precedenza disposta, in presenza di mutamenti nelle circostanze o di allegazione di fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare, secondo quanto disposto dall'articolo 669-decies, primo comma, del codice di procedura civile».

questione²³¹. A tal proposito, si ritiene che se il legislatore avesse voluto devolvere la competenza relativa alla revoca e alla modifica all'autorità giudiziaria statale lo avrebbe certamente specificato, come ha fatto con il reclamo²³². Inoltre, in pendenza del giudizio arbitrale, la modifica e la revoca dei provvedimenti cautelari spetterà comunque all'arbitro anche nel caso in cui il provvedimento sia stato pronunciato *ante causam* (ferma la necessità che le parti abbiano attribuito agli arbitri il potere cautelare), in quanto l'art 669 decies al primo comma prevede espressamente la competenza del giudice di merito, quale appunto l'arbitro²³³.

Detto ciò, per quanto riguarda il regime del provvedimento cautelare emesso dagli arbitri, non essendo questo stato regolato dal legislatore delegato²³⁴, si ritiene che debbano applicarsi, con alcuni adattamenti, le disposizioni relative alla riproposizione della domanda e all'inefficacia dei provvedimenti cautelari emanati dai giudici dello Stato. Per quanto riguarda la riproposizione dell'istanza cautelare, si ritiene possa applicarsi l'art 669 septies²³⁵, in considerazione del fatto che la competenza degli arbitri derivante dalla volontà delle parti manifestata secondo quanto previsto dal primo comma dell'art 818 c.p.c. consiste nell'esercizio di una potestà cautelare analoga a quella del giudice

²³¹ Così ritenuto da M. Farina, *Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare*, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1215. Soluzione condivisa da Briguglio, *op. ult. cit.* p. 17, che afferma: «Io credo ... che l'espressione “*salvo quanto disposto dall'art. 818 primo comma*” sia tutt'altro che generica e noncurante, bensì generale e pregnante; e che essa insomma richiami l'attenzione sulla attribuzione agli arbitri di una competenza cautelare, entro i limiti prima cennati, davvero “esclusiva” a tutto tondo, e perciò anche ed invariabilmente estesa alla revoca e modifica della cautela in ragione di sopravvenute circostanze. Ergo: se le parti hanno voluto questa competenza esclusiva, saranno gli arbitri, una volta effettivamente acquisitala con la costituzione del collegio e fin tanto che l'arbitrato sia ancora pendente, a pronunciare sempre *ex art. 669 decies* anche rispetto ad una misura cautelare emanata, prima della costituzione del collegio, dal giudice. Del resto il procedimento di revoca e modifica non è che la ideale prosecuzione di quello cautelare alla luce delle sopravvenute circostanze.»

²³² B. De Santis, *op. cit.* p. 7.

²³³ Luiso, *op. cit.* p. 349.

²³⁴ Salvo quanto previsto dall'art 818 bis relativamente al regime di impugnabilità del provvedimento emanato dagli arbitri.

²³⁵ Secondo il quale «“l'ordinanza di incompetenza non preclude la riproposizione della domanda. L'ordinanza di rigetto non preclude la riproposizione dell'istanza per il provvedimento cautelare quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto. Se l'ordinanza di incompetenza o di rigetto è pronunciata prima dell'inizio della causa di merito, con essa il giudice provvede definitivamente sulle spese del procedimento cautelare. La condanna alle spese è immediatamente esecutiva.»

ordinario, ragion per cui non vi sarebbe motivo di distinguere tra provvedimento reso dall'arbitro e provvedimento reso dal giudice statale²³⁶.

6.1. L'inefficacia del provvedimento arbitrale.

Neanche con riferimento alla sopravvenuta inefficacia del provvedimento cautelare arbitrale il legislatore delegato ha provveduto ad elaborare un'espressa disciplina, limitandosi ad intervenire sull'art 669 novies (relativo all'inefficacia dei provvedimenti cautelari) semplificandolo ed indicando che l'inefficacia si dichiara sempre, anche in caso di contestazione, "con ordinanza avente efficacia esecutiva" invece che con sentenza resa al termine di un giudizio ordinario. Anche qui, come visto in relazione alla revoca e modifica, si pone il problema della competenza a dichiarare l'inefficacia del provvedimento nel caso in cui le parti abbiano attribuito agli arbitri il potere cautelare "esclusivo", vale a dire se questa spetti al giudice o all'arbitro. Ciò premesso, le ipotesi di inefficacia sono quelle di cui all'art 669 novies e si ritiene non possano essere modificate dalla volontà delle parti o dal regolamento. In particolare, il primo comma della suddetta norma stabilisce che il provvedimento conservativo perde efficacia "se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'articolo 669 octies, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue"; fermo restando che la prima fattispecie non può verificarsi nel caso in cui le parti abbiano attribuito agli arbitri il potere cautelare²³⁷, anche la seconda non potrebbe riguardare gli arbitri, perché nel caso di estinzione del procedimento arbitrale il tribunale arbitrale esaurisce il suo compito, non essendovi più, e per tale ragione non gli sarebbe possibile pronunciare i provvedimenti di cui al secondo comma dell'art 669 novies²³⁸. L'unico caso

²³⁶ M. Farina, Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare, in R. Tiscini (a cura di), in La riforma Cartabia del processo civile, p. 1214. Luiso, in op. cit. p. 347, ritiene non applicabili il secondo e terzo comma dell'art 669 septies, relativi alla tutela cautelare *ante causam*, sulla base del fatto che questa non potrebbe essere concessa dall'arbitro in relazione al disposto di cui all'art 818 c.p.c.

²³⁷ Considerando che non è concepibile un provvedimento cautelare arbitrale *ante causam*, sulla base della disciplina di cui all'art 818 c.p.c.

²³⁸ Il secondo comma afferma che «In entrambi i casi, il giudice che ha emesso il provvedimento su ricorso della parte interessata, convocate le parti con decreto in calce al ricorso, dichiara con ordinanza avente

in cui l'inefficacia potrebbe essere dichiarata dagli arbitri sarebbe quello di un'estinzione parziale, vale a dire il caso in cui siano state proposte più domande all'interno del processo e questo si estingua relativamente a quella rispetto alla quale l'arbitro ha emanato un provvedimento cautelare conservativo²³⁹. Inoltre, il terzo comma fa riferimento ad ulteriori ipotesi di inefficacia del provvedimento, in particolare il mancato, tempestivo versamento della cauzione e la dichiarazione di inesistenza del diritto per cui il provvedimento cautelare era stato emanato; anche in questi casi si ritiene che l'inefficacia possa essere dichiarata dall'arbitro. Nei casi poi in cui l'arbitro non possa provvedere, sarà necessario rivolgersi al giudice, ed in particolare a quello che ha provveduto ad emanare il provvedimento cautelare o che ne avrebbe avuto la competenza²⁴⁰.

