



Associazione
Italiana
per l'Arbitrato
1958

RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina

Pubblicazione trimestrale - ISSN 1122-0147 - Anno XXXIV - N. 2/2024
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

2/2024

ANTONIO BRIGUGLIO *

La clausola di attribuzione agli arbitri del potere di concedere misure cautelari **

SOMMARIO: 1. Un nuovo tipo di clausola arbitrale ancillare, a seguito della recentissima abolizione del divieto per gli arbitri di emanare misure cautelari. — 2. Forma e modalità della pattuizione attributiva agli arbitri della potestà cautelare. — 3. I possibili contenuti della clausola. — 4. *Segue*: altri possibili contenuti. — 5. Il richiamo ai regolamenti di arbitrato amministrato. — 6. Clausola attributiva della potestà cautelare agli arbitri ed applicazione *ratione temporis* delle nuove disposizioni. — 7. Effetti e limiti della clausola (profili di diritto interno e di diritto internazionale privato). — 8. Quanto ad attuazione ed impugnazione del provvedimento cautelare dell'arbitro ritorna in campo il giudice; in particolare: il sindacato della validità ed efficacia della clausola in sede di reclamo.

297

1. L'ultimissima (da ben pochi augurata, da molti vituperata, dai più oggi rassegnatamente mal tollerata) riforma della giustizia civile (c.d. "Riforma Cartabia") ha introdotto — fra le poche novità almeno in astratto condivisibili pur se ovviamente tutt'altro che significative onde risolvere veri o presunti mali della tutela civile complessivamente considerata — la eliminazione del vetusto dogma che inibiva in termini generali agli arbitri l'esercizio del potere cautelare.

L'attuale art. 818 del codice di rito generalizza, in senso diametralmente opposto, la timida anticipazione del "cautelare arbitrale" già

* Professore ordinario nella Università di Roma "Tor Vergata".

** Il presente scritto è destinato al volume *Clausole negoziali*, IV, Utet, a cura di Massimo Confortini.

realizzatasi nella disciplina speciale del c.d. "arbitrato societario" quanto alla sospensione della efficacia delle delibere¹. Oggi "le parti, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali, possono attribuire agli arbitri [rituali]² il potere di concedere misure cautelari con la convenzione di arbitrato o con atto scritto separato".

In disparte dalle notevoli complicazioni che un pur apprezzabile allineamento del nostro a numerosi altri ordinamenti³ comporterà riguardo alle evenienze post-cautelari corrispondenti a revoca e modifica, reclamo, declaratoria di inefficacia, e attuazione, nell'inevitabile concorso tra funzioni arbitrali e funzioni giurisdizionali⁴, occorre qui soffermarsi sul nuovo tipo di clausola attributiva di poteri cautelari agli arbitri, quanto a requisiti, contenuto possibile, limiti ed effetti.

¹ V. l'art. 36 del d.lgs. n. 5/2003 oggi trasfuso nell'art. 838-ter, c. 4°, c.p.c.

² In una visione (tutt'altro che ignota alla nostra dottrina) di tendenziale omofonia fra le discipline di dettaglio dell'arbitrato rituale e dell'arbitrato irrituale, con estensione diffusa a quest'ultimo di disposizioni dettate espressamente per il primo (tranne ovviamente gli artt. 824-bis, 825 e 828 ss., e cioè esclusa la idoneità del lodo irrituale alla efficacia di sentenza, la sua omologabilità, e l'assoggettamento al regime impugnatorio previsto per il lodo rituale) a qualcuno potrebbe venire in mente che l'art. 818 e perciò la pattuizione aggiuntiva o separata attributiva di potestà cautelare agli arbitri trovino spazio operativo anche ove la convenzione arbitrale principale preveda un arbitrato irrituale (così, sia pure con prudenza, CAROSI A., *Finalmente la potestà cautelare agli arbitri*, in questa *Rivista*, 2023, p. 575 ss., spec. 629 ss.).

Sennonché il regime complessivo della nuova "cautela arbitrale", ed in particolare il regime di attuazione della cautela previsto dall'art. 818-ter ed il regime impugnatorio del provvedimento cautelare previsto dall'art. 818-bis, risultano incompatibili con la efficacia puramente negoziale del *dictum* emanabile dagli arbitri irrituali (evidente essendo che una loro pronuncia cautelare non potrebbe spiegare efficacia maggiore di un loro lodo). La morale del discorso non è però la totale inefficacia giuridica di una pattuizione *inter partes* attributiva di potestà cautelare agli arbitri irrituali, ma solo che essa non comporterebbe la applicazione integrale degli artt. 818, 818-bis e 818-ter c.p.c., restando i provvedimenti cautelari emanati dagli arbitri irrituali, in conseguenza di quella pattuizione, confinati sul piano di una valenza puramente privatistica e negoziale. In molti casi — ed ove la misura cautelare adottata avesse bisogno di esecuzione coattiva — una tale efficacia sarebbe pressoché inutile (ben difficilmente potendo dar luogo oltretutto, a differenza di quanto avviene per il lodo irrituale, ad una utile successiva cognizione ordinaria di merito idonea al conseguimento di un titolo esecutivo). Tuttavia l'esperienza degli arbitrati amministrati ha già conosciuto — nella vigenza del divieto di misure cautelari per gli arbitri rituali — ipotesi di previsione pattizia, mercé la *relatio* alle disposizioni regolamentari, di provvedimenti cautelari relegati al piano della efficacia puramente negoziale (v. ad esempio l'art. 26, c. 2° del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano nella precedente versione 2020).

³ Sul tema v. per tutti CARLEVARIS A., *Competenza cautelare esclusiva degli arbitri e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2023, 85 ss., nonché in precedenza e più ampiamente ID., *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006.

⁴ Cfr. su tali problematiche BRIGUGLIO A., *Il potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile, e la inevitabile interferenza del giudice*, in questa *Rivista*, 2022, 787 ss.

