



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA**

**CORSO DI LAUREA IN
GIURISPRUDENZA**

Tesi di laurea in Diritto dell'arbitrato e della mediazione

**I POTERI DEGLI ARBITRI IN MATERIA CAUTELARE ALLA
LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA**

Relatore:

Enrico Righetti

Candidato:

Lorenzo Serra Cervetti

Anno accademico 2022-2023

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
--------------------------	----------

CAPITOLO I.....	7
-----------------	---

EFFETTI DELLA RIFORMA CARTABIA SULLA DISCIPLINA DELL'ARBITRATO E DELLE ALTRE FORME DI A.D.R. (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS)	7
--	---

1. La riforma Cartabia e la disciplina dell'arbitrato.....7
2. La riforma Cartabia e la disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali.....12
3. La riforma Cartabia e la disciplina della negoziazione assistita.....14

CAPITOLO II.....	17
------------------	----

I POTERI CAUTELARI DEGLI ARBITRI NELL'ORDINAMENTO PROCESSUALE ITALIANO PRIMA DELLA RIFORMA CARTABIA.....	17
---	----

1. La tutela e i vari tipi di provvedimenti cautelari.....17
2. La disciplina dei procedimenti cautelari dettata dagli artt. 669-bis e seguenti c.p.c.....30
3. Il principio generale del divieto agli arbitri di concedere provvedimenti cautelari sancito dall'art. 818 c.p.c. Ragioni a favore o contrarie a questo divieto.....43
4. Le norme di raccordo fra il giudizio arbitrale e la competenza del giudice ordinario a concedere le misure cautelari: artt. 669-quinquies, 669-octies, 669-decies c.p.c.....49
5. Prima eccezione al divieto: l'arbitrato societario e l'art. 35 d.lgs. n. 5/2003.....65
6. Discussioni in dottrina circa l'estensione dei poteri degli arbitri alla pronuncia di misure cautelari.....68

CAPITOLO III.....	77
-------------------	----

**I POTERI CAUTELARI DEGLI ARBITRI NELL'ORDINAMENTO PROCESSUALE ITALIANO
DOPO LA RIFORMA CARTABIA.....77**

1. La nuova disciplina dell'art. 818 c.p.c. e le norme di raccordo con la competenza del giudice ordinario: artt. 669-quinquies, 669-octies, 669-decies c.p.c.....77
2. La disciplina del nuovo art. 838-ter, 4° comma, c.p.c.....89
3. I poteri cautelari degli arbitri nei regolamenti delle istituzioni permanenti di arbitrato: l'esempio della CAM – Camera Arbitrale di Milano.....94

CONCLUSIONE.....111

BIBLIOGRAFIA.....116

INTRODUZIONE

L'obiettivo di questo elaborato è quello di esaminare l'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano in relazione alla complessa questione dei poteri cautelari arbitrali. La questione se soggetti privati, nominati dalle parti coinvolte in una controversia e operanti in base a una convenzione arbitrale, possano essere autorizzati a porre in essere misure cautelari o conservative a tutela del diritto controverso è stata ampiamente discussa in dottrina e giurisprudenza. Questo dibattito è sorto principalmente a causa dell'antica convinzione che gli arbitri non possedano l'autorità nota come *ius imperii*, e che la capacità di concedere misure arbitrali non sia di competenza degli arbitri per risolvere la controversia. Il concetto di *ius imperii* afferma che l'autorità di fornire misure preventive, purché intimamente legate alla necessità della loro attuazione, è una prerogativa solo dello Stato.

L'attuazione del Decreto Legislativo 149/2022, noto come Riforma Cartabia, in conformità con le disposizioni della Legge 206/2021, ha portato alla modifica dell'articolo 818 del Codice di Procedura Civile. Originariamente, questo articolo imponeva un ampio divieto agli arbitri di emettere provvedimenti cautelari. Tuttavia, la recente modifica ha di fatto annullato tale divieto. Il primo comma modificato dell'articolo 818 del c.p.c. stabilisce ora che le parti, attraverso la convenzione arbitrale o un documento scritto prima dell'avvio del procedimento arbitrale, possano conferire agli arbitri il potere di concedere misure provvisorie. Gli arbitri hanno dunque una competenza provvisoria esclusiva. Gli studiosi accademici, che da tempo esprimono il desiderio di una convalida normativa della legittimità del potere di tutela arbitrale, hanno evidenziato il crescente utilizzo dell'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie. Essi sostengono che questa tendenza, insieme al conseguente allungamento dei tempi procedurali associati a questo meccanismo alternativo

di risoluzione delle controversie, ha portato alla luce la necessità di concedere ai collegi arbitrali, in particolare nel contesto dell'arbitrato internazionale, l'autorità di attuare misure in grado di salvaguardare le circostanze di fatto o di diritto esistenti, ovvero di anticipare (in parte) gli effetti della futura decisione nelle more del giudizio di merito.

La ricerca in corso richiede un esame iniziale della disciplina positiva delle misure di tutela cautelare attuate nei procedimenti statali. Pertanto, il presente documento inizierà esaminando lo scopo, le caratteristiche e gli aspetti procedurali della tutela cautelare. In questo modo, il lettore acquisirà le conoscenze essenziali per comprendere le implicazioni della legittimità del potere cautelare arbitrale, come previsto dal Decreto Legislativo 149/2022. Nella trattazione che segue, si analizzeranno sia i motivi derivanti dal concetto che sta alla base del divieto inizialmente sancito dall'articolo 818 del Codice di procedura civile, sia le implicazioni e la portata dell'applicazione del divieto. Successivamente, verrà condotta un'analisi approfondita degli sviluppi normativi che hanno preceduto la Riforma Cartabia, con particolare attenzione al Decreto Legislativo n. 5/2003. Questo decreto ha introdotto una nuova disciplina dell'arbitrato societario, conferendo agli arbitri il potere di sospendere temporaneamente le delibere assembleari.

Questa presentazione si concentrerà sugli aspetti essenziali relativi al riconoscimento della potestas cautelare arbitrale, come attuato dalla recente Riforma Cartabia. La valutazione sarà condotta considerando sia i principi e i criteri guida delineati nella legge delega, sia le norme di attuazione incorporate nel Codice di Procedura Civile attraverso il Decreto Legislativo 149/2022.

In questa analisi, esamineremo le decisioni legislative e le conseguenti implicazioni relative al modello di riconoscimento dell'autorità degli arbitri ad arbitrare, che non deriva dalla legge stessa, ma piuttosto dall'accordo esplicito delle parti coinvolte. Successivamente, esploreremo il modello di legittimazione esclusiva della nuova potestas arbitrale, che tende a concedere l'autorità solo agli arbitri. Inoltre, l'analisi comprenderà un esame delle linee guida delineate nella legge delega e delle

corrispondenti misure normative relative alla specifica doglianza di cui all'articolo 818-bis del Codice di procedura civile.

L'analisi esplorerà i suggerimenti della dottrina in merito alla revoca e alla modifica del provvedimento arbitrale ai sensi dell'articolo 818 del Codice di Procedura Civile, all'interno del contesto giuridico. L'esame si concentrerà anche sulla metodologia delineata dall'articolo 818-ter del Codice di procedura civile, che riguarda l'esecuzione dei provvedimenti preventivi emessi dagli arbitri. La riforma esaminata ha avuto un impatto anche sull'arbitrato speciale societario. Di conseguenza, una valutazione complessiva della legittimità della potestà cautelare arbitrale deve necessariamente considerare le innovazioni introdotte in questo ambito. Questa valutazione riguarda principalmente i provvedimenti inibitori, in particolare quelli relativi alle delibere assembleari, nonché le delibere societarie in generale.

In ultima analisi verranno analizzati gli aspetti innovativi apportati dal nuovo Regolamento arbitrale della Camera Arbitrale di Milano entrato in vigore il 1° marzo 2023. La revisione del regolamento è stata avviata principalmente al fine di incorporare le modifiche apportate a determinate norme arbitrali dal decreto legislativo 149/2022, il quale aveva l'obiettivo di modernizzare la procedura civile. La principale motivazione per la proposta di modifica del regolamento è stata l'armonizzazione delle disposizioni riguardanti l'esercizio dei poteri cautelari da parte degli arbitri con le nuove norme introdotte dagli articoli 818, 818-bis e 818-ter del codice di procedura civile. Le nuove norme introdotte hanno apportato un notevole cambiamento al sistema precedente, conferendo agli arbitri l'autorità di concedere misure cautelari, a condizione che vi sia un consenso tra le parti coinvolte. Inoltre, verrà trattata dal nuovo regolamento la procedura di appello e l'attuazione di tali misure. Infine, la Camera Arbitrale ha colto l'occasione per apportare alcune modifiche minori ai regolamenti precedenti che mirano a fornire chiarimenti su alcune incertezze interpretative e a correggere piccoli problemi di coordinamento riscontrati precedentemente.

CAPITOLO I

EFFETTI DELLA RIFORMA CARTABIA SULLA DISCIPLINA DELL'ARBITRATO E DELLE ALTRE FORME DI A.D.R. (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS)

SOMMARIO: 1.1: La riforma Cartabia e la disciplina dell'arbitrato - 2.2: La riforma Cartabia e la disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali - 2.3: La riforma Cartabia e la disciplina della negoziazione assistita.

1.1: La riforma Cartabia e la disciplina dell'arbitrato.

Con il decreto legislativo n. 149 del 10 ottobre 2022, è stata introdotta la Riforma Cartabia, che prende il nome dell'ex Ministro della Giustizia, con cui vengono implementati i principi della legge delega n. 206 del 26 novembre 2021. In generale, l'obiettivo della legge delega n. 206/2021 è consistito nel migliorare l'efficienza del processo civile e rafforzare gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. In particolare, questa normativa affronta il rapporto tra la giurisdizione ordinaria e le modalità di giustizia alternativa e complementare attraverso innovazioni significative nella disciplina degli strumenti di ADR, al fine di aumentarne l'efficacia e promuoverne l'utilizzo, con l'obiettivo di raggiungere un sistema di giustizia più completo e versatile. A distanza di 16 anni dalla precedente riforma del d.lgs. n. 40/2006, quest'ultimo intervento legislativo in materia di arbitrato ha però riguardato solo quello rituale. L'obiettivo è volto a adeguare l'istituto dell'arbitrato rituale alle modifiche imposte dall'interpretazione giurisprudenziale e a rendere tale strumento più utilizzabile e facilmente accessibile per i soggetti e gli investitori stranieri. L'idea iniziale è che l'arbitrato, come metodo alternativo di risoluzione delle controversie rispetto alle aule dei tribunali, deve godere di una maggiore fiducia da parte degli operatori. Ciò sembra ancora mancare nella prassi, dove ancora non si è registrata quella diffusione, almeno nei numeri, auspicata dal nostro legislatore.

Sebbene non modifichi drasticamente l'istituto dell'arbitrato, il d.lgs. n. 149/2022 ha comunque

apportato alcune importanti innovazioni. Tra le più importanti occorre certamente sottolineare l'equiparazione degli effetti sostanziali della domanda di arbitrato a quelli della domanda giudiziale. Anzitutto, la Riforma Cartabia recepisce le istanze interpretative volte a promuovere la sostanziale e concreta equiparazione, sul piano degli effetti, del procedimento arbitrale a quello giudiziale, mediante in particolare l'equiparazione degli effetti sostanziali della domanda di arbitrato a quelli della domanda giudiziale. Ciò significa che gli effetti sostanziali della domanda arbitrale sono uguali a quelli della domanda giudiziaria.

Il rafforzamento delle garanzie di imparzialità e indipendenza degli arbitri è un altro aspetto innovativo portato avanti dalla Riforma Cartabia. Grazie alla riforma, viene infatti rafforzato il principio di imparzialità e indipendenza degli arbitri, che possono essere ricusati anche “per gravi ragioni di convenienza”. Viene al riguardo previsto l'obbligo a carico degli arbitri di rilasciare una dichiarazione che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti al momento dell'accettazione della nomina che possano pregiudicarne l'imparzialità ed indipendenza ai sensi dell'art. 815, 1° comma, c.p.c. Nel caso in cui questa dichiarazione sia omessa, l'accettazione del mandato ad arbitrare sarà considerata nulla. Inoltre, questa dichiarazione dev'essere rinnovata in presenza di circostanze sopravvenute. Infine, in caso di omessa dichiarazione o di omessa indicazione di possibili motivi di ricusazione, la parte può, entro 10 giorni dall'accettazione o dalla scoperta del motivo, richiedere la decadenza dell'arbitro ai sensi dell'art. 813-bis c.p.c. Il fatto che gli arbitri siano tenuti a rivelare ogni circostanza che potrebbe impedire l'assunzione dell'incarico è un tentativo di migliorare la trasparenza del processo arbitrale. Con questa novità, il nostro legislatore vuole rafforzare la fiducia nell'istituto in capo ai potenziali fruitori e a coloro che intendono accedervi.

Inoltre, ci sono alcuni ulteriori aspetti da sottolineare attinenti ai poteri degli arbitri che hanno caratterizzato la Riforma in esame. A questi, infatti, la Riforma Cartabia ha concesso il potere di emettere provvedimenti cautelari, colmando la differenza che separava il nostro ordinamento dagli

ordinamenti di altre nazioni e culture più vicine. In primo luogo, essi possono esercitare questo potere cautelare solo se le parti hanno espresso la loro volontà in tal senso nella convenzione di arbitrato o in altro atto successivo, anche con riferimento ai regolamenti arbitrali, purché prima dell'inizio del giudizio arbitrale, ossia anteriormente all'accettazione. Tuttavia, i provvedimenti cautelari adottati dagli arbitri possono essere oggetto di reclamo dinnanzi alla Corte d'Appello competente in base al luogo della sede dell'arbitrato.

Inoltre, l'esecuzione delle misure cautelari deve comunque essere supervisionata dal giudice statale, ossia dal tribunale competente. L'articolo 818-ter del codice di rito, introdotto dal d.lgs. n. 149/2022, prescrive che l'attuazione delle misure cautelari concesse dagli arbitri si svolge sotto il controllo del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato o, nel caso in cui la sede dell'arbitrato non sia in Italia, del tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata. Il mantenimento in capo al giudice ordinario dei poteri necessari per l'esecuzione del provvedimento cautelare risponde alla constatazione generale secondo cui gli arbitri, in quanto soggetti privati, sono privi di “*ius imperii*” e di poteri coercitivi, rendendo necessario fare riferimento alla fase di attuazione ed esecuzione del provvedimento cautelare. Ancora, la norma di cui all'art. 819-quater c.p.c. regola l'istituto della *traslatio iudicii* (dal giudice in favore dell'arbitro o viceversa) e consente la salvaguardia degli effetti sostanziali e processuali della domanda nei casi in cui la prima fase del procedimento, tanto giudiziale quanto arbitrale, termini con una decisione di incompetenza. In particolare, nel caso in cui il giudice ordinario abbia negato la propria competenza e sia quindi necessario instaurare il giudizio arbitrale, le parti saranno onerate di porre in essere le attività relative alla nomina degli arbitri, di cui all'articolo 810 c.p.c.

In ogni caso in cui la declinatoria di competenza sia assunta nel lodo arbitrale, nell'ordinanza giudiziale o anche nella sentenza che definisce la sua impugnazione, le parti dovranno precedere alla formale riassunzione della causa ai sensi dell'articolo 125 disp. att. Del c.p.c.

La nuova normativa garantisce che l'attività processuale effettuata non venga perduta durante la *translatio* del processo tra le due sedi (come già previsto dall'art. 59 legge n. 69/2009 per le ipotesi di trasferimento del processo tra diversi ordini di giurisdizione). In particolare, le prove raccolte nel procedimento arbitrale o ordinario possono essere utilizzate come argomenti di prova nell'altro procedimento a seguito della *translatio* del processo. Un'ulteriore caratteristica della Riforma Cartabia consiste nell'incrementare le garanzie del principio di autonomia delle parti. Infatti, la Riforma consente alle parti di scegliere la legge applicabile al merito della controversia attraverso la legge 149/2022 (articolo 3, comma 53) la quale ha aggiunto un secondo comma all'articolo 822 c.p.c. che recita: “*quando gli arbitri sono chiamati a decidere secondo le norme di diritto, le parti possono indicare le norme o la legge straniera quale legge applicabile al merito della controversia*”.

Questa indicazione può essere contenuta nella convenzione di arbitrato o in un atto scritto anteriore all'inizio del giudizio arbitrale. In assenza di questa indicazione, gli arbitri applicano le regole o la legge stabilita in base ai criteri di conflitto ritenuti pertinenti. La modifica definisce chiaramente il contesto e il momento in cui le parti possono indicare le fonti straniere applicabili e il novero delle fonti richiamabili. La sostanziale riduzione del termine lungo per l'impugnazione del lodo è un'altra innovazione apportata dalla Riforma, precisamente all'art. 828 c.p.c. Prima della Riforma, l'impugnazione doveva essere promossa davanti alla Corte d'Appello nel distretto della sede dell'arbitrato entro il termine di novanta giorni dalla notifica del lodo (noto anche come termine breve), ma non oltre un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione del lodo oggetto di impugnazione (c.d. termine lungo).

Per quanto riguarda l'impugnazione delle sentenze del giudice ordinario, il termine lungo è stato sempre considerato paragonabile al termine decadenziale stabilito dal codice di rito. Ma c'era una differenza: mentre l'articolo 327 c.p.c. (a seguito della riforma del 2009 del Codice di procedura

civile) prevede che l'impugnazione deve essere promossa entro sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, invece l'articolo 828 c.p.c. stabiliva ancora un periodo di un anno. Con la recente Riforma Cartabia, viene meno questa distinzione tra il rimedio impugnatorio ordinario e il termine di impugnazione del lodo. Il secondo comma dell'articolo 828 c.p.c., come modificato dal d.lgs. n. 149/2022, dispone ora che l'impugnazione del lodo debba essere promossa entro sei mesi dalla data in cui è stata ultimamente sottoscritta. Con la previsione di un'immediata esecuzione del decreto presidenziale di exequatur del lodo straniero, assistiamo ad un ulteriore intervento significativo. L'art. 3, comma 56, lett. a), del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha infatti modificato il comma quarto dell'art. 839 c.p.c. in modo che il lodo straniero abbia effetto immediatamente dopo il decreto presidenziale di exequatur. Il legislatore delegato ha anche modificato l'articolo 840 c.p.c. relativo all'opposizione al decreto che concede o nega l'efficacia del lodo straniero, aggiungendo un secondo e un quarto comma. In particolare, secondo il secondo comma, in caso di opposizione, il consigliere istruttore può, su istanza dell'opponente, sospendere l'efficacia esecutiva o l'esecuzione del lodo con ordinanza non impugnabile.

Sono inoltre state introdotte delle novità anche nella figura dell'arbitrato societario. Il legislatore ha segnatamente riformato la materia mediante il riordino organico e la semplificazione della previgente normativa, trasferendo all'interno del codice di rito le norme contenute nella disciplina speciale di cui al d.lgs. n. 5/2003 (che è stata quindi abrogata). La Riforma Cartabia ha così provveduto, in primo luogo, ad inserire nel titolo VIII del codice un apposito capo e a rinumerare gli originari articoli 34, 35, 36 e 37 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che ora sono divenuti rispettivamente gli artt. 838-bis, 838-ter, 838-quater e l'art. 838-quinquies c.p.c. Un'ulteriore novità significativa riguardante l'arbitrato societario è che gli arbitri ora possono emettere ordinanze che sospendono l'efficacia delle decisioni assembleari nelle controversie relative alla loro validità. Prima della Riforma, questa

possibilità non veniva concessa.¹

1.2 La riforma Cartabia e la disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali.

Un altro aspetto innovativo apportato dalla Riforma Cartabia è stato quello di incoraggiare il ricorso alla mediazione civile e commerciale attraverso l'introduzione di diversi vantaggi sia economici che procedurali. Infatti, la riforma ha apportato in questo senso una serie di modifiche al testo del d.lgs. n. 28/2010, che disciplina l'istituto della mediazione civile e commerciale. Grazie anche ai vantaggi fiscali introdotti dalla recente riforma, la mediazione si presenta come un'alternativa fiscalmente più vantaggiosa rispetto al processo giudiziario e l'economicità costituisce il principale vantaggio di tale procedimento.

Dopo la recente riforma, la disposizione dell'art. 17 del d.lgs. n. 28/2020 si applica al verbale che compone l'accordo di conciliazione e stabilisce l'esenzione dal pagamento dell'imposta di registro fino a un valore massimo di 100.000,00 euro. Nel caso in cui il valore superi tale soglia, tuttavia, si dovrà pagare l'imposta di registro sulla parte eccedente. La legge prevede poi che, quando le parti raggiungono un accordo durante la procedura di mediazione, possono beneficiare di un credito d'imposta fino a 600 euro. Questo credito d'imposta è calcolato sulla base dell'indennità sostenuta per finanziare e sostenere gli incontri svolti durante la procedura di mediazione.

Quando la mediazione è ritenuta condizione di procedibilità sia per obbligo di legge che per richiesta del giudice, alle parti coinvolte viene riconosciuto un ulteriore credito d'imposta. Tale credito, anch'esso stabilito fino a un massimo di 600 euro, è calcolato in base all'importo del compenso dovuto

¹ REGGIO M., *La disciplina dell'arbitrato dopo la Riforma Cartabia*, nel *Sole 24 Ore*, 2022, pag. 8 ss.

all'avvocato, come determinato da parametri forensi. I suddetti crediti d'imposta sono riconosciuti fino a un certo limite annuale, che è di 2.400 euro per le persone fisiche e di 24.000 euro per le persone giuridiche. A questi si aggiunge un ulteriore credito, riconosciuto nel caso in cui il procedimento si concluda. Il credito viene concesso quando si raggiunge un accordo attraverso la mediazione. L'importo del credito è calcolato in base al valore del contributo unificato, che viene assegnato a coloro che hanno sostenuto il costo della mediazione. È fondamentale notare, tuttavia, che il limite del credito è di 518,00 euro.

I mediatori possono beneficiare di un credito d'imposta pari all'importo del compenso che non può essere richiesto alla parte ammessa al gratuito patrocinio, fino a un importo massimo annuale di 24.000,00 euro. La parte che avvia o accetta di partecipare al procedimento di mediazione è tenuta a corrispondere all'organismo le spese documentate più una somma aggiuntiva per l'avvio della mediazione e la copertura dei costi del primo incontro. Tuttavia, se il primo incontro si conclude senza che le parti raggiungano un accordo, queste non sono obbligate a sostenere ulteriori costi. La riforma ha introdotto anche l'istituto del gratuito patrocinio per la procedura di mediazione, a condizione che il richiedente soddisfi i requisiti di reddito previsti dalla legge. Inoltre, l'individuo che soddisfa i requisiti di ammissibilità per l'assistenza legale gratuita non è tenuto a pagare alcun onorario all'organizzazione se la mediazione è richiesta dalla legge o se è una condizione richiesta dal giudice per l'ammissibilità della domanda. È sicuramente importante sottolineare i vantaggi procedurali derivanti dalla riforma della mediazione, come l'adozione di una procedura meno formale. Ciò, tra l'altro, implica che i documenti prodotti durante il procedimento di mediazione non sono soggetti a specifici requisiti formali.

Un'altra novità introdotta dalla riforma riguarda gli incontri del procedimento di mediazione, che ora possono essere svolti anche per via telematica, come previsto dal nuovo articolo 8-bis del d.lgs. n. 28/2010. In aggiunta, è stata aggiunta una modifica relativa alla durata della mediazione su accordo

delle parti, sottolineando la ferma autonomia delle stesse. La durata del procedimento di mediazione, che di default non può superare i tre mesi, può ora essere portata a sei mesi se le parti acconsentono a prolungare il periodo iniziale di tre mesi di ulteriori tre mesi.²

1.3: La riforma Cartabia e la disciplina della negoziazione assistita

Il 10 novembre 2014 il d.lgs. n. 162 ha introdotto nell'ordinamento italiano la negoziazione assistita, un istituto che consente alle parti di procedere volontariamente verso una risoluzione consensuale delle controversie in materia di separazione personale, cessazione degli effetti civili, scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o divorzio. Nel corso degli anni, l'importanza dell'istituto è cresciuta, consentendo alle parti di risolvere le controversie familiari al di fuori del tribunale (e quindi in modo più rapido ed economico) e riducendo in modo significativo il numero di controversie deferite all'autorità giudiziaria. Pur essendo uno strumento innegabilmente adeguato, la versione del 2014 della normativa in esame conteneva tuttavia numerose lacune, alle quali la recente riforma del diritto processuale civile ha tentato di dare una risposta.

Le principali novità introdotte dalla riforma nell'ambito della negoziazione assistita riguardano i figli nati dopo il matrimonio, la cura dei minori, la possibilità di fornire un alloggio ai figli adulti non economicamente indipendenti, la determinazione degli alimenti, l'istituzione di un assegno di mantenimento per il coniuge e il sostegno economico gratuito dello Stato e del cliente. Nell'interesse di raggiungere la piena uguaglianza tra i figli, indipendentemente dal tipo di relazione tra i genitori, e nel tentativo di colmare una lacuna precedentemente contenuta nel testo della legge (in cui le coppie

² VILAFRATE A., *La riforma Cartabia e la disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Mondo A.d.r.*, 2022, pag. 7 ss.

con figli nati al di fuori del matrimonio erano escluse dalla sua applicabilità), il legislatore ha ora ampliato l'ambito di applicazione della mediazione per il mantenimento dei figli. Quest'ultimo stabilisce che la negoziazione assistita può essere conclusa *"tra genitori al fine di raggiungere una soluzione consensuale per la disciplina delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori dal matrimonio, nonché per la disciplina delle modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori del matrimonio e per la modifica delle condizioni già determinate"*.

La previsione dell'assenso del minore non è stata originariamente inserita nel testo della legge delega della Riforma, ma è stata aggiunta solo successivamente in sede di formulazione dei decreti delegati, all'articolo 29, comma 5, del d.lgs. n. 149/2022. Qualora il Pubblico Ministero ritenga che l'accordo delle parti non sia conforme all'interesse del minore, la legge gli riconosce la facoltà di trasmettere l'accordo medesimo, entro 5 giorni, al Presidente del Tribunale, che procederà all'audizione diretta del minore secondo le regole ordinarie. Un'ulteriore innovazione riguarda la riconosciuta capacità di un figlio adulto economicamente dipendente di avviare il processo di negoziazione con l'assistenza di un avvocato. Si tratta di una novità significativa perché dimostra che, in caso di crisi familiare, le parti che possono beneficiare di un processo di negoziazione assistita da un avvocato non sono (solo) i genitori, ma anche i figli, anche se maggiorenni e incapaci.

La scelta di questa previsione è in linea con l'intenzione dichiarata di aumentare l'uso degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie e di dare maggior peso alla posizione dei figli adulti economicamente dipendenti durante la crisi economica dei genitori. Tuttavia, la riforma non prevede la partecipazione del figlio maggiorenne alla formazione dell'accordo tra i genitori, bensì che il figlio maggiorenne debba attivarsi direttamente e autonomamente per ottenere dal genitore non inadempiente il pagamento diretto del contributo periodico di mantenimento in suo favore. Prima del d.lgs. n. 206/2021, il diritto del partner a ricevere un assegno di mantenimento poteva essere fatto

valere solo in tribunale. Ora, invece, il diritto del partner a ricevere un assegno di mantenimento per il coniuge può essere fatto valere attraverso un accordo di composizione negoziale con l'assistenza di avvocati. Il d.lgs. n. 149 del 2022 modifica l'art. 6, 2° comma del d.lgs. n. 134/2014 aggiungendo il comma 3-bis, il quale prevede che, quando oggetto della mediazione negoziale è lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o lo scioglimento di un'unione civile.

Infine, a partire dal 30 giugno 2023, la possibilità di essere rappresentati da un avvocato incluso nell'elenco statale degli aventi diritto alla rappresentanza legale gratuita sarà estesa alle negoziazioni assistite. Chi ha un reddito dichiarato inferiore a 11.734,93 euro nel 2022 potrà ottenere il patrocinio gratuito presentando una domanda al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati del luogo in cui ha sede il tribunale competente per la controversia.³

³ DIONISIO G., *La negoziazione assistita alla luce della Riforma Cartabia*, 2023, pag. 12 ss.

CAPITOLO 2

I POTERI CAUTELARI DEGLI ARBITRI NELL'ORDINAMENTO PROCESSUALE ITALIANO PRIMA DELLA RIFORMA CARTABIA.

SOMMARIO: 2.1: La tutela cautelare e i vari tipi di provvedimenti cautelari- 2.2: La disciplina dei procedimenti cautelari dettata dagli artt. 669-bis e seguenti c.p.c.- 2.3: Il principio generale del divieto agli arbitri di concedere provvedimenti cautelari sancito dall'art. 818 c.p.c. Ragioni a favore o contrarie a questo divieto 2.4: Le norme di raccordo fra il giudizio arbitrale e la competenza del giudice ordinario a concedere le misure cautelari: artt. 669-quinquies, 669-octies, 669-decies c.p.c.- 2.5: Prima eccezione al divieto: l'arbitrato societario e l'art. 35 d.lgs. n. 5/2003 - 2.6: Discussioni in dottrina circa l'estensione dei poteri degli arbitri alla pronuncia di misure cautelari.

2.1: La tutela cautelare e i vari tipi di provvedimenti cautelari

Delle tre tipologie di tutela offerte dall'ordinamento italiano, la tutela cautelare è stata l'ultima ad ottenere un riconoscimento tout court. Il codice di rito del 1865 prevedeva solo azioni cautelari specifiche, prevalentemente conservative, e solo alcuni procedimenti cautelari, mancando dunque una regolamentazione organica dei procedimenti cautelari⁴. Il codice di rito del 1940⁵ ha superato il modello tradizionale precedentemente menzionato, prevedendo una misura cautelare anticipatoria residuale e atipica di cui all'articolo 700 c.p.c. e, di conseguenza, riconoscendo la possibilità di

⁴ BAIOCCHETTI P., *I procedimenti cautelari, la nuova procedura civile*, in rivista scientifica bimestrale di diritto processuale civile, 2013, p. 2ss.

⁵ Codice di Procedura Civile, R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443.

ottenere un provvedimento cautelare il cui contenuto non è stabilito dalla legge ma è "rimesso alla discrezionale valutazione operata dal giudice caso per caso e sulla base delle circostanze concrete"⁶. Ciò detto, il riconoscimento tout court della tutela cautelare ha acquisito anche rilevanza costituzionale grazie all'inserimento del principio di effettività della tutela giurisdizionale all'articolo 24 della nostra Carta costituzionale, in forza del quale la protezione giurisdizionale deve essere applicata. Per questo motivo, "la necessità di servirsi del processo per ottener ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione". In relazione al principio da ultimo riportato, il fattore tempo assume una rilevanza primaria, in quanto, il processo ordinario, a cognizione piena, ha una sua fisiologica durata che, in determinati casi, contrasta con il principio di effettività della tutela⁷.