7. Il nuovo art 818-ter: l'attuazione delle misure cautelari.

La lett. c) dell'art 1, comma 15, della legge delega del 2021, come visto esaminando quest'ultima, richiedeva espressamente di provvedere a disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare "sempre sotto il controllo del giudice ordinario"; la disposizione era già stata a quel tempo ritenuta da molti fin troppo generica, in quanto il controllo necessario del giudice cui faceva riferimento il criterio direttivo avrebbe potuto realizzarsi tramite diversi modelli legislativi, ritenendosi a tal proposito necessario che il legislatore delegato provvedesse ad indicare quale specifico modello avrebbe effettivamente dovuto applicarsi²⁴¹. A tal proposito, il decreto attuativo ha provveduto ad inserire nel codice di rito una nuova disposizione, l'art 818 ter, che afferma, al primo comma, che l'attuazione dei provvedimenti cautelari emanati dagli arbitri avvenga a norma dell'art 669 duodecies c.p.c., sotto il controllo del Tribunale nel cui circondario è fissata la sede dell'arbitrato; al secondo comma, poi, si afferma che

efficacia esecutiva, che il provvedimento è divenuto inefficace e dà le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente»

²³⁹ Luiso, op. cit. p. 348.

²⁴⁰ Luiso, op. cit. p. 348-349.

²⁴¹ Vedi cap. 2. Par. 1.6.

«resta salvo il disposto degli articoli 677 e seguenti in ordine all'esecuzione dei sequestri concessi dagli arbitri. Competente è il tribunale previsto dal primo comma». Il legislatore delegato ha inoltre dettato una specifica disposizione per l'attuazione in Italia di provvedimenti cautelari emessi dagli arbitri nel corso ed in funzione di giudizi arbitrali con sede all'estero, prevedendo a tal proposito la competenza del Tribunale del luogo in cui il provvedimento deve essere attuato. Da un confronto con l'art 669 duodecies, si evince dunque come il legislatore abbia voluto superare, con riferimento alla competenza giudiziale, la distinzione tra l'attuazione di provvedimenti cautelari aventi ad oggetto somme di denaro e quella di provvedimenti aventi ad oggetto consegna, rilascio, fare o non fare, dovendosi dunque attuare qualsiasi misura cautelare emanata dagli arbitri "sotto il controllo" del tribunale della sede dell'arbitrato²⁴²; soluzione confermata poi nel secondo comma dell'art 818 ter in cui, nonostante si facciano salve le modalità degli art. 667 e seguenti in ordine all'esecuzione dei sequestri concessi dagli arbitri, si rinvia al primo comma per quanto riguarda il tribunale competente²⁴³. In ogni caso, richiamando *tout court* l'applicazione dell'art 669 duodecies e facendo salvo quanto previsto dall'art 677 ss. circa l'esecuzione dei sequestri, il legislatore delegato ha previsto per i provvedimenti cautelari arbitrali un'immediata possibilità di attuazione eliminando la necessità dell'*exequatur* (e dunque di una preventiva dichiarazione di esecutività), come invece previsto per il lodo ai sensi dell'art 825 c.p.c.²⁴⁴

Con riferimento alle modalità di attuazione, partendo dai sequestri si può osservare che, ferma restando la mancata necessità che il creditore sequestrante si munisca di alcuna preventiva autorizzazione e/o omologazione giudiziale sotto forma di *exequatur* del provvedimento, l'art 818 ter, facendo salve le disposizioni di cui agli artt. 677 e seguenti ed allo stesso tempo prevedendo la competenza del Tribunale di cui al primo comma, parrebbe determinare un difetto di coordinamento con le norme richiamate. Infatti, a tal proposito, il giudice ordinario competente per l'esecuzione del sequestro secondo gli artt.

²⁴² De Santis, op. cit. p. 7, in cui fa notare come "traspare, quindi, la volontà di unificazione e semplificazione".

²⁴³ Al contrario, nel testo dell'art. 669 *duodecies* è chiara la contrapposizione tra attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro "*nelle forme degli art. 491 ss.*" e attuazione di misure aventi ad oggetto obblighi specifici "*sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare*"; sicché proprio da tale contrapposizione dovrebbe intendersi che il richiamo agli art. 491 ss. implichi anche una competenza diversa da quella del giudice che ha emanato il provvedimento.

²⁴⁴ M. Farina, Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare, in R. Tiscini (a cura di), in *La riforma Cartabia del processo civile*, p. 1219.

667 ss. è il giudice del luogo in cui si trovano le cose sequestrate ovvero il giudice del luogo di residenza del terzo in caso di sequestro presso terzi, mentre il secondo comma dell'art 818 ter farebbe ritenere che ad essere competente sarebbe in ogni caso il Tribunale del luogo in cui si trova la sede dell'arbitrato²⁴⁵. Con riferimento poi ai provvedimenti cautelari che dispongono il pagamento di somme di denaro, il creditore potrà procedere secondo le forme previste per l'espropriazione forzata, espressamente richiamate, sempre senza bisogno di alcuna attività preventiva di autorizzazione. Al contrario, per quanto riguarda i provvedimenti cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, l'attuazione dovrà avvenire sotto il controllo del Tribunale del luogo in cui è fissata la sede dell'arbitrato, il quale determinerà le modalità di attuazione oltre che i provvedimenti opportuni nel caso in cui sorgano difficoltà o contestazioni²⁴⁶. Si può dunque affermare che il sistema scelto dal legislatore mediante l'art 818 ter, di diretta esecuzione sotto il controllo del giudice e su istanza della parte interessata, consente una più celere effettività del provvedimento cautelare arbitrale rispetto ad altri sistemi, in particolare quelli che richiedono un previo *exequatur*²⁴⁷.

Il legislatore delegato ha poi fatto riferimento all'attuazione in Italia di provvedimenti cautelari emanati da arbitri nell'ambito di procedimenti cautelari esteri, nonostante nessun criterio direttivo di delega avesse previsto nulla in tal senso²⁴⁸, indicando che “se la sede dell'arbitrato non è in Italia” la competenza appartiene al “tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata”. Tale disposizione, quindi, attribuisce al giudice italiano la competenza per l'attuazione di un provvedimento cautelare emanato da arbitri esteri destinato ad essere eseguito in territorio italiano, e sarà dunque soltanto a tale condizione (di localizzazione delle attività attuative sul territorio italiano), che il tribunale potrà provvedere ad individuare le modalità di attuazione più opportune²⁴⁹. Il

²⁴⁵ M. Farina, Attribuzione agli arbitri della potestà cautelare, in R. Tiscini (a cura di), in La riforma Cartabia del processo civile, p. 1220, nota 82, in cui afferma: «Si tratta però di conclusione errata, in quanto il rinvio al primo comma implica che la competenza sia del tribunale del luogo in cui è la sede dell'arbitrato, atteso che la competenza del giudice del luogo di attuazione è prevista (anche qui con previsione per molti versi criticabile e non chiara) solo per provvedimenti cautelari resi dagli arbitri in relazione a procedimenti arbitrali con sede all'estero»

²⁴⁶ Come previsto dall'art 669 duodecies, espressamente richiamato dall'art 818 ter.

²⁴⁷ Come il sistema olandese, ovvero quello previsto della Legge-Modello Uncitral agli artt. 17H e 17I.

²⁴⁸ Anche se era stato commentato che il legislatore delegato avrebbe dovuto provvedere a disciplinare l'attuazione dei provvedimenti cautelari arbitrali esteri (così Carlevaris, op. ult. cit. p. 47.)