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

2. Imprescindibile è ovviamente la forma scritta. Essa dovrà coincidere con apposita pattuizione attributiva del potere cautelare arbitrale inserita nella convenzione compromissoria (compromesso o clausola compromissoria contrattuale o convenzione in materia non contrattuale introdotta all'art. 808-*bis* dalla riforma dell'arbitrato del 2006), ovvero essere consacrata in atto separato purché anteriore all'instaurazione del procedimento arbitrale⁵. Di tale patto separato è per altro più che evidente il collegamento negoziale rispetto alla convenzione arbitrale, essendo inimmaginabile la validità ed efficacia di un accordo attributivo della sola potestà cautelare a privati che non siano arbitri perché invalida o inefficace *ab origine* è la loro investitura compromissoria⁶. A ciò condurrebbe, anche a prescindere dal regime del collegamento negoziale, già la sola lettura razionale dell'art. 818. Ma sotto entrambi i profili si può per lo meno e senz'altro consentire che una misura emanata da arbitri, ai quali la corrispondente potestà sia stata conferita con l'atto scritto separato, non venga automaticamente meno — salve le vicende della sua efficacia su altri piani — sol perché sia *sopravvenuta* (e non originaria) l'inefficacia della convenzione arbitrale madre.

L'anteriorità rispetto alla "instaurazione del giudizio arbitrale", e perciò di regola rispetto alla proposizione della domanda di arbitrato

299

⁵ A quest'ultimo riguardo cfr. ampiamente CAROSI A., *Finalmente la potestà cautelare*, cit., 592 ss.

⁶ Ne segue che: (i) la clausola sui poteri cautelari arbitrali, ovunque contenuta, si giova della autonomia della convenzione arbitrale madre (mentre non è autonoma rispetto a questa); (ii) e che la legge applicabile alla clausola sui poteri cautelari arbitrali non può che essere quella stessa applicabile alla convenzione arbitrale madre, in ipotesi (rara) anche una legge non italiana pur se il procedimento arbitrale sia radicato in Italia (ciò non è impedito dal fatto che la clausola in discorso sia oggi contemplata dall'art. 818 c.p.c. e cioè da disposizione processuale italiana, così come la ovvia presenza nel nostro sistema di disposizioni sulla convenzione arbitrale non impedisce notoriamente il concorso della legge sostanziale straniera quale parametro di validità, efficacia e interpretazione della convenzione arbitrale anche in caso di radicamento dell'arbitrato nel nostro ordinamento).

In altre parole: non solo ma soprattutto nella materia che ci occupa sarebbe troppo semplicistico l'assioma secondo cui poiché gli effetti processuali (attributivi della competenza cautelare agli arbitri e tendenzialmente preclusivi di quella cautelare del giudice italiano) della convenzione negoziale in discorso sono contemplati da disposizioni italiane (quelle di cui all'art. 818 appunto), la legge sostanziale che regola la convenzione medesima debba essere "a ritroso" necessariamente quella italiana. Ben potrà aversi invece una convenzione sulla cautela arbitrale regolata da legge sostanziale straniera e che tuttavia dispieghi in Italia (e cioè per gli arbitri "italiani" e per il nostro giudice nazionale) gli effetti previsti dal nostro art. 818. Altrettanto ovviamente resteranno affidati alla legge straniera i profili effettuali di ordine processuale (per giudice straniero e per arbitri esteri) di una convenzione siffatta da qualunque legge sostanziale regolata.

(visti gli effetti di piena litispendenza arbitrale a questa riconosciuti da una congerie di altri disposti normativi), sembra dettata non già nell'interesse dell'arbitro riguardo alla compiuta consapevolezza del suo mandato (ché altrimenti l'"anteriorità" dovrebbe essere consentita fino alla accettazione dell'incarico), bensì ai fini della tenuta e certezza del sistema in rapporto alla alternativa competenza cautelare (e perciò per definizione da attivarsi con sicurezza ed urgenza) del giudice dello Stato (art. 669-*quinquies* c.p.c.). Perciò il tenore perentorio dell'art. 818 non pare in proposito superabile da un accordo successivo ed in corso di arbitrato delle parti pur assentito dagli arbitri.

L'attribuzione per iscritto del potere cautelare agli arbitri potrà avvenire con piena libertà di formulazione ed anche mediante il mero richiamo all'art. 818 (ad esempio: "qualsiasi controversia derivante dalla interpretazione ed esecuzione del presente contratto sarà deferita, compresi i poteri di cui all'art. 818 c.p.c., ad un collegio arbitrale..."). Il principio generale "*in dubio pro* competenza arbitrale", a mio avviso ormai riconducibile, sia pure entro certi limiti, alla disposizione *ex* art. 808-*quater* sull'interpretazione della convenzione arbitrale, dovrebbe applicarsi estensivamente e per quanto di ragione anche alla pattuizione sulla "cautela arbitrale". In senso contrario non sono traibili argomenti dalla inderogabilità *ex* art. 28 c.p.c. della competenza (territoriale) cautelare, perché essa vale entro l'ambito delle attribuzioni della giurisdizione statale, e se queste attribuzioni sono oggi divenute sostituibili dal giudizio privato degli arbitri anche per la cautela oltre che per il merito, i criteri interpretativi del patto attributivo dovrebbero essere equivalenti nell'uno e nell'altro caso.

3. Poiché il nostro legislatore ha conferito, a differenza di altri⁷, non direttamente ed in via generale la competenza cautelare agli arbitri, bensì alle parti la facoltà di attribuire tale competenza, ma anche di non attribuirle⁸, deve ritenersi che le parti possano pattiziamente optare anche per un *minus* e cioè commettere agli arbitri solo l'emanazione di alcune e determinate misure cautelari o interdire loro l'emanazione di

⁷ V. ancora CARLEVARIS A., in AA.VV. *Commento ai principi in materia di arbitrato della legge di delega n 206 del 21 novembre 2021*, in questa *Rivista*, 2021, 39.