Dunque, la tutela cautelare è fondamentale per qualsiasi forma di tutela giurisdizionale perché se l'accertamento nel merito non fosse preceduto e seguito da azioni urgenti, la protezione dei diritti non avrebbe il necessario requisito di efficienza. In effetti, la tutela cautelare è un fenomeno processuale che consente all'attore di richiedere provvedimenti attraverso una cognizione rapida e quindi sommaria. Ciò consente all'attore di soddisfare i propri diritti e garantire che il tempo necessario per arrivare ad una decisione ordinaria di merito non pregiudichi la sua tutela e la sua soddisfazione⁸. In termini statistici, le tutele cautelari spesso rivestono un ruolo più significativo rispetto ai processi di cognizione comuni.

Di conseguenza, l'ordinamento prevede l'adozione di misure in grado di prevenire tutte le situazioni giuridiche soggettive attuali, garantendo così l'efficacia della tutela giurisdizionale. Il compito del

⁶ GIANA S., *Codice di Procedura Civile commentato, a cura di L.P. COMOGLIO e R. VACCARELLA, in on legale, pag. 8 ss.*

⁷ BIAVATI P., *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Rivista Arbitrato*, 2012, pag. 330 ss.

⁸ CONSOLO F., *Spiegazioni di diritto processuale civile; VOL.1 "Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale"*, GIAPPICHELLI, 2019, pag. 205 ss.

provvedimento cautelare è quello di fermare quei pericoli che potrebbero mettere a repentaglio l'efficacia o l'utilità della sentenza attesa, o tutte quelle situazioni che sono considerate un "periculum in mora". Le regole per i provvedimenti cautelari specificano in modo sufficientemente preciso il tipo di pregiudizio cui il ricorrente potrebbe essere potenzialmente esposto per ottenere il provvedimento cautelare richiesto. Le singole norme codicistiche prevedono, cioè, una gradazione del periculum, che vede agli antipodi, da un lato, il pericolo più tenue, che si concreta nella mera opportunità della custodia riscontrabile nel caso del sequestro giudiziario di cose, la cui proprietà è oggetto di controversia. Invece, dall'altro lato, quella più intensa, tipica dei provvedimenti *ex art. 700*, per la cui concessione la legge richiede specificatamente un danno «imminente ed irreparabile».

Oltre al presupposto del periculum in mora, la legge richiede il cosiddetto *fumus boni iuris*. In sede di rilascio del provvedimento cautelare, il giudice dovrà verificare che la pretesa del ricorrente sia ragionevole. In altre parole, il giudice dovrà verificare che ci sia una probabilità che il ricorrente abbia successo se si procedesse in un processo a cognizione piena. Tuttavia, le leggi non prevedono un grado specifico di "plausibilità" della fondatezza della domanda per ogni provvedimento. Di conseguenza, tale presupposto sarà sempre valutato in base al tipo di misura cautelare richiesta e alla sua relazione con la decisione di merito, che verrà presa alla fine del processo di cognizione. In particolare, per riconoscere la tutela richiesta, il giudice cautelare richiederà un grado sempre maggiore di credibilità della domanda in relazione all'aumento del pregiudizio per gli interessi del convenuto.

Per esempio, quando è richiesta l'istruzione preventiva, sarà sufficiente che la domanda non sia chiaramente inammissibile. Tuttavia, tali misure non sono direttamente volte a proteggere il diritto sostanziale oggetto del giudizio di merito, ma piuttosto a garantire la validità del diritto processuale alla prova. Nel caso in cui venga presentata una richiesta di provvedimenti d'urgenza ai sensi dell'articolo 700, il giudice dovrà esaminare attentamente il requisito del *fumus* in base agli atti. Per

quanto riguarda le caratteristiche della tutela cautelare, è evidente che questa sia principalmente caratterizzata dalla natura provvisoria. In altre parole, la sentenza di merito sostituirà il provvedimento cautelare con l'unico obiettivo di ridurre gli effetti negativi della durata del processo. Una seconda caratteristica è rinvenibile a prescindere dal contenuto del provvedimento cautelare disposto nell'immediata efficacia. Anche la tutela cautelare è caratterizzata da ipoteticità, poiché, come accennato in precedenza in relazione al presupposto del *fumus*, il giudice deve prevedere, attraverso una cognizione sommaria, la fondatezza della pretesa fatta valere immediatamente. In realtà, il carattere ipotetico è l'elemento dominante della tutela cautelare, che viene concessa quando ancora non è stata accertata l'esistenza del diritto cautelare. Inoltre, in molti casi, quando viene presentata un'istanza di tutela cautelare ante causam, il processo normale per giungere ad una decisione definitiva sulla situazione giuridica dedotta non è ancora iniziato.

Da ultimo, la tutela cautelare è connotata dalla c.d. strumentalità. Prima della riforma del 2005, la tutela cautelare era soggetta al rigoroso requisito di strumentalità per tutti i provvedimenti cautelari, secondo la previsione dell'articolo 669-novies c.p.c., ai sensi del quale: "se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'articolo 669-octies, ovvero se il procedimento di merito si estingue successivamente al suo inizio, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia". In primo luogo, è importante notare che l'ordinamento italiano ha tradizionalmente adottato il principio di assegnare al provvedimento cautelare una durata limitata. L'articolo 669-novies, dal suo inserimento nel codice di rito, è responsabile della determinazione della durata delle misure cautelari. Come previsto, fino alla riforma del 2005, ha disciplinato l'inefficacia del provvedimento cautelare, indipendentemente dalla tipologia della misura richiesta. La strumentalità del giudizio cautelare è sempre stata giustificata dalla funzione della tutela cautelare, come garantito dalle previsioni di cui agli articoli 669-octies e novies, per evitare che la durata del processo possa rendere inutile la decisione definitiva di merito. Se ciò accade, come affermato da Calamandrei, il provvedimento

cautelare "è destinato a venir meno per carenza di scopo"⁹. Come previsto, l'obiettivo delle misure conservative è preservare il patrimonio o lo stato dei fatti in corso. Tale finalità c.d. conservativa viene in rilievo in relazione ai provvedimenti tipicizzati dalla legge, tra i quali, a titolo esemplificativo, il sequestro giudiziario ed il sequestro conservativo.

Per quanto concerne, invece, i provvedimenti c.d. anticipatori, questi mirano ad anticipare gli effetti del provvedimento finale ad un momento antecedente la definizione della controversia. Pertanto, l'obiettivo del provvedimento cautelare anticipatorio non è quello di "assicurare la pratica efficacia del provvedimento definitivo", come affermato da Calamandrei, ma quello di prevenire che "il soggetto titolare del diritto permanga in uno stato di insoddisfazione, in quanto la stessa permanenza in tale stato produce un danno successivamente non riparabile". Questo è particolarmente evidente nei provvedimenti d'urgenza ai sensi dell'articolo 700 del codice di rito del 1940. Questi provvedimenti si allontanano dalla finalità conservativa tipica dei provvedimenti cautelari prima dell'introduzione dell'articolo 700 nel codice di rito per garantire la piena utilità della decisione di merito in futuro. In altre parole, il provvedimento cautelare assume così un carattere e un contenuto in grado di prevedere provvisoriamente gli effetti della decisione di merito¹⁰. Come anticipato, la legge 80/2005 ha cambiato il concetto di strumentalità del giudizio cautelare ed ha ridotto la strumentalità tra le misure anticipatorie e il giudizio di merito. Di conseguenza, a seguito dell'entrata in vigore della legge 80/2005, è necessario tenere conto dell'articolo 669-novies, che stabilisce che: "se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'articolo 669octies, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia". Nel frattempo, è importante sottolineare che la regola appena citata si applica solo ai provvedimenti

⁹ Citando la nota definizione di Calamandrei, la tutela cautelare ha: «lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo». Così, TRAVI, *Tutela cautelare [dir. amm.]*, 2013, in Treccani.

¹⁰ CONSOLO, *op. cit.*, p. 218.

conservativi poiché il combinato disposto degli articoli 669-octies e novies non si applica ai provvedimenti anticipatori, secondo l'ultimo comma del 669-octies, come modificato dalla riforma del 2005 sopra menzionata. Pertanto, l'elemento strutturale dei provvedimenti cautelari, che può essere trovato in entrambe le categorie succitate, non è più l'inefficacia dei provvedimenti nel caso in cui non si arrivi al provvedimento di merito, ma piuttosto l'ipotesi di inefficacia nel caso in cui si arrivi al provvedimento di merito. Di conseguenza, il significato della provvisorietà può essere inteso come la possibilità costante e continua che la decisione cautelare, nel caso in cui sia disponibile la tutela di merito, possa essere superata dalla sentenza definitiva che decide la conclusione della causa.

Con riferimento all'onere di instaurazione della causa di merito, è importante notare che tale onere può essere configurata anche in caso di cautele anticipatorie, tuttavia “[...] non per evitare la caducazione della misura ma, al contrario, per ottenere tale caducazione attraverso l'accertamento della inesistenza della situazione giuridica soggettiva cautelanda”. Di conseguenza, tale onere sarà annullato poiché si ripercorrerà sul soggetto destinatario della misura. Differentemente da quanto affermato sopra per i provvedimenti conservativi, la legge non specifica il contenuto dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700, ma stabilisce una condizione per cui il contenuto di tali provvedimenti non può mai prevedere effetti che l'eventuale sentenza di merito, favorevole a colui che ha richiesto la tutela cautelare d'urgenza, non sarà in grado di produrre. Il provvedimento di cui all'articolo 700 c.p.c. può avere effetti minori o identici, ma sempre rientranti nella tutela di merito richiesta. Per affrontare la questione dell'atipicità, è importante ricordare che il ricorrente ha la responsabilità di specificare il contenuto del provvedimento d'urgenza richiesto. In altre parole, il ricorrente non solo dovrà identificare il diritto cautelato e il pregiudizio al quale sarebbe esposto, ma dovrà anche specificare il provvedimento specifico che sarà utilizzato per scongiurare il periculum. Il tutto in conformità con il principio di corrispondenza tra richiesta e pronunciata.

È anche importante sottolineare che l'atipicità dei provvedimenti d'urgenza incontra un ulteriore

limite: il requisito di residualità. I provvedimenti ex 700 c.p.c. sono infatti destinati a fornire tutela anticipatoria solo nel caso in cui, al ricorrere dei presupposti previsti dalla norma, non vi siano altri strumenti cautelari convenzionali in grado di soddisfare l'esigenza cautelare specifica del caso. Corollario logico di quanto appena asserito è quello per cui il contenuto del provvedimento, dalla legge definito «impropriamente» d'urgenza, non potrà essere quello previsto dalla legge in relazione a provvedimenti cautelari da quest'ultima tipizzati. (sequestri conservativi, giudiziari ecc.).

Infine, tra i numerosi provvedimenti cautelari, meritano un approfondimento, i sequestri, le denunce di danno temuto e gli accertamenti tecnici preventivi. Come anticipato in precedenza, il sequestro è il provvedimento cautelare più comune e utilizzato nella prassi giudiziaria. Nel nostro ordinamento la sua disciplina è contenuta nella Sezione seconda, Capo Terzo, Titolo Primo, del c.p.c. In particolare, ci sono quattro diversi tipi di sequestri regolamentati dagli articoli 670 ss. cpc. Il sequestro basato sul profitto dell'esecuzione diretta o del sequestro giudiziario di beni, il sequestro per motivi di cognizione o sequestro di prove giudiziarie, il sequestro basato sulla redditività dell'esecuzione futura per espropriazione o sequestro conservativo ed infine il sequestro preventivo. Le varie categorie sopra menzionate hanno tutti un contenuto conservativo, infatti, l'obiettivo della parte che chiede l'adozione di questa misura è quello di mantenere lo status quo ed evitare che la situazione fattuale cambi e generi il periculum paventato.

Inoltre, a seguito della revisione del 1990 che ha reso più semplice il complesso sistema del processo sommario cautelare, le leggi sul procedimento unico cautelare stabilito dagli articoli da 669-bis a 669-terdecies del c.p.c. si applicano direttamente ai sequestri ex articoli 670 ss. c.p.c. Secondo l'articolo 669-quaterdecies c.p.c., che delinea l'ambito di applicazione di tutte le norme sul procedimento cautelare unitario, "le disposizioni della seguente sezione" si applicano anche ai sequestri. "Il giudice, su istanza del creditore, che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può

autorizzare il sequestro conservativo dei beni mobili o immobili del debitore o delle somme o cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permetta il pignoramento".

L'articolo 671 del Codice civile regola il sequestro conservativo. Questa misura processuale cautelare è progettata per preservare le ragioni del creditore nel patrimonio del debitore e garantire il soddisfacimento del credito in una futura esecuzione forzata. Lo scopo è evitare che il creditore perda la garanzia del proprio credito. Il sequestro conservativo, in particolare, è il provvedimento da utilizzare nell'eventualità in cui oggetto dell'obbligazione sia un'obbligazione generica per cui rilevi la responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. a norma del quale "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri". Il punto chiave del sistema è l'istituto di diritto della responsabilità patrimoniale descritto nell'articolo sopra citato, che stabilisce il principio secondo cui tutti i beni del debitore possono essere messi a disposizione dei creditori, indipendentemente dai vincoli tradizionali che li impedirebbero.

La responsabilità patrimoniale si verifica quando i beni del debitore vengono destinati a pagare il credito e, in particolare, quando questi beni potrebbero trovarsi in uno stato di soggezione prima ancora di essere obbligati a pagare¹¹. Pertanto, la ratio della norma è quella di determinare l'oggetto dell'azione esecutiva futura, ovvero tutti i beni del debitore, ad eccezione di quelli tassativamente esclusi dalla legislazione che li impediscono di farlo. L'obiettivo del creditore è preservare l'integrità del patrimonio del debitore. Il debitore potrebbe compromettere l'efficacia dell'esecuzione alienando i beni, sottraendoli materialmente o tramite alienazioni simulate, o non esercitando i diritti di cui è titolare, determinandone la perdita o il mancato aumento. Il creditore può richiedere il sequestro prima di iniziare il giudizio di merito per evitare di perdere le garanzie del proprio credito nel tempo necessario per ottenere la tutela nel merito. Ciò è dovuto al fatto che il creditore teme che quando

¹¹ C. FERRI, *Sequestro*, in *Dig. civ. XVIII*, Torino, 1998, pag. 460 ss.

otterrà la decisione nel merito, il suo credito non troverà soddisfazione nel patrimonio del debitore a causa della sua mancanza di beni sufficienti per soddisfarlo. Nel momento in cui presenta la domanda di sequestro conservativo, il creditore deve dimostrare quali elementi fattuali indicano che il patrimonio potrebbe perdersi nel tempo necessario per giungere ad una decisione in merito, il che impedirà al cliente di ottenere piena soddisfazione. Invece, il giudizio di merito mira a verificare l'esistenza del diritto di credito del creditore e l'eventuale condanna del debitore a adempiere.

Il sequestro conservativo è uno strumento cautelare utilizzato dal creditore per identificare una quantità di beni del debitore in modo da poter pagare il debito. Di conseguenza, è chiaro che il sequestro non si concentrerà su un bene specifico, ma su qualsiasi bene presente nel patrimonio del debitore che sia suscettibile di essere eseguito in modo forzato. I beni individuali del debitore vengono presi in considerazione non in base alla loro unicità, ma in base al fatto che possono essere eseguiti. Nel dare l'autorizzazione al sequestro conservativo, il giudice non si riferisce a beni specifici, a differenza del sequestro giudiziario, ma si limita a determinare il valore fino a concorrenza del quale il sequestro può essere eseguito. Una volta che il creditore è stato convinto del suo diritto di credito e il debitore è stato condannato a adempiere, riceverà un titolo esecutivo, o sentenza di primo grado, che gli consentirà di iniziare il processo di espropriazione forzata, o espropriazione forzata, nella sua forma più comune. Oggetto del sequestro conservativo può essere qualsiasi bene che possa essere successivamente pignorato, secondo l'articolo 671 del c.p.c. Come noto, il pignoramento è il primo atto del processo di espropriazione, ovvero quando l'ufficiale giudiziario identifica i beni del debitore che possono essere espropriati. Di conseguenza il sequestro conservativo al pari del pignoramento può avere ad oggetto beni mobili, immobili e crediti che il debitore vanta nei confronti di terzi. Il creditore vuole ottenere, come abbiamo detto, che i beni non vadano dispersi in attesa di avere la decisione nel merito sul proprio credito, allora l'effetto del sequestro conservativo è quello di ottenere che i beni vengano sottratti alla disponibilità materiale del debitore e affidati ad un custode che ne garantisca l'integrità e il non trasferimento a terzi fino al momento in cui si avrà la decisione nel

merito.

Merita inoltre un approfondimento la denuncia di danno temuto, ovvero, un'azione che può essere esercitata dal proprietario, dal titolare di un diritto reale di godimento o dal possessore di un determinato bene. Tale azione è stata pensata per coloro che hanno ragione di temere che una o più opere esistenti possano causare danni significativi e potenziali al proprio bene. In questi casi, infatti, è possibile denunciare il danno temuto presso l'autorità giudiziaria competente e ottenere una sentenza che pone fine alla situazione di pericolo, anche con garanzie per eventuali danni. L'articolo 1172 c.c. disciplina la denuncia di danno temuto e stabilisce che :”se il proprietario, il possessore o il titolare di altro diritto reale di godimento ha ragione di temere che da qualsiasi edificio, albero o altra cosa inanimata (dunque non si tratta di condotte umane) possa derivare un danno grave e prossimo alla cosa che forma oggetto del suo diritto o del suo possesso, può denunciare il fatto all'autorità giudiziaria ed ottenere, secondo le circostanze concrete, che si provveda ad ovviare al pericolo”. Di conseguenza, è evidente dalla lettura della disposizione sopra citata che la denuncia di danno temuto è un tipo specifico di procedimento civile volto a rimuovere rapidamente un grave pericolo che potrebbe causare danni irreparabili e imminenti. Una delle caratteristiche più significative della procedura in esame è che è notevolmente più veloce e snella rispetto alla causa comune di piena cognizione. In effetti, è una procedura che richiede un numero esiguo di udienze. Oltre ad influenzare la durata del processo, questo aspetto tende a rendere il processo più informale e flessibile rispetto a quello di cognizione completa.

Quando si legge l'articolo 1172 c.c., è chiaro quali sono i presupposti richiesti dalla legge per presentare una denuncia di danno temuto¹². I presupposti principali includono il pericolo di danno,

¹² ATTANASIO G., *Denuncia di danno temuto*, in *Obbiettivo Profitto*, 2023.

che si sostanzia nelle circostanze in cui qualcosa minaccia di causare danno ad un'altra cosa. Una caratteristica aggiuntiva è la vicinanza e la gravità del danno temuto. In questo caso, si intende la valutazione di una persona media che sa che il danno è probabile, anche se non ancora certo. Infine, è necessario valutare il ragionevole timore, vale a dire se il danno non si è ancora verificato, ma il pericolo esiste e è vero. In conclusione, è importante ricordare che anche se il danno non si è ancora verificato, esiste un ragionevole pericolo che potrebbe verificarsi in un futuro prossimo. Pertanto, è evidente che nel caso in cui il pericolo si sia concretizzato in un danno, il soggetto interessato (o colui che ha subito il danno) non agirà in giudizio ai sensi dell'articolo 1172 c.c., ma agirà con l'azione risarcitoria se ricorrano i presupposti previsti dalla legge. È importante sottolineare che il legislatore non richiede un danno "certo" ma piuttosto, richiede un timore "attuale" e molto "probabile". Tali parametri devono essere valutati, come affermato dal legislatore, secondo gli standard di una persona con media diligenza. Invece, è essenziale che il danno sia presumibilmente grave, che deve essere chiaramente valutato al momento della presentazione della denuncia, e che sia comunque vicino nel tempo. Ove sussistano tali presupposti, il giudice chiamato a pronunciarsi sulla questione può adottare una duplice decisione. È in grado di costringere il proprietario di un'attività pericolosa a prendere tutte le misure necessarie per risolvere il problema, oppure può imporre un obbligo di garanzia, ovvero pagare una somma di denaro o trovare un bene a titolo di cauzione per i danni che probabilmente si verificheranno a danno del denunciante.

Quando si parla di denuncia di danno temuto, è importante sottolineare il rapporto tra cosa e cosa perché il bene esistente sul fondo altrui può costituire un pericolo per il proprio bene. Di conseguenza, si tratta di un'azione che mira a stabilire una relazione tra cose, non già tra persone e cose. In effetti, nel caso in cui v'è un rapporto tra una cosa e una persona, la denuncia di danno temuto non può essere presentata. Ciò potrebbe accadere in un caso come quello in cui qualcuno agisca in giudizio per tutelare un proprio diritto personale, come la sua incolumità fisica, che ha diversi strumenti di tutela. Infine, quando si tratta dei presupposti della denuncia di danno temuto, è importante sottolineare che

la giurisprudenza ha da tempo stabilito che l'altruità del bene non è necessaria. Ciò significa che anche il comproprietario del bene comune da cui potrebbe scaturire un pericolo può agire in giudizio con l'azione in esame. Viceversa, è fondamentale che il danno denunciato interessi in modo diretto ed immediato un bene del denunciante e non un bene altrui. Come accennato sopra, l'azione di danno temuto non presuppone il carattere di esclusiva altruità della cosa che genera il pericolo e non costituisce in alcun modo una condizione di esperibilità della denuncia di danno temuto. In effetti, entrambe le azioni gestiscono due azioni nunciatricie distinte e separate che non possono essere sovrapposte. La denuncia in esame può essere esperita se non è possibile identificare la fonte del danno temuto in una cosa altrui.

È ora necessario determinare il criterio discrezionale che distingue la denuncia di danno temuto dalla denuncia di nuova opera. In conclusione, questo discrimine può essere identificato attraverso la varietà di modi in cui l'attività umana ha causato l'emergere del pericolo e i vari modi in cui le persone hanno scelto di affrontarlo. La denuncia di danno temuto richiede un "non fare", ovvero non rispettare l'obbligo di rimuovere una situazione che pone un edificio, un albero o qualsiasi altra cosa in pericolo di danno grave e prossimo al bene di proprietà o in possesso di colui che agisce in giudizio con la denuncia in esame. Il rimedio è generalmente l'ordine a chi ha la piena disponibilità della cosa costituente pericolo di fare tutto ciò che è necessario per eliminare la causa del pericolo stesso (ad esempio, abbattere un albero). Invece, la denuncia di nuova opera riguarda un pericolo causato dalla condotta di una persona e il provvedimento emesso dal giudice, in caso di accoglimento, è finalizzato o ad inibire l'attività umana che presenta un pericolo significativo e grave per un bene altrui o ad adottare tutte le misure necessarie per ridurre al minimo la possibilità che il pericolo si verifichi.

Infine, l'accertamento tecnico preventivo (ATP) è un metodo preventivo per identificare le cause tecniche oggettive che hanno determinato un vizio. Il seguente articolo 696 del c.p.c. ne disciplina

l'istituto, ai sensi del quale: "Chi ha urgenza di far verificare lo stato dei luoghi, la qualità o le condizioni di cose prima del giudizio può chiedere, a norma degli articoli 692 e seguenti, che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale". La legge n. 80 del 2005 aggiunge che, se ne ricorre l'urgenza, l'accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale possono essere disposti "anche sulla persona dell'istante e, se questi vi consente, sulla persona nei confronti dell'istanza è proposta"¹³. Pertanto, la ratio di tale istituto è progettata per evitare che gli elementi probatori si disperdano inevitabilmente a causa delle modifiche che i luoghi o le persone possono subire nel tempo. Ciò preserva quei profili che di fatto sono destinati a confluire nel successivo giudizio di merito radicato per proteggere i diritti lesi dalla commissione di un fatto illecito. I casi possono includere differenti situazioni come la possibilità che le prove possano essere danneggiate o alterate, la possibilità di modificare i luoghi e le circostanze, alla necessità di sistemare e ricondizionare i luoghi e/o le macchine, e agli interventi che possono essere necessari per ripristinare lo status quo ante o eliminare le situazioni di pericolo, pregiudizio o inutilizzabilità che sono state create come risultato di un evento contestuale. Si pensi ai casi in cui è necessario un intervento immediato per ripristinare lo stato dei luoghi, eliminando le condizioni pregiudizievoli causate dal ricorso, o quando è necessario un'indagine sulla qualità o la condizione di cose e fatti.

Ed allora, ci si può rivolgere al giudice competente per territorio per verificare i fatti, le circostanze e lo stato dei luoghi prima che venga pronunciata una sentenza. Questo aiuterà ad evitare che alcune situazioni cambino con il tempo, rendendo più difficile l'azione legale successiva. Pertanto, si può dire che l'ATP è uno strumento tendente a costituire una prova "prima dell'instaurazione di un giudizio" e "in vista del giudizio", svolgendo così una finalità cognitiva di immediato rilievo nel giudizio di merito. Dal 1° marzo 2006, il D.lg. n. 35/2005 ha aggiunto l'articolo 696 bis c.p.c., che

¹³ DE LUCA M.T., *L'accertamento tecnico preventivo*, MAGGIOLI, 2021, pag. 28 ss.

riguarda l'utilizzo della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. Poiché l'ambito d'applicazione dell'istituto copre l'intera gamma dei crediti aventi ad oggetto il risarcimento di danni, sia per ciò che riguarda i danni da illecito extracontrattuale che da illecito contrattuale, il giudice può chiedere all'esperto di fornire una valutazione tecnica. Per facilitare la conciliazione tra le parti, l'art. 696 bis c.p.c. prevede la consulenza tecnica preventiva, che può essere richiesta anche nel caso in cui non ricorrano le condizioni previste dall'ultimo inciso del primo comma dell'art. 696 bis c.p.c.

2.2: La disciplina dei procedimenti cautelari dettata dagli artt. 669-bis e seguenti c.p.c.

Nel contesto della riforma del 1990, l'organo legislativo ha esteso il suo campo d'azione al di là delle semplici modifiche agli articoli del codice. In particolare, ha intrapreso una revisione globale dell'intera procedura interlocutoria uniforme. In altre parole, è stato creato un modello unificato incorporando nel codice esistente un nuovo corpus legislativo, comprendente numerose discipline. Si diede vita, cioè, ad un “modello unitario” con l'introduzione nel codice di un nuovo corpus normativo composto dagli artt. 669-bis e seguenti fino al 669-quaterdecies. Tuttavia, il rito preventivo ha subito delle modifiche e non è stato conservato nella sua forma originaria, come era stato stabilito inizialmente nel 1990. La legge n. 80/2005, infatti, ha apportato modifiche alla disciplina in materia, in particolare recependo un'ulteriore sentenza della Corte costituzionale¹⁴. Tale sentenza ha introdotto la possibilità di presentare reclamo non solo contro la decisione di concedere una misura cautelare, ma anche contro la decisione di respingere tale misura.

Ai sensi dell'art. 669-bis del c.p.c. la disposizione iniziale della sezione relativa ai procedimenti cautelari in generale indica esplicitamente che la richiesta di misure preventive deve essere presentata

¹⁴ Sentenza Corte Costituzionale 144/2008.

attraverso un ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale competente. La scelta del ricorso come azione iniziale è giustificata su base logica da due fattori primari. In primo luogo, è necessario dare priorità alla tempestività, che è intrinsecamente associata alle misure cautelari. In secondo luogo, l'attenzione non dovrebbe concentrarsi sull'essenza del rito specifico, ma piuttosto sull'obiettivo generale di salvaguardare il richiedente da azioni potenzialmente dannose da parte della controparte.

L'attuale formulazione della clausola sembra essere finalizzata alla presentazione di un'istanza preventiva prima del verificarsi di una causa specifica, piuttosto che durante i procedimenti in corso. In realtà, esiste una dottrina di lunga data (anche se minoritaria) che sottolinea l'importanza di attenersi rigorosamente all'interpretazione letterale di una norma. Secondo questa dottrina, la procedura corretta per avviare un'azione legale, sia prima dell'inizio della causa sia durante l'intero processo di raccolta delle prove, richiede la presentazione formale di un ricorso. Questo requisito serve a impedire l'esame di qualsiasi richiesta di misure provvisorie, in particolare quelle non presentate come parte integrante del ricorso iniziale. Nel presente contesto, è degno di nota il fatto che la dottrina prevalente, finora, non aderisce a interpretazioni rigide e limitate del linguaggio codificato. Al contrario, riconosce la potenziale validità di entrambe le possibilità citate. Quest'ultima interpretazione si allinea bene con il concetto di libertà di espressione, che è particolarmente rilevante nel contesto di un processo sommario di cognizione come quello in esame. È quindi evidente che la suddetta applicazione può essere incorporata nell'atto di citazione. Inoltre, è possibile presentare una richiesta orale accompagnata da un'annotazione nel verbale dell'udienza. In aggiunta, nell'era dei procedimenti telematici o "cartolari", sostenuti dalla riforma in atto, in particolare dal d.lgs. n. 149/2022, la domanda troverà adeguata collocazione anche nelle "note di trattazione scritte". Come già chiarito in precedenza, l'istanza interlocutoria, se presentata prima dell'avvio del procedimento di merito, deve essere presentata come ricorso in forma di istanza. L'utilizzo di questa forma particolare richiede l'inclusione dei prerequisiti specificati nell'articolo 125 del c.p.c.

Per avviare un procedimento giudiziario, è necessario innanzitutto individuare l'ufficio giudiziario presso il quale è stata avviata l'azione. Successivamente, devono essere identificate le parti coinvolte nella causa, l'oggetto della richiesta (detto *petitum*) e l'esposizione dei fatti e degli elementi giuridici che costituiscono la base della richiesta (detta *causa petendi*). Si devono includere anche le conclusioni pertinenti e le potenziali prove. Inoltre, devono essere indicate le circostanze che determinano la probabilità di successo (*fumus boni iuris*) e l'urgenza della questione (*periculum in mora*). Infine, se il reclamo viene presentato prima dell'avvio formale della causa (*ante causam*), è necessario fornire la presentazione del caso nel merito.

Il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* sono fattori significativi che meritano una riflessione analitica.¹⁵ Questi elementi non sono solo requisiti oggettivi imposti dal legislatore, ma possiedono piuttosto caratteristiche ontologiche che sono parte integrante dell'applicazione interlocutoria. Il *fumus boni iuris* si riferisce alla plausibilità della situazione sostanziale che scaturisce da una sentenza sommaria relativa al diritto a un provvedimento cautelare, ossia il diritto cautelare. Tuttavia, nello scenario attuale, la definizione sembra mancare di precisione, facendo emergere due interpretazioni distinte del concetto di "fondatezza". Il primo criterio afferma che, per raggiungere il risultato desiderato, è necessario solo che il diritto di precauzione non sia "manifestamente infondato". Il secondo criterio, invece, richiede non solo l'assenza di manifesta infondatezza, ma anche la presenza di prove aggiuntive che dimostrino la potenziale e probabile esistenza del diritto in questione.

In ogni scenario, una soluzione che combini entrambi gli orientamenti appare più favorevole. Pertanto, per ottenere la tutela cautelare, sarà necessario affrontare la sfida posta dalla mancanza di una giustificazione evidente del diritto cautelare.¹⁶ Questo requisito non si pone come mero principio giuridico, ma piuttosto come conseguenza di un ragionamento che parte dall'inizio. Per procedere, è

¹⁵ COMOGLIO L.P., in *Comoglio L.P. – C. Ferri – M. Taruffo, Lezioni sul processo civile*, pag. 32 ss.