²⁴⁹ Briguglio, op. cit. p. 22, secondo il quale «Non vi è in ciò nulla di eretico perché il legislatore è ovviamente libero di affidare compiti al suo giudice statale, pur diversi da quelli classicamente deliberatori,

legislatore, mediante tale disposizione dell'art 818 ter, ha voluto fare in modo che le misure cautelari estere godessero dello stesso trattamento previsto per quelle emanate da arbitri interni, escludendo in entrambi i casi il regime dell'*exequatur*; senza la relativa norma, infatti, i provvedimenti cautelari pronunciati da arbitri esteri potrebbero essere attuati in Italia solo a seguito del riconoscimento con applicazione della Convenzione di New York e degli artt. 839 e 840 c.p.c.²⁵⁰

Secondo la nuova disciplina prevista dall'art 818 ter, dunque, la parte a cui favore è stato pronunciato dall'arbitro il provvedimento cautelare dovrà presentarsi all'ufficiale giudiziario esibendo come titolo esecutivo l'atto sottoscritto dall'arbitro, in maniera non difforme da quanto avviene nel caso in cui l'avente diritto si presenti all'ufficiale giudiziario con una cambiale o un accordo di mediazione.

8. *L'arbitrato societario: le nuove disposizioni introdotte nel codice di rito.*

Come anticipato commentando la legge delega, un altro ambito fondamentale al quale aveva già fatto riferimento questa è quello dell'arbitrato societario, relativamente al quale l'art 1, comma 15, lett. f) aveva rappresentato al legislatore l'esigenza di "prevedere, nella prospettiva di riordino organico della materia e di semplificazione della normativa di riferimento, l'inserimento nel codice di procedura civile delle norme relative all'arbitrato societario e la conseguente abrogazione del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5; prevedere altresì la reclamabilità dell'ordinanza di cui all'articolo 35, comma 5, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, che decide sulla richiesta di sospensione della delibera". La scelta del delegante era certamente da condividere considerando che le disposizioni in materia di arbitrato societario venivano

anche in relazione ad una vicenda contenziosa devoluta ad arbitri o giudici esteri (come dimostrano proprio in materia cautelare già le disposizioni *ex artt. 669 bis ss.* dalle quali si evince il potere cautelare affidato al giudice italiano in presenza di convenzione per arbitrato estero o in pendenza di quest'ultimo, e qui si tratta della più modesta attuazione di cautela già impartita).»

²⁵⁰ Briguglio, *op. cit.* p. 22, che prosegue affermando: «la quale per altro risulterebbe assai problematica ed anzi, salve evoluzioni future, pressoché da escludersi perfino a prescindere dal fatto che l'una e gli altri si riferiscano letteralmente e rispettivamente alla "*sentence arbitrale*" o "*arbitral award*" ed al "lodo"».

separate da tutte le altre, costituendo un nucleo normativo che la riforma organica di diritto comune del 2006 aveva mancato di coordinare; si era rilevato infatti, commentando il criterio direttivo, di come fosse necessario che il legislatore delegato non si limitasse ad anettere semplicemente le disposizioni all'interno del codice di rito, ma provvedesse a svolgere quel coordinamento che era mancato nel 2006²⁵¹. Ecco perché, guardando ai nuovi artt. 838-bis, 838-ter, 838-quater e 838-quinquies, si può affermare che sarebbe stato molto più congruo che il legislatore avesse provveduto ad un'operazione maggiormente articolata, piuttosto che limitarsi perlopiù a travasare nel titolo VII del codice di rito le norme già previste dal d.lgs. n. 5 del 2003 in merito all'arbitrato societario, intervento quindi che non sembra rispettare l'obiettivo proposto²⁵², soprattutto guardando al fatto che il legislatore non ha colto l'opportunità di introdurre una norma di raccordo che rendesse esplicito il doversi applicare gli artt. 806 ss. del c.p.c. in quanto compatibili, così come era previsto in passato dall'art 1, comma 5, del d.lgs. n. 5/2003²⁵³.

8.1. Le persistenti incertezze in tema di arbitrato irrituale societario.

Commentando la legge delega, poi, si era rilevato come tra gli interventi che avrebbero certamente potuto e dovuto essere svolti dal legislatore delegato, non eccedendo i limiti della delega stessa²⁵⁴, vi sarebbe stato quello relativo all'arbitrato societario irrituale. A tal proposito, infatti, si riteneva potesse considerarsi come operazione costitutiva di riordino organico della materia quella relativa al coordinamento tra l'art 669 quinquies e quanto veniva disposto dall'art 35 del d.lgs. n. 5/2003²⁵⁵;

²⁵¹ Vedi cap. 2. Par. 2.1.

²⁵² L'intervento viene invece apprezzato da Giorgetti, Commento alle novità in materia di arbitrato introdotte dal decreto legislativo n. 10 ottobre 2022, n. 149, in *Judicium*, p. 12, così come da D. Amadei, in "Il processo civile dopo la riforma, d.lgs. 10 ottobre 2022, n.149" (a cura di) Claudio Cecchella, Zanichelli Editore, 2023, p. 526.

²⁵³ Tiscini, "La riforma Cartabia del processo civile, commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, commento di A. Merone, p. 1260.

²⁵⁴ Si rilevava infatti, nel cap. 2. Par. 2.1, che il legislatore delegato non sarebbe potuto andare oltre i limiti della delega, rischiando altrimenti di sfiorare nell'incostituzionalità qualora avesse affrontato questioni che avrebbero richiesto un intervento di portata maggiore rispetto a quello concesso dal delegante. Ad es, si escludeva di potersi provvedere a porre fine a quelle limitazioni soggettive che impediscono alle società quotate di optare per un procedimento arbitrale.

²⁵⁵ Auspicio espresso da L. Salvaneschi, op. ult. cit. p. 62.

nonostante infatti quest'ultimo disponesse che “La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies”, la norma era stata scritta prima che nel 2005 venisse modificato l'art 669 quinquies inserendo il riferimento all'arbitrato irrituale. Si riteneva quindi doveroso che il legislatore delegato, nell'inserire nel codice di rito il testo dell'art 35, riorganizzasse la materia coordinando l'art 669 quinquies con la disciplina delegata in attuazione dei decreti attuativi. Nell'ambito di una riforma che, in particolar modo in merito all'arbitrato societario, non è stata da molti ritenuta soddisfacente, il legislatore delegato non ha colto l'opportunità per rimuovere le incertezze relative all'arbitrato irrituale, considerando che nel nuovo art 838 ter²⁵⁶, ultimo comma, è stato cancellato sia il riferimento all'arbitrato libero che il rinvio diretto all'art 669 quinquies, all'interno del quale sussiste ancora il richiamo all'arbitrato irrituale. L'effetto di tale abrogazione, dunque, è quello di aver indebolito l'ammissibilità della clausola statutaria nell'arbitrato irrituale, dando la possibilità di riaprire adesso una questione a lungo dibattuta, e potendosi oggi argomentare come da ciò si evincerebbe la volontà del legislatore di escludere totalmente la clausola compromissoria statutaria per l'arbitrato libero²⁵⁷.

8.2. Le questioni risolte dal legislatore.

Si apprezzano maggiormente, invece, i commi 2 e 3 dell'art 838 ter, in cui si è provveduto ad eliminare quei richiami normativi anteriori alla riforma del 2006 che questa non aveva invece eliminato, risolvendo due questioni di mancato coordinamento cui si riteneva fondamentale doversi far fronte in attuazione della delega²⁵⁸; alla luce di tali disposizioni, dunque, è oggi pacifico innanzitutto che in caso di intervento o chiamata del terzo nell'arbitrato societario il termine per pronunciare il lodo verrà prorogato di 180 giorni per una sola volta, ferma restando la possibilità di cumulo della proroga con le altre

²⁵⁶ In cui si è trasposto il testo dell'art 35 d.lgs. n. 5/2003.