⁸ Ciò che differenzia ad esempio la nuova soluzione italiana da quella svizzera, ove alle parti di una convenzione arbitrale è dato escludere la potestà cautelare arbitrale, ma altrimenti essa si intende *ipso iure* attribuita (v. l'art. 183, c. 1°, della legge sul d.i.p.).

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

alcune; e perfino — a mio, ammetto più problematico, avviso ⁹ — prevedere che l'istante in via cautelare abbia sempre, o almeno in determinate situazioni ¹⁰, la facoltà di rivolgersi alternativamente al giudice; così come del resto è dato ai compromettenti (per quanto rara sia l'ipotesi) affidare ad arbitri il merito della lite senza però preclusione del ricorso al giudice a scelta dell'attore o anche ed asimmetricamente di una sola delle parti se attrice.

Che ciò contraddica il carattere "esclusivo" della "competenza cautelare attribuita [dalle parti] agli arbitri", secondo l'espresso tenore del nuovo art. 818, c. 1°, ultimo inciso, non credo. Questa disposizione è stata dettata a scanso di equivoci, e se si vuole a fronte della notoria ricorrenza di modelli esteri che contemplano come regola una competenza cautelare anche sincronicamente concorrente fra arbitro e giudice statale ¹¹. Ma essa non può ritenersi radicalmente inderogabile, o più esattamente va intesa — *cum grano salis* e secondo l'ovvio criterio della continenza del meno nel più — nel senso che l'effetto preclusivo della potestà cautelare giudiziale, a seguito della pattuizione della potestà cautelare arbitrale, si produce per quel tanto che le parti vogliono e dunque se del caso anche solo parzialmente.

L'unica attribuzione agli arbitri di potestà cautelare *ex lege*, o per meglio dire veicolata solo dalla generica volontà compromissoria senza necessità di apposito conferimento pattizio di poteri cautelari, è stata già prevista dall'art. 35 d.lgs. n. 5/2003 ed è ora contemplata — visto il trasferimento nel codice di rito della normativa sull'arbitrato societario, sempre ad opera dell'ultimissima riforma — dall'art. 838-ter, c. 4°. Essa

301

⁹ Cfr. BRIGUGLIO A., *Il potere cautelare degli arbitri*, cit., 793.

¹⁰ Ad esempio quando l'istanza cautelare debba necessariamente o possa convenientemente essere rivolta anche nei confronti di un terzo estraneo alla pattuizione compromissoria, risolvendosi così problema altrimenti complesso e probabilmente risolubile (almeno in caso di necessaria partecipazione del terzo al provvedimento cautelare) solo a costo comunque della inefficacia nel caso concreto del patto attributivo della competenza cautelare agli arbitri (v. anche *infra*, par. 7).

¹¹ Se non fosse per questo dato empirico-comparativo, particolarmente significativo perché il mondo dell'arbitrato è ormai notoriamente una *koiné* internazionale, non vi sarebbe bisogno del predicato esplicito della esclusività, così come non vi è bisogno che il legislatore dica che l'accordo compromissorio attribuisce di regola agli arbitri competenza esclusiva quanto alla cognizione di merito.

Quanto al modello diverso della potestà cautelare sempre concorrente fra giudice ed arbitro, esso sarebbe piaciuto ad alcuni ed ha altrove i suoi sicuri vantaggi (cfr. CARLEVARIS A., *Competenza cautelare esclusiva degli arbitri e autonomia privata*, cit., 85 ss.), ma nel nostro sistema normativo e pratico avrebbe dato probabilmente luogo a complicazioni ed incertezze superiori ai possibili aspetti positivi.

riguarda la sospensione cautelare delle delibere societarie, affidata agli arbitri sol che ad essi sia devoluta controversia avente ad oggetto la validità delle delibere. Tale perdurante regola speciale si giustifica, anche dopo la introduzione generalizzata della regola diversa (potere cautelare arbitrale solo in caso di apposita volontà delle parti), perché nella interconnessione fra diritto societario sostanziale e strumentario processuale la cautela sospensiva è fin troppo essenziale connotato del giudizio sulla validità della delibera. Semmai, il rilievo conferito ora ed in termini generali dal nuovo art. 818 alla autonomia privata in tema di "cautela arbitrale" potrebbe giustificare l'assunto secondo cui l'art. 838-ter, c. 4° sarebbe derogabile, e dunque la sospensione della delibera attribuibile al giudice statale, se così preveda la convenzione arbitrale statutaria; sennonché proprio quella disposizione rientra (come rientrava anche prima) nell'ambito della "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale" e, sebbene non vincolante, la "rubrica" si oppone decisamente ad un assunto che già non ha per conto suo una giustificazione certissima ¹².

302

4. Sono in astratto immaginabili indicazioni pattizie sul *procedimento cautelare* affidato agli arbitri, compresa la sua eventuale scindibilità in una fase *inaudita altera parte* ed in una immediatamente successiva in contraddittorio.

È evidente infatti che, una volta attratta la vicenda cautelare all'arbitrato, la disposizione cardine in materia procedimentale sia quella dell'art. 816-bis c.p.c., con la conseguenza che le parti — anche se difficilmente lo faranno come difficilmente lo fanno quanto al giudizio arbitrale di merito — sono libere di pattuire le regole di procedura anche per la fase cautelare, perfino condizionando la emanazione della misura interinale a determinati presupposti probatori o prefigurandone limitazioni oggettive.

In mancanza provvederanno gli arbitri anche mediante concessione *inaudita altera parte* e successivo differimento del contraddittorio, e se del caso discostandosi, come potrebbe discostarsene le volontà concorde delle parti, sia dalla applicazione diretta della disposizione sul "procedimento cautelare" ex art. 669-sexies, c. 1°, sia dalla applicazione diretta

¹² Sulle problematiche relative alla cautela nell'arbitrato societario dopo la "riforma Cartabia" v. SALVANESCHI L., in AA.VV., *Commento*, cit., 73 ss. e CERRATO S., *Note sparse su arbitrato e potere cautelare alla luce della riforma Cartabia*, in questa *Rivista*, 2023, 101 ss.

dell
di u
sede
trade
se an
rego
rebbe

5
bitra
tenza
ment
tenga
ment
tempo
a pier
cato i
di sec
sancit
concre
arbitra

Il
regola
state c
adegu

13 S
818 med
arbitri e
14 I
arbitrale
15 S
retro alla
16 V
ove la tu
precisazi
regolame
rebbe il c
pure nel
pattuizior
dall'art. 8

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

dell'art. 669-*sexies*, c. 2°, e perciò prescindendo dalle particolari ragioni di urgenza quali in quest'ultima disposizione definite.