¹⁶ RECCHIONI S. 2, *Diritto Processuale Cautelare*, Torino, 2015, pag. 48 ss.

indispensabile accertare l'esistenza del diritto di precauzione, compito affidato esclusivamente al giudice che si occupa del caso specifico. Il giudice deve considerare diversi fattori essenziali, tra cui la natura preliminare della misura richiesta rispetto al giudizio sostanziale¹⁷.

È fondamentale che il giudice si impegni in un calcolo preventivo di probabilità sul potenziale contenuto del futuro provvedimento principale.¹⁸ Tuttavia, non è possibile stabilire uno specifico livello minimo di "fumus", che si riferisce al grado di probabilità che un giudice deve determinare per concedere un provvedimento richiesto. Invece, la valutazione della plausibilità della richiesta dovrebbe essere adattata in base alle circostanze specifiche prese in considerazione. Pertanto, la valutazione del fumus deve essere approfondita sotto diversi aspetti, considerando il tipo di misura cautelare richiesta e la sua connessione con la decisione finale di merito che verrà presa a seguito del giudizio di cognizione.

La definizione di "periculum in mora", che si traduce in "pericolo nel ritardo", si riferisce al danno potenziale che potrebbe insorgere se non si agisce tempestivamente in relazione alla misura preventiva richiesta. Questo termine non presenta lo stesso livello di ambiguità del concetto sopra citato. Pertanto, il punto centrale è l'avvio di un procedimento giudiziario davanti al giudice cautelare¹⁹. L'oggetto del dibattito va al di là di ogni possibile definizione, poiché riguarda principalmente non solo il significato, ma anche il carattere e il ruolo all'interno dei relativi processi. A questo proposito, c'è chi interpreta il concetto di "periculum in mora" come una condizione che deve essere soddisfatta perché la domanda sia ammissibile.²⁰ Dall'altro lato, c'è chi lo vede come un

¹⁷ VULLO E. I., *Commentario del Codice di Procedura civile a cura di Sergio Chiarloni*, pag. 58 ss.

¹⁸ CALAMANDREI P., *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, pag. 32 ss.

¹⁹ BARLETTA A., *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano, 2008, pag. 42 ss.

²⁰ CARBONARA F., *Limiti oggettivi dell'«anticipazione» giuridica, «strumentalita' attenuata» ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di L. Lanfranchi, e A. Carratta, Torino, 2005, pag. 76 ss.

prerequisito destinato a rafforzare le giustificazioni fornite nella domanda cautelare²¹.

A livello pratico, si può osservare una netta disparità, a prescindere da qualsiasi quadro teorico. Se si accettasse la prima tesi, si potrebbe sostenere che il "periculum" è una questione procedurale. Di conseguenza, anche se la domanda viene inizialmente respinta, c'è sempre la possibilità di ripresentarla²². Se la seconda tesi viene approvata, nel caso in cui la domanda interlocutoria venga respinta, sarà possibile riesaminare la questione solo se sono emerse nuove e rilevanti circostanze di fatto. La tesi iniziale, che rappresenta una prospettiva minoritaria, manca di persuasività in quanto finisce per sminuire il significato del periculum a mera condizione di accessibilità alla tutela. Tuttavia, è evidente che il periculum serve come componente fondamentale nella valutazione del merito e costituisce una considerazione preliminare alla concessione di una misura cautelare.

L'articolo in esame ben si presta alla formazione della domanda ante causam, che si riferisce a una proposta formulata prima dell'avvio del procedimento di merito. L'aspetto che pone maggiori difficoltà è la stretta aderenza alla domanda nel corso del procedimento, comunemente definito "incidentale". Come già detto, il ricorrente è tenuto a specificare la misura cautelare che intende chiedere. Questo assunto si basa sul riferimento all'art. 125 del c.p.c. che delinea diversi requisiti. Uno di questi requisiti è il petitum, che può essere ulteriormente suddiviso in immediato e mediato. Il petitum immediato si riferisce alla misura specifica richiesta, mentre il petitum mediato riguarda l'oggetto della richiesta. Tuttavia, è importante notare che l'interpretazione di questi concetti non sia priva di ambiguità. L'indagine è stata posta sul grado in cui la richiesta vincola successivamente il giudice durante il processo decisionale. In primo luogo, è indispensabile considerare il principio di corrispondenza tra la domanda e la decisione, come indicato nell'articolo 112 del c.p.c.

²¹ MANDRIOLI C., *Diritto Processuale Civile, IV, Torino, 2006, pag. 67 ss.*

²² MARINELLI M., *La clausola generale dell'art.100 c.p.c., origini metamorfosi e nuovi ruoli, Trento, 2005, pag. 62 ss.*

Non si tratta solo di stabilire se tale principio si applichi o meno al caso di specie, come sembra presumersi, ma piuttosto di capire in che misura esso operi. Il procedimento sommario può essere considerato un procedimento giudiziario, ma va notato che la sua portata è intrinsecamente limitata. Questo perché, data la natura della tutela interlocutoria, il giudice deve avere una certa discrezionalità nel determinare le tutele più appropriate per il caso specifico. Il nocciolo della questione risiede nel principio della corrispondenza tra il richiesto e il pronunciato, che è costantemente rafforzato dalla massima giuridica "iura novit curia". Questo principio cardine consente al giudice, dopo aver preso conoscenza dei fatti, di stabilire che la misura richiesta non è applicabile al caso specifico. Di conseguenza, il giudice può respingere la richiesta e ordinare la misura cautelare più appropriata, superando il mero nomen iuris.

Esistono tre tesi contrastanti in merito a questa questione. Gli studiosi sono in disaccordo sull'interpretazione dell'articolo 112 del c.p.c. Alcuni sostengono che questo principio deve essere interpretato in modo flessibile, consentendo l'intercambiabilità delle misure cautelari. Inoltre, c'è chi propone la possibilità di presentare al giudice sia la situazione di fatto che quella di diritto, compresa la causa petendi, e di concedere al giudice la piena discrezionalità di determinare la misura più adeguata in base alla propria valutazione.²³ Esiste, inoltre, una terza prospettiva che sostiene una tesi opposta²⁴. Questa prospettiva sostiene che il concetto di corrispondenza tra richiesta e pronuncia non solo funziona completamente, ma viene anche rafforzato, eliminando così qualsiasi autorità discrezionale del giudice.

È probabile che la soluzione risieda, come spesso accade, in una via di mezzo. Tuttavia, in questo

²³ VULLO E. 2, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. Civ.*, in *I procedimenti sommari*, II, 2, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005, pag. 44 ss.

²⁴ SALVANESCHI L., *La domanda e il procedimento*, in *Il Processo Cautelare*, a cura di Tarzia e Saletti, V edizione, Padova, 2011, pag. 88 ss.

caso particolare, sembra allinearsi strettamente con la seconda tesi discussa in precedenza. Secondo questa tesi, considerando il principio di corrispondenza tra domanda e pronuncia, se il giudice non percepisce le condizioni necessarie per concedere un provvedimento esplicitamente richiesto da una parte, non deve limitarsi a emettere un mero provvedimento negativo²⁵. È invece necessario condurre un'analisi approfondita della questione sostanziale e, in conformità ai principi giuridici di legittimità, considerare le deduzioni e le richieste implicite avanzate dalla parte interessata.

Nel contesto di una domanda preventiva prima del verificarsi di una causa, i suddetti fattori, isolatamente, sono inadeguati. È prevalsa la convinzione, sia nei principi teorici che nella prassi giuridica, che sia essenziale presentare un'argomentazione completa, che comprenda il merito, le motivazioni e le conclusioni corrispondenti, quando si presenta un'istanza cautelare dinanzi al relativo procedimento di cognizione²⁶. Ciò può essere attribuito a una sequenza di obblighi da rispettare, che possono essere enumerati in ordine crescente. In primo luogo, è imperativo fare riferimento all'articolo 669-octies, il quale stabilisce che quando la domanda è presentata prima dell'inizio del giudizio di merito, l'ordinanza di accoglimento deve stabilire un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'avvio del giudizio di merito. Di conseguenza, considerato che il successivo avvio del procedimento di merito è obbligatorio e che il provvedimento richiesto è propedeutico a questo, è anche ermeneuticamente indispensabile attenersi al principio generale dell'adeguatezza dell'azione allo scopo cui è destinata.

Questo approccio appare razionale e mira a evitare che la parte possa chiedere e ottenere una misura provvisoria fondamentalmente separata dalla futura decisione sulle questioni sostanziali. La giustificazione di fondo del ricorso cautelare è incentrata sulla garanzia della salvaguardia di un diritto

²⁵ MARELLI F., *Il nuovo processo cautelare, in commentario. Le riforme della giustizia civile, a cura di Michele Taruffo, Torino, 2000, pag. 71 ss.*

²⁶ T. TO, 15.10.18.

sogettivo che potrebbe subire un danno irreversibile in attesa della conclusione di un processo condotto attraverso i normali processi di cognizione. Date queste premesse, appare evidente che la parte ha il dovere di attivarsi sia nel processo interlocutorio che in quello ordinario, attinenti al medesimo diritto. Questo dovere può essere confermato solo dalla previsione del contenuto sostanziale della futura sentenza di merito, anche nella domanda interlocutoria iniziale. Tuttavia, la definizione dell'azione di merito da perseguire dopo il ricorso incidentale soddisfa anche altri elementi cruciali. Infatti, l'utilizzo di questo metodo consente di verificare l'aderenza alla nozione di "giudice naturale", in particolare per quanto riguarda la sua competenza di fatto.

Ancora una volta, l'atto di accertamento della validità della futura pretesa consente di individuare il probabile fondamento dell'istanza interlocutoria. In altre parole, il giudice interlocutorio ha l'opportunità di esaminare a fondo e confermare la credibilità sia dell'urgenza del danno sia della forza delle argomentazioni giuridiche²⁷. Infine, garantisce la completa tutela del diritto dell'imputato a una difesa equa e approfondita. Per le ragioni sopra citate, questo segnale è stato considerato per un lungo periodo come un prerequisito per l'accettabilità dell'istanza interlocutoria. Tuttavia, è importante notare la riforma attuata con la Legge 80/2005, che ha introdotto alcune ipotesi, come l'emissione di provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio, in cui il ricorrente non è tenuto a presentare il giudizio di merito. Di conseguenza, è necessario che il ricorrente lo indichi nell'appello cautelare. L'intenzione del legislatore di indebolire questo legame è evidente. Ad ogni modo, le sfide a livello pratico sono evidenti. L'assenza della suddetta possibilità avrebbe conseguenze negative per il ricorrente, in quanto il giudice non avrebbe le informazioni necessarie per valutare correttamente la validità del *periculum* e del *fumus*, nonché la rilevanza del "*petitum cautelare immediato*" in relazione al successivo giudizio. Di conseguenza, il giudice potrebbe essere propenso a respingere il ricorso.

²⁷ VULLO E. I, *Commentario del Codice di Procedura civile a cura di Sergio Chiarloni. ART. 669 BIS – 669 quaterdecies. Procedimenti cautelari in generale*, Bologna, 2017, pag. 92 ss.

Un'altra questione da considerare è la potenziale divergenza tra le successive richieste avanzate nella causa sostanziale e il ricorso preliminare richiesto prima dell'inizio della causa. Inizialmente, è necessario stabilire una chiara differenziazione tra una piccola modifica e una trasformazione sostanziale della domanda. La distinzione non è impercettibile e gli esiti pragmatici sono nettamente diversi. Nel primo scenario, si verificherà una modifica delle rivendicazioni sulla base dei loro meriti, pur mantenendo l'associazione con la misura di protezione acquisita. Nel secondo scenario, invece, si verifica un significativo cambiamento di direzione, per cui la misura precedentemente richiesta appare del tutto svincolata dalle affermazioni sulle sue virtù. Date le suddette circostanze, si può affermare che nell'ipotesi iniziale il giudice possiede la discrezionalità di revocare le disposizioni date nei procedimenti sommari, pur non essendo obbligato a farlo. Al contrario, nella seconda ipotesi, quando manca ogni riferimento, il giudice è obbligato a revocare qualsiasi provvedimento precedentemente concesso. A questo punto, è necessario considerare anche la questione dell'istanza interlocutoria, vale a dire l'intera progressione dei procedimenti giudiziari.

La questione principale, come già detto nell'introduzione, risiede nell'obbligo imposto dal codice di presentare un ricorso spontaneo, escludendo così qualsiasi modalità alternativa di richiesta scritta o verbale. Esiste una consolidata giurisprudenza e un punto di vista minoritario che affermano l'intrinseca autonomia e indipendenza del procedimento sommario rispetto alla sentenza di merito²⁸. Ciò vale indipendentemente dal fatto che il giudizio di merito sia in corso o sia già stato avviato. Ciò comporterebbe la creazione di due fascicoli distinti, ciascuno dei quali con sezioni introduttive uniche. Ciononostante, secondo altri studiosi, questi punti di vista rigorosi mostrano una tendenza al formalismo e un'eccessiva inclinazione a privilegiare gli interessi degli enti responsabili della gestione dei servizi di registro. Essi percepiscono la mancanza di un documento indipendente come un ostacolo insormontabile alla creazione di un fascicolo separato specifico per il merito della causa.

²⁸ SALVANESCHI L., *La domanda e il procedimento*, in *Il Processo Cautelare*, a cura di Tarzia e Saletti, V edizione, Padova, 2011, pag. 38 ss.

È come se il reperimento di una copia di questo documento non fosse facilmente realizzabile in epoca contemporanea.

Tornando all'introduzione, è consigliabile optare per la seconda tesi, che può essere descritta come più flessibile, ma ugualmente rispondente alle esigenze di rapidità insite nei processi interlocutori. Di conseguenza, vi sono diverse strade attraverso le quali la domanda interlocutoria può essere incorporata, vale a dire all'interno dell'atto di citazione, all'interno del processo di appello se applicabile ai procedimenti di lavoro, o attraverso una domanda orale accompagnata da un'annotazione nel verbale dell'udienza. Inoltre, la domanda interlocutoria può essere presentata attraverso note di negoziazione scritte, con la relativa documentazione archiviata nel fascicolo elettronico. Da un punto di vista strettamente pragmatico, è importante notare che non è necessario che l'avvocato che ha precedentemente officiato acquisisca una nuova procura per preparare e presentare un ricorso cautelare. L'istanza cautelare, come qualsiasi istanza presentata in un contesto giudiziario, comporta implicazioni sia sostanziali che procedurali. In merito a tale questione, è opportuno sottolineare che anche nel caso in cui la domanda sia presentata prima della causa, poiché sarebbe superfluo dire il contrario, esiste una sospensione della prescrizione relativa al diritto fatto valere, come disciplinato dall'articolo 2943, 1° comma del c.p.c. Ai sensi di tale articolo, la prescrizione si interrompe effettivamente con l'inizio di un giudizio, indipendentemente dal fatto che si tratti di un giudizio di cognizione, di un giudizio conservativo o di un giudizio esecutivo.

L'inizio della sospensione della prescrizione avverrà al momento dell'effettiva conoscenza da parte della controparte del provvedimento cautelare richiesto, come previsto dall'articolo 2943. L'articolo 1 del Codice civile riguarda l'avvio delle azioni legali, siano esse di natura cognitiva, conservativa o esecutiva²⁹. Un'ulteriore conseguenza significativa è la sospensione della prescrizione, come previsto

²⁹ Sentenza Corte di Cassazione n 21799/21 e n 18305/20.

dall'articolo 2945 2° comma del c.p.c. Tale articolo stabilisce che se l'interruzione avviene per mezzo di una qualsiasi delle azioni specificate nei primi due commi dell'articolo 2943, il termine di prescrizione non decorre fino al momento in cui la sentenza che decide definitivamente la questione diventa definitiva. L'atto introduttivo, nello specifico l'appello incidentale, stabilisce un periodo specifico in cui il termine di prescrizione non decorre³⁰. Per quanto riguarda le conseguenze processuali, l'effetto iniziale è quello della “perpetuatio iurisdictionis”, desumibile dall'articolo 5 del c.p.c. Questo principio stabilisce che i cambiamenti che si verificano dopo la presentazione della domanda non sono rilevanti ai fini della determinazione della giurisdizione, a meno che tali cambiamenti non comportino la perdita della giurisdizione del giudice stabilita al momento della presentazione della domanda. Al contrario, se i cambiamenti nello stato della legge portano il giudice ad acquisire una competenza che inizialmente non aveva, se ne terrà conto.³¹

Un altro effetto processuale è quello della litispendenza di cui all'art. 39, 1° comma del c.p.c, che opera inevitabilmente quando due domande cautelari identiche sono proposte davanti a giudici diversi. Per la giurisprudenza maggioritaria³², il principio in questione risponde a evidenti esigenze di economia processuale e sarà sempre applicato al fine di evitare l'esercizio contemporaneo della funzione giurisdizionale sulla stessa controversia da parte di più giudici. Si avrà litispendenza quando, ai fini della regiudicata, gli elementi del rapporto processuale, ovvero, *personae*, *petitum* e *causa petendi*” sono identici e le due cause pendono contemporaneamente, senza che su una di esse sia stata pronunciata alcuna decisione definitiva³³. Il fine ultimo è chiaramente quello di evitare giudizi, o comunque provvedimenti contrastanti, e anche di evitare l'elusione della disposizione dell'art. 669-septies, in base alla quale il giudice non è in grado di decidere e secondo cui: “[...] l'ordinanza di rigetto non preclude la ripresentazione della domanda di provvedimento cautelare quando si verifichi

³⁰ Sentenza Corte di Cassazione n 24116/16.

³¹ Sentenza Corte di Cassazione n 6674/03.

³² Sentenza Tribunale di Roma n 792/01.

³³ Sentenza Corte di Cassazione n 16328/07.

un mutamento delle circostanze: al riguardo, si potrebbe parlare, in termini impropri, di rispetto del principio del "ne bis in idem" traslato in ambito processuale-civile, ossia di preclusione della possibilità di presentare due volte la stessa domanda negli stessi termini. Ovviamente, non vi sarà litispendenza delle cause quando esse condividono questioni identiche ma sono oggettivamente diverse³⁴. La giurisprudenza antitetica esclude l'idea di una litispendenza tra le due cause in quanto, pur essendo funzionalmente collegate, differiscono per struttura, procedura e petitum³⁵.

Dopo aver individuato quali sono gli effetti processuali, è bene capire da quando decorrono effettivamente. In passato la questione è stata molto dibattuta data l'assenza di una norma di riferimento. Infatti, una prima tesi riteneva che gli effetti processuali si producessero dal momento della pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza, quindi successivamente alla notifica del ricorso. In realtà, possiamo già anticipare che si tratta di un orientamento superato, visto l'intervento del legislatore con la Legge 69/2009, mediante la quale è stato aggiunto un ulteriore comma all'art. 39 del c.p.c., con il quale è stata introdotta una nuova disciplina. L'articolo 39 del c.p.c. che prevedeva testualmente che "La prevenzione è determinata dalla notificazione dell'atto di citazione o dal deposito del ricorso". Ad oggi, la giurisprudenza più diffusa ritiene, quindi, che la pendenza di un giudizio si verifichi con il deposito dell'atto introduttivo in cancelleria, e ancora nell'era del processo civile telematico "PCT" nel caso in cui il ricorso venga depositato telematicamente, l'effettiva pendenza va valutata e individuata con riferimento alla data in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata, e non dalla successiva data di effettiva registrazione del ricorso da parte del personale di cancelleria. In questo senso, l'intento del legislatore è quello di evitare il rischio di decadenze incolpevoli a carico della parte e imputabili ai possibili, seppur indesiderati, ritardi nel trattamento dei documenti inviati telematicamente dalla

³⁴ Cassazione Civile. Ordinanza n 6826/17.

³⁵ Cassazione Civile Sentenza n 26977/07.

cancelleria³⁶.

L'ultima questione da considerare è la possibilità per il convenuto di avviare una domanda riconvenzionale. A questo proposito, esiste una significativa fluttuazione dei precedenti giuridici. Un primo orientamento ne esclude la possibilità sulla base di una serie di formalismi, forse eccessivi come il rispetto dell'economia processuale che il giudizio cautelare, per sua natura, deve garantire. Ciò sul presupposto che la domanda in riconvenzione sia una domanda autonoma, volta a ottenere un provvedimento favorevole al convenuto e si differenzi da una mera negazione dei fatti posti a fondamento del diritto di cui l'attore afferma di essere titolare. In definitiva, si amplia il thema decidendum e di conseguenza l'arco temporale necessario al giudice per valutare i fatti adottati³⁷. Ciò appare strutturalmente in contrasto con le disposizioni dell'art. 669-sexies, 1° comma, secondo cui "il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno [...]". E ancora, la possibilità di una domanda riconvenzionale interlocutoria è minata dal silenzio del legislatore, anche dopo la riforma del 1990.

Tuttavia, va notato che la presentazione di una domanda riconvenzionale richiede la presenza di una connessione oggettiva che implica l'opportunità di trattare e decidere sia la domanda originaria sia la domanda riconvenzionale³⁸. Pertanto, si potrebbe sostenere che la domanda riconvenzionale interlocutoria non necessariamente esula dalle "formalità essenziali del contraddittorio". Infatti, è lecito ritenere che se la domanda riconvenzionale è fondata, sebbene possa prolungare la durata del processo, può evitare decisioni cautelari ingiustificate che contrasterebbero con l'eventuale giudizio di merito. Di conseguenza, è emerso un contrasto tra due prospettive opposte. La prima prospettiva suggerisce che le rivendicazioni presentate nella domanda riconvenzionale non devono

³⁶ Sentenza Tribunale di Roma n 1366/18.

³⁷ VULLO E. I, *Commentario del Codice di Procedura civile a cura di Sergio Chiarloni. ART. 669 BIS – 669 quaterdecies. Procedimenti cautelari in generale, Bologna, 2017, pag. 54 ss.*

³⁸ Sentenza Corte d'Appello di Venezia n 8207/06.

necessariamente essere collegate all'oggetto della domanda cautelare iniziale. Al contrario, c'è chi sostiene un punto di vista opposto, che trova le sue radici nel testo dell'art. 36 del Codice di procedura civile.

Questo articolo stabilisce che il giudice competente per la causa principale è competente anche per le domande riconvenzionali che dipendono dal titolo fatto valere dall'attore o che sono già inerenti alla causa come eccezione. Inoltre, se il legislatore ha stabilito che la domanda riconvenzionale deve essere in qualche modo collegata alla domanda principale, questa interpretazione dovrebbe essere estesa anche alla domanda riconvenzionale. Ad oggi, quest'ultima prospettiva è la tesi più sostenuta.³⁹

2.3: Il principio generale del divieto agli arbitri di concedere provvedimenti cautelari sancito dall'art. 818 c.p.c. Ragioni a favore o contrarie a questo divieto

Anche se negli ultimi anni è stato registrato un aumento significativo delle controversie devolute agli arbitri e sottratte alla competenza del giudice statale, l'arbitrato ha tuttavia trovato una forte preclusione in capo all'organo arbitrale sin dalla sua origine codicistica. In effetti, le disposizioni in materia di arbitrato, che chiudono il c.p.c. sollevano il problema della mancanza di legittimazione cautelare. In Italia, fino alla cosiddetta Riforma Cartabia, era tradizionale che gli arbitri non potessero prendere misure cautelari. La prima redazione dell'articolo 818 c.p.c. prevedeva chiaramente: Gli arbitri non possono emettere sequestri o altre misure cautelari". Il fondamento positivo dell'assenza di una potestà cautelare arbitrale è stato mantenuto dalla norma appena citata per molti anni prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 149/2022. L'argomentazione sembra basarsi su due punti che si rafforzano a vicenda. Un aspetto degno di nota è la forte correlazione tra misure cautelari e misure

³⁹ Sentenza Cassazione Civile 27564/11.

esecutive. Dopo l'attuazione della misura cautelare, è imperativo assicurarne l'esecuzione secondo le disposizioni dell'articolo 669-duodecies del c.p.c. Ciò diventa particolarmente significativo quando si considerano gli obblighi di astensione da determinate azioni, in quanto la loro esecuzione è soggetta alla supervisione del giudice che ha emesso il provvedimento, determinando così le specifiche modalità di esecuzione.⁴⁰

Si può quindi affermare che le azioni cautelari ed esecutive implicano intrinsecamente l'esercizio di un potere coercitivo, in quanto sono direttamente influenzate dal suddetto punto di contatto⁴¹. I processi cognitivi, invece, non richiedono necessariamente la presenza di una condizione giuridica, come nel caso della determinazione della nullità contrattuale. Di conseguenza, l'ordinamento giuridico generalmente sostiene la delega delle funzioni cognitive a "organi alternativi", come l'arbitrato. A causa della natura intrinseca dell'uso della forza come mezzo di coercizione, la responsabilità delle azioni cautelari ed esecutive non può essere delegata a soggetti diversi dai giudici statali⁴². Questo perché l'esercizio della forza è una giurisdizione esclusiva dello Stato e serve come requisito indispensabile sia in ambito esecutivo che cautelare. Inoltre, la concentrazione dei poteri autoritativi all'interno dello Stato è ampiamente considerata come una manifestazione di un principio di organizzazione sociale che non può essere arbitrariamente scavalcato dai desideri individuali delle parti coinvolte.

Il secondo punto riguarda la forma concisa della cognizione cautelativa. L'attuazione di misure precauzionali implica un'ampia valutazione discrezionale delle condizioni necessarie e delle

⁴⁰ MAGGIPINTO A., *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, colonna di Minotti*, in *Diritto ed economia delle nuove tecnologie*, NYBERG, 1999, pag. 51 ss.

⁴¹ PUNZI C., *voce Arbitrato (Arbitrato rituale e irrituale)*, in *Enc. Giur*, 2008, pag. 38 ss.

⁴² CARNACINI T., *voce Arbitrato rituale*, in *Novissimo Digesto it.*, XII, Torino, 1958, pag. 71 ss.

potenziali conseguenze della misura⁴³. Questa analisi mira a individuare una logica coerente alla base del processo decisionale legislativo, come dimostra l'inclusione sia dei procedimenti cautelari sia dei processi sommari all'interno del Libro IV del c.p.c. Lo scopo, in questo caso, è quello di evitare che gli arbitri intervengano direttamente e con impatto sulla realtà materiale senza averne una comprensione completa, il che potrebbe comportare un'espansione della giurisdizione arbitrale al di là dell'ambito previsto per la tutela cautelare⁴⁴. Ne conseguirebbe l'eliminazione del potere arbitrale di emettere qualsiasi provvedimento privo di una valutazione complessiva, come l'ingiunzione o le ordinanze anticipatorie di cui agli articoli 186-bis, 186-ter e 186-quater del c.p.c. L'argomento di base contro il monopolio del potere coercitivo dello Stato può essere messo in discussione attraverso tre argomenti distinti, che sono stati parzialmente affrontati dalla dottrina esistente in materia.⁴⁵

La tutela cautelare, con le sue caratteristiche distinte, è un aspetto intrinseco dell'attività cognitiva. È strettamente legata a tale attività e comporta misure decisive. Di conseguenza, è importante differenziare la tutela cautelare dall'attività esecutiva, in particolare per quanto riguarda i tempi di concessione delle misure provvisorie. Per attribuire con precisione il monopolio del potere coercitivo allo Stato, è importante riconoscere che esistono due fasi distinte all'interno del procedimento sommario. Va notato che la prima fase, che prevede la concessione del provvedimento, non richiede l'uso della forza coercitiva, in quanto si riferisce all'attuazione non coattiva della sentenza. Il giudice, analogamente all'arbitro, ha il compito di valutare la fondatezza della domanda, sempre che non vi siano divieti. Tale valutazione viene condotta integrando opportunamente il contraddittorio come previsto dall'articolo 669-bis del c.p.c.⁴⁶ È fondamentale che egli possieda le conoscenze e che

⁴³ MANDRIOLI C, CARATTA A., *Diritto processuale civile, vol. II*, 2014, pag. 12 ss.

⁴⁴ RICCI G.F., *Articolo 818, in Carpi (a cura di), Arbitrato, Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-840*, Bologna 2001, pag. 88 ss.

⁴⁵ CARLEVARIS A., *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, pag. 22 ss.

⁴⁶ PUNZI C., *voce Arbitrato (Arbitrato rituale e irrituale)*, in Enc. Giur, 2008, pag. 51 ss.

adempia alle disposizioni necessarie per farlo. L'importanza del potere coercitivo diventerà evidente solo in caso di inadempienza spontanea. La forte connessione tra misure preventive e azioni esecutive diventa pertinente soprattutto quando la misura deve essere eseguita attraverso la coercizione.

Inoltre, l'attuazione di questa fase è subordinata all'esecuzione spontanea del dettame e all'assenza di situazioni in cui la misura è ritenuta non necessaria. Come abbiamo visto, esistono misure auto-esecutive⁴⁷, che riguardano l'inefficacia delle delibere prese durante le assemblee degli azionisti e poi presentate all'arbitro societario. Tuttavia, se la coercizione è concepita come la capacità di influenzare le posizioni giuridiche soggettive delle parti attraverso un provvedimento, si potrebbe sostenere che ciò precluderebbe anche la capacità dell'arbitro di delegare la giurisdizione sui diritti azionabili, in quanto priverebbe fondamentalmente l'arbitro della sua autorità intrinseca. Infatti, se un individuo non ha un'autorità coercitiva intrinseca, intesa come “auctoritas” per influenzare gli interessi delle parti coinvolte, la sua giurisdizione deve essere preclusa, sia in termini di misure preventive che di sforzi cognitivi. La soluzione proposta è evidentemente poco plausibile.

In secondo luogo, è stato osservato che la “voluntas”, che si riferisce alla fonte legittima dell'autorità degli arbitri di rendere decisioni vincolanti e potenzialmente esecutive, dovrebbe servire come fondamento necessario e completo per riconoscere l'autorità degli arbitri di prendere decisioni provvisorie definitive⁴⁸. Alla luce delle circostanze attuali, si rimane perplessi nel comprendere la logica che sottrae all'arbitro l'autorità essenziale di attuare misure provvisorie. Ciò è particolarmente sconcertante se si considera che l'obiettivo dei procedimenti arbitrali è quello di ottenere lodi, che hanno una natura coercitiva paragonabile a quella di un provvedimento anticipatorio di cui all'articolo

⁴⁷ SASSANI B, GUCCIARDI B., *L'arbitrato societario, Temi Roma, Speciale arbitrato*, UTET, 2006, pag. 12 ss.

⁴⁸ LAUDISA L., *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, in *Riv. Arb*, 2005, pag. 8 ss.

700 del c.p.c. Vale la pena notare che quest'ultima è spesso destinata a fungere da precursore della prima⁴⁹.

Se è vero che il potere di emettere provvedimenti cautelari ha un'importanza maggiore rispetto al potere di emettere sentenze di merito⁵⁰, sembra che se l'attività esecutiva debba rimanere di esclusiva competenza dello Stato, è altrettanto valido affermare che la funzione cautelare non può essere equiparata al procedimento esecutivo, soprattutto alla luce di quanto detto sopra. La collocazione delle disposizioni degli artt. 669-bis e seguenti del c.p.c. nel Libro IV, rispetto agli artt. 474 e seguenti del Codice contenuti nel Libro III, lo conferma. Infine, di fronte a un provvedimento cautelare, il giudice statale avrà il compito di valutare il *fumus boni iuris*, imponendo così il proprio giudizio su quello affidato agli arbitri. Ciò pone un evidente problema di conflitto di decisioni o, quantomeno, di potenziale influenza dell'individuo che emetterà il lodo finale. Dunque, le misure cautelari sono intrinsecamente temporanee e soggette a potenziale revisione o sostituzione in base alla sentenza finale, fungendo spesso da precursore di tale decisione.