²⁵⁷ Il rischio era stato prospettato da Salvaneschi, in op. cit. p. 62, in cui tra l'altro affermava che l'eventuale abrogazione dell'opzione in favore dell'arbitrato irrituale societario sarebbe andata ben oltre la mera facoltà di riordino prevista dalla legge delega.

²⁵⁸ Questioni affrontate nel cap. 2. Par. 2.2., in relazione al mancato coordinamento con gli articoli 819 e 820 c.p.c.

indicate dall'art 820 comma 4. Inoltre, si è risolta anche la questione relativa alla possibilità per gli arbitri di conoscere in via incidentale le questioni non arbitrabili, non residuando più quella che era stata la paradossale esclusione dell'applicazione dell'art 819 all'arbitrato societario, essendo venuto meno il riferimento allo stesso. Il problema, si ricorda, consisteva nel fatto che il legislatore societario del 2003 aveva optato per un sistema che attribuisse agli arbitri il potere di conoscere le relative questioni, escludendo l'applicabilità dell'art 819 comma 1, che prima del 2006 non consentiva l'esercizio del relativo potere in via generale agli arbitri; quando però il legislatore del 2006, proprio ispirandosi alla disciplina societaria, ha previsto il suddetto potere come regola generale, non si è provveduto a coordinare l'art 35 con l'allora nuovo art 819 c.p.c., determinando tale illogico effetto.

Infine, si ritengono opportune anche le modifiche relative all'art 838 quater in relazione al testo dell'art 36 d.lgs. n. 5/2023, che richiama l'art 829 comma 3 con riferimento alla volontà di assoggettare il lodo a impugnazione per violazione delle regole di diritto nel caso in cui gli arbitri abbiano conosciuto questioni non compromettibili o della validità delle delibere assembleari²⁵⁹.

8.3. La potestà cautelare generale.

Un'ulteriore domanda che ci si era posti commentando la legge delega in merito all'arbitrato societario riguardava in un certo senso quanto previsto dalla delega stessa all'interno della lett. c) del comma 15, vale a dire quello che a seguito del decreto attuativo è il nuovo art 818 c.p.c. In particolare, come abbondantemente visto, la modifica di tale norma comporta la possibilità per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelari per gli arbitrati instaurati dopo il 28 febbraio 2023, al contrario di quanto veniva disposto dalla disciplina previgente che negava in qualsiasi caso il relativo potere, con l'unica eccezione rappresentata dall'art 35 comma 5 d.lgs. 5/2003 in merito all'arbitrato societario consistente nella possibilità di sospendere le delibere assembleari qualora il processo

²⁵⁹ A. Merone, Arbitrato Societario, in R. Tiscini (a cura di), in La riforma Cartabia del processo civile, p. 1262.

avesse ad oggetto la loro impugnazione. Ci si chiedeva quindi²⁶⁰, in sede di commento alla delega, se il potere degli arbitri di sospendere le delibere assembleari impugnature potesse continuare a trovare il suo fondamento nella legge ovvero se, prevedendo già la delega (e oggi il nuovo art 818 c.p.c.) la necessità di un apposito accordo delle parti per l'attribuzione dei poteri cautelari agli arbitri, lo stesso fosse da richiedersi anche per l'arbitrato societario. La risposta ad oggi si trova nel nuovo art 838 ter, comma 4, che prevede che «salvo quanto previsto dall'articolo 818, in caso di devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, agli arbitri compete il potere di disporre, con ordinanza reclamabile ai sensi dell'articolo 818-bis, la sospensione dell'efficacia della delibera.», potendosi alla luce di questo affermare innanzitutto che, in base alla nuova disciplina, anche in ambito societario il potere cautelare è previsto per qualsiasi forma di provvedimento cautelare, purché però questo sia espressamente attribuito dalle parti stesse; al contrario, il potere di emanare provvedimenti sospensivi continua ad essere attribuito *ex lege*²⁶¹, senza la necessità di un accordo delle parti. La clausola di salvezza contenuta nella nuova disposizione²⁶², infatti, non potrebbe essere interpretata in modo diverso, anche perché sarebbe poco sensato ritenere che il legislatore delegato volesse cambiare i connotati dell'unica potestà cautelare preesistente e sempre stata incondizionata, richiedendo piuttosto la volontà delle parti in tal senso. Si ritiene che l'inciso “salvo quanto previsto dall'art 818” voglia semplicemente richiamare l'applicazione della competenza del giudice statale per le richieste *ante causam* o comunque anteriori alla costituzione del tribunale arbitrale, momento a partire dal quale ai sensi dell'art 818 c.p.c. la competenza degli arbitri è esclusiva.

²⁶⁰ Vedi cap. 2. Par. 2.3.

²⁶¹ Soluzione già prospettata nel capitolo 2 par. 2.3, in cui si affermava come “l'opzione preferibile sarebbe stata quella di confermare il regime di diretta attribuzione agli arbitri del potere di sospensione, soprattutto tenendo a mente che un cambiamento in tal senso avrebbe richiesto una modifica della clausola compromissoria statutaria, per cui sarebbe stata necessaria la maggioranza qualificata dei due terzi del capitale sociale ai sensi dell'art 34, comma 6, d.lgs. n. 5/2003 (o l'unanimità nel caso delle società di persone); è chiaro che in tal modo sarebbe stato estremamente semplice impedire l'esercizio del potere di sospensione delle delibere, essendo sufficiente che una minoranza di un terzo del capitale (o, nel caso di società di persone, un solo socio) si opponesse in tal senso”.

²⁶² “Salvo quanto previsto dall'articolo 818”.

8.4. La reclamabilità delle ordinanze che sospendono l'efficacia delle delibere.

Fondamentale novità della riforma in tema di arbitrato societario è quella relativa all'introduzione del reclamo esperibile avverso l'ordinanza sospensiva emanata dagli arbitri societari, secondo quanto indicato dal nuovo art 838 ter comma 4 che prevede che «...agli arbitri compete il potere di disporre, con ordinanza reclamabile ai sensi dell'articolo 818-bis, la sospensione dell'efficacia della delibera», costituendo la nuova disposizione di notevole importanza in considerazione del fatto che l'art 35 d.lgs. n. 5/2003 aveva da sempre escluso la reclamabilità dell'ordinanza di sospensione espressamente indicandola al suo interno come “non reclamabile”. Si ricorda, come già evidenziato in precedenza²⁶³, che tale esclusione della possibilità di reclamo era soggetta a non poche critiche, motivate da una disparità di trattamento rispetto alla possibilità di reclamare l'ordinanza nel caso in cui il provvedimento venisse emanato dal giudice ordinario; tuttavia, soprattutto in relazione alla giurisprudenza in materia, si era andata strutturando l'idea che l'assenza di un rimedio impugnatorio nei confronti del provvedimento arbitrale degli arbitri (l'unico possibile a quel tempo) potesse giustificarsi in relazione al parallelismo rispetto ai meccanismi di controllo previsti dal legislatore per il lodo, differenti e più circoscritti rispetto a quelli relativi alla sentenza²⁶⁴, ed ecco perché l'intervento del legislatore delegato in tal senso può si può dire non sia scontato²⁶⁵.