Il "differimento" della (necessaria) audizione di entrambe le parti in sede cautelare non è invero per nulla in contrasto con il rispetto del contraddittorio prescritto dall'art. 816-*bis*. Quanto al resto e più in generale: se anche si applicasse direttamente al procedimento cautelare arbitrale la regola scritta nell'art. 669-*sexies*, c. 1°, le conseguenze concrete non sarebbero diverse vista la elasticità deformalizzante di quella regola.

5. Sommarie disposizioni procedurali pattizie sulla cautela arbitrale vi saranno il più delle volte ove il patto attributivo della competenza cautelare agli arbitri consista in una semplice *relatio* ad un regolamento di arbitrato amministrato, il quale — come è frequente — contenga quelle pur sommarie disposizioni. Regolamenti siffatti, sia ovviamente a livello internazionale ma anche a livello nazionale, erano da tempo già attrezzati per la "cautela arbitrale"¹³. La quale era destinata a piena effettività ove l'arbitrato governato dal regolamento fosse radiato in ordinamento straniero già liberale in proposito¹⁴, mentre, in caso di sede dell'arbitrato in Italia e nella vigenza del divieto normativo sancito dal nostro "vecchio" art. 818, era confinata a scarsissima rilevanza concreta, salva la eventuale valenza "negoziale" della misura cautelare arbitrale ove ciò fosse prudenzialmente previsto dal regolamento¹⁵.

Il nuovo art. 818 ridona pieno vigore a questo tipo di disposizioni regolamentari anche quanto ad arbitrati con sede in Italia, ed esse sono state da taluni organismi di arbitrato amministrato altresì sobriamente adeguate all'attuale assetto normativo¹⁶.

¹³ Sul punto, e più in generale sulle problematiche possibili in caso di pattuizione *ex art. 818* mediante *relatio* a regolamento, v. ampiamente SALVANESE L., *I poteri cautelari degli arbitri e l'arbitrato amministrato*, in questa *Rivista*, 2023, 829 ss.

¹⁴ Esplicito o comunque implicito era ed è nelle previsioni regolamentari sulla "cautela arbitrale" il condizionamento della loro efficacia a quanto consentito dalle *lex arbitratu*.

¹⁵ Si consideri l'esempio del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano cennato retro alla nota 2.

¹⁶ Vedi ad esempio attuale art. 26 del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, ove la tutela cautelare arbitrale è prevista ora "salvo diverso accordo delle parti"; provvida precisazione questa, perché altrimenti in caso di compromittenti i quali, richiamando il regolamento milanese, escludessero però espressamente la tutela cautelare arbitrale, vi sarebbe il consueto problema della "derogabilità" o meno delle disposizioni regolamentari, sia pure nel limitato senso (non già della efficacia dell'accordo compromissorio come pure della pattuizione che esclude la competenza cautelare arbitrale, efficacia notoriamente protetta dall'art. 832, c. 2°, c.p.c., bensì) della accettabilità della amministrazione dell'arbitrato da parte

Il testo dell'art. 818 — secondo cui le parti possono attribuire agli arbitri poteri cautelari “anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali” — è dovuto ad una più che lecita aggiunta integrativo-attuativa della legge di delega da parte del legislatore delegato, ed è inequivoco: la *relatio* è in proposito efficace anche quando si riferisca genericamente al regolamento, e non solo quando le parti abbiano specificamente richiamato la disposizione regolamentare sulla “cautela arbitrale”¹⁷.

Si è piuttosto e giustamente evidenziato¹⁸ che quando la competenza cautelare è attribuita agli arbitri mediante *relatio* ad un regolamento arbitrale il suo concreto esercizio — possibile a norma dell'art. 818, c. 2°, solo dopo la “accettazione dell'arbitro unico” o la “costituzione del collegio” (e cioè la formale accettazione di tutti i suoi componenti), prima di ciò rimanendo la funzione cautelare, pur corrispondente ad un merito deferito agli arbitri, incardinata nella giurisdizione statale — scontrerà il lasso temporale di solito più lungo ed i meccanismi procedurali più complessi (dichiarazione di indipendenza, conferma ad opera dell'organismo di amministrazione, ecc.) normalmente contemplati dai regolamenti avanti la formale ed anche effettiva costituzione dell'organo arbitrale (risultando ad esempio la previa “accettazione” dell'incarico ad opera degli arbitri una semplice manifestazione di disponibilità ancora soggetta al controllo della Camera arbitrale)¹⁹.

Proprio per rispondere — nelle more della formale costituzione dell'organo arbitrale o perfino *ante causam* e cioè prima della domanda di arbitrato — alle esigenze cautelari i regolamenti più reputati prefigurano un organo para-arbitrale di pronto intervento con funzioni esclusivamente interinali (*pre-arbital referee* ICC e simili). Rimango convinto²⁰

della Camera. Sulle modifiche del Regolamento in questione, anche quanto ad altri aspetti, v. FARINA M., *Il nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano all'alba della entrata in vigore delle nuove norme in tema di poteri cautelari degli arbitri*, in questa *Rivista*, 2023, 205 ss.

¹⁷ Così esattamente SALVANESCHI L., *I poteri cautelari*, cit., par. 2.

¹⁸ SALVANESCHI L., *I poteri cautelari*, cit., par. 4.