Per quanto riguarda l'ordine pubblico, sembra che il riconoscimento di un'autorità provvisoria nelle mani degli arbitri non rappresenti una minaccia astratta. In primo luogo, è importante notare che il concetto di vero e proprio monopolio non può essere applicato con precisione, come discusso in precedenza, se non nel contesto dell'esecuzione obbligatoria di una sentenza legale. Inoltre, è evidente dall'inclusione della convenzione arbitrale che le parti vogliono concedere agli arbitri l'autorità di risolvere la controversia in un modo ritenuto vantaggioso o benefico dagli stessi arbitri. Di conseguenza, è imperativo che gli arbitri utilizzino tutte le autorità necessarie ed efficaci per

⁴⁹ CECHELLA C., *Il processo cautelare*, GIAPPICHELLI, Torino, 1997, pag. 38 ss.

⁵⁰ LA CHINA S., *L'arbitrato; Il sistema e l'esperienza*, GIUFFRÈ, 2011, pag. 7 ss.

raggiungere questo obiettivo, ed è indiscutibile che l'intervento provvisorio serva proprio a questo scopo. Pertanto, l'atto di riconoscere la devoluzione esclusivamente sulla base del merito e non delle sue implicazioni interlocutorie comporta l'esautorazione della convenzione arbitrale, privandola così di un elemento cruciale⁵¹. In conclusione, sembra che la devoluzione dell'attività di tutela dei diritti di cui all'art. 806 c.p.c. non comprometta i principi etici e politici del nostro ordinamento. Ciò è particolarmente vero se si considera che tale autorità è stata esplicitamente concessa dalle parti coinvolte.

Per quanto riguarda la seconda tesi, l'exequatur previsto dall'articolo 825 del c.p.c. offre la garanzia più efficace sia per i lodi che per i provvedimenti cautelari. La natura sintetica del procedimento delineato dall'articolo 669-bis del c.p.c. ha spinto gli studiosi a notare che, analogamente ai lodi disciplinati dagli articoli 824-bis-825 del c.p.c. i tribunali nazionali controllerebbero anche le misure protettive adottate dagli arbitri durante il processo di exequatur. Prima che la sentenza arbitrale faciliti l'esecuzione, sia il lodo che l'ipotetica misura protettiva verrebbero sottoposti alla procedura di esecutività.

Pertanto, se la motivazione alla base del divieto di adottare misure provvisorie è la mancanza di autorità dell'arbitro nel gestire situazioni che richiedono una conoscenza accelerata, questa limitazione potrebbe essere aggirata dall'exequatur del giudice. La suddetta procedura presuppone un giudizio basato sulla presenza di una convenzione arbitrale e sulle corrette formalità del lodo, e serve come punto in cui un giudice di uno Stato determina la validità di un provvedimento. Il provvedimento di "controllo" del giudice può potenzialmente comprendere sia l'esecutività che l'efficacia dell'azione coattiva, squalificandola come titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474 del

⁵¹ ALPA G., VIGORITI V., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale – Arbitrato, Profili di diritto sostanziale e diritto processuale*, UTET, 2013, pag. 74 ss.

c.p.c.⁵² In sintesi, sembra che non sia possibile affermare la razionalità del divieto di cui all'art. 818 c.p.c. facendo leva sulla non devoluzione di questioni che richiedono una cognizione sommaria. Si noti che, a prescindere da ciò, il provvedimento cautelare dovrà essere valutato dal "giudice statale dell'exequatur" anche ai fini dell'esecuzione.

2.4: Le norme di raccordo fra il giudizio arbitrale e la competenza del giudice ordinario a concedere le misure cautelari: artt. 669-quinquies, 669-octies, 669-decies c.p.c.

Nel nostro codice, l'applicazione di misure cautelari nei procedimenti arbitrali è stata assente a causa del continuo divieto di concederle. Tale divieto è rimasto intatto anche dopo le due riforme del 1983 e del 1994.⁵³ Di conseguenza, la responsabilità di concedere tali misure è stata affidata all'autorità giudiziaria, come stabilito dall'articolo 669-quinquies del c.p.c. Un leggero indizio di un cambiamento di prospettiva è stato osservato attraverso la limitata eccezione delineata nell'articolo 35, comma 5 del Decreto legislativo 5/2003 che attribuisce all'arbitro il potere di interrompere temporaneamente l'esecuzione di una delibera assembleare di cui si contesta la validità in sede arbitrale. Nella più recente riforma, questo principio viene esplicitamente riaffermato nel nuovo articolo 818, dove si utilizza l'espressione "Gli arbitri non possono concedere sequestri o altre misure cautelari...", estendendo di fatto questa disposizione agli arbitri in maniera adeguata ed effettivamente estesa anche agli arbitri non rituali, come previsto dall'articolo 669-quinquies. Tuttavia, nell'applicazione pratica, è suscettibile a causa della frase conclusiva che afferma "... salvo diversa disposizione di legge": non si tratta ancora di un vero e proprio "ibis redibis non", una frase in cui

⁵² CARLEVARIS A., *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, pag. 71 ss.

⁵³ LA CHINA S., *L'arbitrato; Il sistema e l'esperienza*, GIUFFRÈ, 2011, pag. 88 ss.

affermazione e negazione si compensano, perché nell'articolo si può ancora leggere una regola generale in cui gli arbitri non concedono misure cautelari e un'eccezione nella quale gli arbitri le concedono se una disposizione di legge diversa dal divieto, come quella ora citata dall'arbitrato societario, lo consente. Ciononostante, la perentorietà e la fissità del principio è attenuata, anche se nessuna evoluzione dottrinale o riorientamento giurisprudenziale può aprire la porta ad altre misure cautelari che possono essere concesse dagli arbitri, ma solo a disposizioni di legge testuali ed esplicite. L'interprete, insomma, è messo fuori gioco dal secco inciso che chiude l'articolo. Ci si può chiedere, però, se non sia invece possibile per gli arbitri, senza forzare alcuna norma di legge, adottare nel corso del procedimento arbitrale le forme di istruzione preventiva previste dal codice per i giudici, in particolare con l'art. 699. Del resto, a ben vedere, dato che gli arbitri possono certamente già disporre consulenze tecniche, effettuare sopralluoghi e assumere testimonianze, la previsione di tali prove in tempi accelerati nel corso del loro procedimento, che potrebbe essere ora molto lento con il recente allungamento dei suoi termini, è di per sé legittima come disposizione opportuna, senza bisogno di acrobazie interpretative e violazione del divieto dell'art. 818. Fatta salva, comunque, l'ipotesi dell'istruzione preventiva, e "rectius" dell'arbitrato accelerato e anticipato, non vanno modificati i commenti già possibili sulle ragioni e gli effetti del divieto ancora in vigore, nei limiti ancora molto ampi della sua applicabilità, cioè per tutti gli arbitrati non societari e con la minima eccezione vista per gli arbitrati societari.

Più che di divieto, si deve parlare di una vera e propria impossibilità giuridica per gli arbitri di concedere sequestri o altre misure cautelari, tanto che, se le concedessero, sarebbero addirittura considerate inesistenti. La ratio di questo atteggiamento del legislatore è la sua contrarietà a investire gli arbitri di poteri che vadano oltre la mera cognizione (di accertamento, costitutivi, di condanna), e quindi a farne un soggetto giudicante in tutto e per tutto identico, per estensione e qualità dei poteri, al giudice ordinario, quasi un giudice parallelo. Riecheggia qui il tema del complesso e fluttuante rapporto di sfiducia-fiducia, gelosia-apertura, tra giurisdizione statale e arbitrato: la cognizione è

decentrata, la coercizione no. Se è ben vero che il solo giudicare è già un atto di autorità, il lodo di per sé può ordinare, disporre, condannare, vincolare, è anche vero che ancora più penetrante, pervasivo, autoritario è il potere del giudice di far rispettare, sia pure con cautele provvisorie, ciò che ha dettato e che non è stato ancora eseguito, ovvero, il potere di far muovere al suo comando altri enti pubblici, di rango inferiore ma di funzione indispensabile. Vi sono, insomma, diversi e crescenti livelli di autorità e costrizione, ed all'arbitro è negato il secondo e più intenso: l'attitudine dei suoi atti non soltanto ad obbligare ma ad ottenere direttamente concreta attuazione del comando. Qua si radica, per il nostro diritto, l'impossibilità per gli arbitri di disporre provvedimenti cautelari: così come non possono emettere lodi di per sé ed immediatamente esecutivi; possono gli arbitri obbligare sì i privati che a loro si sono sottomessi ma non comandare agli ufficiali giudiziari ed alla forza pubblica, che restano nel monopolio dello Stato e, per esso, dei suoi giudici. Ed a maggior ragione tutti questi nostri ragionamenti valgono per gli arbitrati non rituali, oggi espressamente menzionati nel nuovo testo dell'art. 669-quinquies per confermare l'esclusiva spettanza della tutela cautelare alla autorità giudiziaria.⁵⁴

Tuttavia, va notato che non tutti gli ordinamenti giuridici sono influenzati da questi principi, e quindi non possiedono una qualità intrinseca di assoluta necessità logica. Nel contesto sopra citato, il nostro diritto positivo non prevede nemmeno l'esecutività di un provvedimento cautelare attraverso un'ordinanza del tribunale, che si tradurrebbe inevitabilmente in un processo lento e inutilmente complesso. Di conseguenza, è necessario prendere atto di questa limitazione e considerare qualsiasi valutazione relativa alla privazione del potere degli arbitri di concedere una tutela cautelare come una questione aperta al dibattito. L'esclusione degli arbitri dall'autorità di autorizzare sequestri o altre misure preventive, come affermato nella formulazione dell'articolo, riveste una notevole importanza dal punto di vista dell'esegesi positiva. Il linguaggio utilizzato è espansivo e comprende non solo le

⁵⁴ LA CHINA S., *L'arbitrato; Il sistema e l'esperienza*, GIUFFRÈ', 2011, pag. 44 ss.

ipotesi di misure cautelari, come già detto in relazione ai sequestri, ma anche ogni altra ipotesi di misure ingiuntive, sospensive, anticipatorie che abbiano finalità cautelari. In sostanza, comprende tutte le varie forme che la tutela cautelare ha assunto nella nostra storia giuridica, nell'ambito consentito dall'articolo 669 quaterdecies. Dal disposto dell'art. 818 c.p.c. si ritiene sia impedito in generale agli arbitri anche l'imporre cauzione: misura che sempre consiste nell'imporre un vincolo attuale per un esito eventuale di altre procedure, cautelari, esecutive e cognitive. Tuttavia, è importante notare che agli arbitri non è vietato emettere misure di istruzione preventiva durante il procedimento, come l'ascolto di testimonianze o l'esecuzione di accertamenti tecnici d'urgenza.

Il complesso coordinamento tra la disciplina dell'arbitrato e la riserva della tutela cautelare ai tribunali pone delle difficoltà nell'assicurare tale tutela agli arbitri. Al fine di fornire un quadro completo dell'ordinamento giuridico, in particolare in base al Codice di rito e ai suoi regolamenti dispersi, si possono fare le seguenti osservazioni: “Il potere di emettere provvedimenti cautelari spetta al giudice che sarebbe stato competente per la causa se non ci fosse stata la convenzione arbitrale, come stabilito dall'articolo 669-quinquies”. Tuttavia, se non esiste un giudice italiano competente per la causa per difetto di giurisdizione, la domanda di provvedimenti cautelari deve essere presentata al giudice italiano competente per materia e valore, come indicato nel terzo comma dell'articolo 669-ter. L'atto di presentazione di una domanda di arbitrato su una questione sostanziale che ha ottenuto una misura cautelare equivale sostanzialmente all'avvio del procedimento di merito. Tale avvio è tipicamente effettuato dalla persona che ha ottenuto la misura cautelare, a meno che non sia specificato diversamente nell'articolo 669-octies, 6° comma, che riguarda le misure anticipatorie. L'inosservanza di questo requisito entro il termine previsto dall'articolo 669-octies, fino a un massimo di sessanta giorni, può comportare l'inefficacia del procedimento, a meno che la legge o le convenzioni internazionali non stabiliscano un termine più lungo. Ad esempio, nei casi di richieste di risarcimento per danni a beni trasportati via mare, si può applicare il termine di prescrizione annuale, oppure nei casi in cui i tribunali sequestrino le navi per rivendicazioni marittime, possono stabilire un termine

specifico per l'avvio dell'azione sostanziale, come indicato nell'articolo 7, 3° comma, della Convenzione di Bruxelles del 10 maggio 1952. Il mancato rispetto di tali termini può comportare la perdita di efficacia del sequestro della nave. Per la decorrenza del suddetto termine perentorio di sessanta giorni si applicano in via generale le disposizioni del terzo comma dell'articolo in esame; ma per le controversie individuali di lavoro di cui al quarto comma che siano oggetto di un accordo o di una clausola compromissoria, riteniamo, con una difficile interpretazione di una norma tutt'altro che perspicua, che si debbano applicare i distinti termini di sessanta e trenta giorni di cui al quarto comma, stante l'implicito richiamo ad essi fatto dal quinto comma. Tutte le possibili vicende della tutela cautelare, ovvero, concessione o diniego del provvedimento, reclamo, inefficacia, modifica o revoca del provvedimento concesso, questioni sulla sua attuazione quando si tratti di obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, restano affidate all'autorità giudiziaria, secondo le diverse regole di competenza previste dall'art. 669-quinquies e decies, nonché 669-novies, 669-duodecies e 669-terdecies (competenza del giudice che ha emesso l'ordinanza, e altrimenti del giudice istruttore della causa di merito nei casi di cui all'art. 669-decies, primo comma).

Vale la pena di notare che in alcuni casi l'efficacia della misura cautelare disposta può essere messa in discussione in relazione a diverse vicende arbitrali. Sulla base delle disposizioni dell'articolo 669-novies, in particolare dei commi 1, 3 e 5, risulta evidente che l'inefficacia dell'arbitrato può essere attribuita a diversi fattori. Tali fattori includono il mancato avvio dell'arbitrato entro i termini previsti, la mancata o ritardata prestazione delle garanzie necessarie, l'emissione di un lodo, a prescindere dalla sua definitività, che dichiari l'inesistenza del diritto sostanziale previsto dal provvedimento cautelare e la chiusura del procedimento arbitrale nel merito. Inoltre, ai sensi dell'articolo 669-novies, paragrafo 1, ultimo comma, l'arbitrato può essere considerato inefficace anche nei casi di arbitrato di merito. Nell'ultimo paragrafo relativo all'arbitrato, si osserva che se la parte che richiede un provvedimento cautelare non presenta l'istanza di esecutività del lodo straniero entro i termini previsti, come previsto dalle convenzioni internazionali, decadrà dal diritto di farlo. Analogamente, se la parte non presenta

l'istanza di esecutività del lodo italiano entro i termini previsti e in conformità all'art. 156-bis disp e dell'articolo 686 del c.p.c.

L'ambito di applicazione di queste norme è ampio, ma lascia comunque spazio a qualche incertezza. È possibile che venga concessa una misura cautelare anticipata, che non prevede un termine specifico per l'avvio del procedimento di merito (come previsto dall'articolo 669-octies, comma 6). Tuttavia, se la domanda di arbitrato viene presentata senza vincoli temporali e il procedimento viene successivamente chiuso, si ricade nella seconda ipotesi distinta di inefficacia sopravvenuta.

I casi ora esaminati sono tuttavia, in assenza di una parte che abbia avviato il procedimento per la sentenza arbitrale nel merito. Dunque, ci si chiede quale sia lo status giuridico di questi casi. L'imposizione di sanzioni per il mancato avvio di un'attività non è possibile a causa dell'assenza di un termine definitivo da rispettare. Tuttavia, ciò solleva la questione del significato di questa circostanza. Dunque, ci si domanda se sia necessario attendere la scadenza della prescrizione per esercitare il diritto alla cautela e all'arbitrato. L'unica soluzione pratica per colmare questa lacuna giuridica è che entrambe le parti coinvolte, sia quella che vuole rimuovere la misura cautelare sia la controparte che vuole mantenerne l'efficacia, avvino un giudizio di merito chiedendo l'arbitrato. La risoluzione del caso nel merito risolverà anche la questione della tutela cautelare. È importante notare che la disposizione in questione (originata dal d.l. 35/2005 e dalla sua legge di conversione con modifiche del 14 maggio 2005, n. 80) al penultimo comma dell'art. 669-octies, contraddice il principio di proporzionalità. In altre parole, non è chiaro se l'estinzione del giudizio di merito renda o meno inefficaci le normali misure cautelari e anticipatorie, il che può generare equivoci e confusione. La risposta che sembrerebbe più appropriata sarebbe limitata alla specifica disciplina prevista dall'art. 669-novies, in conformità con la citazione fornita nel paragrafo 5. Il termine "si applica", si riferisce al lodo arbitrale, con specifico riferimento alla diminuzione dell'efficacia di varie misure preventive, sia anticipatorie che di altro tipo, derivanti dalla cessazione delle procedure

arbitrali.

Una potenziale sfida deriva dalla limitata previsione testuale dell'estinzione nell'ultimo paragrafo dell'articolo 819-bis del c.p.c. Questa disposizione considera l'estinzione solo come un risultato potenziale a seguito di una sospensione. Tuttavia, esistono altri scenari in cui il percorso arbitrale può essere soggetto a un esaurimento inconcludente, come quelli delineati nell'articolo 816 del c.p.c. Le parti possono essere considerate in violazione dell'obbligo di anticipare le spese nel caso in cui non adempiano a tale responsabilità. Inoltre, le procedure di nomina e sostituzione degli arbitri, così come la ricomposizione di tribunali minoritari o disgiunti, possono rimanere incomplete a causa dell'inerzia delle parti o per altri motivi. Queste circostanze possono essere considerate come ipotesi di cessazione, con conseguente potenziale perdita di efficacia delle misure cautelari. Tuttavia, è importante notare che tale cessazione deve essere registrata in modo formale e documentabile.

Ciò può avvenire attraverso vari strumenti, come un atto congiunto degli arbitri che rinunciano alle loro posizioni, una relazione degli arbitri rimanenti, che sono in numero insufficiente, o una dichiarazione delle parti che accettano di abbandonare il procedimento e liberano gli arbitri rimanenti dai loro obblighi. Per poter dimostrare al giudice civile competente in materia di inefficacia o revoca per sopravvenute circostanze del provvedimento cautelare, è necessario accertare la sussistenza dei presupposti per la cessazione del procedimento arbitrale. Ciò consentirebbe la liberazione da eventuali sequestri, nonché da altri vincoli e oneri cautelari. È importante notare che la risoluzione dell'arbitrato non può semplicemente svanire senza lasciare traccia o memoria.

Un'ulteriore complessa indagine che si pone riguarda l'efficacia delle misure cautelari autorizzate da un tribunale nel contesto di una controversia arbitrale, in particolare quando il lodo finale non affronta le questioni sostanziali. Per esempio, scoprire che la convenzione arbitrale non è stata eseguita correttamente. Ci si domanda dunque quale siano le conseguenze della mancata corretta esecuzione.

Da un punto di vista tecnico, si può sostenere che la misura cautelare rimanga valida a meno che una sentenza di merito non dichiari l'inesistenza del diritto tutelato. Tuttavia, nello scenario ipotetico presentato, se un lodo definitivo dovesse invalidare la convenzione arbitrale, si riaprirebbe potenzialmente la via giudiziaria. Ciò potrebbe comportare l'avvio di una causa di merito o, meno certamente, la richiesta di revoca del provvedimento cautelare sulla base di nuove circostanze emerse.

L'articolo 669-decies, come stabilito nella modifica, stabilisce che: “Nel corso dell'indagine, il presidente del tribunale incaricato di esaminare gli aspetti sostanziali del caso ha la facoltà di modificare o annullare una misura cautelare mediante un'ordinanza ufficiale, su richiesta di una delle parti coinvolte”⁵⁵. Ciò può avvenire anche se la misura cautelare è stata inizialmente emessa prima dell'inizio del caso, a condizione che le circostanze siano cambiate. Nel caso in cui la causa sia portata davanti a un tribunale straniero o sia sottoposta ad arbitrato, è necessario richiedere i suddetti provvedimenti cautelari al tribunale che li ha originariamente emessi, come stabilito da questo articolo. Una lettura esatta della norma comporterebbe l'esclusione della possibilità di chiedere la revoca e la modifica del provvedimento cautelare prima dell'udienza di cui all'art. 183 del c.p.c. condotta secondo la procedura rivista. Alla parte che subisce l'azione cautelare resterebbe solo il reclamo. In dottrina è stata avanzata una proposta di interpretazione dell'art. 669-decies. Questo articolo, che stabilisce il principio della modificabilità del provvedimento, fornisce un esempio illustrativo indicando il giudice competente come giudice istruttore. Viceversa, nei casi in cui il provvedimento sia richiesto ante causam, l'individuazione del giudice competente sarà determinata sulla base delle disposizioni delineate nei relativi articoli. A posteriori, la giurisprudenza ne ha esteso l'applicazione a tutti i provvedimenti cautelari, come affermato in relazione ai provvedimenti d'urgenza (come previsto dall'articolo 700 del c.p.c.). Tale soluzione è stata successivamente recepita nella formulazione dell'art. 669-decies, che si riferisce ai procedimenti cautelari in senso più ampio

⁵⁵ BERNINI G., *L'arbitrato: diritto interno e convenzioni internazionali*, CLUEB, 1993, pag. 130 ss.

ed è di conseguenza applicabile a tutti i procedimenti di questo tipo.

In relazione alla disciplina attualmente applicabile, la giurisprudenza e la dottrina più autorevoli distinguono tra provvedimenti cautelari e provvedimenti emessi dal giudice istruttore nella causa di merito in corso. La revoca e la modifica dei suddetti provvedimenti possono avvenire attraverso l'applicazione dell'art. 177, 2° comma del c.p.c. L'ammissibilità dell'articolo 192 del c.p.c. non è oggetto di dibattito. Tuttavia, la questione se i provvedimenti emessi prima della causa possano essere revocati dal giudice istruttore competente per il merito è oggetto di controversia. La tesi attualmente prevalente è quella favorevole, soprattutto per l'irragionevole disparità di trattamento che deriverebbe dalla tesi negativa, che violerebbe l'articolo 3 della Costituzione.

Ciò riguarda la possibilità che un provvedimento venga emesso durante un procedimento giudiziario. La soluzione affermativa è ulteriormente rafforzata dall'adozione da parte del legislatore dell'emendamento delle stesse norme per entrambi gli scenari. Come già osservato in precedenza, l'utilizzo della soluzione affermativa comporta l'applicazione analogica dell'articolo 177.2 del c.p.c. Se si considera l'applicazione di questi principi a un'ipotesi specifica di pendenza di un giudizio di merito dinanzi agli arbitri, appare evidente che la linea d'azione appropriata è quella di attribuire all'autorità responsabile dell'emissione del provvedimento la competenza a revocarlo. Questa conclusione si allinea alla disciplina vigente che rimane in vigore. È evidente che, in relazione alla pendenza di un giudizio sul merito davanti al tribunale arbitrale, il ruolo del giudice istruttore non è necessario. La soluzione proposta è ulteriormente avvalorata dall'inserimento dell'articolo 818, comma 2 del c.p.c. Questa disposizione stabilisce esplicitamente che il giudice che ha emesso il provvedimento di sequestro mantiene la competenza non solo sulla sua esecuzione, ma anche sul suo annullamento, pur riconoscendo che la decisione finale in materia spetta agli arbitri.

La soluzione sopra descritta è stata ufficialmente convalidata dal legislatore nazionale, come stabilito

dall'articolo 669-decies, comma 2, del c.p.c. La tutela cautelare continua a essere negata alle parti, secondo la teoria e la giurisprudenza prevalenti, in presenza di una clausola arbitrale. La logica alla base di questo punto di vista si fonda sull'argomento che le parti, attraverso l'utilizzo di questo particolare metodo, rinunciano volontariamente al diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria. Pertanto, si potrebbe sostenere che qualsiasi richiesta presentata ai tribunali ordinari dovrebbe essere considerata inammissibile. Le affermazioni di cui sopra sono ulteriormente rafforzate dall'emendamento del 1990, che introduce l'obbligo di ottenere l'exequatur entro i termini previsti per mantenere l'efficacia della misura protettiva delineata nell'articolo 669-novies, 4° comma del c.p.c.

Il lodo irrituale, a causa della sua esenzione dal decreto pretorale di exequatur, ostacola la possibilità di richiedere un'efficace tutela preventiva. Come si è detto in precedenza in ambito comparatistico, vi è un'abbondanza di casi in cui agli arbitri viene conferito un potere nei casi di tutela. Nella giurisdizione italiana, il ricorso all'arbitrato può essere facilitato dall'accordo reciproco tra le parti coinvolte, nonché dal riferimento ai regolamenti stabiliti dalle autorità governative responsabili dell'amministrazione dei processi arbitrali. Un aspetto degno di nota è il Regolamento Internazionale della Camera di Commercio di Milano, che conferisce agli arbitri ampi poteri in materia di misure preventive. A questo proposito, l'articolo 32 stabilisce che le parti hanno la possibilità di chiedere all'arbitro, nelle loro osservazioni iniziali, di attuare misure immediate per prevenire eventi che altrimenti sarebbero inevitabili. L'arbitro ha la facoltà di subordinare la propria decisione alla condizione che la parte o le parti richiedenti forniscano assicurazioni, garanzie o altre forme di protezione. Inoltre, le parti devono adempiere prontamente agli obblighi imposti loro dall'arbitro, entro i termini specificati nella decisione.

Tuttavia, questa disposizione ha il potenziale di avere un valore fondamentalmente platonico. Certamente, l'applicazione del provvedimento cautelare porrebbe delle difficoltà se le parti non si impegnano ad adempiere volontariamente. Indubbiamente, è evidente che lo strumento del lodo

parziale può essere considerato insufficiente, soprattutto a causa della sua impossibilità di essere depositato quando trasmette sentenze non conclusive, come sostenuto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Nonostante ciò, ci si interroga sull'opportunità di conferire agli arbitri il potere di emettere provvedimenti provvisori in ogni circostanza. È ampiamente riconosciuto che la norma prevalente nei sistemi di aggiudicazione è il verificarsi di un'esecuzione spontanea, quando è già stata stabilita una chiara distinzione tra un vincitore e un soccombente. Si può presumere che un provvedimento cautelare sarà eseguito spontaneamente, soprattutto quando viene concesso mentre l'arbitrato è ancora in corso. È ragionevole che le parti coinvolte considerino attentamente le potenziali conseguenze prima di intraprendere azioni che potrebbero essere percepite come conflittuali nei confronti degli arbitri, rifiutandosi di eseguire una determinata azione. Vale la pena ricordare che ci sono stati casi in cui gli arbitri, pur non avendo l'autorità di emettere misure cautelari, hanno di fatto obbligato le parti a soddisfare le loro richieste, come fossero ordini simili a misure cautelari vere e proprie.

La presente trattazione non si propone di approfondire gli aspetti teorici e generali del rapporto tra arbitrato e processo giudiziario, già affrontati in precedenza. L'obiettivo è invece quello di fornire un'illustrazione concreta di come e perché questo rapporto si manifesta nella pratica, nonché di come viene attualmente affrontato e risolto nel nostro ordinamento giuridico grazie all'attuazione della riforma del 2006⁵⁶. Da un punto di vista rigoroso, il problema dell'interferenza e della confusione derivante dalla scelta tra arbitri e giudici, così come i potenziali conflitti di giurisdizione, non dovrebbero verificarsi. Questo perché entrambe le parti coinvolte nell'accordo arbitrale sono obbligate a risolvere la loro controversia attraverso l'arbitrato, evitando così il sistema giudiziario civile. Tuttavia, si riconosce che attenersi rigorosamente a queste regole può essere impegnativo a causa della complessità delle situazioni, della natura imprevedibile della volontà umana e della

⁵⁶ LA CHINA S., *L'arbitrato; Il sistema e l'esperienza*, GIUFFRÈ, 2011, pag. 66 ss.

potenziale ambiguità delle azioni. Di conseguenza, questi fattori non possono essere trascurati. È importante notare che quando si parla di competenza degli arbitri, essa è intrinsecamente legata alla convenzione arbitrale. Questa convenzione è l'unica base del nostro sistema giuridico, che non consente l'arbitrato obbligatorio. Di conseguenza, qualsiasi indagine sulla competenza degli arbitri in questo contesto è essenzialmente un'indagine sulla validità della convenzione stessa. È solo attraverso la contestazione dell'accordo che può sorgere una questione relativa alla competenza degli arbitri. Alla luce di queste considerazioni, possono verificarsi differenti scenari.

Inizialmente, la parte che desidera evitare l'arbitrato fa valere l'incompetenza degli arbitri sulla base dell'inesistenza, dell'invalidità o dell'inefficacia dell'accordo. Questa obiezione viene sollevata durante il procedimento arbitrale avviato dalla parte avversa. Tuttavia, è fondamentale che la parte opponente sollevi questa obiezione nella sua difesa iniziale dopo aver accettato gli arbitri. In caso contrario, la parte non potrà impugnare il lodo per questi motivi, a meno che la controversia non sia considerata non arbitrabile, come stabilito dal 1° e 2° comma dell'art 817 del c.p.c. La ristrettezza del termine per l'eccezione è un primo segno del favore del legislatore per l'arbitrato, o, se si vuole, del disfavore con cui considera l'insorgere di dubbi sulla competenza degli arbitri tali da ostacolare l'uso di uno strumento di cui si conta molto sull'utilità come alternativa alla giustizia ordinaria. Comprensibilmente, solo l'ipotesi di invocare l'inarbitrabilità della controversia, sempre rilevabile anche d'ufficio e rilevante per tutto il corso del procedimento e anche successivamente in sede di impugnazione del lodo.

Ciò si spiega perché qui siamo di fronte a un vizio procedurale che può portare a una “extrapetitio” degli arbitri piuttosto che a una questione di giurisdizione. Inoltre, la parte che cerca di evitare l'arbitrato può seguire un approccio alternativo. Sollevando argomenti relativi all'inesistenza, all'invalidità o all'inefficacia della convenzione arbitrale, presenta la stessa controversia al tribunale prima ancora che la parte avversa inizi l'arbitrato. Inoltre, questa ipotetica parte, che non è disposta

ad aderire alla convenzione arbitrale, avvia una controversia dinanzi al tribunale che è connessa o ha implicazioni con la convenzione arbitrale, o si estende oltre il suo ambito. L'intento di questa azione è quello di aggirare l'obbligo di impegnarsi in un arbitrato e far sì che l'intera questione venga giudicata dal tribunale.