Una domanda che ci si poneva, commentando la delega, riguardava i motivi di reclamo che la lett. c) del comma 15 prevedeva in relazione all'arbitrato generale, indicando quelli di cui all'art 829 comma 1 c.p.c. e considerando che invece, la lett. f) in tema di arbitrato societario, prescriveva semplicemente di “prevedere altresì la reclamabilità dell'ordinanza di cui all'art. 35, comma 5, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, che decide sulla richiesta di sospensione della delibera”, senza altro aggiungere; ci si domandava dunque se si dovesse ritenere che i suddetti motivi fossero da applicarsi anche al provvedimento sospensivo ovvero se il reclamo avverso quest'ultimo fosse privo di

²⁶³ Cap 2 par 2.4.

²⁶⁴ Salvaneschi, op. ult. cit. p. 66.

²⁶⁵ Così A. Merone, Arbitrato Societario, in R. Tiscini (a cura di), in La riforma Cartabia del processo civile, p. 1263.

una simile limitazione. Il nuovo art 838 ter risolve la questione nel primo senso²⁶⁶, richiamando espressamente al quarto comma l'art 818 bis, in forza del quale contro ogni provvedimento cautelare di accoglimento o di rigetto è possibile proporre reclamo a norma dell'art 669 terdecies davanti la Corte d'Appello nel cui distretto è posta la sede dell'arbitrato "per i motivi di cui all'articolo 829, primo comma, in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico".

8.5. La stabilità delle misure cautelari sospensive.

Un'ultima questione è quella relativa alla stabilità dei provvedimenti di sospensione delle delibere societarie, in merito alla quale si ricorda che la legge delega aveva richiesto al legislatore delegato di fare in modo che il provvedimento cautelare di sospensione dell'esecuzione delle deliberazioni assunte da qualsiasi organo di associazioni, fondazioni, società ovvero condominio non perdesse efficacia qualora il giudizio di merito si estinguesse²⁶⁷. Nonostante la previsione della legge delega, il delegato non ha previsto all'interno delle nuove norme inserite nel codice di rito una disposizione che determinasse esplicitamente tale stabilità con riferimento all'estinzione del giudizio. Unica disposizione che si può richiamare in questa sede è l'ultimo comma del nuovo art 838 ter che prevede come i dispositivi dell'ordinanza di sospensione e, parimenti, del lodo che decide sul reclamo dovranno essere iscritti, a cura degli amministratori, nel registro delle imprese; disposizione che potrebbe essere accostata alla stabilità delle misure

²⁶⁶ Soluzione che si riteneva essere la più adatta già in commento alla legge delega, in cui si era affermato che «il relativo dubbio, tuttavia, poteva venir meno svolgendo alcune considerazioni: in primo luogo, la previsione della lettera f) potrebbe essere stata meno specifica in tal senso semplicemente a causa del mero richiamo a quanto indicato nella lettera c), per cui non vi sarebbe stata necessità di riprodurre interamente la disposizione; in secondo luogo, e più incisivamente, era da tenere in considerazione che, per opera della delega e del legislatore delegato, gli arbitri societari non sarebbero più stati titolari di un potere circoscritto alla sospensione delle delibere impugnate, bensì di un generale potere cautelare, motivo per cui non ci sarebbe stata ragione di disciplinare l'ordinanza di sospensione in maniera diversa relativamente al reclamo rispetto a tutte le altre ipotesi di emanazione di misure cautelari»

²⁶⁷ Vedi cap. 2. Par. 2.6, in cui si faceva riferimento alla relazione della Commissione Luiso in cui si rilevava che "molto spesso, l'attore, dopo avere ottenuto nell'ambito del giudizio di merito il provvedimento cautelare con il quale è stata disposta la sospensione dell'esecuzione della deliberazione, non ha un reale interesse alla decisione di merito diverso da quello costituito dalla necessità di 'stabilizzare' gli effetti della decisione cautelare".

cautelari sospensive, destinate a rimanere in vita²⁶⁸ anche nell'ipotesi di mancata instaurazione o estinzione del giudizio di merito²⁶⁹.

²⁶⁸ Seppur, come visto nel cap. 2. Par. 2.6, la giurisprudenza di legittimità abbia attribuito natura conservatoria e non anticipatoria alle misure sospensive, escludendone l'ultrattività in caso di estinzione del giudizio di merito.

²⁶⁹ A. Merone, Arbitrato Societario, in R. Tiscini (a cura di), in La riforma Cartabia del processo civile, p. 1264.

CONCLUSIONI

Il presente elaborato ha preso l'avvio dall'esame prioritario della disciplina anteriore al d. lgs. n. 149/2022 in materia di potestà cautelare arbitrale, rappresentata esclusivamente dall'art. 818 del codice di procedura civile, che per anni ha categoricamente escluso l'esercizio del suddetto potere da parte degli arbitri, riconoscendolo unitariamente al giudice ordinario.

Dopo aver esaminato la disciplina previgente, esplorando le ragioni che potevano aver motivato una decisione del legislatore così categorica e inamovibile, ci si è posti l'obiettivo, in primo luogo, di esaminare le disposizioni che il legislatore delegante aveva elaborato già per tramite della legge-delega n. 206/2021, mettendo in risalto le criticità che già in quel momento potevano essere individuate, oltre ad evidenziare alcune questioni che la delega non si occupava di risolvere. È stato rilevato infatti, in quella sede, come si sperasse in una normativa attuativa maggiormente esaustiva, che interpretasse in maniera estensiva alcune previsioni della delega.

Al termine di questa fase, si è passati poi al fulcro dell'elaborato stesso, concentrandosi sulle nuove e per certi versi rivoluzionarie disposizioni introdotte e modificate dal d. lgs. n. 149/2022, entrate in vigore di recente, il 28 febbraio 2023.

L'analisi ha riguardato *in primis* il nuovo articolo 818 c.p.c. così come completamente modificato dal decreto attuativo, che ad oggi non costituisce più l'unica disposizione in materia di potestà cautelare arbitrale. Si è proseguito infatti con l'esame dei nuovi artt. 818-bis e 818-ter, rispettivamente relativi al reclamo ed all'attuazione, per poi concentrare la parte finale dell'elaborato sulle nuove disposizioni quasi interamente trasposte dal d.lgs. n. 3/2005 in materia di arbitrato societario, vale a dire i nuovi articoli 838-bis, 838-ter e 838- quater.

Elemento centrale della trattazione è stato dunque l'art. 818 c.p.c. così come modificato a seguito dell'intervento normativo. Lo scopo di chi scrive è stato quello di analizzare in maniera minuziosa i due commi della nuova norma, introduttiva della potestà cautelare degli arbitri, per poter esprimere un giudizio finale in relazione alle scelte del legislatore, peculiari e spesso distanti dal resto degli ordinamenti, cercando di mettere alla luce le criticità e i benefici conseguenti alla nuova normativa.

Ci si è in particolar modo concentrati sulla scelta del legislatore delegato di non prevedere una potestà cautelare arbitrale automatica, bensì di subordinarla all'espressa volontà delle parti. Non è chiara la ragione per la quale il legislatore abbia optato per una regola opposta a quella che ci si sarebbe aspettata nell'ottica di una riforma il cui reale intento fosse quello di cambiare rotta una volta per tutte. Si ritiene, infatti, che anche nel caso in cui il legislatore, come di fatto appare, avesse voluto comunque limitare la portata della riforma in tal senso, facendo in modo di lasciare spazio al volere difforme delle parti, sarebbe stato molto più logico invertirne le modalità, riconoscendo automaticamente e genericamente i poteri cautelari degli arbitri, ma facendo comunque salva la facoltà delle parti di optare per la soluzione inversa.