¹⁹ Non credo invece che la, a volte postergata, consegna del *file* agli arbitri ad opera della Camera arbitrale (presso la quale sono depositati gli atti introduttivi delle parti e i documenti), cui anche — mi pare — alluda l'A. ult. cit. (e vedi altresì CORSINI F., *I poteri cautelari degli arbitri ai sensi del nuovo art. 818 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 883) possa comportare null'altro che una scomodità pratica alla quale deve avviarsi sul piano per l'appunto pratico e doverosamente viste le esigenze intrinseche di celerità in gioco. Resta fermo però che dopo la formale costituzione dell'organo arbitrale, ed anche se il fascicolo non è ancora pervenuto agli arbitri, il potere cautelare di costoro sussiste ad esclusione di quello del giudice statale.

²⁰ Cfr. BRIGUGLIO A., *Il potere cautelare*, cit., 796 (in senso sostanzialmente analogo, almeno quanto alla competenza concorrente fra giudice e “arbitro di urgenza”, v. poi FARINA M., *Il nuovo Regolamento*, cit., 222).

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

che, ove regolamenti siffatti siano richiamati per *relationem* dall'accordo compromissorio, da un lato non impediranno alla parte di rivolgersi al giudice dello Stato per la richiesta di cautela (risultando in proposito invalicabile il dato formale *ex art. 818, c. 2°*), d'altro lato daranno luogo, come poteva accadere fino ad ora, ad una misura puramente "privata", di una qualche concreta efficacia se "autorizzativa", ma priva di possibilità di coattiva attuazione²¹. Non escludo la plausibilità di un ragionamento diverso²²: quelle previsioni regolamentari integranti la convenzione di arbitrato attribuirebbero pur sempre, e legittimamente dal punto di vista del nuovo art. 818, la competenza cautelare esclusiva ad "arbitri", di solito designati in via rapida o addirittura pre-designati dall'organismo di amministrazione²³, sia pure diversi da quelli che poi le parti con il concorso o meno dell'organismo di amministrazione designeranno per il merito. Anche così ragionando, tuttavia, resterebbe insuperabile per lo meno la necessità *ex art. 818* della accettazione dell'incarico arbitrale (cautelare) come *dies a quo* della insorgenza effettiva della relativa competenza. Perciò vi sarebbe comunque uno spazio teorico ed anche pratico di competenza cautelare *ante causam* del giudice dello Stato prima che l'"arbitro di urgenza" abbia accettato l'incarico. Il che di fatto — e salve ipotesi di pre-designazione stabile ad opera dell'organismo di amministrazione ed accettazione ora per allora²⁴ — comporterebbe che la parte interessata alla cautela *ante causam* sarebbe sempre libera di rivolgersi al giudice dello Stato invece che ricorrere secondo le modalità regolamentari al procedimento di urgenza regolamentare. Ed anzi, anche ove scegliesse questa seconda via, la competenza cautelare dell'"arbitro di urgenza" sarebbe in astratto preclusa dalla necessità che, sia pure in tempi rapidi, questi sia designato ed accetti; e per "salvare" quella competenza, ove proprio l'"arbitro di urgenza" sia stato adito per la cautela, si dovrebbe ricorrere all'*escamotage* imperniato sull'operare

305

²¹ Riguardo a tale prospettiva "privatistica" ed ai suoi consentiti esiti pratici, già relativamente al nostro sistema nella vigenza del precedente divieto *ex art. 818*, v. da ultimo l'intelligente scritto di CAROSI A., *Arbitrato e tutela cautelare: limiti di possibile derogabilità dell'art. 818 c.p.c. e relativi effetti*, in questa *Rivista*, 2021, 43 ss.

²² V. infatti se non erro SALVANESCHI L., *I poteri*, cit., par. 4; cfr., in arg. anche FARINA M., *Arbitrato*, in AA.VV. (a cura di R. Tiscini), *La riforma Cartabia del processo civile*, Roma, 2023, 1200, nota 23.

²³ Ma pur sempre per volontà riconducibile alle parti per via della *relatio* al regolamento.

²⁴ Di dubbia efficacia per altro, ai fini che ci interessano, se effettuata in *incertam personam* quanto a futuri o comunque ignoti compromittenti.

solo *secondum eventum* dell'art. 5 c.p.c., e cioè alla applicazione della *perpetuatio jurisdictionis* sempre e solo in senso conservativo ²⁵.

6. Il nuovo art. 818 è entrato in vigore, anticipatamente rispetto a quanto originariamente previsto, il 28 febbraio 2023 (art. 1, c. 380°, l. 29 dicembre 2022, n. 197) e si applica, secondo la disposizione transitoria generale di cui all'art. 35, c. 1° del d. lgs. n. 149/2022, "*ai procedimenti instaurati successivamente a tale data*", mentre ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni "*anteriamente vigenti*" e cioè, per quel che ci riguarda, il generale divieto di cautela arbitrale secondo la previgente versione dell'art. 818.

Il principio della *perpetuatio iurisdictionis* non opererà nei modi consueti in relazione alla sopravvenienza "normativa" ²⁶ data dalla entrata in vigore del nuovo art. 818. L'art. 818 deve infatti considerarsi regola attributiva agli arbitri di una competenza (cautelare) che prima essi non avevano, e come tale, ed in presenza di apposita disposizione transitoria, essa sfugge alla interferenza notoriamente residuale dell'art. 5, c.p.c. ²⁷. Perciò il giudice statale adito con ricorso cautelare depositato fino al 28 febbraio 2023 conserverà la propria *potestas iudicandi* — in virtù della disposizione transitoria *ex* art. 35, c. 1° del d.lgs. prima ancora che dell'art. 5 c.p.c. — anche successivamente a tale data ed anche se gli arbitri fossero per avventura già investiti di poteri cautelari dalla convenzione *inter partes* ed avessero accettato prima di quella data. E viceversa, e nella stessa situazione, dovranno dichiararsi incompetenti gli arbitri aditi per la cautela prima della data medesima. Per contro, dopo quella data saranno competenti per la cautela gli arbitri e non il giudice (con conseguente declinatoria ad opera di quest'ultimo ove adito) se la convenzione *inter partes*, pur anteriore, lo preveda e se gli arbitri abbiano già accettato l'incarico.