Alla luce di queste ipotesi, è indispensabile riconoscere che gli arbitri contemporanei non sono più indifesi come in passato. Ciò è dovuto al fatto che qualsiasi tentativo di eludere l'obbligo di proseguire il processo arbitrale è reso del tutto inefficace dalle esplicite disposizioni dell'articolo 819-ter del c.p.c. che regola le interazioni tra arbitri e autorità giudiziaria. È importante sottolineare che questa norma si riferisce specificamente al contesto italiano. Inoltre, è doveroso evidenziare l'affermazione secondo cui: "Gli arbitri sono competenti a prescindere dal procedimento giudiziario in corso o dal rapporto tra la controversia ad essi deferita e un procedimento giudiziario pendente". Vale la pena di notare il significato della menzione di questa ipotesi di connessione, che si allinea con la tesi da tempo sostenuta dalla giurisprudenza della "vis attractiva". L'analisi mette in luce il significativo riferimento all'ipotesi di connessione, che riconosce la tesi da tempo sostenuta dalla giurisprudenza in merito alla vis attractiva della giurisdizione del giudice ordinario. In base a questo principio, si è sostenuto che in una controversia giudiziaria che coinvolge questioni variamente connesse a quella oggetto di arbitrato, il giudice civile assume la giurisdizione sull'intera controversia, facendo così rientrare la controversia arbitrale nella sua sfera di competenza, indipendentemente dalla validità e dall'efficacia della relativa convenzione.

Tuttavia, è importante notare che esistono ulteriori norme specifiche all'interno del codice che impediscono qualsiasi tentativo di trasferire la controversia a un tribunale ordinario. Ciò può essere osservato nell'ultimo comma dell'articolo 819-ter, che stabilisce che: "Nel corso del procedimento arbitrale non possono essere avanzate richieste legali relative all'invalidità o all'inefficacia della convenzione arbitrale". Questa disposizione deve essere interpretata in modo analogo in base alle

disposizioni dell'articolo 817, 2° comma che stabilisce che in caso di contestazione dell'autorità degli arbitri, indipendentemente dai motivi, che si verifichi nel corso del procedimento, l'unica sede appropriata per affrontare la questione della giurisdizione è l'arbitrato stesso.

Inoltre, si afferma esplicitamente che la determinazione della giurisdizione spetta esclusivamente agli arbitri coinvolti nell'arbitrato specifico, come indicato dal rinvio al primo comma che stabilisce il principio fondamentale che governa l'intero sistema, il quale afferma che gli arbitri hanno l'autorità di decidere in merito alla propria giurisdizione, indipendentemente dal fatto che tale giurisdizione sia contestata nell'ambito del proprio procedimento arbitrale, in un procedimento giudiziario relativo alla stessa controversia o a una controversia correlata, o in qualsiasi altra sede per le ragioni che sono emerse. In sintesi, nell'ambito dell'ipotesi di effettiva rivalità tra la sede arbitrale e un'altra sede, è importante notare che il potere degli arbitri di valutare l'accordo e di conseguenza la propria giurisdizione non solo non viene eliminato, ma preclude a eventuali autorità concorrenti di effettuare tali valutazioni. Infine, la salvaguardia di riservare agli arbitri l'autorità esclusiva di scegliere la propria giurisdizione è ulteriormente rafforzata dalla disposizione che consente la potenziale nullità del lodo arbitrale.

Infatti, se un lodo reso sulla base di un accordo o di una clausola nulla è solo impugnabile e non inesistente, ciò significa che anche in presenza di un'eccezione di nullità dell'accordo, gli arbitri possono pervenire al lodo se lo ritengono, magari erroneamente, infondato e quindi che sono comunque legittimati a pronunciarsi sulla legittimità della propria investitura. In forma volutamente sintetica, dunque, si può dire del regime codicistico sui rapporti tra giudice e arbitro che esso si ispira al principio dell'insensibilità dell'arbitrato al giudizio civile quando entrambi sono attuali. Tale affermazione trova conferma ancora nel secondo comma dell'art. 819-ter, per il quale l'arbitrato non può subire legami attuali di litispendenza, continenza, connessione, sospensione per pregiudizio ex art. 295, con il giudizio civile, non può avere vicende di *translatio iudicii* da esso e verso di esso.

Quanto al giudice civile davanti al quale sia stata presentata una domanda da parte di chi non vuole più l'arbitrato e quindi contesta l'accordo, egli può giudicarla solo se l'arbitrato non è attivato, e solo allora può trattenerla e pronunciare una sentenza che affermi o neghi la propria competenza e sia ricorribile in Cassazione con regolamento necessario o facoltativo ex art. 819-ter del c.p.c. Infine, a sottolineare la chiara intenzione del legislatore di tutelare il più possibile la giurisdizione arbitrale, non facendola più cedere e sottomettere alla giurisdizione del giudice ordinario, la riforma del 2006 ha introdotto il nuovo art. 817-bis, in virtù del quale gli arbitri sono competenti a conoscere anche della domanda riconvenzionale fatta valere in sede risarcitoria ma non compresa nell'oggetto dell'accordo, pur sempre nei limiti della domanda, il che significa, in pratica, solo fino all'importo del credito dedotto e determinato in arbitrato e non oltre.

Ciononostante, rimane ancora aperta o, almeno, può sembrare che rimanga aperta la diversa e delicata questione dell'eventuale rilevanza della connessione tra arbitrati, nella triplice prospettiva della possibilità di iniziarli insieme, cumulandoli, quando le controversie sono ancora in corso di trattazione al di fuori di qualsiasi procedura, o di unirli quando sono già pendenti, o di fonderli in un arbitrato già in corso che è ancora avviato. Ci troviamo, con queste varie ipotesi, nel terreno del cosiddetto "multiparty arbitration", che ha inquietato molto gli operatori del settore, poiché l'arbitrato con più parti può includere, e nell'accezione corrente include, l'ipotesi di un arbitrato ab origine che coinvolge più parti tre contro tre, ad esempio A contro B e B contro C, oppure A contro B e B contro C, legati da un unico arbitrato. Infine, l'ipotesi di più arbitrati, con parti diverse, o nessuna delle parti, che confluiscono in un unico e più ampio procedimento in virtù della connessione oggettiva esistente tra le controversie.

Quest'ultima ipotesi, l'unificazione dei procedimenti arbitrali per ragioni di connessione rappresenta talvolta una vera e propria tentazione per i contendenti. Si pensi al nesso "domanda principale di

risarcimento danni-domanda di garanzia" o, più in generale, al regresso, o alle sequenze litigiose tra committente, appaltatore, subappaltatore, o ricevitore, vettore, sub-vettore, o acquirente, secondo venditore, primo venditore... e così via. Ma la risposta alla possibilità di far funzionare la connessione per automatismo, alla maniera della disciplina giudiziaria, quando è già pendente almeno un procedimento arbitrale deve essere decisamente negativa, se le molte parti della multiforme controversia si accordano per stabilire fin dall'inizio un maxi-arbitrato, con un unico accordo, o consentire che altri litiganti vi si associno nel corso del procedimento, in ogni caso sfruttando il nuovo favor per l'arbitrato di cui agli artt. 816-quater e 816-quinquies e senza creare, all'interno del collegio arbitrale unico, sotto-quadri separati per le distinte domande. Alle parti è consentito coordinare gli arbitrati su controversie connesse, concordare di nominare, ad esempio, gli stessi periti giudiziari o addirittura rallentare l'arbitrato sulla questione collaterale o indennitaria fino alla conclusione dell'arbitrato sulla questione principale. Tutto ciò però non dovrebbe essere possibile per una sola delle parti ottenere, o addirittura per gli arbitri predisporre, uno di questi effetti di coordinamento o unificazione come conseguenza immediata di una connessione anche solo reale tra le controversie, prevalendo sulla volontà delle altre parti.

L'essenza dell'arbitrato risiede in questo, che si basa sulla concorde volontà e decisione delle parti di litigare in quel determinato modo piuttosto che nell'altro, quello giudiziario, e sulla scelta e nomina di chi deve giudicare. Ciò impedisce assolutamente che la connessione sostanziale tra le controversie operi come connessione giuridica nel modo in cui avviene nel processo civile. In questo è la norma che sposta la connessione dall'uno all'altro, dal piano fattuale a quello giuridico; il giudice civile, solo se competente, è dato alle parti volenti o nolenti, l'arbitro no (c'è "il giudice naturale", non "l'arbitro naturale"...!); e quindi per il primo è sufficiente una regola per rendere possibili connessioni e spostamenti di processi per ragioni di connessione, per il secondo no. Nel primo caso si è comunque di fronte a giudici di un'unica struttura che è oggettivamente e sempre abilitata a giudicare, nel secondo si passerebbe da un arbitro scelto e voluto, o alla cui scelta e nomina si è partecipato, a un

arbitro mai scelto o voluto, e questo è inammissibile. Solo nelle istituzioni arbitrali permanenti le loro regole possono talvolta prevedere la possibilità di riunire, accorpate e collegare in modo organizzato procedure arbitrali affini. Anche in questo caso però la regola non opera per autorità e forza propria, come le regole del c.p.c. che è legge dello Stato, ma solo perché è accettata e voluta dalle parti, e così si preserva l'armonia e la coerenza dell'istituzione arbitrale.

2.5: Prima eccezione al divieto: l'arbitrato societario e l'art. 35 d.lgs. n. 5/2003

Come dimostrato in precedenza, l'articolo 818 del c.p.c. stabilisce un principio generale secondo cui agli arbitri è generalmente vietato concedere sequestri o altre misure cautelari, a meno che non siano specificamente autorizzati dalla legge.⁵⁷ L'articolo afferma il principio di lunga data secondo cui gli arbitri non hanno l'autorità di concedere misure cautelari, riconoscendo che tale potere è generalmente riservato ai giudici ordinari. Ciò vale sia per i procedimenti arbitrali rituali che per quelli irrituali, considerando le disposizioni dell'articolo 669 quinquies del c.p.c. in base al quale, se una controversia è regolata da una clausola arbitrale o è risolta attraverso un arbitrato, con la partecipazione di arbitri rurali e non rurali, o se è in corso una decisione arbitrale, la domanda deve essere presentata al tribunale che sarebbe stato competente per le questioni sostanziali della causa.

Tuttavia, va notato che questa regola non è immune da eccezioni. L'attuale riferimento alla clausola che preserva qualsiasi altra disposizione di legge riguarda l'autorità degli arbitri in ambito societario. In particolare, ai sensi dell'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 5/2003, gli arbitri hanno la facoltà di sospendere l'esecutività delle delibere assembleari impugnate, a condizione che tale autorizzazione venga loro concessa attraverso la clausola compromissoria. Ai sensi dell'articolo 35, comma 5, del

⁵⁷ BONELLI E., in *Arbitrato*, Milano, IPSOA, 2012, pag. 75 ss.

Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, l'atto di sottoporre una controversia ad arbitrato, indipendentemente dal fatto che si tratti di un processo arbitrale rituale, non impedisce alle parti di richiedere la tutela cautelare di cui all'articolo 669 quinquies del c.p.c. Tuttavia, se la clausola arbitrale consente di risolvere con l'arbitrato le controversie relative alla validità delle delibere assembleari, gli arbitri conservano il potere di sospendere temporaneamente l'esecutività di tali delibere con un'ordinanza non impugnabile.

Al momento della sua entrata in vigore, l'articolo 35 ha rappresentato una chiara deviazione dalle norme contenute nell'articolo 818 del c.p.c. La versione precedente dell'articolo 818 vietava rigorosamente agli arbitri di esercitare qualsiasi forma di potere preventivo. In seguito alla riforma del 2006, l'articolo 818 del Codice è stato modificato con l'aggiunta della frase "salvo che la legge disponga altrimenti". Di conseguenza, è plausibile sostenere che il potere cautelare conferito agli arbitri in materia di sospensione delle delibere assembleari possa potenzialmente rientrare nell'ambito di questa clausola di salvaguardia. Inoltre, la recente attuazione del Decreto Legislativo n. 5/2003 sull'arbitrato societario ha esplicitamente affermato che la possibilità di richiedere la tutela cautelare dello Stato non è esclusa, anche nei casi di arbitrato irrituale. In un primo momento, sono emersi problemi di compatibilità di questo metodo con il testo vigente dell'art. 669 quinquies del c.p.c. Tuttavia, la riforma del 2005 ha apportato modifiche al testo di tale articolo, ampliando l'autorità dei tribunali statali nei casi di misure cautelari anche in caso di devoluzione della controversia in arbitrato irrituale.

L'articolo 35, comma 5, conferisce agli arbitri il potere esclusivo di emettere il consueto provvedimento cautelare di cui all'articolo 2378 del Codice civile, nell'ambito dei procedimenti di impugnazione delle delibere assembleari delle società per azioni. Il suddetto provvedimento preventivo, di natura esclusivamente ingiuntiva, non richiede l'utilizzo di metodi coercitivi per la sua esecuzione. L'atto di pubblicazione del provvedimento di sospensione nel Registro delle Imprese è

ritenuto soddisfacente per il raggiungimento di questo obiettivo. La disposizione si riferisce esplicitamente alla sospensione delle delibere assembleari. A seguito di ciò, alcuni principi giuridici e decisioni giudiziarie hanno stabilito che l'espressione "delibere dei soci" può comprendere le delibere del consiglio di amministrazione (in luogo dell'assemblea dei soci) e le decisioni dei soci di una società di persone (nei casi in cui l'assemblea dei soci è tipicamente assente). Pertanto, il carattere innovativo della norma si limita a una singolare misura cautelare, nello specifico la sospensione delle delibere assembleari. Si tratta di una misura di natura puramente ingiuntiva, che non richiede cioè metodi coercitivi di esecuzione. Inoltre, questa norma si applica solo nell'ambito dell'arbitrato societario, dove la legge prevede esplicitamente la nomina di un organo giudicante da parte di un soggetto terzo, imparziale ed estraneo alle parti coinvolte o ai loro rispettivi interessi.

2.6: Discussioni in dottrina circa l'estensione dei poteri degli arbitri alla pronuncia di misure cautelari

Nell'ambito del dibattito sulla validità costituzionale dell'irrevocabilità delle misure provvisorie arbitrali e sulla razionalità della suddetta incoerenza legislativa in relazione alle misure provvisorie concesse dai tribunali statali, era emerso un dibattito controverso, con esiti significativamente disparati, sulla competenza concorrente o esclusiva dei poteri provvisori arbitrali. La questione riguarda l'interpretazione dell'articolo 35, comma 5, del d.lgs. n. 5/2003. Tale disposizione attribuisce agli arbitri il potere di sospendere l'esecutività delle delibere assembleari. Si tratta di stabilire se tale disposizione sia solo una norma attributiva o se delinei anche la ripartizione del potere cautelare tra l'arbitro e il giudice statale. La questione in oggetto ha un significato sostanziale e comporta importanti implicazioni pratiche, in particolare in relazione al concetto di litispendenza arbitrale.

Al fine di fornire una comprensione completa della questione, è essenziale evidenziare che, sulla base delle prospettive dottrinali e giurisprudenziali prevalenti, è ampiamente accettato che le parti hanno sempre la possibilità di ricorrere al giudice statale in via d'urgenza, fino a quando il collegio arbitrale o l'ufficio dell'arbitro unico non si sia materialmente costituito. L'obiettivo di questa misura è quello di facilitare il rapido esame dell'istanza di sospensione dell'esecutività della delibera assembleare da parte dell'organo giudiziario. Ciò al fine di evitare qualsiasi potenziale ritardo nell'avvio del procedimento arbitrale, che potrebbe compromettere la tempestività e l'efficacia della tutela richiesta. Inoltre, nell'ambito dell'arbitrato societario, l'autorità di designare gli arbitri è delegata a una terza parte, a pena di nullità, il che comporta un notevole lasso di tempo tra la presentazione della richiesta di arbitrato e la costituzione formale del collegio arbitrale.

Tuttavia, se vi è un consenso pressoché unanime sul fatto che il tribunale statale abbia l'autorità di decidere sulla richiesta di sospensione della decisione controversa prima della costituzione dell'organo arbitrale, la questione se il tribunale statale mantenga un potere di tutela dopo la

costituzione dell'organo arbitrale è più controversa. La questione se il potere di tutela degli arbitri sia concorrente o esclusivo merita un approfondimento.

Sulla base di un assunto primario, è ampiamente accettato sia nella teoria giuridica che nella prassi giudiziaria che, una volta conferita agli arbitri l'autorità, il loro potere diventi esclusivo, rendendo così inammissibile qualsiasi futuro ricorso interlocutorio al tribunale statale. L'orientamento in questione deriva da un'interpretazione ristretta e letterale dell'articolo 35 del d.lgs. n. 5/2003. Tale interpretazione prevede che la congiunzione avversativa "ma" abbia lo specifico scopo di contrapporre la parte iniziale della norma, che stabilisce il principio generale della giurisdizione statale in materia interlocutoria, alla parte successiva che delinea l'eccezione a tale regola generale nei casi di sospensione delle delibere assembleari. La suddetta distinzione tra regola ed eccezione può essere supportata dall'inclusione del termine "sempre", che viene interpretato come un elemento di esclusività, che impedisce forme di tutela ridondanti.

Secondo questa prospettiva, se agli arbitri viene riconosciuto il potere di emettere misure preventive come eccezione, ciò precluderebbe qualsiasi potere residuo del giudice statale, anche nei limiti del decreto inaudita altera parte. Tuttavia, una prospettiva alternativa contraddice questa impostazione, affermando la presenza, a prescindere, del potere del giudice ordinario di emettere un provvedimento cautelare che sospenda l'esecutività della delibera assembleare. Il Tribunale di Roma ha recentemente articolato questo punto di vista, affermando che il potere del giudice statale di sospendere il procedimento non è limitato al solo periodo precedente la costituzione del tribunale arbitrale, ma si estende piuttosto per tutta la durata del procedimento⁵⁸. Di conseguenza, esisterebbe un duplice

⁵⁸ TOTA G., *Impugnazione in sede arbitrale di deliberazioni assembleari e riparto di potestà cautelare ex art. 35, comma 5, D.lgs. n. 5/2003, nota a Trib. Roma, sez. impr. (ord.) 22 aprile 2018*, in Riv. Arb. 1, 2019, pag. 33 ss.

percorso, in base al quale una soluzione temporanea potrebbe essere concessa sia dal tribunale statale che dall'arbitro, ma con la distinzione che solo nel primo caso la decisione sarebbe soggetta ad appello.

Sulla base di questo orientamento, l'argomentazione esplicita che si basa sulla congiunzione "ma", che viene dopo la riaffermazione dell'autorità statale di fornire un'assistenza temporanea, e sull'avverbio "sempre" associato all'autorità arbitrale di sospendere l'esecutività della decisione, è considerevolmente debole e dovrebbe essere efficacemente contrastata da un'interpretazione della norma che sia allineata ai principi costituzionali, tenendo conto di ulteriori disposizioni del codice. È importante sottolineare che la congiunzione "ma" contenuta nella norma non implica alcuna limitazione dell'autorità concessa agli arbitri. Al contrario, può essere interpretata come una sottolineatura del carattere innovativo della seconda parte della disposizione, che introduce il potere cautelare degli arbitri in un ambito specifico (la sospensione delle delibere societarie). Tale disposizione opera all'interno di un sistema che, tuttavia, conferma l'esclusione del potere cautelare degli arbitri.

Per quanto riguarda l'utilizzo dell'avverbio "sempre", è importante riconoscere che esso non funge da sinonimo di "esclusivo". Al contrario, può essere interpretato come implicante l'inderogabilità dell'autorità conferita agli arbitri. Il motivo è che, una volta stabilito il trasferimento dell'autorità di risolvere le controversie sulla legittimità delle delibere assembleari attraverso un accordo, gli arbitri avrebbero sempre la capacità di bloccare temporaneamente la decisione contestata. Ciò avverrebbe senza la possibilità di un'impugnazione sostanziale che rientri nella giurisdizione dell'arbitrato e contemporaneamente senza la rimozione di una sospensione cautelare. La lettura sembra essere supportata dal titolo dell'articolo 35, che riguarda le norme obbligatorie che regolano il processo arbitrale. Di conseguenza, questa disposizione impedisce alle parti di derogare al 5° comma e di inserire nello statuto una clausola che consenta la separazione del merito e la sospensione

dell'efficacia della decisione impugnata.

Del resto, l'art. 35, comma 5 del D.lgs. 5/2003 potrebbe leggersi non solo come norma attributiva di poteri cautelari ai giudici privati, bensì anche come norma ripartitoria delle competenze cautelari arbitrali e giudiziali, nel senso che gli arbitri sarebbero inderogabilmente titolari del potere (accessorio rispetto a quello di pronunciare sul merito della causa) di disporre la sospensione della decisione sociale oggetto di impugnazione mentre il giudice statale resterebbe depositario del potere di accordare la “tutela cautelare” tout court.

Sulla base dell'orientamento sopra esposto, si può affermare che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 35 richiede di considerare l'obiettivo della tutela cautelare, che è quello di garantire pienamente la salvaguardia giudiziaria dei diritti. Ciò significa assicurare che il procedimento giudiziario possa effettivamente fornire all'individuo tutto ciò che ha diritto di ricevere, nella misura più ampia possibile. L'obiettivo delineato in questa dichiarazione funge da istruzione giuridicamente vincolante per l'organo legislativo, che è tenuto ad adempiere al suo dovere di garantire che la durata delle sentenze ordinarie o qualsiasi altra circostanza (come, nella situazione attuale, il trasferimento della controversia di merito all'arbitrato) non impedisca la realizzazione pratica delle giustificazioni riconosciute nella sentenza. Il suddetto requisito è una manifestazione del più ampio principio della tutela giurisdizionale completa ed efficiente, come delineato negli articoli 24 e 113 della Costituzione, insieme al principio del giusto procedimento giudiziario sancito dall'articolo 111 della Costituzione.

A sostegno di questa metodologia, è importante notare l'inclusione dell'articolo 816 septies del c.p.c. che è rilevante anche per l'arbitrato societario. Questa disposizione consente agli arbitri di condizionare la prosecuzione del procedimento al pagamento anticipato delle spese previste. Gli arbitri hanno la facoltà di determinare l'importo specifico dell'anticipo che ciascuna parte è tenuta a

versare. L'applicazione di tale norma può potenzialmente ostacolare l'esigenza di tempestività ed efficienza della tutela, in quanto subordina l'intervento preventivo degli arbitri alla condizione di un pagamento monetario (la cui determinazione, è importante notare, rientra nella discrezionalità degli arbitri).

Sulla base delle argomentazioni sopra esposte, si può concludere che il principio che afferma la devoluzione all'arbitrato delle controversie relative all'impugnazione delle delibere societarie non preclude necessariamente la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla misura cautelare della sospensione di tali delibere. Questa conclusione è coerente con l'approccio adottato da altri ordinamenti giuridici che ammettono la tutela arbitrale, dove è generalmente riconosciuto che la tutela arbitrale non esclude automaticamente la tutela giurisdizionale.

Alla luce del suddetto riassetto normativo e dell'analisi di prospettive contrastanti, alcuni concetti e criteri guida relativi alle modifiche in materia di arbitrato, appaiono confusi. Si prevede che gli arbitri rituali siano autorizzati ad adottare misure preventive se esplicitamente volute dalle parti, come indicato nella convenzione arbitrale o in un successivo documento scritto, a meno che non sia vietato dalla legislazione applicabile.

Questa misura proposta si discosterebbe in modo significativo dal divieto generale di cui all'articolo 818 del c.p.c. nonché dal requisito della giurisdizione di cui all'articolo 669 quinquies del Codice. Attualmente, il sistema di cognizione dell'arbitrato prevede solo un'eccezione, ovvero l'autorità indipendente degli arbitri di sospendere temporaneamente la validità di una delibera controversa presa durante un'assemblea degli azionisti. A differenza delle disposizioni esistenti, la riforma proposta mira ad ampliare la giurisdizione degli arbitri per includere questioni che vanno oltre gli affari societari. In particolare, l'ambito di operatività si estenderebbe all'arbitrato rituale, senza limitazioni esplicite sui tipi di misure cautelari che possono essere utilizzate. Questo scostamento dal quadro

precedente elimina l'attenzione esclusiva per le misure ingiuntive, consentendo l'utilizzo di misure cautelari sia tipiche che atipiche.

Questo ampliamento dà luogo a incertezze sotto vari aspetti. L'unica deroga esistente all'articolo 818 del c.p.c. è stata razionalizzata sulla base del fatto che la misura cautelare che può essere adottata dagli arbitri è esclusivamente di natura ingiuntiva, e non richiede quindi metodi coercitivi di esecuzione. Inoltre, questa eccezione è limitata esclusivamente all'arbitrato societario, in cui la legge prevede esplicitamente la nomina di un organo giudicante da parte di un terzo indipendente dalle parti coinvolte e dai loro interessi particolari. Con la riforma proposta, invece, gli arbitri designati dalle parti coinvolte (piuttosto che da enti esterni) avrebbero un'autorità significativa nella tutela degli interessi, che consentirebbe loro di attuare un'ampia gamma di misure urgenti, che andrebbero oltre il semplice provvedimento ingiuntivo.

Inoltre, la volontà di delegare il potere cautelare agli arbitri può essere indicata non solo nella prima convenzione arbitrale, ma anche in un futuro documento scritto. Questa estensione dà luogo anche a incertezze, in quanto il potere contrattuale delle parti può fluttuare nel corso dell'esecuzione del rapporto, così come possono cambiare gli equilibri originari, in particolare nei casi in cui le responsabilità inizialmente concordate non vengano rispettate. Pertanto, il fatto che agli arbitri possa essere conferita l'autorità di arbitrare anche dopo che il legame contrattuale tra le parti è stato stabilito può creare opportunità di sfruttamento o di abuso. Dopo aver stabilito un criterio per ampliare il potere di tutela degli arbitri, la riforma sembra sostenere l'idea che tale potere sia esclusivo. Essa afferma esplicitamente che il giudice ordinario può esercitare il potere di tutela solo se ne viene fatta richiesta prima che gli arbitri accettino il caso.

Ciò genera confusione circa l'efficacia della tutela, come chiarito dalla citata sentenza del Tribunale di Roma. Inoltre, attualmente è opinione diffusa che la misura cautelare sia un elemento

indispensabile e inamovibile della tutela giurisdizionale. La tutela, in questo contesto, si riferisce all'applicazione pratica del principio secondo cui la durata di un processo non deve svantaggiare ingiustamente la parte che ha ragione, rendendo vano l'esercizio effettivo dei suoi diritti. L'azione interlocutoria può essere classificata come un'azione ampia che cerca di salvaguardare tempestivamente qualsiasi diritto esecutivo al fine di mantenere un sistema giudiziario funzionale ed efficiente. Ciò è particolarmente importante quando il regolare processo di esecuzione può ritardare l'impatto di una sentenza definitiva.

Se vogliamo interpretare la tutela cautelare in modo da sostenere il concetto di efficacia giurisdizionale, è necessario stabilire che la portata della tutela cautelare si allinei a quella della tutela giurisdizionale in termini di cognizione. Al contrario, la necessità di una tutela cautelare può sorgere in situazioni in cui vi è un'esigenza di salvaguardia giuridica della giurisdizione di cognizione, e l'obiettivo di garantire l'esecuzione della sentenza definitiva può essere raggiunto solo se vengono attuate misure cautelari per anticipare alcune o tutte le conseguenze di tale sentenza.

Sulla base dei suddetti presupposti, appare condivisibile il principio articolato dal Tribunale di Roma, secondo cui il deferimento di una controversia all'arbitrato (in base alla durata del procedimento) non dovrebbe praticamente pregiudicare gli interessi della parte che in ultima istanza otterrà una decisione sulle questioni sostanziali. Inoltre, vale la pena notare che la Corte costituzionale ha costantemente sostenuto il concetto che il diritto a un ricorso accelerato è una conseguenza diretta dell'articolo 24 della Costituzione. Questo principio si applica a tutte le situazioni in cui la necessità di una tutela preventiva emerge come questione urgente⁵⁹.

⁵⁹ Si è affermato che “la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione” (Corte cost. n. 253 del 1994; v. anche Corte cost. n. 161 del 2000 e n. 190 del 1985).

Di conseguenza, la restrizione alla capacità del tribunale statale di intervenire con urgenza è definita in modo restrittivo per applicarsi solo quando la domanda interlocutoria è presentata prima dell'accettazione degli arbitri. Tuttavia, questa limitazione non tiene conto del fatto che, ai sensi dell'articolo 816 septies del c.p.c. gli arbitri già costituiti hanno il potere di rifiutare l'ulteriore procedimento e di trattenere la decisione sulla domanda incidentale fino all'esito dell'anticipo delle spese, che essi stessi stabiliscono. In effetti, è vero che nel caso in cui nessuna delle parti coinvolte adempia all'obbligo di effettuare il pagamento iniziale entro il termine stabilito dagli arbitri, esse sono quindi liberate dagli obblighi derivanti dalla convenzione arbitrale relativa alla specifica controversia che ha dato origine al procedimento giudiziario.

Tuttavia, in queste circostanze, il ricorrente sarebbe costretto ad avviare un nuovo procedimento giudiziario presso il tribunale statale, impedendo così una rapida ed efficiente fornitura di protezione a causa di considerazioni estranee alla necessità di misure cautelari. Il riconoscimento della potestà concorrente, tuttavia, ha il potenziale di risolvere fin dall'inizio l'incoerenza menzionata in precedenza, nonché le preoccupazioni relative alla validità costituzionale della differenza nel momento in cui la misura cautelare imposta dagli arbitri può essere impugnata. Le revisioni stabiliscono esplicitamente che la competenza a trattare i reclami relativi alla misura cautelare imposta dagli arbitri, così come l'autorità di regolare il processo di attuazione di tale misura cautelare arbitrale, è di competenza del tribunale statale.

Tuttavia, sembra che questa soluzione proposta non sia in grado di risolvere adeguatamente i problemi di legittimità costituzionale che sono stati ripetutamente sollevati. Ciò è dovuto al fatto che il reclamo cautelare è limitato ai soli motivi di cui all'articolo 829, 1° comma, del c.p.c. che comprende solo la possibilità di impugnare il lodo arbitrale per nullità, nonché la potenziale violazione dell'ordine pubblico. Pertanto, la questione persiste con il reclamo di cui all'articolo 669 terdecies del c.p.c. che stabilisce un meccanismo che trasferisce esclusivamente la risoluzione della

controversia al collegio arbitrale, senza imporre alcuna restrizione alla base della presentazione del reclamo. Inoltre, vale la pena notare che una notevole incongruenza emerge analizzando il principio che afferma, in linea di massima, che l'ordinanza di cui all'articolo 35, comma 5, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, può essere impugnata con un reclamo.

Tuttavia, non riconosce le limitazioni previste dall'articolo 829, comma 1, del c.p.c. Inoltre, questa decisione si contrappone alla prospettiva che, per rispondere alle preoccupazioni relative a questa discrepanza, ritiene inadatto qualsiasi intervento o controllo da parte dell'autorità giudiziaria durante il processo arbitrale. Questo punto di vista tiene conto delle caratteristiche distintive e dell'indipendenza della procedura arbitrale, nonché dell'imperativo della convenienza, che impone di evitare misure onerose e contorte.⁶⁰ Indubbiamente, l'attribuzione ai tribunali statali della competenza a trattare i reclami e ad applicare le misure provvisorie imposte dagli arbitri porta inevitabilmente a un prolungamento dei processi arbitrali, in contrasto con gli obiettivi di efficienza e speditezza auspicati. Tuttavia, l'ampliamento dell'autorità degli arbitri di fornire protezione, insieme alle preoccupazioni sopra menzionate circa l'efficacia di tale protezione, non sembra garantire una sostanziale riduzione del carico di lavoro delle istituzioni giudiziarie regolari. Ciò è dovuto alla competenza del tribunale statale sui reclami e sull'esecuzione dei provvedimenti emessi dagli arbitri.