Ciò acquista ancor più significato se si considera che, in un procedimento volontariamente affidato dalle parti non all'autorità giurisdizionale bensì agli arbitri, sarà probabile che la volontà delle prime sia di mantenerlo interamente nelle mani degli ultimi, piuttosto che devolverne una parte ai giudici dello Stato.

Ciò che si critica in tal caso, dunque, non è tanto l'intenzione del legislatore di aver voluto garantire alle parti la tutela in tal senso, dando loro la possibilità di scegliere, che si condivide, essendo l'arbitrato, oltre che un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie, un accordo tra soggetti. La critica che si muove riguarda piuttosto le modalità con cui il legislatore abbia provveduto ad elaborare tale regola, rischiando nella pratica, come evidenziato da alcuni commentatori, di limitare la portata innovativa della riforma e non ottenere quel cambiamento concreto in cui si sperava.

Al di là di ciò, il legislatore ha in questa prima parte dell'art 818 provveduto a sciogliere una delle questioni che ci si erano poste a seguito della legge-delega, in merito alla possibilità di rinviare semplicemente ad un regolamento arbitrale preconstituito attributivo del potere cautelare agli arbitri. La suddetta questione è tra quelle risolte dal decreto attuativo in maniera semplice e pacifica, considerando che la norma in questione ad oggi prevede espressamente che le parti possano attribuire i poteri cautelari agli arbitri "anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali".

Altro elemento che non convince del tutto consiste poi nell'aver previsto, ancora in merito all'espressa volontà delle parti, di potersi questa manifestare anche mediante atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale.

Il limite temporale così previsto non può essere considerato con particolare favore, ritenendosi piuttosto che lo stesso avrebbe forse dovuto essere evitato. La ratio posta alla base dello stesso è da rinvenirsi, come indicato all'interno della relazione illustrativa, nella duplice esigenza di certezza sia nei confronti delle parti che degli arbitri. Seppur astrattamente le motivazioni siano perfettamente comprensibili, considerando che lo scopo consiste nel fare in modo che l'architettura e le regole del procedimento siano definite prima di addentrarsi nello stesso, all'atto pratico non si ritiene che la limitazione temporale sia stata effettivamente opportuna. Infatti, si può motivare tale affermazione alla luce del fatto che, *in primis*, sono le parti stesse, di comune accordo, ad attribuire eventualmente agli arbitri la potestà cautelare, per cui il momento in cui ciò avviene non potrebbe in ogni caso determinare una situazione di incertezza nei confronti delle stesse. In relazione poi agli arbitri, relativamente ai quali dunque si fa leva su di un'accettazione consapevole di tutti i poteri che dovranno essere esercitati, si ritiene che la possibilità di dover emanare provvedimenti cautelari non dovrebbe rappresentare eventualità tale da cambiare completamente le circostanze, considerato che si tratta di uno dei tanti compiti che la legge attribuisce agli arbitri stessi. In base a queste considerazioni, dunque, si sottolinea come la limitazione temporale non sia stata perfettamente adatta nel contesto del nuovo sistema.

L'analisi si è poi spostata sull'ultimo inciso del primo comma dell'art. 818, di cardinale importanza. Questo, infatti, afferma che la competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva. L'inciso si ricollega logicamente al secondo comma della medesima norma, in cui si è statuito che prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669-quinquies. La scelta del legislatore, dunque, è ricaduta su di un modello decisamente singolare, che esclude completamente la possibilità del doppio binario di tutela cautelare.

Il modo in cui il legislatore delegato ha provveduto ad elaborare la disciplina si discosta notevolmente dagli esempi di legislazioni straniere che sono state esaminate nella prima parte dell'elaborato. A parere di chi scrive, il legislatore (delegante prima e delegato successivamente) si è spinto troppo oltre nello statuire la competenza esclusiva degli arbitri, provvedendo ad un intervento non del tutto opportuno. L'opinione sostenuta è infatti quella per cui questa totale esclusione del potere concorrente dei giudici dello Stato

vada in realtà a ledere l'interesse delle parti, piuttosto che tutelarlo maggiormente. Si ritiene, infatti, che queste godrebbero di maggior beneficio se l'ordinamento concedesse loro la possibilità di scegliere tra i due organi, a seconda delle singole circostanze del caso concreto, come la natura della misura in questione.

Elemento su cui si fa leva a sostegno di questa tesi è in particolare quello relativo all'attuazione delle misure cautelari. A tal proposito, infatti, nel caso in cui il provvedimento cautelare abbia natura immediatamente esecutiva, presupponendo questo l'esercizio di poteri coercitivi, di cui l'arbitro è sfornito, potrebbe essere molto più nell'interesse della parte istante rivolgersi direttamente all'autorità giudiziaria, senza al contrario rivolgersi in un primo momento all'organo arbitrale per poi dover comunque ottenere un provvedimento giudiziale che conferisca efficacia esecutiva alla misura. In questo secondo caso infatti trascorrerebbe un lasso di tempo che allungherebbe inevitabilmente il procedimento.

Stesse considerazioni valgono nel caso in cui il provvedimento cautelare debba produrre effetti anche nei confronti di soggetti terzi all'accordo compromissorio, cosa che non potrebbe avvenire qualora lo stesso venga emanato da arbitri, in relazione ai limiti soggettivi della convenzione di arbitrato. Anche in questo caso sarebbe molto più conveniente rivolgersi direttamente all'autorità giudiziaria.

Svolte dunque le necessarie considerazioni in merito al nuovo fondamentale articolo 818 c.p.c., si è passati ad analizzare una norma introdotta per la prima volta all'interno del codice di rito mediante il decreto attuativo, vale a dire l'articolo 818-bis, disposizione che disciplina oggi il reclamo contro i provvedimenti degli arbitri che concedono o negano una misura cautelare.

Anche la decisione del legislatore circa la disciplina del reclamo è stata definita all'interno dell'elaborato come peculiare ed unica, considerando che, facendo riferimento all'articolo 829 e alla contrarietà all'ordine pubblico, egli ha elaborato una figura di reclamo diversa da ciò che tradizionalmente questo rappresenta, trasformandolo da un'impugnazione libera ed aperta ai *nova* in una impugnazione a critica vincolata ed escludendo dunque la possibilità di sindacare il merito del provvedimento.

In merito alla stessa disciplina si ritiene sussistere il rischio di aver posto le basi per una possibile ingerenza da parte dei giudici ordinari. Infatti, nonostante le limitazioni poste dall'art 818-bis, non è da escludere che questi finiscano per compensare l'assenza di

poteri cautelari autonomi, dettata dal regime di competenza esclusivo arbitrale, interpretando in maniera estensiva il loro compito in sede di reclamo. Ecco perché, anche in questo caso, si ritiene che sarebbe stato più opportuno sancire un potere concorrente dell'autorità giudiziaria, limitandolo al solo caso di mutamento delle circostanze esistenti al momento di emanazione del provvedimento arbitrale. Si potrà verificare soltanto nella pratica se l'elaborazione della norma, tramite la quale si esclude un riesame del merito del provvedimento arbitrale, la cui ratio è stata probabilmente proprio quella di preservare il procedimento dall'intromissione eccessiva del giudice ordinario, sortirà gli effetti sperati.