Per "*procedimento instaurato successivamente a tale data*", ai sensi e per gli effetti dell'art. 35, c. 1° del d. lgs. n. 149/2022, deve infatti intendersi, in relazione alla applicazione nel tempo del nuovo art. 818, non già il procedimento arbitrale (che potrebbe essere stato già instau-

²⁵ V. in proposito anche *infra* par. 7.2.

²⁶ Vedi invece, quanto alle sopravvenienze fattuali, rappresentate dalla stipula della clausola o della accettazione degli arbitri, *infra* par. 7.

²⁷ Cfr. PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 266 nota 6; LUISO F.P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 5.

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

rato in precedenza), bensì il procedimento cautelare innanzi agli arbitri o innanzi al giudice.

Né sembrano esservi ragioni per ritenere che il potere cautelare arbitrale sussista solo se conferito da una convenzione arbitrale o patto separato successivi alla entrata in vigore del nuovo art. 818, c. 1°, e non anche da una convenzione precedente (l'ipotesi di una convenzione precedente alla modifica dell'art. 818, e però attributiva di poteri cautelari agli arbitri, è ovviamente plausibile ponendo mente alla possibile *relatio* a regolamenti arbitrali di cui si è detto al paragrafo precedente, risultando altrimenti alquanto irrealistica). L'art. 818, c. 1°, infatti — pur coinvolgendo indirettamente anche la efficacia della convenzione arbitrale ed implicando la possibilità di stipula di una nuova clausola a questa aggiuntiva — non è disposizione *sulla* convenzione arbitrale, bensì disposizione prevalentemente processuale e sui poteri degli arbitri in corso di procedimento arbitrale, e non vi è dunque alcun motivo per postulare deroghe implicite, oltretutto difficilmente giustificabili anche in astratto, alla generale disposizione transitoria *ex* art. 35, c. 1° del d.lgs., *ad instar* della nota distinzione che il legislatore della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 27 del d.lgs. n. 40/2006) tracciò fra la entrata in vigore delle nuove norme sull'accordo compromissorio e quella delle altre norme procedurali²⁸.

307

²⁸ In senso sostanzialmente conforme la SALVANESCHI L., *I poteri*, cit., par. 3 (che scarta convincentemente anche il possibile argomento contrario secondo cui non potrebbe addossarsi ad entrambe le parti un effetto — quello della piena potestà cautelare degli arbitri — che esse non avrebbero potuto prevedere al momento in cui facevano generale *relatio* al regolamento arbitrale).

Si badi tuttavia che ad avviso di questa A. per “procedimento instaurato successivamente” alla data di entrata in vigore dell'art. 818 dovrebbe intendersi il solo procedimento arbitrale e non il procedimento cautelare. Ma ai fini del problema discusso nel testo il risultato non cambia: se il procedimento arbitrale è instaurato dopo l'entrata in vigore dell'art. 818 sussisterà, alle condizioni da questo previste, la potestà cautelare degli arbitri anche ove la pattuizione attributiva sia stata stipulata (mediante *relatio* a regolamento) in precedenza.

In realtà il problema di quale sia il “procedimento” cui fare riferimento, ai fini della applicazione nel tempo dell'art. 818, secondo la previsione *ex* art. 35, c. 1° d. lgs. 149/2002, non è problema semplice ed andrebbe approfondito altrove.

Se si ritiene, con la Salvaneschi, che esso è il *procedimento arbitrale*, si avrà il vantaggio di un riferimento dirimente unico sia per l'arbitro che per il giudice aditi con la richiesta di cautela: il primo dovrà dichiararsi sempre incompetente ed il secondo sempre competente se la domanda di arbitrato è stata proposta entro il 28 febbraio 2023, altrimenti la competenza sarà ripartita secondo le previsioni dell'art. 818 ed a seconda che la apposita pattuizione delle parti (anche precedente) vi sia o non vi sia e che l'accettazione degli arbitri (anche precedente) sia già intervenuta o meno. Vi è però la difficoltà formale (ammetto non insormontabile) di intendere per “procedimento” qualcosa di diverso da quello — distinto — cautelare (arbitrale

7. — 7.1. La clausola attributiva della potestà cautelare agli arbitri spiega, come la convenzione arbitrale rispetto alla cognizione del merito, duplicità di effetti: quello positivo di fondare la competenza cautelare degli arbitri e quello negativo di sottrarre tale competenza al giudice.

Come già anticipato, tuttavia, la "esclusività" della competenza arbitrale voluta dalle parti, espressamente consacrata dall'art. 818, c. 1°, c.p.c., presuppone la intervenuta accettazione dell'arbitro unico o costituzione del collegio (v. il c. 2° del medesimo art.). Vi è dunque concorrenza diacronica della competenza cautelare fra giudice ed arbitro nonostante la clausola attributiva della potestà cautelare, nel senso che fino a quel momento, vuoi che l'arbitrato sul merito abbia o meno avuto inizio con la proposizione della relativa domanda, la istanza cautelare si propone al giudice competente *ex art. 669-quinquies*.

o giudiziale), al quale propriamente la disposizione che deve applicarsi nel tempo attiene. E vi è soprattutto lo svantaggio di ridurre l'ambito applicativo concreto della novità escludendo da esso gli arbitrati in corso e nel corso dei quali sopravvengano esigenze cautelari che in ipotesi gli arbitri potrebbero valutare, specie sotto il profilo del *fumus*, ben meglio del giudice (svantaggio, ammetto, per forza di cose confinato ai soli arbitrati amministrati, visto che altrimenti è comunque improbabile che un arbitrato in corso al momento dell'avvento del nuovo art. 818 si fondi su pattuizioni compromissorie contemplanti in modo preveggen- te la potestà cautelare arbitrale).