⁶⁰ *Dubbi quanto alla legittimità costituzionale della previsione di non reclamabilità dell'ordinanza con la quale gli arbitri concedono la sospensione sono stati espressi, tra gli altri, da F.P. Luiso, Appunti sull'arbitrato societario, in Riv. dir. proc. 2003, 725; G. Ruffini, Il nuovo arbitrato per le controversie societarie, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 2004, 530 s.*

CAPITOLO 3

I POTERI CAUTELARI DEGLI ARBITRI NELL'ORDINAMENTO PROCESSUALE ITALIANO DOPO LA RIFORMA CARTABIA

Sommario: 3.1: La nuova disciplina dell'art. 818 c.p.c. e le norme di raccordo con la competenza del giudice ordinario: artt. 669-quinquies, 669-octies, 669-decies c.p.c. - 3.2: La disciplina del nuovo art. 838-ter, 4° comma, c.p.c. - 3.3: I poteri cautelari degli arbitri nei regolamenti delle istituzioni permanenti di arbitrato: l'esempio della CAM – Camera Arbitrale di Milano.

1.1 La nuova disciplina dell'art. 818 c.p.c. e le norme di raccordo con la competenza del giudice ordinario: artt. 669-quinquies, 669-octies, 669-decies c.p.c.

La normativa in questione ha subito notevoli modifiche a seguito del d.lgs. n. 149 del 10.10.2022, relativo alla riforma del processo civile. Tali modifiche si applicano agli arbitrati avviati dopo la data del 28.2.2023. A differenza dei testi precedenti, la versione rivista si ispira ai sistemi giuridici stranieri e introduce, in senso lato, la possibilità per gli arbitri di concedere misure provvisorie⁶¹. A differenza delle precedenti disposizioni applicabili esclusivamente agli arbitrati societari, l'ambito di applicazione di questa facoltà è stato ampliato al di là delle misure di natura puramente sospensiva, comprendendo ora una più ampia gamma di azioni preventive. Tuttavia, tale facoltà è presente solo se esplicitamente concessa dalle parti nella convenzione arbitrale o attraverso un documento scritto precedente l'avvio del processo arbitrale. La norma rappresenta indubbiamente un notevole miglioramento dell'arbitrato, ma suscita comunque alcune preoccupazioni.

⁶¹ CARPI F., *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in RTDPC, 1990, pag. 27 ss.

Innanzitutto, la decisione di delegare l'autorità di conferire tale potere alle parti coinvolte suscita alcune preoccupazioni sistematiche. In passato, era opinione diffusa che la giurisdizione interlocutoria, per la sua natura significativamente coercitiva, fosse esclusivamente di competenza del potere giudiziario ordinario. Date le circostanze, potrebbe essere stato più coerente attribuire tali poteri agli arbitri per impostazione predefinita, piuttosto che lasciarli alla decisione delle parti (concedendo loro, di fatto, la possibilità di discostarsi dal potere coercitivo dell'ordinamento giuridico). Inoltre, la menzione esplicita della convenzione arbitrale o dell'atto scritto prima dell'inizio del procedimento arbitrale sembra precludere l'attribuzione di tale potere al momento della costituzione del tribunale arbitrale. Tuttavia, questo approccio non appare del tutto coerente, soprattutto se si considera che le parti, prima della costituzione del tribunale arbitrale, possono concordare l'applicazione di specifiche norme procedurali, anche se soggette a invalidazione. La previsione dell'esclusività della giurisdizione arbitrale, quando concessa dalle parti, è innegabilmente lodevole. Questa decisione attenua le potenziali ambiguità interpretative e le controversie sulla giurisdizione tra le parti.

Per quanto riguarda gli aspetti fondamentali della disciplina dell'arbitrato, è stata attuata una significativa e delicata modifica relativa al conferimento del potere preventivo agli arbitri da parte dell'organo legislativo. L'importante innovazione descritta era già stata ampiamente anticipata dalla legge delega, in particolare all'articolo 1, comma 15°, lettera c). Tale disposizione stabilisce i seguenti principi: in primo luogo, attribuisce agli arbitri rituali il potere di emettere provvedimenti cautelari in presenza di un'esplicita volontà espressa dalle parti nella convenzione arbitrale o in un successivo atto scritto, salvo diversa disposizione di legge. In secondo luogo, limita il potere del giudice ordinario di emettere provvedimenti cautelari solo nei casi in cui essi siano richiesti prima dell'accettazione degli arbitri. In terzo luogo, disciplina la procedura per la presentazione del reclamo cautelare al giudice ordinario, in particolare nei casi previsti dall'articolo 829, 1° comma, del c.p.c. e nelle situazioni di contrasto con l'ordine pubblico. Infine, stabilisce le linee guida per l'attuazione delle

misure cautelari, che sono sempre soggette al controllo del giudice ordinario. Le norme di attuazione, ora racchiuse nell'articolo 818 del c.p.c. sono state ulteriormente integrate con l'aggiunta dell'articolo 818-bis, relativo al reclamo. Queste norme erano state precedentemente delineate nella legge delega e la loro inclusione nella legge sull'arbitrato nazionale rappresenta un progresso significativo che è stato atteso con impazienza.

Le precedenti riforme dell'arbitrato non hanno infatti messo in discussione il divieto contenuto nel previgente art. 818 c.p.c., nonostante non esista incompatibilità ontologica tra arbitrato e tutela cautelare. Nel 2003, la riforma societaria ha portato solo un piccolo cambiamento: l'articolo 35, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha concesso agli arbitri responsabili della valutazione della validità di una delibera assembleare il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera. Il nuovo legislatore è stato in qualche modo ispirato da questa norma, così come da voci dottrinali e giurisprudenziali sulla questione. In effetti, poiché la parte non poteva adire in alternativa il giudice ordinario, gli arbitri societari erano investiti per legge di un potere esclusivo di sospensiva. Tuttavia, si era già arrivato a delineare un correttivo per garantire l'efficacia del provvedimento cautelare già in quella fase. Anche se si tratta di una decisione che deve essere presa in corso di causa, ci siamo concentrati sul periodo che intercorre tra la presentazione della domanda di arbitrato e la costituzione del collegio arbitrale, riconoscendo che l'intervento del giudice è utile e addirittura necessario in queste circostanze, poiché non ci sarebbe un organo in grado di soddisfare rapidamente le esigenze cautelari delle parti⁶². Il legislatore del 2003, quando ha assegnato una prima misura cautelare agli arbitri, si era dovuto preoccupare del tema del suo controllo e ha finito per risolverlo in senso negativo, creando uno strumento che non era soggetto al controllo del giudice del reclamo, opzione quest'ultima che la legge delega ha invece espressamente escluso.

⁶² VILLA., *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*, in *Riv. Arb.* 2009, pag. 312 ss.

Le disposizioni delineate nella legge di abilitazione sono state effettivamente incorporate in una significativa revisione dell'articolo 818 del c.p.c. Tale revisione è stata influenzata in una certa misura dalla struttura societaria, pur presentando notevoli differenze rispetto ad essa. La suddetta disposizione, che prima imponeva un divieto quasi assoluto, si è ora trasformata in una norma permissiva che conferisce agli arbitri un potere esclusivo di tutela. È quindi indispensabile analizzare a fondo la rivoluzione copernicana in modo sistematico. La disposizione iniziale del 1° comma dell'articolo 818 del c.p.c. stabilisce che le parti hanno la possibilità di conferire agli arbitri il potere di emettere misure cautelari attraverso la convenzione arbitrale o un documento scritto prima dell'inizio del procedimento arbitrale.

La delega della tutela cautelare agli arbitri non è imposta dalla legge, ma è determinata dall'accordo esplicito delle parti coinvolte. Questa disposizione è coerente con la delega di poteri, che, si noti, non prevale su alcuna disposizione di legge applicabile. Il regolamento successivo fornisce una risposta definitiva e affermativa al quesito irrisolto posto dalla legge delega in merito alla possibilità di conferire agli arbitri un potere arbitrale attraverso la scelta di un regolamento arbitrale che incorpori esplicitamente tale autorità. Le norme primarie sull'arbitrato hanno storicamente conferito agli arbitri poteri cautelari. Tuttavia, questi poteri sono stati limitati nei casi in cui l'applicazione delle regole era ostacolata da norme imperative che le contraddicevano, come il divieto delineato nella precedente iterazione dell'articolo 818 del c.p.c.

Con l'abbandono del veto, appare evidente la necessità di affrontare la questione dell'attribuzione di un potere di tutela agli arbitri nell'ambito dell'amministrazione dell'arbitrato. L'organo legislativo responsabile della delega ha opportunamente riconosciuto e affrontato la questione adottando l'unico approccio appropriato, che è quello di affermare esplicitamente che le parti che scelgono l'arbitrato amministrato facendo riferimento a un regolamento che attribuisce agli arbitri poteri cautelari stanno

indicando la loro intenzione di conferire la stessa autorità all'organo decisionale nominato, senza richiedere alcuna indicazione supplementare. Dopo aver stabilito una chiara intesa, il regolamento rivisto stabilisce che le intenzioni delle parti devono essere esplicitamente dichiarate nella convenzione arbitrale o in un documento scritto prima dell'inizio del processo arbitrale. La logica che sta alla base di questa premessa è spiegata dalla necessità che gli arbitri siano a conoscenza dell'autorità attribuita quando acconsentono a svolgere l'incarico. È evidente che, se lo scopo della norma è quello dichiarato, non vi sono ostacoli apparenti all'attribuzione agli arbitri del potere di esercitare il potere cautelare durante l'arbitrato, a condizione che le parti e gli arbitri stessi acconsentano ad assumere questo ruolo⁶³. Dato che questo potere deriva dall'esplicita intenzione delle parti coinvolte, è ragionevole supporre che la stessa intenzione possa anche plasmare il potere stesso, conferendogli autorità su alcune misure cautelari ed escludendone altre. Tuttavia, è improbabile che tali eventi siano comuni nella pratica.

La sezione successiva del 1° comma del recente articolo 818 del c.p.c. stabilisce che la giurisdizione cautelare detiene l'autorità esclusiva. Ciò è ulteriormente rafforzato dalla combinazione del 2° comma della suddetta disposizione, che limita la competenza cautelare in un contesto cronologico⁶⁴. Ai sensi di tale disposizione, recentemente modificato, è necessario che prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda di misure cautelari sia presentata al tribunale competente, come indicato nell'articolo 669-quinquies. In conformità alle indicazioni della delega, il legislatore ha tratto indicazioni dalla prassi giuridica consolidata in merito alla facoltà di sospendere le delibere in materia societaria. In particolare, quando gli arbitri non sono ancora stati

⁶³ FARINA M., *Arbitrato*, in *La riforma del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, pag. 12 ss.

⁶⁴ BRIGUGLIO A., *Il potere cautelare degli arbitri*, in *Rivista Judicium*, 2023, pag. 7 ss.

nominati, la competenza a emettere provvedimenti cautelari spetta esclusivamente al giudice. Tuttavia, una volta nominati gli arbitri, tale autorità esclusiva viene trasferita all'arbitro.

La norma citata comprende sia i provvedimenti preliminari alla causa che i poteri cautelari durante il procedimento, nel limitato periodo di tempo che intercorre tra la notifica della domanda di arbitrato, che stabilisce l'esistenza della controversia, e il momento in cui il tribunale arbitrale costituito è in grado di prendere una decisione. Successivamente, tuttavia, la responsabilità di attuare misure preventive durante il processo arbitrale è attribuita esclusivamente agli arbitri. L'attribuzione di un'autorità esclusiva, come auspicato anche dalla legge delega, ha suscitato critiche, in particolare nell'ambito dell'arbitrato internazionale⁶⁵. Ciò si basa su modelli osservati in giurisdizioni straniere, che stabiliscono un quadro in cui l'autorità arbitrale è vista come parallela a quella del tribunale, e la decisione è lasciata alla discrezione delle parti coinvolte nel caso specifico. Pertanto, è ragionevole opporsi al consolidamento del potere cautelare e del potere meritocratico all'interno di un'unica entità, in quanto questa disposizione può avere effetti negativi e può persino essere considerata uno svantaggio.

Ciò vale soprattutto nel contesto del nostro sistema, dove la tendenza prevalente è quella di esplorare tutte le strade disponibili e dove l'adozione di un sistema concorrente porterebbe probabilmente a una moltitudine di richieste di risarcimento in entrambi i fori. A prescindere dalle diverse prospettive di valore, è importante riconoscere che il legislatore ha adottato il principio di esclusività come principio guida. Di conseguenza, questo principio deve essere considerato nell'interpretazione della nuova legge. A causa della sua intrinseca chiarezza, è opinione diffusa che le parti non possano conferire l'autorità di concedere la giurisdizione arbitrale contemporaneamente agli arbitri e a un giudice di loro scelta. Ciò è dovuto al fatto che una tale facoltà si discosterebbe dal requisito legale

⁶⁵ Cfr. L. Salvaneschi, *op. cit.*, in particolare 624, testo e nt. 13.

dell'esclusività, senza preservare adeguatamente l'autonomia prevista dalle parti. Ciò implica che nelle situazioni in cui sia gli arbitri che i giudici hanno una competenza concorrente, come stabilito da un regolamento arbitrale, quest'ultimo deve essere interpretato in conformità con la recente disposizione che stabilisce l'autorità esclusiva degli arbitri nel nostro quadro giuridico.

La questione diventa più sfumata se si considerano le potenziali conseguenze nel caso in cui, nonostante l'esplicita regolamentazione del potere di prudenza degli arbitri, una parte continui a ricorrere al giudice anche dopo la costituzione dell'organo arbitrale e la controparte non sollevi alcuna obiezione. In effetti, si è sostenuto che l'esercizio della giurisdizione cautelare da parte del giudice in questo caso particolare incontrerebbe un ostacolo ai sensi dell'articolo 28 del c.p.c. Questa disposizione definisce la giurisdizione del tribunale come obbligatoria, limitando così la sua capacità di sollevare d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione⁶⁶.

Tuttavia, questo punto di vista manca di persuasività in quanto l'articolo 28 riguarda specificamente la distribuzione della competenza funzionale tra i giudici, rendendolo quindi inapplicabile in un ambito giurisdizionale distinto come quello dell'arbitrato. In alternativa, si può sostenere che l'art. 819-ter del c.p.c. sia la disposizione più appropriata da applicare nel caso di specie. Questo perché il potere concesso agli arbitri dall'accordo delle parti può, per sua stessa natura, essere revocato dalle parti stesse nelle circostanze specifiche. In base al principio generale, una parte può avviare un procedimento davanti a un tribunale anche in presenza di una convenzione arbitrale esistente e, se la controparte non solleva alcuna obiezione, la giurisdizione del tribunale è stabilita. Ciò è supportato

⁶⁶ Cfr. A. Briguglio, *Il potere cautelare degli arbitri*, cit., 5.

dall'ultima parte del 1° comma dell'articolo 819-ter del c.p.c. che recita: "La mancata proposizione di un'eccezione esclude la giurisdizione arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quella causa".

Nel contesto di una tutela giurisdizionale concessa agli arbitri dalle parti, si può sostenere che le parti stesse, attraverso la presentazione di una domanda di provvedimenti cautelari da parte di una di esse e l'assenza di un'adeguata obiezione da parte dell'altra, rinuncino nel caso specifico effettivamente alla tutela giurisdizionale degli arbitri. Di conseguenza, la tutela giurisdizionale del tribunale diventa applicabile e al tribunale sarà impedito di sollevare il proprio difetto di giurisdizione di propria iniziativa. La soluzione sopra descritta, che non sarebbe praticabile in un quadro giuridico in cui gli arbitri derivano la loro autorità decisionale dalla legge, diventa completamente praticabile nel sistema delineato dal nuovo articolo 818 del c.p.c. Questo articolo concede alle parti la discrezionalità di concedere o negare la giurisdizione cautelare agli arbitri, consentendo loro di revocare anche qualsiasi autorità precedentemente concessa all'interno di un caso specifico. Non vi è alcuna base per ritenere che l'autorità degli arbitri di conoscere la controversia non possa essere revocata di comune accordo dalle parti.

La seconda soluzione non contraddice la convinzione che l'intenzione della legge di attribuire una competenza cautelare esclusiva non possa essere superata dichiarando nella convenzione arbitrale l'intenzione di attribuire il potere cautelare sia agli arbitri che al giudice, instaurando così un sistema concorrente che contrasta con le disposizioni del legislatore. L'ipotesi sopra descritta minerebbe infatti il principio dell'autorità esclusiva degli arbitri in materia di tutela cautelare, che è intesa come l'unico ricorso ammissibile secondo la legge. Questa formulazione prescinde da qualsiasi intenzione delle parti coinvolte e non affronta l'eventualità attualmente in esame. Inoltre, si potrebbe ipotizzare che, attraverso l'istituzione volontaria di un meccanismo parallelo, non imposto da disposizioni di legge, la parte che avvia il processo arbitrale manterrebbe la prerogativa esclusiva di scegliere il

quadro specifico da invocare nel caso determinato, impedendo così alla parte avversa di esercitare qualsiasi influenza su questa decisione.

Al contrario, l'idea che le parti, dopo aver inizialmente concesso agli arbitri una giurisdizione cautelare generale in conformità con l'esplicito requisito del nuovo articolo 818 del c.p.c. possano successivamente rinunciare a tale giurisdizione in un caso specifico avviando una domanda cautelare davanti al giudice statale senza dover affrontare l'opposizione della controparte, implica la convinzione che le parti possano, di comune accordo, revocare temporaneamente il potere del giudice di prendere decisioni cautelari come stabilito nella convenzione arbitrale, anche se solo per quella particolare istanza e in modo coordinato. In questo caso particolare, si può affermare che questa interpretazione è perfettamente in linea con le disposizioni generali dell'articolo 819-ter del c.p.c. Questo articolo concede coerentemente alle parti coinvolte la possibilità di privare gli arbitri della loro autorità, come stabilito nella convenzione arbitrale, trasferendola al di fuori della giurisdizione del tribunale statale.

La divisione dell'autorità di concedere misure provvisorie tra giudici e arbitri può portare a problemi di coordinamento tra le due entità. Un problema fondamentale è se, una volta che il giudice con giurisdizione temporale ha preso la decisione di negare una misura provvisoria, la stessa questione possa essere successivamente portata davanti agli arbitri dopo la loro nomina o accettazione dell'incarico. In caso affermativo, è importante stabilire i limiti di tale riesame. La soluzione a questa domanda si trova nell'art. 669-septies del c.p.c. che concede la facoltà di riesaminare l'istanza di provvedimenti provvisori dopo il suo diniego, sebbene con limitazioni relative al mutamento delle circostanze o all'introduzione di nuovi elementi di fatto o di diritto. In base a tale principio, si deve affermare che la dichiarazione di incompetenza del giudice non impedisce il successivo riesame della domanda davanti agli arbitri.

La questione attuale riguarda le norme che regolano il procedimento cautelare uniforme. Tali norme non riguardano direttamente lo svolgimento del procedimento cautelare davanti agli arbitri, come previsto dall'articolo 816-bis del c.p.c. Di conseguenza, si può affermare che quest'ultima disposizione non è applicabile alla ripartizione temporale del potere interlocutorio tra il giudice e l'arbitro. Tale ripartizione dovrebbe invece essere determinata sulla base dei principi delineati dall'articolo 669-septies del c.p.c. data l'equiparazione delle funzioni del giudice e dell'arbitro. Non è plausibile ipotizzare che gli arbitri abbiano la facoltà di introdurre una disposizione, ai sensi dell'articolo 816-bis del c.p.c. che consenta loro di controllare l'operato del giudice come se non fosse stata emessa alcuna decisione giudiziaria prima della costituzione del collegio arbitrale o dell'accettazione dell'arbitro unico. Ciò è dovuto all'esplicita delega di questa responsabilità al giudice e alla potenziale vanificazione della norma che assegna al giudice statale la responsabilità di decidere su questioni cautelari durante il periodo necessario per la costituzione dell'organo arbitrale.

Per quanto riguarda la revoca e la modifica delle misure cautelari in assenza di una fase di reclamo pendente, il legislatore ha inserito una clausola aggiuntiva nell'ultimo comma dell'art. 669-decies c.p.c. Tale clausola specifica che se la causa di merito è deferita all'arbitrato, la richiesta di revoca o modifica della misura cautelare deve essere presentata al giudice che ha emesso la misura. È importante notare che questa disposizione è soggetta alle disposizioni delineate nel primo comma dell'articolo 818. Considerando la disposizione dell'articolo 669-decies del c.p.c., si può sostenere che il comma in questione avrebbe mantenuto il suo significato anche senza l'inserimento della parentesi finale. Infatti, in un sistema in cui gli arbitri possiedono la giurisdizione di un tribunale, è sottinteso che nei casi in cui la controversia viene trasferita all'arbitrato e gli arbitri emettono un provvedimento cautelare, essi possiedono intrinsecamente il potere di modificare o revocare il proprio provvedimento.

Ciò è dovuto al fatto che gli arbitri stessi agiscono come il "tribunale che ha emesso il provvedimento cautelare". Di conseguenza, l'inserimento della parentesi finale avrebbe potuto essere omissivo senza alterare l'interpretazione della disposizione. Considerando la disposizione esistente, è evidente che l'aggiunta citata serve come strumento di rafforzamento. Nei casi in cui le parti abbiano concesso agli arbitri la giurisdizione cautelare ai sensi dell'articolo 818, 1° comma, del c.p.c. spetta agli arbitri stabilire se la loro decisione debba essere revocata o modificata. L'intenzione del legislatore, come indicato dalla clausola finale, è quella di chiarire che il termine "giudice" di cui all'ultimo comma dell'articolo 669-decies del c.p.c., in questa particolare ipotesi, si riferisce all'organo arbitrale. Al contrario, nei casi in cui le parti non abbiano esplicitamente delegato il potere arbitrale agli arbitri, è evidente che il potere di revocare e modificare il provvedimento cautelare continuerà a spettare al giudice ordinario che lo ha inizialmente emesso.

Rimane aperta la questione relativa all'ipotesi descritta nel 2° comma dell'articolo 818 del c.p.c. in cui la domanda di provvedimento cautelare deve essere presentata al giudice ordinario, nonostante la competenza cautelare sia stata attribuita agli arbitri. Questa situazione si verifica quando l'arbitro unico non ha ancora accettato l'incarico o quando il collegio arbitrale non è ancora stato costituito. La modifica proposta all'ultimo comma dell'articolo 669-decies, che conserva solo il comma iniziale dell'articolo 818, comporterebbe il mantenimento della competenza per la revoca e la modifica dei provvedimenti cautelari da parte del giudice che li ha originariamente emessi nell'ipotesi sopra descritta. Tuttavia, un'interpretazione alternativa suggerisce che la salvezza del 1° comma dell'articolo 818 sottolineerebbe invece la competenza esclusiva degli arbitri e il conseguente trasferimento del potere di revoca e modifica agli arbitri stessi, che sono già stati nominati. Se entrambe le letture possono essere considerate realistiche, sembra che l'opzione in questione si fondi soprattutto su una valutazione soggettiva di valori.

La ratio originaria dell'ultimo comma dell'art. 669-decies del c.p.c. che attribuisce il potere di revocare e modificare i provvedimenti cautelari al giudice che li ha emessi anziché al giudice competente per il merito, può essere ricondotta alle singolari circostanze descritte dalla norma. Tali circostanze riguardano situazioni in cui il giudice competente per il merito non è in grado di prendere tali decisioni perché straniero, perché il caso viene discusso in un tribunale penale o perché il giudice è stato precedentemente arbitro in un sistema che gli vieta di emettere misure cautelari. In circostanze diverse da quelle che deviano dalla norma, è stato costantemente stabilito che il tribunale di merito è l'unico responsabile della revoca e della modifica dei provvedimenti cautelari concessi durante i procedimenti giudiziari. Di conseguenza, questo principio dovrebbe guidare il processo decisionale quando si considerano le due opzioni sopra menzionate. La competenza a decidere su questioni interlocutorie nei casi delineati dall'articolo 818, 2° comma del c.p.c. spetta al tribunale ordinario a causa dell'assenza in quella fase di un arbitro. Tuttavia, una volta accettato un arbitro unico o costituito un collegio, l'arbitro assume il ruolo di giudice del merito. Di conseguenza, è logico che l'arbitro, a cui è stata assegnata la giurisdizione interlocutoria, eserciti in via esclusiva tale autorità, compreso il potere di revocare o modificare qualsiasi provvedimento emesso dal tribunale statale prima della nomina dell'arbitro o durante il periodo precedente la costituzione dell'arbitro.

Ai sensi del 2° comma dell'articolo 669-decies del c.p.c. la circostanza che richiede la modifica o la revoca di un provvedimento cautelare "quando non è iniziato il giudizio di merito" riguarda esclusivamente il provvedimento cautelare concesso da parte del giudice prima dell'inizio del procedimento giudiziario. Ciò vale indipendentemente dal fatto che il giudice abbia concesso la misura senza il coinvolgimento dei poteri cautelari degli arbitri o in base alla situazione descritta nell'articolo 818, 2° comma. L'obbligo di revoca e modifica dell'istanza cautelare spetta allo stesso giudice che l'ha inizialmente emessa, come stabilito dal medesimo articolo. Tuttavia, in relazione all'ipotesi in cui il giudizio di merito pendente sia stato dichiarato estinto, è ragionevole ritenere che la responsabilità spetti al giudice che ha presieduto l'istanza cautelare, se si tratta dello stesso giudice.

Al contrario, se sono gli arbitri ad aver preso la decisione, essi sarebbero responsabili di fornire le azioni necessarie nonostante l'estinzione del procedimento⁶⁷. Questo perché il giudice che ha deciso sulla domanda interlocutoria ha l'autorità di supervisionare tutti i compiti correlati, anche se ciò richiede la riconvocazione del collegio arbitrale.⁶⁸

3.2 La disciplina del nuovo art. 838-ter, 4° comma, c.p.c.

Un importante novità apportata dalla riforma Cartabia è la modifica dell'articolo 838-ter del c.p.c, il quale presenta diverse variazioni rispetto al suo predecessore, ovvero l'articolo 35 del Decreto Legislativo n. 5/2003. Tali modifiche possono essere classificate come coordinate e potenzialmente sostanziali. I due commi iniziali della norma sono rimasti inalterati, solo coordinando il segmento del 2° comma che disponeva che «si applica l'art. 820, secondo comma, del Codice di procedura civile», con la riforma di quest'ultima disposizione intervenuta nel 2006. L'inserimento dell'articolo 838-ter nel c.p.c. rende necessaria una modifica del riferimento, che passa dal 2° comma dell'articolo 820 al 4° comma. Il legislatore ha di fatto prolungato i tempi per la comunicazione del lodo nei casi di intervento o coinvolgimento di terzi nell'arbitrato societario. Tale estensione ammonta a centottanta giorni e introduce un ulteriore scenario specifico alla normativa esistente. Tuttavia, è importante notare che le parti coinvolte mantengono la possibilità di prendere accordi alternativi. L'intenzione originaria del legislatore societario, che ha stabilito l'intervento come motivo inderogabile di proroga del termine per la pronuncia del lodo, è in qualche modo compromessa se si considera che gli arbitri

⁶⁷ *Contra F.P. Luiso, op. cit., 349.*

⁶⁸ *Cfr. A. Briguglio, op. cit., § 9.*

in questo contesto sono obbligati ad accettare interventi o chiamate di terzi. Di conseguenza, dovrebbe essere concessa loro una proroga senza possibilità di esclusione⁶⁹.

Se finora il riordino della materia ha presentato sfide minime, la lettura del 4° comma dell'articolo 838-ter del c.p.c. recentemente modificato, dà adito a notevoli incertezze. Tale comma prevede che, salvo quanto diversamente disposto dall'articolo 818 del c.p.c. nel caso in cui le controversie sulla validità delle deliberazioni assembleari siano deferite ad arbitri, questi ultimi hanno il potere di emettere un provvedimento, suscettibile di impugnazione ai sensi dell'articolo 818-bis, per sospendere l'esecutività di tale delibera. Le variazioni rispetto al testo precedente sono evidenti nella clausola introduttiva e nell'omissione di un avverbio significativo, "sempre", che in precedenza qualificava il potere degli arbitri di sospendere l'esecutività delle delibere assembleari. L'emendamento chiarisce che gli azionisti hanno la facoltà di sospendere le delibere "sempre", ossia in qualsiasi circostanza in cui una controversia sulla validità delle delibere assembleari sia sottoposta ad arbitrato. L'iniziale mantenimento delle disposizioni di cui all'articolo 818 del c.p.c. che prevede che l'autorità degli arbitri debba essere esplicitamente concessa dalle parti, insieme all'eliminazione dell'avverbio summenzionato, può potenzialmente portare a dedurre che il potere di sospensione delle delibere societarie sia attualmente subordinato alla sua esplicita attribuzione agli arbitri da parte delle parti coinvolte. Tuttavia, è fondamentale affrontare questa conclusione con cautela, poiché non esiste alcuna disposizione esplicita all'interno dell'attuale clausola arbitrale statutaria che conferisca chiaramente agli arbitri tale autorità. Tale autorità deriva solo dalla legislazione precedente.

Questo passaggio, quindi, non solo significa una regressione dell'autorità cautelare degli arbitri societari, ma richiede anche la modifica dell'attuale statuto per allineare le precedenti disposizioni

⁶⁹ Cfr. L. Salvaneschi, in Aa. Vv., *L'arbitrato nella legge-delega (Commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206 del 21 novembre 2021)*, cit., in particolare 79-80.

sull'arbitrato al nuovo requisito normativo. In caso contrario, tutte le richieste di sospensione, attualmente gestite dagli arbitri, verrebbero trasferite ai tribunali ordinari. È evidente che c'è stata una chiara opposizione all'interpretazione di questo tenore. Tale opposizione era dovuta alle intenzioni della delegazione, che mirava a sottoporre la sospensione dell'arbitrato a una richiesta simile a quella di altre misure cautelari. Tuttavia, non vi è alcuna indicazione della presenza del principio di modificare automaticamente l'attribuzione del potere cautelare, già assegnato dalla legge agli arbitri societari, per subordinarlo alla necessaria disposizione delle parti. Al contrario, ad un esame più approfondito, la legge delega, attribuendo agli arbitri la facoltà di esercitare poteri cautelari su espressa volontà delle parti, ha garantito la salvaguardia di distinte disposizioni di legge, mirando specificamente a preservare la disposizione societaria attualmente in discussione. La revisione del c.p.c del 2006 ha introdotto una modifica all'articolo 818, volta ad attenuare la limitazione assoluta del potere cautelare precedentemente concessa agli arbitri societari nel 2003. L'emendamento ha aggiunto la disposizione "salvo diversa disposizione di legge". Il legislatore responsabile della delega aveva una conoscenza approfondita della norma distinta relativa al potere di sospendere le delibere societarie.