Alcune perplessità sono state sollevate in merito al rinvio, quanto ai motivi di reclamo, a quelli previsti per l'impugnazione del lodo dall'art 829, comma 1, in quanto compatibili. Nella trattazione si è provveduto infatti ad esaminarli singolarmente, cercando di capire se ciascuno di questi sia effettivamente adattabile al provvedimento cautelare.

Rinviando all'ultima parte dell'elaborato l'analisi specifica degli stessi, ci si limita in questa sede ad affermare come non tutti possano essere ritenuti compatibili od opportuni con riferimento al provvedimento cautelare, determinandosi in più casi l'effetto di un controllo forse eccessivo del giudice del reclamo, che potrebbe condizionare in maniera negativa lo svolgimento della vicenda arbitrale e post arbitrale. Sarebbe stato preferibile che il legislatore tenesse conto della specificità della tutela cautelare ed elaborasse motivi di reclamo autonomi, o per lo meno adattasse quelli relativi ai lodi ai sensi dell'art 829, comma 1, c.p.c.

Ancora, si è data una risposta alle questioni sollevate nella parte della trattazione dedicata alla legge-delega in merito alla revoca ed alla modifica dei provvedimenti cautelari.

In particolare, si è rilevato come il legislatore delegato, modificando l'articolo 669-decies, norma del processo civile che già regolava la revoca e la modifica, provvedendo ad inserire all'ultimo comma l'inciso per cui si fa salvo quanto disposto dall'art 818, primo comma, abbia risolto proprio una delle questioni che erano sorte a seguito della legge delega, relativamente alla quale, non mettendosi in dubbio la possibilità di ottenere la revoca o la modifica del provvedimento in sede arbitrale, ci si era chiesti piuttosto a chi spettasse la competenza di provvedere alle stesse.

La modifica dell'art 669-decies, a parere di chi scrive, non è da interpretare nel senso di precludere l'applicazione della stessa disposizione con riferimento ai presupposti per

poter esercitare il potere di revoca e di modifica, bensì di indicare che, nel caso di provvedimenti cautelari emanati da arbitri, la revoca o la modifica nei casi previsti andranno richieste al giudice ha emanato il provvedimento cautelare, e dunque all'arbitro. Ha meritato poi attenzione il nuovo art. 818-ter, relativo all'attuazione delle misure cautelari arbitrali, con cui il legislatore delegato ha risolto la questione lasciata aperta dal delegante in merito a quale specifica modalità di attuazione fosse da seguire.

Si ritiene che il legislatore abbia optato per una disciplina certamente favorevole ad una maggiore celerità dell'attuazione del provvedimento cautelare arbitrale, che non sarebbe allo stesso modo garantita qualora anche l'ordinamento italiano richiedesse l'*exequatur* o addirittura un procedimento di *exequatur* che prevede inoltre poteri modificativi della cautela nei confronti dei giudici dello Stato, come avviene ad esempio in Germania.

Tuttavia, relativamente a quella parte dell'art. 669-duodecies che fa riferimento alle misure aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, l'aver attribuito all'autorità giudiziaria ordinaria anche il potere di determinare le modalità di attuazione del provvedimento reso dagli arbitri costituisce uno di quei non pochi elementi della riforma che potrebbe ledere la competenza arbitrale esclusiva espressamente voluta dalle parti sulla base dell'art. 818 c.p.c. Sarebbe dunque stato meglio che, nel disciplinare l'attuazione, il legislatore si fosse preoccupato maggiormente di salvaguardare l'autonomia arbitrale, sancendo che fossero soltanto gli arbitri a dover indicare le modalità di attuazione e lasciando il compito ai giudici ordinari soltanto di provvedervi, in un ambito che vedrà sempre presenti questi ultimi, considerata la mancanza di poteri coercitivi degli arbitri.

L'ultima parte dell'elaborato si è concentrata poi sulle disposizioni introdotte all'interno del codice di rito in merito all'arbitrato societario.

Come sottolineato nel corso della trattazione, il decreto attuativo si è per lo più limitato a trasporre gli articoli 34, 35, 36 e 37 del decreto legislativo n. 5/2003 nel codice, senza particolari cambiamenti a parte la previsione di reclamabilità dell'ordinanza.

In questa parte del lavoro si è provveduto a rispondere ad un importante quesito inevitabilmente sorto a seguito della legge-delega e dell'introduzione dei poteri cautelari in maniera generale nell'arbitrato. Ci si era chiesti, infatti, se anche con riferimento alla sospensione delle delibere assembleari dovesse sussistere un accordo delle parti per l'attribuzione di tale potere cautelare agli arbitri, ovvero se questo avesse dovuto

continuare a trovare il suo fondamento nella legge. Interpretando il nuovo inciso del quarto comma di cui all'art 838-ter, che fa salvo quanto previsto dall'art 818, si ritiene che il potere di emanare provvedimenti sospensivi continui ad oggi ad essere attribuito *ex lege*, mentre il potere cautelare relativo a qualsiasi forma di provvedimento dovrà essere espressamente attribuito dalle parti, seguendo la disciplina generale dell'art 818 c.p.c.

Il vero elemento protagonista delle modifiche relative all'arbitrato societario tuttavia è certamente quello della reclamabilità delle ordinanze che sospendono l'efficacia delle delibere, grazie al nuovo articolo 838-ter, comma 4, che fa espressamente riferimento all'ordinanza come "reclamabile ai sensi dell'art 818-bis" sciogliendo i dubbi sorti a seguito della delega circa la tipologia di reclamo per cui il legislatore avrebbe optato, che non si differenzia da quella prevista generalmente in tema di arbitrato. Si ritiene di potersi condividere la scelta del legislatore di prevedere analoga disciplina di reclamo in entrambi i casi, in quanto non si vede motivo di differenziare due ipotesi consistenti nell'esercizio del medesimo potere, vale a dire quello cautelare.

Giudicandosi tutto sommato in maniera positiva l'intervento legislativo in tema di arbitrato societario, che non ha mancato di risolvere qualche questione di coordinamento rispetto ad ulteriori norme del codice di procedura civile richiamate dal decreto ormai abrogato, come sottolineato nel testo, si critica al legislatore di non aver svolto quell'opera di riordino organico della materia e di pieno coordinamento mancata con la riforma del 2006 che si auspicava. Basta guardare alle persistenti incertezze in tema di arbitrato irrituale societario, opportunamente evidenziate nel testo, o ancora al mancato inserimento di una norma di raccordo che indichi che, per quanto non diversamente disciplinato dalle norme in tema di arbitrato societario, si debbano applicare le disposizioni del codice di procedura civile di cui agli articoli 806 ss. c.p.c. in quanto compatibili.

Al termine di questo elaborato, il cui scopo è stato di volgere uno sguardo critico alle importanti novità inserite per mezzo del recentissimo decreto legislativo n. 149 del 2022, cercando di comprendere se queste siano state apportate in maniera corretta o meno, si indica genericamente una considerazione tutto sommato positiva delle disposizioni introdotte e modificate dal decreto attuativo, essendo fuori da ogni dubbio di aver questo provvedimento a capovolgere una situazione considerata per certi versi inaccettabile nell'ambito di un ordinamento giuridico evoluto come quello italiano. Tuttavia, come non

si è mancato di rilevare in più punti, vi sono molte, forse troppe problematiche che il legislatore delegato ha fatto sorgere o non ha provveduto a risolvere, facendo in modo che non si possa manifestare un pieno soddisfacimento del modello, per molti versi singolare, scelto da quest'ultimo. Inoltre, essendo la disciplina estremamente recente, non si hanno gli elementi concreti per verificare se nella pratica questa funzioni o se vi siano questioni, anche ulteriori rispetto a quelle prospettate nel corso della trattazione, che da questa sorgono.