Se si ritiene che per "procedimento" instaurato dopo la entrata in vigore debba intendersi il *procedimento cautelare in quanto tale*, si avrà, a mio avviso, una maggiore aderenza al dato formale *ex art. 35, c. 1°, d.lgs. n. 149/2022*, che è disposizione transitoria generale, la quale pertanto deve poi essere calata nello specifico ambito operativo della disposizione della cui applicazione nel tempo si tratta, attraverso ciò dovendosi individuare il procedimento di riferimento (come quello, cioè, che quella disposizione è chiamata a regolare). Ma si avrà lo svantaggio di una possibile sovrapposizione fra una istanza cautelare entro il 28 febbraio 2023 al giudice, il quale potrebbe perciò tranquillamente escludere del tutto dalla scena (anche in presenza di precedente pattuizione attributiva di potestà cautelare arbitrale) l'applicazione del nuovo art. 818 e ritenere la propria competenza, e una istanza cautelare successivamente, e dopo il 28 febbraio 2023, indirizzata all'arbitro, il quale dovrebbe considerare applicabile il nuovo art. 818 e dovrebbe cioè almeno in astratto considerarsi competente una volta verificate le condizioni ulteriori da questa disposizione previste.

Senonché un tale svantaggio da sovrapposizione non può comunque essere escluso in assoluto e neppure seguendo la diversa accezione di "procedimento instaurato successivamente" (si pensi alla ipotesi di un arbitrato instaurato successivamente al 28 febbraio 2023 e di una prima richiesta cautelare rivolta al giudice in anticipo sulla accettazione degli arbitri, e poi reiterata di fronte a questi ultimi dopo la loro accettazione), ed il relativo problema va risolto su diverso piano: o accontentandosi anche in materia cautelare della dottrina del "doppio binario", o applicando, come preferirei, un criterio di *ne bis in idem* basato sulla carenza di interesse alla seconda domanda cautelare mentre l'altra sia ancora pendente (altro discorso essendo invece la pacifica possibilità di riproporre davanti all'arbitro la domanda cautelare già respinta dal giudice: cfr. BRIGUGLIO A., *Il potere*, cit., 800).

È perciò che seguito a propendere, a proposito di cosa debba intendersi per "procedimento instaurato successivamente", nel secondo senso qui prospettato e per come sostenuto nel testo.

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

Il giudice statale adito con un ricorso cautelare funzionale ad un merito devoluto ad arbitri ²⁹ verificherà dunque in ordine logico, ai fini della affermazione o negazione della propria *potestas iudicandi*: (i) dapprima (non già se il procedimento arbitrale sia pendente, cosa di per sé irrilevante, bensì) se vi sia espressa volontà delle parti di attribuire agli arbitri funzioni cautelari e se costoro abbiano accettato: in presenza di entrambi i presupposti si dichiarerà incompetente, in assenza di qualunque dei due passerà alla seconda verifica, e cioè (ii) se sussista la sua *potestas iudicandi* cautelare ai sensi delle ordinarie regole del procedimento uniforme ed in particolare dell'art. 669-*quinquies* (il quale perciò — mantenendo un suo precipuo spazio applicativo anche in ipotesi in cui agli arbitri siano devoluti per convenzione *inter partes* sia il merito sia la cautela, ma su quest'ultima essi non possano pronunciare non avendo ancora accettato — è rimasto invariato con la sola ovvia aggiunta finale “salvo quanto disposto dall'art. 818, primo comma”).

Non solo alla seconda ma naturalmente anche alla prima delle due verifiche corrisponde, in ragione dell'art. 28 c.p.c., la regola della rilevanza d'ufficio, e dunque ad esempio della constatazione della convenzione arbitrale, in particolare in merito alla volontà di conferimento della potestà cautelare agli arbitri, o dell'accordo separato nello stesso senso, dagli atti versati ed anche senza espresso rilievo di parte.

Qui la regola dell'art. 28 deve necessariamente prevalere su quella dell'art. 819-*ter*, c. 1° ³⁰. La necessaria eccezione di parte ai fini del rilievo della incompetenza giudiziale in favore di quella arbitrale, prevista appunto dall'art. 819-*ter*, c. 1°, vale infatti solo nel giudizio (giudiziale) di merito, ove l'omofonia fra eccezione di compromesso ed eccezione fondata su regole di competenza territoriale derogabile manifesta la sua piena valenza. Ma una volta che il legislatore consenta ad un accordo di parte di spostare la *potestas iudicandi* cautelare dal giudice all'arbitro, la conseguente incompetenza cautelare del primo non può che restare rilevabile d'ufficio in base al combinato disposto degli artt. 28, 669-

²⁹ Se per avventura soltanto il potere cautelare e non il potere di conoscere del relativo merito fosse pattiziamente devoluto agli arbitri la pattuizione sarebbe invalida e inoperante visto quanto esposto al par. 2, e perché non si tratterebbe di arbitri bensì di soggetti privati che giammai potrebbero “accettare” il mandato a conoscere dal merito della lite ponendo così in essere l'altro essenziale presupposto (oltre a quello della volontà specifica delle parti) per assumere la potestà cautelare.

³⁰ Per una argomentata opinione contraria vedi tuttavia SALVANESCHI L., *Le nuove norme in materia di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 738 ss.

quinquies e 818 c.p.c.; né più e né meno — *mutatis mutandis* — di come, pur comportando la deroga convenzionale alla competenza territoriale per il merito assegnazione *ex art.* 669-*ter* della competenza cautelare al medesimo giudice convenzionalmente scelto, tale competenza cautelare (diversamente da quella di merito) è da considerarsi poi inderogabile e perciò la corrispondente incompetenza rilevabile *ex officio*.

In ogni caso la decisione assunta dal giudice statale in ordine alla sua *potestas iudicandi* sarà sindacabile solo in sede di reclamo e non certo in sede di regolamento di competenza, visto il tenore limitativo dell'art. 819-*ter*, c. 1°³¹. Neppure saranno dati meccanismi riassuntivi del procedimento cautelare in ipotesi di declinatoria della competenza giudiziale in favore di quella arbitrale, dato che il nuovo art. 819-*quater* resta confinato nell'analogo ambito limitato del *ter* e cioè quello del procedimento "di merito" che trasforma da giudice ad arbitro o viceversa.