Tale norma era specificamente riservata al caso citato e a qualsiasi altro caso successivamente stabilito dalla legge. L'omissione dell'espressione "salvo che la legge disponga altrimenti" nel nuovo articolo 818 del c.p.c. non implica l'esclusione dell'attribuzione automatica di poteri cautelari agli arbitri, come previsto dalla legge delega, al fine di evitare un conflitto. L'interpretazione della disposizione suggerisce che gli arbitri incaricati di determinare la legalità di una delibera societaria possiedono il potere intrinseco di sospenderla, come previsto dalla legge. Tuttavia, questo potere è soggetto all'eccezione delineata nell'articolo 818. Tale eccezione si applica alle situazioni in cui la misura cautelare può essere proposta solo durante il procedimento in corso, ma il collegio arbitrale non è ancora stato costituito o l'arbitro unico non ha ancora accettato l'incarico. La prevalenza di questi casi in questo particolare contesto non è rara, in quanto la nomina degli arbitri aziendali è

tipicamente delegata a terzi per necessità. Ciò ha determinato l'instaurarsi di una prassi che il recente legislatore ha inteso controllare.

L'inserimento dell'articolo 818 del c.p.c. comporta anche un'ulteriore implicazione, ovvero l'estensione dell'applicabilità del regime generale ad altri provvedimenti cautelari che le parti possono assegnare agli arbitri. Questo perché la necessità di emettere sequestri cautelari o giudiziari, in particolare per le prove o le misure anticipatorie, può sorgere anche nelle controversie societarie. In questo caso, chi volesse ampliare l'ambito del potere preventivo degli arbitri al di là di quanto previsto dall'art. 35 del d.lgs. n. 5/2003 dovrebbe modificare il relativo testo statutario. Un'ulteriore questione legata al 4° comma dell'articolo 838-ter del c.p.c. riguarda l'omissione del segmento iniziale del 5° comma dell'articolo 35 del d.lgs. n. 5/2003. Tale comma stabiliva che "l'atto di sottoporre una controversia ad arbitrato, indipendentemente dal fatto che si tratti di arbitrato non rituale, non impedisce il ricorso alle misure cautelari di cui all'articolo 669-quinquies del c.p.c.". L'abrogazione di questa particolare disposizione è coerente con la successiva modifica dell'articolo 669-quinquies del c.p.c. Tale modifica, promulgata nel 2005, stabilisce esplicitamente che la tutela cautelare può essere richiesta davanti al giudice, anche quando la sentenza finale deve essere resa da arbitri in modo non rituale. Una volta stabilito come regola generale che la tutela cautelare non è in contrasto con l'arbitrato di merito, non era più necessario riaffermare il principio nell'ambito di una norma specifica. Da questo punto di vista, l'abrogazione è quindi del tutto chiara e comprensibile.

Tuttavia, è opportuno considerare che l'abrogazione in questione può avere un effetto significativo sulla questione dell'accettabilità delle clausole statutarie per l'arbitrato non vincolante. Ciò è dovuto all'eliminazione dell'esplicita menzione di questa tipologia di arbitrato, precedentemente prevista dall'art. 35, 5° comma, del d.lgs. n. 5/2003, la cui questione ha già suscitato notevoli polemiche. Inoltre, nonostante l'opposizione di coloro che riconoscono l'incompatibilità intrinseca tra questa forma di arbitrato e il quadro procedurale consolidato del diritto societario, la Corte di Cassazione ha

costantemente sostenuto la validità dell'arbitrato societario. Questa affermazione è stata ribadita in recenti sentenze⁷⁰, ed è particolarmente degno di nota il fatto che esista un numero considerevole di clausole contrattuali di arbitrato non partecipativo, la cui applicabilità sarebbe incerta in base a un'interpretazione che mira ad abrogare tali disposizioni.

L'abrogazione della prima parte del 5° comma dell'art. 35, d.lgs. n. 5/2003 rientra quindi in quel lavoro di riordino della materia cui era chiamato il legislatore delegato ed è dovuta alla sopravvenuta inutilità della disposizione in ragione della successiva modifica dell'art. 669- quinquies c.p.c., ma non deve essere letta come abrogazione della possibilità di scegliere con clausola compromissoria statutaria l'arbitrato irrituale, abrogazione che, tra l'altro, non rientrava nei limiti imposti della legge delega e ne violerebbe quindi il precetto di procedere al semplice riordino della materia⁷¹. Da questo punto di vista, si può affermare che non vi è stata alcuna modifica significativa della materia. Si può mantenere la convinzione che le clausole compromissorie per l'arbitrato non rituale siano valide o avere un'opinione diversa, senza che l'omissione del segmento dell'art. 35, d.lgs. n. 5/2003 nel testo dell'art. 838-ter c.p.c., che riguardava l'arbitrato non rituale, alteri il centro del dibattito.

⁷⁰ Cass. civ. 10 febbraio 2022, n. 4335.

⁷¹ Rinvio per un approfondimento del tema a L. Salvaneschi, *op. ult. cit.*, in particolare, 76-77.

3.3 I poteri cautelari degli arbitri nei regolamenti delle istituzioni permanenti di arbitrato: l'esempio della CAM – Camera Arbitrale di Milano

La pubblicazione e l'entrata in vigore del nuovo Regolamento arbitrale della Camera Arbitrale di Milano il 1° marzo 2023 ne sancisce l'applicabilità a tutte le azioni avviate a partire da tale data. La revisione del regolamento è stata intrapresa principalmente per recepire le modifiche introdotte ad alcune norme arbitrali dal d.lgs. 149/2022, che mirava a modernizzare la procedura civile. La ragione principale per cui è stata proposta la modifica del regolamento è stata quella di allineare le disposizioni relative all'esercizio dei poteri cautelari da parte degli arbitri alle nuove norme introdotte dagli articoli 818, 818-bis e 818-ter del c.p.c. Queste nuove norme innovano significativamente il sistema precedente, attribuendo agli arbitri il potere di concedere misure cautelari, a condizione che vi sia un accordo tra le parti. Inoltre, le nuove norme disciplinano anche il processo di appello e l'attuazione di tali misure⁷². In aggiunta, la Camera Arbitrale ha colto l'occasione per apportare alcune modifiche minime ai regolamenti precedenti. Tali modifiche mirano a fornire chiarimenti su specifiche incertezze interpretative e a correggere piccoli problemi di coordinamento.

La prima revisione, legata principalmente, se non esclusivamente, alla necessità di tenere conto dell'aggiornamento della normativa del Codice di Procedura Giudiziaria in materia di poteri cautelari degli arbitri, ha riguardato il 2° comma dell'art. 8, relativo alle questioni di riservatezza. La disposizione esistente, che conferisce alla Camera Arbitrale la facoltà di facilitare la pubblicazione anonima dei lodi a scopo didattico, è stata ampliata per includere la possibilità di pubblicare anche "le ordinanze e i provvedimenti degli arbitri". Tuttavia, va notato che la pubblicazione è subordinata all'assenza di obiezioni da parte di una delle parti entro 30 giorni dalla presentazione del lodo. Questa

⁷² M. Farina, *Attribuzioni agli arbitri della potestà cautelare (artt. 669-quinquies, 669-decies, 818, 818-bis e 818-ter c.p.c.)*, in R. Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, pp. 1190 e ss. *Sulle nuove norme in tema di poteri cautelari degli arbitri nel d.lgs. 149/2022 v. anche A. Briguglio, Il potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile, e la inevitabile interferenza del giudice ("evviva il cautelare arbitrale!", ma le cose non sono poi così semplici)*, in *Judicium on-line*; F. Corsini, *La riforma dell'arbitrato nell'ambito del d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, pp. 1 e ss.

modifica è stata probabilmente proposta per facilitare la diffusione della "giurisprudenza" sull'arbitrato sia tra gli esperti del settore che tra i professionisti. Ciò include non solo il merito dei casi di arbitrato, ma anche le questioni interlocutorie. L'ipotesi alla base di questa modifica è che, a causa della modifica dell'articolo 818 del c.p.c. aumenterà il numero di casi in cui gli arbitri dovranno emettere misure cautelari sotto forma di ordinanza. Di conseguenza, gli arbitri dovranno ora affrontare questioni relative sia ai procedimenti cautelari che al merito. In precedenza, tali questioni erano trattate esclusivamente dai tribunali ordinari, il che garantiva un naturale livello di pubblicità ai provvedimenti emessi dai tribunali. La disposizione dell'art. 818-bis del c.p.c. consente alle parti di presentare reclamo alla Corte d'appello contro la decisione degli arbitri di concedere o negare un provvedimento cautelare.

Tuttavia, questa via non sempre consente di accedere all'interpretazione giurisprudenziale che deriva dalla pubblicazione da parte del giudice statale della decisione di revoca, modifica o conferma. Questa interpretazione è fondamentale nel contesto della tutela dei diritti. Per quanto riguarda il lodo, la pubblicazione delle ordinanze provvisorie e di altri provvedimenti, in forma anonima, da parte degli arbitri è subordinata all'accordo unanime di tutte le parti coinvolte nel procedimento. È importante notare che la prevenzione della divulgazione pubblica può essere ottenuta con l'espressione di dissenso di una sola parte entro trenta giorni dal deposito del lodo. L'inclusione di un termine associato alla presentazione del lodo, così come alla pubblicazione di qualsiasi provvedimento provvisorio emesso durante il procedimento, è motivata principalmente dall'obiettivo di sostenere la riservatezza che permea l'intero processo arbitrale. Questo approccio mira a ridurre al minimo gli oneri aggiuntivi a carico delle parti coinvolte, dando loro la possibilità di esprimere eventuali obiezioni (relative a tutti o a specifici provvedimenti emessi dagli arbitri) al termine del procedimento. Nei casi in cui il procedimento arbitrale si concluda senza una decisione finale, ma gli arbitri emettano provvedimenti provvisori durante il procedimento, si può ragionevolmente ritenere che la pubblicazione non sia completamente vietata. Tuttavia, la pubblicazione può avvenire solo se

non vi sono obiezioni da parte di tutte le parti entro trenta giorni dalla decisione degli arbitri di chiudere il procedimento, o entro trenta giorni da una specifica richiesta della Camera arbitrale che solleciti le parti a esprimere la loro opposizione.

L'articolo 26 del Regolamento, relativo ai provvedimenti preventivi o provvisori, è stato modificato per aggiornare parzialmente le sue disposizioni in considerazione delle norme previste dall'articolo 818 del c.p.c. sui poteri cautelari degli arbitri. Prima di addentrarci nelle modifiche relative all'articolo 26 del Regolamento, è importante riconoscere che questo articolo ha subito modifiche minime in relazione al principio generale introdotto nel 2019. Tale principio conferisce agli arbitri nominati negli arbitrati disciplinati dal Regolamento l'autorità di emettere tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori necessari, compresi quelli di natura anticipatoria, purché non siano vietati da norme imperative applicabili al procedimento. Tuttavia, in base alla precedente formulazione dell'art. 818 c.p.c., che vietava esplicitamente agli arbitri di concedere sequestri e altri provvedimenti cautelari, salvo i casi in cui si applicava una diversa disposizione di legge, il potere generale degli arbitri delineato dall'art. 26 poteva essere esercitato solo nei casi in cui il procedimento arbitrale avesse sede in un paese diverso dall'Italia.

Ciò si applicava quando il diritto processuale di quel paese non prevedeva divieti obbligatori simili a quelli previsti dalla legge italiana. In questi casi, agli arbitri era consentito concedere tali misure, previo accordo esplicito delle parti coinvolte. L'applicazione della limitazione, prevista dalla clausola iniziale dell'articolo 26 del Regolamento, era rilevante nel contesto dell'arbitrato condotto sotto l'amministrazione italiana. Tale limitazione riguardava il divieto imposto da un regolamento obbligatorio che disciplinava il procedimento. Nella fattispecie, tale norma è stata individuata nell'articolo 818 del c.p.c. nella sua versione originaria. Con l'entrata in vigore del nuovo articolo 818, operante dal 28 febbraio 2023, si è verificato un notevole sviluppo. Questa modifica consente alle parti di conferire agli arbitri il potere di emettere misure cautelari, comprese quelle specificate

nei regolamenti arbitrali. Di conseguenza, la disposizione relativa all'ampio potere degli arbitri di concedere misure cautelari, già delineata nell'articolo 26 del Regolamento, rimane applicabile agli arbitrati condotti all'interno della giurisdizione italiana, con minime modifiche. La possibilità per gli arbitri nominati in un arbitrato che segue il Regolamento di concedere misure cautelari, anche nei casi in cui la legge arbitrale applicabile è quella italiana, avrebbe dovuto essere consentita. Questa possibilità sarebbe stata possibile anche senza modificare il Regolamento, in quanto la formulazione originale del primo comma dell'articolo 26 risponde adeguatamente a questo scopo. Ciò è dovuto all'eliminazione del divieto legale precedentemente presente nell'articolo 818 del c.p.c. che elimina la limitazione imposta dalle disposizioni imperative della legge che disciplina il procedimento.

Prima di addentrarci nell'analisi delle modifiche apportate all'articolo 26 del Regolamento, è opportuno affrontare la questione dell'applicazione temporale della norma che conferisce agli arbitri il potere di disporre provvedimenti provvisori, anche nei casi in cui l'arbitrato condotto ai sensi del Regolamento sia situato in Italia. Si potrebbe iniziare osservando che, in relazione alla questione del diritto transitorio o intertemporale, la modifica del Regolamento in concomitanza con l'attuazione dell'articolo 818 del c.p.c. è probabilmente irrilevante. Il punto focale della questione non è la tempestività dell'applicazione del Regolamento, come affermato nel riferimento. L'attenzione si concentra piuttosto sulla tempestività dell'applicazione dell'articolo 818. Come già detto, questo articolo stabilisce che il potere degli arbitri di fornire protezione deve derivare dal consenso delle parti, che può essere espresso attraverso l'adozione di un regolamento arbitrale che conferisca tale potere.

La questione si sarebbe posta in modo analogo anche senza alcuna modifica dell'articolo 26 del Regolamento. Infatti, come già detto, l'articolo 26 è rimasto inalterato durante la transizione dalla precedente versione del Regolamento del 2019 a quella attuale in vigore dal 1° marzo 2023. La regola fondamentale, enunciata nel 1° comma dell'articolo 26, conferisce agli arbitri l'autorità di concedere

misure cautelari, con l'unica restrizione rappresentata da un divieto imposto da una norma imperativa stabilita dalla lex arbitri. Per affrontare la questione in oggetto, è necessario fare riferimento alla norma transitoria delineata dall'articolo 35 del d.lgs. 149/2022, che riguarda la riforma del processo civile. Tale decreto, tra le altre modifiche, ha emendato l'articolo 818 del c.p.c. È ampiamente riconosciuto che questa norma ha stabilito che "le disposizioni del presente decreto, se non diversamente specificato, entrano in vigore il 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti avviati dopo tale data. Le disposizioni precedentemente in vigore continuano ad applicarsi ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023". Data l'assenza di altre disposizioni che regolino la decorrenza e l'applicazione temporale delle norme che hanno modificato le disposizioni del c.p.c. in materia di arbitrato, questa norma di diritto transitorio è quindi la disposizione applicabile da impiegare nel caso di specie.

Sembrerebbe, quindi, in prima approssimazione, di poter concludere nel senso che, anche se la convenzione arbitrale contenente il rinvio al Regolamento è stata stipulata prima del 1° marzo 2023, gli arbitri avranno comunque il potere di emettere provvedimenti provvisori a condizione, però, che il procedimento sia iniziato il 1° marzo 2023 o successivamente⁷³. Questo accade non perché come osservato in precedenza, il nuovo Regolamento sia destinato ad applicarsi ai procedimenti iniziati a partire dal 1° marzo 2023, ma piuttosto perché l'eliminazione della limitazione posta dall'esistenza di un divieto previsto da una norma imperativa applicabile al procedimento che ancora compare nell'art. 26, 1° comma, del Regolamento, comporta l'eliminazione di una norma imperativa applicabile al procedimento stesso, per espressa previsione contenuta nell'art. 35, 1° comma, del d.lgs. n. 149 del 2022, proprio in relazione ai "procedimenti iniziati dopo tale data". Alla luce di ciò e anche in considerazione del fatto che il 1° comma dell'art. 35 del d.lgs. n. 149/2022 prevede l'obbligo di notifica per i procedimenti iniziati dopo tale data, la disposizione che ha eliminato il divieto per gli

⁷³ CORSINI F., *La riforma dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 2023, pag. 12.

arbitri di concedere misure cautelari non può trovare applicazione con riferimento a un lodo arbitrale pendente amministrato secondo il Regolamento, e quindi l'art. 26 del Regolamento si trova necessariamente a dover continuare a confrontarsi con la norma della lex arbitri applicabile (anche) *ratione temporis* al procedimento, che sancisce l'inderogabilità, per volontà delle parti, del divieto per gli arbitri di concedere misure cautelari. Non sembra infatti possibile accettare l'idea⁷⁴ che, per quanto riguarda la questione dei poteri interlocutori degli arbitri, per "procedimenti iniziati dopo" il 28 febbraio 2023 (cioè a partire dal 1° marzo 2023, incluso) si debbano intendere quei sub-procedimenti interlocutori che possono (idealmente) trovare spazio all'interno di un procedimento arbitrale pendente al 28 febbraio 2023. Considerato che, anche per espressa previsione del Regolamento, la domanda arbitrale cautelare, a differenza della domanda arbitrale statale, non appare in grado di conferire marcati tratti di autonomia al segmento processuale da essa innescato, si può condividere l'idea che un argomento decisivo per escludere una così ampia (anche se non strettamente retroattiva) applicazione temporale del nuovo art. 818 c.p.c. derivi dal fatto che, in arbitrato, non è concepibile un provvedimento cautelare *ante causam*.

Ciò porta infatti a concludere nel senso che ciò che legittima l'esercizio del potere cautelare degli arbitri è sempre e proprio l'avvio del procedimento arbitrale, sicché sono questi procedimenti a costituire, alla luce del tenore concreto della disposizione transitoria di cui all'art. 35, co. 35, par. 149/2022, l'elemento da prendere in considerazione per discriminare i casi ai quali è applicabile il divieto di cui alla precedente formulazione dell'articolo 818 del c.p.c. dai casi ai quali è applicabile la norma più permissiva di cui alla nuova versione della suddetta disposizione del c.p.c. Piuttosto, qualche argomento contro la possibilità di applicare l'articolo 26 ai procedimenti arbitrali (comunque) avviati a partire dal 1° marzo 2023, ma in virtù di convenzioni arbitrali (contenenti un rinvio al Regolamento) stipulate prima di tale data, potrebbe essere ricavato dall'osservazione che il

⁷⁴ *Sostenuta da A. Briguglio, Il potere cautelare degli arbitri, cit., par. 5.*

fondamento del potere di tutela degli arbitri riposa, secondo il nuovo articolo 818 del c.p.c. sulla "volontà espressa delle parti". Si potrebbe, allora, essere, non del tutto irragionevolmente, indotti a ritenere che, allorché le parti abbiano fatto rinvio al Regolamento prima dell'entrata in vigore della nuova formulazione dell'art. 818 c.p.c. non possano in tal modo aver manifestato la loro "espressa volontà" di attribuire agli arbitri il potere cautelare. Al contrario, si può affermare abbiano considerato tale rinvio per definizione incapace, in ragione dell'inderogabile divieto al tempo vigente e che funzionava (appunto) come limite (inderogabile) all'operare dell'art. 26, 1° comma, del Regolamento quando la lex arbitri era quella italiana, a conferire agli arbitri (e, di conseguenza, a sottrarre all'autorità giudiziaria ordinaria) il potere di concedere misure cautelari.

Al riguardo, tuttavia, si potrebbe anche osservare che l'art. 35, 1° comma, del d.lgs. 149/2022 sembrerebbe consistere, in realtà, in due enunciati normativi. Il primo enunciato prevede che: "le disposizioni del presente decreto, ove non diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023". Il secondo enunciato prevede che le stesse disposizioni si applicano ai procedimenti instaurati dopo tale data. L'articolo 818 del c.p.c. nella sua rinnovata formulazione ha dunque avuto effetto solo a partire dal 28 febbraio 2023, con la conseguenza che si potrebbe non a torto osservare il fatto che sia solo a partire da questa data che l'espressa volontà delle parti può avere l'effetto di conferire poteri di tutela agli arbitri. Se, come unanimemente riconosciuto, il fondamento del potere cautelare degli arbitri (anche quello previsto dai regolamenti arbitrali che lo contemplano) poggia sulla volontà delle parti e se, ancora, la norma che dà rilievo a tale volontà, prevedendo che essa sia manifestata nella "convenzione arbitrale o in un documento scritto anteriore all'inizio del procedimento arbitrale" decorre dal 28 febbraio 2023, diventa difficile ritenere, "sic et simpliciter", che le parti, in una convenzione arbitrale stipulata prima dell'entrata in vigore della nuova norma, abbiano potuto così validamente manifestare la loro (espressa) volontà di attribuire agli arbitri poteri di tutela.

Ora, rispetto a tale (quantomeno intricata ed opinabile) questione, un qualche rilievo potrebbe averlo la modifica apportata al 1° comma dell'art. 26 del Regolamento. La modifica in discorso si sostanzia nell'aggiunta di una clausola posta all'esordio di tale primo comma che fa «salvo un diverso accordo delle parti» in merito al riconoscimento di poteri cautelari agli arbitri. Tale (opportuna) previsione, letta alla luce di quanto previsto dalla nuova formulazione dell'art. 818 c.p.c., permette, insomma, alle parti di derogare validamente alla norma del Regolamento che riconosce agli arbitri poteri cautelari. Se il mero rinvio al Regolamento è necessario ma, al tempo stesso, sufficiente, ai sensi dell'art. 818 c.p.c. e dell'art. 26, 1° comma, a far sì che gli arbitri italiani di un procedimento amministrato secondo il Regolamento possano senz'altro concedere provvedimenti cautelari, qualora le parti intendano, al contrario, mantenere in capo al giudice statale il potere cautelare dovranno espressamente prevederlo negando in modo chiaro e specifico che il rinvio al Regolamento si estenda (anche) al suo articolo 26, 1° comma, ed al potere cautelare arbitrale ivi previsto e disciplinato.

Poiché, dunque, il fine avuto di mira dalla nuova norma del Regolamento è quello di consentire alle parti di modulare diversamente la loro volontà quanto all'esercizio del potere cautelare arbitrale, il mero rinvio al Regolamento contenuto in una convenzione d'arbitrato conclusa anteriormente all'entrata in vigore del nuovo 1° comma dell'art. 26 del Regolamento e del nuovo articolo 818 c.p.c., potrebbe considerarsi inidoneo e, comunque, insufficiente ad esprimere (e validamente manifestare) una consapevole scelta e volontà delle parti quanto alla sussistenza del potere cautelare arbitrale. Si tratterebbe, in definitiva, di poter riconoscere nella condotta delle parti che hanno fatto rinvio al Regolamento in un momento in cui esso, nella sostanza, non prevedeva il potere cautelare arbitrale in procedimenti arbitrali con sede in Italia, il senso di una volontà contraria a tale potere, ossia proprio il senso di quel «diverso accordo delle parti» cui oggi il primo comma dell'art. 26 del Regolamento dà rilievo ai fini di una eventuale deroga pattizia al potere cautelare arbitrale d'ordinario previsto.

Il 2° comma dell'art. 26 del Regolamento subisce una notevole modifica attraverso l'inserimento di una disposizione che consente agli arbitri di emettere provvedimenti cautelari senza sentire la controparte, ritenuta opportuna e del tutto giustificabile. Il Tribunale arbitrale ha l'autorità di emettere un'ordinanza senza ascoltare la controparte, a condizione che la convocazione della controparte possa comportare un danno significativo agli interessi dell'attore. Nell'ipotesi descritta, il Tribunale Arbitrale stabilirà, nella decisione di accoglimento della richiesta, la data dell'udienza in cui le parti si confronteranno, nonché gli eventuali termini per la presentazione delle memorie. Il Tribunale Arbitrale, all'udienza o comunque entro i 5 giorni successivi, nel contraddittorio delle parti, con ordinanza conferma, modifica o revoca il provvedimento già concesso".

La possibilità di una pronuncia inaudita altera parte è, innanzitutto e come è naturale che sia, condizionata a un'espressa richiesta delle parti in tal senso, non potendo gli arbitri adottare d'ufficio tale modalità decisionale⁷⁵. Si tratta, come anticipato, di una regola quanto mai opportuna e del tutto condivisibile, anche in considerazione del fatto che sull'attore non può che gravare l'onere di motivare e dimostrare le ragioni di fatto che giustificano e, in alcuni casi, possono imporre la pronuncia di un provvedimento cautelare ex parte al fine di evitare il verificarsi di un "grave pregiudizio alle ragioni dell'attore". La norma in esame prevede, poi, che una volta resa l'ordinanza inaudita altera parte, il Tribunale Arbitrale sia tenuto a fissare l'udienza di discussione dell'impugnazione incidentale alla presenza di entrambe le parti entro e non oltre dieci giorni dall'ordinanza di accoglimento della domanda. E' inoltre previsto che, in tal caso, il Tribunale Arbitrale, nella stessa ordinanza di accoglimento dell'istanza incidentale ex parte e di fissazione dell'udienza di conferma, modifica o revoca in contraddittorio, fissi i termini "eventuali" per il deposito delle memorie. A quest'ultimo proposito va osservato che l'eventualità cui allude la norma non può, essere riferita alla possibilità stessa per la parte contro cui è stata emessa l'ordinanza interlocutoria di difendersi in vista dell'udienza

⁷⁵ FARINA M., *Attribuzioni agli arbitri della potestà cautelare*, in *Rivista Judicium*, 2023, pag. 30 ss.

depositando una memoria scritta. Poiché gli arbitri, sia ai sensi dell'art. 816-bis c.p.c., che ai sensi dell'art. 2, 3° comma, del Regolamento di procedura, sono tenuti a garantire il rispetto del principio del contraddittorio e della parità di trattamento delle parti. Deve dunque escludersi la possibilità che il Tribunale arbitrale, a sua discrezione, possa decidere di limitare l'esercizio del diritto di difesa della parte convenuta a un'udienza meramente orale, a fronte di un provvedimento cautelare per il quale la parte ricorrente ha avuto l'agio di decidere il momento e la forma (verosimilmente per iscritto e in un apposito ricorso) in cui presentarlo.

Si deve, quindi, concludere che l'unica possibilità sarà che il Tribunale dia forma a un contraddittorio scritto prima dell'udienza in cui, se necessario, coinvolgerà anche il ricorrente in una replica alla risposta del resistente, ferma restando la possibilità per quest'ultimo, in assenza di concessione di un termine da parte del Tribunale Arbitrale, di depositare una memoria difensiva scritta per resistere alla domanda cautelare avversaria. Quanto sopra solleva, tuttavia, una delicata questione quando l'ordinanza inaudita altera parte è resa al fine di preservare l'effetto sorpresa, ad esempio, di un sequestro. Nel sistema delineato dall'art. 669-sexies, 2° comma, del c.p.c. in caso di ordinanza inaudita altera parte al ricorrente è concesso un termine (perentorio) non superiore a otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di conferma, modifica o revoca in contraddittorio. Ciò consente al ricorrente, utilizzando il termine massimo previsto dalla legge, di procedere prima all'esecuzione del sequestro e, solo successivamente, di portare l'ordinanza, il ricorso e la convocazione per l'udienza a conoscenza del resistente. Nel sistema delineato dall'art. 669-sexies, 3° comma, c.p.c., inoltre, al resistente è assegnato, in ultima analisi, un termine a difesa non inferiore a sette giorni, poiché l'udienza di conferma, modifica o revoca in contraddittorio deve svolgersi entro quindici giorni. Poiché il 2° comma del nuovo articolo 26 riduce a dieci giorni il termine per la fissazione dell'udienza e poiché, ancora una volta, non è previsto alcun termine per la notifica al convenuto del ricorso e della fissazione dell'udienza di conferma, modifica o revoca in contraddittorio, il rischio che si corre è duplice poiché l'immediata comunicazione da parte della

segreteria dell'ordinanza, se da un lato assicura al massimo il diritto di difesa del resistente garantendogli la possibilità di sfruttare appieno il periodo di dieci giorni fino all'udienza per preparare la propria difesa (cautelare), dall'altro corre il serio rischio di vanificare l'effetto sorpresa e di rendere in definitiva praticamente inutile per il ricorrente ottenere l'ordinanza inaudita altera parte. D'altra parte, una comunicazione non immediata, entro un termine non precisamente indicato e lasciato alla discrezionalità del Tribunale Arbitrale o, addirittura, della segreteria, rischia di compromettere indebitamente le facoltà difensive del convenuto, al quale verrebbe concesso un termine di difesa eccessivamente breve. Sarà quindi assolutamente opportuno che gli arbitri, tenendo conto di queste circostanze, modulino il segmento procedurale, compresa l'individuazione del termine per la comunicazione della decisione al convenuto che va dalla pronuncia della decisione all'udienza per la sua conferma, modifica o revoca in contraddittorio nel modo più ragionevole possibile e nel rispetto delle opposte e altrettanto meritevoli esigenze difensive delle parti.

Un'ulteriore modifica resasi necessaria in questo caso per tenere conto del nuovo articolo 818 del c.p.c. ha riguardato l'arbitro d'urgenza disciplinato dall'articolo 44 del Regolamento. La prima novità consiste nel sostanziale differimento del termine ultimo per richiedere l'intervento dell'arbitro d'urgenza. Nella precedente versione del Regolamento, la parte poteva richiedere, anche senza informare l'altra parte, la nomina di un arbitro d'urgenza per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 26 «fino alla conferma degli arbitri». Oggi invece si prevede che la parte possa chiedere la nomina dell'arbitro di urgenza per l'adozione dei provvedimenti cautelari e provvisori «fino alla costituzione del Tribunale Arbitrale». La modifica è stata probabilmente dettata dall'opportunità di adeguare la disposizione a quanto previsto dal nuovo 2° comma dell'art. 818 c.p.c., secondo cui "prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del tribunale arbitrale, la domanda di provvedimenti provvisori è proposta al tribunale competente ai sensi dell'articolo 669-quinquies".

Nelle intenzioni degli organi della Camera Arbitrale che hanno rivisto il regolamento, quindi, l'arbitro d'urgenza dovrebbe colmare quel vuoto di tutela che si verifica quando le parti hanno concordato la

competenza arbitrale (compreso ovviamente l'arbitrato cautelare) e la necessità di ottenere un provvedimento urgente e provvisorio sorge prima che sia sorto l'organo che può concederlo. Nel sistema dell'arbitrato ad hoc di common law il problema è stato risolto attribuendo, come si è visto, il potere di concedere un provvedimento provvisorio al giudice statale fino a quando l'organo arbitrale a cui è stata attribuita una competenza provvisoria (anche) "esclusiva" non sarà in grado di funzionare efficacemente, e ciò secondo una soluzione che la giurisprudenza di merito e la dottrina non avevano avuto difficoltà ad individuare per risolvere il problema che concretamente si poneva con riferimento alla richiesta di sospensione cautelare di una delibera assembleare di una società di capitali impugnata con una domanda di arbitrato⁷⁶.