Non resta dunque che attendere il lasso di tempo necessario a far sì che ci si possa rendere conto a pieno degli effetti delle nuove disposizioni, limitandoci in tale sede a mostrare non poche perplessità su di un intervento legislativo che avrebbe meglio potuto essere elaborato.

BIBLIOGRAFIA

A. Briguglio, Commento ai principi in materia della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, in Riv. Arb. 2022.

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”), *Judicium*, 2022.

A. Briguglio, La dimensione transnazionale dell’arbitrato, in Riv. arb., 2005.

A. Briguglio, Postestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero”, Riv. arbitrato, 2010.

A. Briguglio, Per una (non assoluta ma) ragionevole compatibilità fra tutela cautelare innanzi al giudice italiano e convenzione per arbitrato estero (commento alla ordinanza del Tribunale di Frosinone 19 settembre 2017), *in Riv. arb*, 2007.

A Carlevaris, La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale, CEDAM, 2006.

A. Carlevaris, Le misure cautelari nell’arbitrato internazionale, Padova, 2006.

A. Carlevaris, Lett. c): provvedimenti cautelari, in Aa. Vv., Commento ai principi in materia della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, in Riv. Arb. 2022.

A. Carosi: Arbitrato e tutela cautelare: limiti di possibile derogabilità dell’art. 818 c.p.c. e relativi effetti. *Rivista dell’arbitrato – n.1 – 2021*.

A. Penta, I procedimenti cautelari d’urgenza, Giuffrè, 2022.

A. Scarpa – R. Giordano, “I procedimenti cautelari, CEDAM, 2015.

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

- B. N. Sassani, Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare ed arbitrato irrituale, Riv. arb. 1995.
- C. Cecchella, (a cura di), L'arbitrato, Torino, 2005.
- C. Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, Torino, 2005.
- C. Rasia in Prime riflessioni sul progetto della commissione Luiso in materia di arbitrato, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2021.
- Cass., 25 novembre 1995, n. 12225, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 897 e in Riv. arbitrato, 1995, con nota critica di V. Virgoriti.
- D. Amadei, Il processo civile dopo la riforma, d.lgs. 10 ottobre 2022, n.149, (a cura di) Claudio Cecchella, Zanichelli Editore, 2023.
- De Nova, Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata, in Riv. arb., 2007.
- E. Dalmotto, L'impatto della prossima riforma dell'arbitrato comune e societario sulla sospensione delle delibere assembleari, Le Società, 2022.
- E. Odorisio, Il potere degli arbitri di disporre la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari, in Davanti al giudice. Studi sul processo societario, Lucio Lanfranchi e Antonio Carratta (a cura di), Torino: G. Giappichelli, 2005.
- F. Auletta, Arbitrato e impresa societaria: il potere di sospensione delle delibere assembleari e la pronuncia di merito, Processo arbitrato e mediazione, 2018.
- F. Auletta, Cognizione sommaria e giudizio arbitrale, in Verde (a cura di), Diritto dell'arbitrato rituale, Torino, 2005, 499.
- F. Carpi, I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento, in Riv. trim. dir. proc. Civ., 1990.
- F. Carpi, L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziale, in Contr. e impresa, 1990.
- F. Corsini, Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato, Judicium, 2006.
- F. P. Luiso, Diritto processuale civile, Volume IV, I processi speciali, Giuffrè, 2019.

- F. P. Luiso, *Il nuovo processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Giuffrè, 2023.
- F. Tommaseo, *Lex fori e tutela cautelare*, *Rivista dell'Arbitrato*, 1999.
- G. Arieta, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale, irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. processuale*, 1993.
- G. Bernini, *L'arbitrato. Diritto interno. Convenzioni internazionali*, Bologna, 1993.
- G. F. Ricci, *Articolo 818*, in *Arbitrato – Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-840* (a cura di Carpi), Bologna, 2001.
- G. F. Ricci, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2017.
- G. Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, *Il Corriere Giuridico*, 2003.
- G. Tota, *I poteri cautelari degli arbitri nella legge di delega n. 206/2021*, *Judicium*, 2/2022.
- G. Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2013.
- L. Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, in *Riv. arbitrato*, 2005,
- L. Salvaneschi, *Commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15*. *Rivista dell'arbitrato*.
- L. Salvaneschi, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento cautelare*, in *Riv. Arb.* 1993.
- M. A. Zumpano, *in ADR e riforma del processo civile*, *Questione Giustizia*, 2021.
- M. Arrigo, *Il tabù delle misure cautelari arbitrali e la mancata appetibilità dell'Italia sul mercato arbitrale internazionale: quali soluzioni percorribili?* Giappichelli, 2020.
- M. Bove, *La giustizia privata*, Milano, 2021.
- M. Bove, *La giustizia privata*, Trento, 2015.

- M. Bove, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) – La riforma dell'arbitrato*, Giurisprudenza Italiana, 2023.
- 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*, *Judicium*, 2023.
- M. Giorgetti, *Commento alle novità in materia di arbitrato introdotte dal decreto legislativo n. 10 ottobre 2022, n. 149*, in *Judicium*.
- M. Mazzei, *La domanda cautelare e i suoi elementi identificatori: il fumus boni iuris ed il periculum in mora*, in *Diritto.it*, 2018.
- M. Rubino – Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Zanichelli Editore, 2013.
- M. Rubino – Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, 2006.
- M.F. Ghirga, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, CEDAM, 2010.
- P. Bernardini, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir.comm. int.*, 2006.
- P. Bernardini, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, *Rivista dell'Arbitrato*, 1993.
- P. Bernardini, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2009.
- P. Biavati, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bononia University Press, 2021.
- Pret. Roma, 12 marzo 1969, in *Giur. Mer.*, 1973, I.
- R. Di Lorio, *Commentario del codice di procedura civile – Volume VII – Tomo IV*. UTET Giuridica 2014.
- R. Tiscini, *La riforma Cartabia del processo civile, commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, commento di M. Farina.
- R. Vaccarella – G. Verde, *Codice di procedura civile commentato, I procedimenti speciali*, UTET, 1997.

- S. Izzo, Arbitrato e tutela cautelare, in Rubino-Sammartano, Arbitrato, ADR, conciliazione, Zanichelli Editore, 2013.
- S. La China, L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza, Milano, 2004.
- S. Satta, C. Punzi, Diritto processuale civile, CEDAM, Padova, 2000.
- S. Satta, *sub* art. 818, in Commentario al codice di procedura civile, IV, 2, Torino, 1971.
- T. Carnacini, voce «Arbitrato rituale» in Novissimo Dig., I, Torino, 1958.
- V. Amendolagine, “Arbitrato: le principali novità introdotte dal D. Lgs. n. 149/2022”, i Contratti 1/2023.
- V. Amendolagine, Gli arbitri e le misure cautelari: oggi e domani”, Rivista dell’arbitrato, 2021.
- V. Amendolagine, Riforma processo civile: rapporti tra tutela cautelare e arbitrato, IUS, 2022.
- V. Calvosa, Novissimo Digesto it., IX, Torino, 1963.
- V. Pozzi, Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici, in Riv. arbitrato, 2005.