Occorre quindi capire come coordinare la previsione nel Regolamento di questo potere cautelare esercitabile dall'arbitro (anche) ante causam, cioè prima della costituzione del tribunale arbitrale chiamato a decidere il merito della controversia, con la previsione contenuta nel 2° comma dell'art. 818 del c.p.c. Infatti, poiché la competenza degli arbitri è definita dal secondo paragrafo del 1° comma dell'art. 818 del c.p.c. come "esclusiva" e poiché, ancora, la regola di cui al 2° comma dell'art. 818 c.p.c. risponde, come detto, all'esigenza di evitare vuoti di tutela per quelle ipotesi in cui il giudice privato scelto dalle parti (anche per la concessione dei provvedimenti cautelari) non sia in grado di funzionare, si potrebbe, in linea di principio, essere indotti a ritenere che la possibilità per le parti di rivolgersi all'arbitro d'urgenza faccia riacquistare pieno vigore proprio all'esclusività della competenza cautelare arbitrale convenuta dalle parti mediante il rinvio al regolamento. Nonostante in questo caso non sia completata l'attività di costituzione del tribunale arbitrale vero e proprio, consente ugualmente la concessione del provvedimento cautelare ad opera del giudice privato (con la conseguenza per cui, adito il tribunale ordinario che sarebbe stato competente per il merito, questo,

⁷⁶ FARINA M., *Attribuzioni agli arbitri della potestà cautelare*, in *Rivista Judicium*, 2022, pag. 41 ss.

su eccezione della parte resistente, dovrebbe dichiararsi incompetente in ragione della competenza esclusiva arbitrale, ancorché non sia ancora costituito il tribunale arbitrale).

Una serie di argomentazioni che possono essere tratte dalle altre modifiche apportate all'art. 44 suggeriscono che, con ogni probabilità, questa era l'intenzione degli organi della Camera Arbitrale che hanno proceduto alla revisione del Regolamento. Quanto detto si può riscontrare dall'espressa previsione che all'arbitro d'urgenza sia espressamente riconosciuto il potere di adottare "provvedimenti provvisori e interinali, anche a contenuto anticipatorio", dall'eliminazione del termine "reclamabile" nell' 8° comma e dal fatto che l'avvio del procedimento arbitrale di merito è facoltativo in caso di provvedimento cautelare reso dall'arbitro d'urgenza a contenuto anticipatorio. Sembra, infatti, che si debba concludere che il potere esercitato dall'arbitro d'urgenza sia stato considerato in tutto e per tutto coincidente con il potere del Tribunale arbitrale di emettere un'ordinanza cautelare una volta costituitosi ai sensi dell'art. 26 del Regolamento.

Se la prima disposizione conferma, infatti ed espressamente, che i provvedimenti che possono essere adottati dall'arbitro d'urgenza sono esattamente gli stessi che possono essere resi dal Tribunale Arbitrale e se, ancora, l'eliminazione della parola "reclamabile" nell' 8° comma sembra confermare che la decisione resa dall'arbitro d'urgenza sia da considerarsi un vero e proprio provvedimento cautelare arbitrale che può essere impugnato (non, come avveniva nella precedente versione del Regolamento, al Tribunale Arbitrale, ma) alla Corte d'Appello ai sensi dell'art. 818-bis del Codice Civile. 818-bis c.p.c. avendo reso facoltativo l'avvio del giudizio di merito nel caso di provvedimenti cautelari anticipatori sembrerebbe infatti rafforzare l'idea che l'arbitro (unico) d'urgenza renda in definitiva una decisione a tutti gli effetti e propriamente cautelare regolata, anche per quanto riguarda la sua efficacia, dalle disposizioni generali dettate dal c.p.c. per i provvedimenti della stessa natura e con la stessa funzione.

Sebbene non vi sia, insomma, alcuna ragione per ritenere che l'esercizio del potere cautelare dell'arbitro d'urgenza sia qualcosa di meno e di diverso dall'esercizio del potere cautelare del Tribunale arbitrale, si può tuttavia affermare che la soluzione della natura esclusiva della competenza cautelare (anche) dell'arbitro d'urgenza non possa essere condivisa e non sia, tutto sommato, opportuna. Più convincente, infatti, sembra essere l'idea secondo cui, in casi come questi, può ragionevolmente prospettarsi una competenza concorrente dell'autorità giudiziaria ordinaria e dell'arbitro d'urgenza, nel senso che la parte potrà decidere se rivolgersi all'una o all'altro. Ed infatti, la previsione di cui al 2° comma dell'art. 818 c.p.c. anche 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.

Come anticipato, il nuovo Regolamento contiene una modifica relativa al regime di efficacia del provvedimento arbitrale cautelare ante causam reso dall'arbitro d'urgenza. Nel nuovo 9° comma dell'art. 44, infatti, da un lato si prevede che la domanda di arbitrato debba essere presentata entro 60 giorni dal deposito della domanda, ovvero entro il termine fissato dall'arbitro d'urgenza, comunque non inferiore a 15 giorni solo "ove necessario" e, dall'altro, è stato eliminato l'ultimo periodo che sanciva l'inefficacia del provvedimento d'urgenza in caso di mancato o ritardato avvio del procedimento arbitrale di merito (nei termini appena indicati). Pur dovendo condividere, la ratio che sembra sottendere alla modifica, ci sembra che l'eliminazione pura e semplice della norma contenuta nell'ultimo periodo del 9° comma si rivela, a ben vedere, non proprio perspicua. La precisazione che la parte deve iniziare il procedimento di merito entro il termine solo "ove necessario" è infatti rilevante solo se e nella misura in cui si sa a quali fini può essere necessario (cioè obbligatorio) iniziare il procedimento di merito in tempo utile. E, trattandosi di tutela cautelare, è assolutamente

ragionevole presumere e ritenere che tale necessità sia legata all'esigenza di preservare l'efficacia del provvedimento cautelare, come previsto in via generale dall'art. 669-novies del c.p.c.⁷⁷. Di conseguenza, è assolutamente ragionevole ipotizzare e ritenere che in questo caso la distinzione tra provvedimenti anticipatori e cautelari sia rilevante, essendo la necessità dell'avvio del procedimento di merito limitata a questi ultimi al fine di preservare l'efficacia del provvedimento (ai sensi dell'art. 669-octies comma 4 del c.p.c.).

In tale contesto, l'eliminazione pura e semplice della regola contenuta nell'ultimo periodo del 9° comma del Regolamento che ricollegava alla mancata instaurazione del giudizio arbitrale di merito entro i termini previsti dal periodo precedente dello stesso comma 9, rende l'inefficacia del provvedimento cautelare la questione problematica perché viene così a mancare proprio la sanzione che serviva e serve tuttora per qualificare e discriminare le ipotesi in cui l'inizio del giudizio di merito è necessaria (per non incorrere nella inefficacia del provvedimento, che però ora non è più prevista) da quelle in cui non lo è. Nonostante il fatto che, una norma sostanzialmente paragonabile, da un punto di vista funzionale, a quella applicabile ai provvedimenti cautelari statali in virtù del combinato disposto degli artt. 669-octies, 4° comma e 669-novies, 1° comma, c.p.c. deve, in ogni caso, essere ricavata dall'articolo 44, 9° comma. Dunque, non sembra possibile che la volontà delle parti possa incidere, modificandolo, sul regime giuridico di efficacia dei provvedimenti cautelari, essendo tale aspetto, estraneo al mero procedimento (la cui unica disciplina può essere stabilita dalle parti o dagli arbitri, ai sensi dell'art. 816-bis del c.p.c.). La mancata (espressa) previsione dell'inefficacia del (solo) provvedimento cautelare reso dall'arbitro urgente per il caso di mancato avvio del giudizio di merito esclude di attribuire rilevanza a tal fine al mancato rispetto del termine di sessanta giorni dalla domanda (o del termine, diverso, fissato dall'arbitro urgente). In entrambi i casi, infatti, si applica la regola generale dell'art. 7, 1° comma del Regolamento., secondo cui "i termini previsti dal

⁷⁷ FARINA M., *Attribuzioni agli arbitri della potestà cautelare*, in *Rivista Judicium*, 2022, pag. 51 ss.

Regolamento o fissati dal Consiglio Arbitrale, dalla Segreteria o dal Tribunale Arbitrale non sono soggetti a decadenza, salvo che la decadenza sia espressamente prevista dal Regolamento o stabilita dal provvedimento che li fissa". Sicché, in assenza di un'espressa previsione di perentorietà del termine, la loro inosservanza non può, a rigore, determinare l'inefficacia del provvedimento. Al contrario, se si fosse mantenuta la previsione dell'inefficacia del provvedimento (che sarebbe stata facilmente individuabile nel provvedimento conservativo, vista la clausola limitativa posta all'inizio del 9° comma), essa sarebbe servita ad attribuire natura perentoria ad entrambi i termini e, quindi, a far incorrere nella sanzione dell'inefficacia il loro mancato rispetto.

Ciò premesso, va poi osservato che (anche se il 1° comma dell'art. 7 si riferisce solo al Tribunale Arbitrale) spetterà sempre all'arbitro unico fissare, qualificandolo espressamente come perentorio, il termine per l'inizio del procedimento arbitrale. Se ciò non avviene, come anticipato, l'inefficacia del provvedimento cautelare reso ante causam dall'arbitro d'urgenza non può essere causata dal mancato rispetto del termine legale di sessanta giorni dal deposito dell'istanza (proprio perché non perentorio, cioè non espressamente previsto a pena di decadenza) ma, si ritiene, dal termine minimo legale di sessanta giorni dal provvedimento (e non dall'istanza) di cui all'art. 669-octies, 1° comma, del c.p.c. Si noti, tuttavia, che la distinzione tra provvedimenti arbitrali cautelari anticipatori e provvedimenti meramente conservativi è rilevante non solo nel caso di arbitrato d'urgenza, ma anche quando il potere cautelare è esercitato dal Tribunale Arbitrale. In quest'ultima ipotesi, infatti, pur non essendo rilevante la questione dell'inefficacia per mancato avvio del procedimento di merito, lo sarà quella della sorte del provvedimento cautelare reso in corso di causa in caso di estinzione del procedimento arbitrale di merito. Rispetto a questa eventualità, è da ritenere che assuma rilevanza la distinzione tra provvedimenti anticipatori e cautelari, nel senso che solo i secondi e non i primi perdono efficacia in caso di estinzione; e ciò in applicazione della regola generale di cui all'art. 669-octies, 8° comma, del c.p.c.

Infine, per quanto riguarda la disposizione che regola la modifica o la revoca del provvedimento cautelare arbitrale d'urgenza, occorre osservare che la revoca o la modifica da parte del tribunale arbitrale costituito, così come la revoca o la modifica da parte dell'arbitro d'urgenza dovrebbero essere considerate soggette alle condizioni previste dall'art. 669-decies del c.p.c. anche se il Regolamento non collega l'esercizio di tale potere (cautelare) a un mutamento delle circostanze e/o all'esposizione di fatti anteriori di cui si è avuta conoscenza dopo il provvedimento.

Trattandosi, anche nel caso di revoca e modifica di un precedente provvedimento, dell'esercizio di un (vero e proprio) potere cautelare (spettante, come detto, anche all'arbitro d'urgenza) che le parti hanno scelto di sottrarre al giudice statale per attribuirlo al giudice privato, esso può essere esercitato nei limiti e alle condizioni previste dal 1° comma dell'art. 669-decies del c.p.c. il cui ultimo comma, peraltro, facendo proprie le disposizioni di cui all'art. 818, 1° comma, c.p.c., conferma l'omologia di fondo tra la revoca e la modifica delle misure cautelari statali e la revoca e la modifica delle misure arbitrali⁷⁸. Vale la pena notare, in conclusione, che lo stesso ragionamento si applica al caso di una misura cautelare resa dal Tribunale Arbitrale ai sensi dell'art. 26 del Regolamento, la cui revoca e modifica può avvenire, su istanza di parte, solo al verificarsi di un mutamento delle circostanze e/o alla deduzione di fatti anteriori di cui si è avuta conoscenza dopo il provvedimento.

⁷⁸ BRIGUGLIO A., *Il potere cautelare degli arbitri*, in *Rivista Judicium*, 2023, pag. 44 ss.

CONCLUSIONE

In primo luogo, l'analisi condotta nel presente elaborato ha chiarito come la tutela cautelare sia un'esigenza essenziale di ogni ordinamento per garantire una tutela giudiziale efficace. Nel 1940, l'ordinamento italiano ha riformato il sistema in risposta a questa esigenza introducendo i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. per consentire la richiesta di provvedimenti atipici per proteggere qualsiasi situazione giuridica soggettiva esposta ad un pregiudizio imminente ed irreparabile e per prevenire gli effetti della futura decisione di merito. Il lavoro svolto ha anche dimostrato come la nostra legislazione, sin dall'introduzione della figura dell'arbitrato, abbia sistematicamente negato agli arbitri la competenza cautelare, e più in generale quella sommaria, e di conseguenza, il legislatore ha dovuto creare un regolamento per armonizzare le norme che regolano il procedimento cautelare e le disposizioni previste per il procedimento arbitrale a causa dell'aumento del numero di controversie che vengono risolte dagli arbitri. La tendenza osservata negli ordinamenti statali in questione ha dimostrato che il modello della competenza esclusiva statale è rimasto in un numero sempre più piccolo di ordinamenti, incluso il nostro ordinamento fino alla Riforma Cartabia. In questo caso, questa "miniriforma" dell'arbitrato segue gli interventi riformisti del 1983, del 1994 e del 2006, ispirati da un crescente sostegno all'istituzione. Al di là dei risultati complessivi ottenuti dalla riforma del 2022 in materia d'arbitrato (traslatio iudicii, imparzialità, ecc.), è necessario preparare un bilancio delle vere novità apportate dalla Riforma, che ha modificato l'articolo 818 c.p.c. e ha aggiunto le due nuove disposizioni immediatamente successive, gli articoli 818-bis e 818-ter c.p.c. Il legislatore ha passato dall'assoluto ed inderogabile divieto agli arbitri di emettere misure cautelari ad una legittimità settorialmente anticipata della potestà cautelare arbitrale.

È stato possibile evidenziare sia i vantaggi che i difetti della Riforma attraverso l'analisi che è stata condotta nel presente elaborato. Alcuni dei difetti della Riforma sono stati sottolineati da diversi

autori dopo la pubblicazione della legge di delega e dovrebbero essere corretti durante la sua attuazione. Il principio secondo cui l'attribuzione della prerogativa arbitrale deve avvenire solo per "espressa volontà delle parti" è stato espresso in sede di delega, come si può vedere dal testo dell'articolo 818 c.p.c. Il principio più recente è condiviso ed equilibrato, in particolare considerando che è stato ridotto nella sua applicazione con la previsione per cui le parti potrebbero conferire agli arbitri il potere cautelare nella relazione, ovvero sia rinviando ad un regolamento arbitrale che stabilisce tale prerogativa. Per quanto riguarda l'autonomia privata, nel terzo capitolo è stato sottolineato che la norma di cui all'articolo 818 c.p.c. non prevede o consente alle parti di escludere l'adozione di determinati provvedimenti in sede arbitrale o di prevederne o consentirne solo alcuni. È evidente che non vi sono ragioni per limitare l'autonomia privata. In effetti, il legislatore ha inteso attribuire l'autonomia privata ad un livello di importanza tale da richiedere la sua espressa dichiarazione per concedere ai giudici privati la potestà cautelare in generale. Anche il testo del nuovo articolo 818 c.p.c. ha sottolineato che la decisione legislativa di conferire il potere cautelare esclusivo agli arbitri è controversa a causa delle complesse dinamiche applicative che dovranno essere gestite nella realtà.

Questa scelta, che si discosta dalla maggior parte delle esperienze in altri paesi, dimostra la continua intenzione del legislatore di concentrare la competenza cautelare nelle mani di un unico organo, limitando quanto più possibile le interferenze nell'esercizio della potestà cautelare. In primo luogo, nel caso in cui una convenzione arbitrale attribuisca potere cautelare agli arbitri, la prassi dovrà affrontare i casi in cui i provvedimenti devono essere efficaci nei confronti di soggetti terzi. Come dimostrato nell'esame del potere inibitorio delle deliberazioni arbitrali, la dottrina e la giurisprudenza sono state favorevoli all'attribuzione della potestà cautelare all'autorità statale in presenza di una potestà cautelare arbitrale esclusiva, come previsto dall'articolo 35. 5 del D. lgs. 5/2003, in particolare per quanto riguarda il principio di effettività della tutela e per evitare un vuoto di tutela. Una questione

aggiuntiva relativa all'articolo 818 del Codice di procedura civile è quella di determinare se le parti abbiano o meno il diritto di derogare all'esclusività del potere cautelare arbitrale, poiché è convenzionale che ci sia una competenza cautelare concorrente tra giudici privati e autorità giudiziaria. Anche in questo caso, è importante sottolineare quanto sia importante per il legislatore la volontà espressa dalle parti quando si tratta di dare agli arbitri il potere cautelare. Di conseguenza, è ragionevole sostenere che l'autonomia delle parti possa arrivare al punto di derogare all'esclusività di cui all'articolo 818 del Codice di procedura civile. Per concludere, gli arbitri possono concedere provvedimenti cautelari durante un arbitrato irrituale, come consentito dal nuovo articolo 818 c.p.c. Come dimostrato dall'esame, il legislatore delegato non ha riportato l'inciso chiaramente indicato nella delega, il che lasciava inequivocabilmente intendere che l'arbitrato irrituale non sarebbe stato incluso nella Riforma. Al di là dei dati normativi contraddittorii, le numerose ragioni presentate durante l'analisi non possono che portare alla convinzione, che è da tempo riecheggianti in dottrina, che è inconcepibile attribuire il potere cautelare agli arbitri irrituali. Pertanto, in caso di procedimento arbitrale irrituale, le parti dovranno rivolgersi all'autorità giurisdizionale competente ex art. 669-quinquies c.p.c. per ottenere la cautela.

Per quanto riguarda l'articolo 818-bis, che riguarda il reclamo cautelare, il semplice rinvio all'articolo 669-terdecies c.p.c. crea forti dubbi sulla capacità della Corte d'appello di modificare il provvedimento cautelare. In effetti, l'interpretazione del testo normativo potrebbe condurre ad una interpretazione che attribuisce alla Corte d'appello competente il potere di modificare il provvedimento arbitrale. Tuttavia, questa interpretazione contrasterebbe con l'impianto dell'articolo 818 c.p.c., che, come accennato, attribuisce esclusivamente agli arbitri il potere cautelare. Anche in questo caso, il legislatore avrebbe potuto rimediare disciplinando il rinvio all'articolo 669 terdecies c.p.c. in modo più dettagliato. Medesimo discorso si può ripetere con riferimento ai casi di provvedimenti arbitrali che neghino la cautela. Infatti, anche in questo caso, nel silenzio normativo,

la soluzione potrebbe essere che la Corte d'appello possa concedere il provvedimento richiesto in sostituzione del tribunale arbitrale o che il giudice di secondo grado debba limitarsi al mero annullamento del provvedimento di diniego, rinviando agli arbitri di emanare il provvedimento richiesto in una sorta di fase rescissoria.

La competenza per modificare e revocare un provvedimento cautelare, qualora questo sia stato emesso dal giudice statale, come previsto dall'articolo 818, comma 2, c.p.c., è un'altra questione che la Riforma ha lasciato aperta e dovrà essere affrontata dagli operatori del diritto. La medesima questione può essere riproposta perché il provvedimento cautelare non ha funzionato. In caso di convenzione arbitrale che attribuisca la competenza cautelare agli arbitri, ci si chiede chi avrà la competenza a dichiarare l'inefficacia del provvedimento. Il problema di attribuire agli arbitri il giudizio di inefficacia sopravvenuta del provvedimento deriva dalla questione dell'impossibilità degli arbitri di attribuire esecutività all'ordinanza che, come richiesto dall'articolo 669-novies c.p.c., imponga il ripristino della situazione a com'era prima dell'esecuzione del provvedimento cautelare. Anche in questo caso, la Riforma ha lasciato un divario che può essere risolto attraverso l'applicazione analogica del disposto di cui all'articolo 818-ter del Codice penale. Pertanto, nel caso in cui il provvedimento cautelare emesso in sede arbitrale dovesse essere dichiarato inefficace, la sentenza potrà competere agli arbitri stessi, ai quali verrà fornita l'assistenza giudiziaria ex 818-ter c.p.c. per dare all'ordinanza emessa efficacia esecutiva. Con riferimento alle disposizioni relative all'arbitrato comune, è evidente che l'analisi condotta ha consentito l'interpretazione del dettato normativo dell'articolo 818-ter, poiché il modello di assistenza giudiziale previsto dalla norma consente un'attuazione dei provvedimenti cautelari arbitrali più in linea con le esigenze di celerità proprie della tutela cautelare e che diversamente sarebbero state pregiudicate ove previsto il modello del previo ottenimento dell'*exequatur* proprio del riconoscimento del lodo.

Per quanto riguarda l'arbitrato societario, la revisione della disciplina speciale del D. lgs. 5/2003 garantirà sicuramente una migliore consultazione e applicazione della normativa, resa uniforme

rispetto al diritto comune. Inoltre, sin dall'entrata in vigore della riforma del 2003, la Riforma ha risolto numerose questioni che hanno impegnato giurisprudenza e dottrina. Si pensi alla *vexata quaestio* relativa alla possibilità per le parti di adire l'autorità statale nei casi in cui il tribunale arbitrale non sia ancora costituito, ovvero quella relativa alla tipologia di atti sospendibili.

Infatti, quando agli arbitri verrà conferita la potestà cautelare generalizzata ex 818, sarà possibile sospendere le deliberazioni sociali di organi diversi dall'assemblea durante l'arbitrato societario. Tuttavia, il 6° comma dell'articolo 669-octies esclude l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 669-octies e al primo comma dell'articolo 669-novies per quanto riguarda le decisioni prese dall'organo assembleare, il che potrebbe causare dubbi interpretativi. Pertanto, riproponendo l'osservazione critica avanzata durante l'analisi, non può escludere l'idea che, nel caso in cui una delibera del consiglio di amministrazione sia sospesa, il ricorrente debba istaurare il giudizio di merito entro il termine perentorio. Ciò crea una distinzione tra il tipo di decisioni che sospendono le deliberazioni dell'assemblea e quelli che sospendono le deliberazioni di altri organi sociali. Per concludere, la Riforma ha lasciato molti vuoti normativi. Ciò potrebbe essere dovuto alle tempistiche particolarmente contingentate che il legislatore e i suoi ausiliari hanno dovuto rispettare e che gli operatori del diritto dovranno interpretare. In ogni caso, c'è sicuramente un vantaggio significativo nella Riforma, ovvero il fatto di aver finalmente superato il divieto degli arbitri di emettere provvedimenti cautelari, consentendo all'Italia di diventare una nazione favorevole all'arbitrato e quindi una futura sede di arbitrato internazionale.

BIBLIOGRAFIA

ALPA G., VIGORITI V., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale – Arbitrato, Profili di diritto sostanziale e diritto processuale*, UTET, 2013

ATTANASIO G., *Denuncia di danno temuto*, in *Obbiettivo Profitto*, 2023

BAIOCHETTI P., *I procedimenti cautelari, la nuova procedura civile*, in *rivista scientifica bimestrale di diritto processuale civile*, 2013

BARLETTA A., *La riproposizione della domanda cautelare*, GIUFFRÈ, 2008

BERNINI G., *L'arbitrato: diritto interno e convenzioni internazionali*, CLUEB, 1993

BIAVATI P., *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Rivista Arbitrato*, 2012

BONELLI E., in *Arbitrato*, Milano, IPSOA, 2012

BRIGUGLIO A., *Il potere cautelare degli arbitri*, in *Rivista Judicium*, 2023

CALAMANDREI P., *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare.*, in *Rivista diritto commerciale*, 1936

CARBONARA F., *Limiti oggettivi dell'«anticipazione» giuridica, «strumentalità attenuata» ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario, in Davanti al giudice. Studi sul processo societario, a cura di L. Lanfranchi, e A. Carratta, Torino, 2005*

CARLEVARIS A., *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale, Padova, 2006*

CARNACINI T., *voce Arbitrato rituale, in Novissimo Digesto it., XII, Torino, 1958*

CARPI F., *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario, in Contr. Impr., 1990*

CARPI F., *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento, in RTDPC, 1990*

CECHELLA C., *Il processo cautelare, GIAPPICHELLI, Torino, 1997*

COMOGLIO L.P., *a cura di C. Ferri, M. Taruffo, in Lezioni sul processo civile, IL MULINO, 2011*

CONSOLO F., *Spiegazioni di diritto processuale civile; VOL.1 "Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale", GIAPPICHELLI, 2019*

CORSINI F., *La riforma dell'arbitrato, in Rivista di diritto e procedura civile, 2023*

DIONISIO G., *La negoziazione assistita alla luce della Riforma Cartabia, 2023*

DE LUCA M.T., *L'accertamento tecnico preventivo*, MAGGIOLI, 2021

FARINA M., *Attribuzioni agli arbitri della potestà cautelare*, in *Rivista Judicium*, 2022

FARINA M., *Arbitrato*, in *La riforma del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023

FERRI C., *Sequestro*, in *Dig. civ. XVIII*, Torino, 1998

GIANA S., *Codice di Procedura Civile commentato*, a cura di L.P. COMOGLIO e R. VACCARELLA, in *onelegale*

LAUDISA L., *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, in *Riv. Arb*, 2005

LA CHINA S., *L'arbitrato; Il sistema e l'esperienza*, GIUFFRÈ, 2011

LUISO F.P., *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. Proc*, 2003

MAGGIPINTO A., *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, colonna di Minotti, in *Diritto ed economia delle nuove tecnologie*, NYBERG, 1999

MANDRIOLI C., *Diritto Processuale Civile, IV*, GIAPPICHELLI, Torino, 2006

MANDRIOLI C., CARATTA A., *Diritto processuale civile, vol II*, 2014

MARELLI F., *Il nuovo processo cautelare, in commentario. Le riforme della giustizia civile, a cura di Michele Taruffo*, Torino, 2000

MARINELLI M., *La clausola generale dell'art.100 c.p.c., origini metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005

PUNZI C., *Il disegno sistematico dell'arbitrato*, CEDAM, 2012

PUNZI C., voce *Arbitrato (Arbitrato rituale e irrituale)*, in Enc. Giur, 2008

RECCHIONI S. 2, *Diritto Processuale Cautelare*, GIAPPICHELLI, Torino, 2015

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

REGGIO M., *La disciplina dell'arbitrato dopo la Riforma Cartabia, in Il Sole 24 Ore*, 2022

RUFFINI G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie, in Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004

SASSANI B, GUCCIARDI B., *L'arbitrato societario, Temi Roma, Speciale arbitrato*, UTET, 2006

SALVANESCHI L., *L'arbitrato nella legge-delega (Commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n. 206, in Rivista Judicium*, 2021

SALVANESCHI L., *La domanda e il procedimento*, in *Il Processo Cautelare*, a cura di Tarzia e Saletti, V edizione, CEDAM, Padova, 2011

TOTA G., *Impugnazione in sede arbitrale di deliberazioni assembleari e riparto di potestà cautelare ex art. 35, comma 5, D.lgs. n. 5/2003, nota a Trib. Roma, sez. impr. (ord.) 22 aprile 2018*, in *Riv. arb.* 1, 2019

TRAVIA A., *Tutela cautelare [dir. amm.]*, in *Treccani*, 2013

VILLA., *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*, in *Riv. arb.* 2009

VILLAFRATE A., *La riforma Cartabia e la disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Mondo A.d.r.*, 2022

VULLO E., 1, *Commentario del Codice di Procedura civile a cura di Sergio Chiarloni. ART. 669 BIS – 669 quaterdecies. Procedimenti cautelari in generale*, ZANICHELLI, Bologna, 2017

VULLO E., 2, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. Civ. in I procedimenti sommari, II, 2*, a cura di Chiarloni e Consolo, GIAPPICHELLI, Torino, 2005

RINGRAZIAMENTI

Giunto al termine, vorrei adesso ringraziare alcune persone che sono state fondamentali per il mio percorso di vita ed universitario. Partirei ovviamente dalla mia famiglia, in particolare mia mamma e mia sorella. Loro sono state, sono e saranno le persone più importanti della mia vita. Grazie mamma per averci cresciuto in parte da sola, grazie per tutto l'affetto e l'amore che ogni giorno della tua vita ci hai dato e per i valori che ci hai insegnato. Grazie Skittino, la sorella migliore che mai potrei desiderare. Grazie per tutto, soprattutto per le litigate quotidiane che mi e ci hanno forgiato e formato. Grazie per essere sempre stata al mio fianco e per aver reso le mie giornate più allegre e meno vuote grazie alla tua sana pazzia, allegria e solarità. Grazie per avermi anche tu in parte cresciuto e per tutte le ramanzine che mi hai fatto, ovviamente solo ed esclusivamente per il mio bene. Grazie per aver sempre creduto in me e per le numerosissime parole e chiacchiere spese per la nostra crescita ed il nostro futuro. Grazie papà che nonostante la tua assenza, in quel poco lasso di tempo sei riuscito ad insegnarmi valori fondamentali per il mio percorso di crescita. Ti porterò per sempre nel mio cuore, ti dedico fortemente questo traguardo. Un ringraziamento speciale alla Shantona per tutte le attenzioni che mi ha dato e per l'affetto che ha dimostrato alla nostra famiglia di cui oramai fa parte.

Ci tengo molto a ringraziare mio cugino Niccolò, un fratello per me. Con te ho condiviso tutte le fasi della mia vita e dei ricordi bellissimi. Spero che il futuro ci unisca ancora di più e che ci faccia vivere altrettanti momenti unici e memorabili. Un ringraziamento speciale va ai miei zii, Filippo e Daniela parte fondamentale ed integrante della nostra famiglia. Un grande ringraziamento alla Nonna Pia, l'unica nonna che potrà godersi la laurea del suo unico nipote biondo preferito. Grazie per i tuoi insegnamenti e consigli preziosi, grazie per la tua cultura, la tua intelligenza e la tua apertura mentale che fa sì che con lei si possa parlare di qualsiasi argomento.

Un grandissimo ringraziamento alla famiglia Bellussi per avermi trattato come se fossi loro figlio. So che su di voi potrò sempre contare. Sarete per sempre la mia seconda casa.

Un pensiero speciale ai miei nonni che purtroppo non ci sono più. Duccio, Didi e Rosemary. Questo traguardo è anche per voi, vi voglio un bene immenso.

Grazie a Francesca con cui ho condiviso due anni intensi ed indimenticabili e con la quale sono cresciuto molto. Grazie per la bellissima esperienza di vita e non vissuta a Madrid (in Erasmus).

Infine, un ringraziamento a tutti i miei amici e amiche. In particolare, Ciubi (Beko), Bellu, Vitto, Renny, Pelo, Gatto, Abbu, Sarto, Feffo, Pippo Gallo, Fedaròn (Freddy Cooper). Con voi questo mio percorso di vita non sarebbe stato lo stesso, con voi ho i ricordi più belli della mia infanzia ed adolescenza. Spero il nostro rapporto si consolidi sempre di più e di esservi amico per tutta la vita.

Un grazie immenso alle mie amiche più care in particolare Elena ed Isabella.

Ultimi ma non per importanza vorrei ringraziare i miei compagni di università, senza di voi questo percorso non sarebbe stato lo stesso. In particolare, Emanuele, Lorenzo, Stefano, Francesca e Benedetta.