310

7.2. Ai sensi del generale principio *ex art.* 5 c.p.c., una volta richiesta la tutela cautelare al giudice statale non sarà certo il fatto del sopravvenuto accordo scritto, separato dalla convenzione arbitrale e attributivo della *potestas* cautelare agli arbitri, o della sopravvenuta accettazione di costoro a far venir meno la competenza di quel giudice³².

Più delicato è il problema inverso: la parte di una convenzione arbitrale attributiva di potestà cautelare ad arbitri rivolge ad essi l'istanza cautelare, siccome già nominati, ma prima della loro accettazione; possono gli arbitri immediatamente provvedere alla accettazione e ritenersi competenti per la cautela? Ovviamente sì, qualora si segua il consolidato

³¹ E vero che in apparenza una strada per ammettere il regolamento di competenza proprio sulla base dell'intonso (ma in astratto aperto all'integrazione con le norme appena introdotte) art. 819-*ter* vi sarebbe, e consisterebbe nell'osservare che il c. 1° discorre anche di ordinanza del giudice, affermativa o declinatoria di competenza, "in ragione della *convenzione di arbitrato*", e che quest'ultima potrebbe, dopo l'introduzione del nuovo art. 818, intendersi anche come "convenzione fra le parti attributiva della competenza cautelare agli arbitri". Ma il risultato sarebbe incongruo: l'ordinanza del giudice cautelare sulla propria competenza sarebbe ricorribile in cassazione solo ove essa riguardi il riparto di attribuzioni con gli arbitri, e non invece in ogni altro caso. Perciò è miglior partito ritenere che la portata dell'art. 818-*ter*, c. 1°, sia rimasta esattamente quella che era in precedenza: disposizione che saggiamente ammette il regolamento di competenza (in luogo della impugnazione ordinaria) le quante volte il giudice statale decida sulla ripartizione fra sé e l'arbitro *in ordine alla cognizione di merito*.

³² Sul carattere assorbente della apposita disposizione transitoria *ex art.* 35, c. 1°, d.lgs. n. 149/2022 rispetto alla applicazione dell'art. 5 c.p.c. quanto alla sopravvenienza normativa rappresentata dal nuovo art. 818 c.p.c. v. invece *retro*, par. 6.

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

orientamento giurisprudenziale (pur occasionalmente criticato) secondo cui le sopravvenienze sono comunque idonee ad incidere sulla competenza e sulla giurisdizione *secundum eventum* e cioè solo in senso affermativo; orientamento questo la cui riconduzione al principio di economia processuale³³ è qui particolarmente pregnante, visto che altrimenti si avrebbe un comico rimpallo dovuto al fatto che il giudice statale, investito successivamente alla declinatoria degli arbitri, si troverebbe di fronte alla loro accettazione nel frattempo intervenuta e perciò sarebbe costretto a sua volta a dichiararsi incompetente.

7.3. Quanto all'effetto "positivo" della pattuizione in discorso, a partire dalla accettazione degli arbitri, vi è da chiedersi quale potere cautelare ne derivi per i giudici privati. Rispondere: esattamente quello che l'ordinamento italiano processuale e sostanziale assegna al giudice dello Stato è tendenzialmente corretto ma può risultare semplicistico.

In primo luogo perché ove risulti necessario l'ampliamento del contraddittorio cautelare ad un terzo (in particolare ma non solo perché anche questi risulti, alla stregua della richiesta dell'istante, destinatario della misura cautelare) l'attribuzione pattizia del potere cautelare agli arbitri potrebbe rivelarsi, per quel singolo caso, inefficace ed inoperante (salva l'applicazione — per quanto di ragione e comunque tutt'altro che semplice — delle regole relative all'arbitrato di merito ed ivi alla ipotesi di terzo litisconsorte necessario estraneo alla convenzione compromissoria).

7.4. In secondo luogo sul piano internazional-privatistico. Posto che i nuovi artt. 818 ss. del codice di rito sono almeno in prima approssimazione sicuramente *lex fori* e dunque, per gli arbitri sedenti in Italia, tendenzialmente anche *lex arbitri* (le due cose, e cioè la *lex fori* dal punto di vista del giudice statale e la *lex arbitri*, non sono notoriamente sempre ed in assoluto la identica cosa) e risultano pertanto direttamente applicabili in principio solo dal giudice italiano o dall'arbitro di un arbitrato domestico o anche internazionale italiano e dunque con sede in Italia e governato dalla legge processuale italiana, *quid* riguardo alle norme sui presupposti generali o speciali della cautela e soprattutto sui tipi ed i corrispondenti contenuti della cautela? Sono questi governati in tutto e per tutto dalla *lex fori* dell'arbitrato o se si vuole dalla *lex arbitri* e

³³ Cfr. per tutti BALENA, *I nuovi limiti della giurisdizione italiana*, in *Foro it.*, 1996, V. 235.

dunque, per ciò che qui interessa, in primo luogo dalla legge della sede dell'arbitrato ³⁴, oppure dalla *lex causae*?

Giusto per intenderci: può l'arbitro di un arbitrato "italiano", che però sia chiamato ad applicare al merito il diritto francese, provvedere in via cautelare disponendo un *référé* e cioè nella sostanza prescindendo dal *periculum* o previa valutazione di urgenza del tutto generica ed attenuata, ben diversa dal riscontro del "pregiudizio imminente ed irreparabile" del nostro articolo 700 e dalla conseguente e pur ondivaga selezione delle situazioni soggettive tutelabili? Io supporrei senz'altro di no: un giudice italiano nella stessa situazione, e cioè anche se chiamato ad applicare il diritto sostanziale francese, non potrebbe certo farlo, e non vi sono ragioni serie per autorizzare ovvero obbligare l'arbitro italiano in senso diverso. Ed insomma a quella domanda di partenza si dovrebbe rispondere che presupposti, tipi e contenuti della cautela, se ed in quanto la loro disciplina sia immedesimata all'evidenza nella legge del processo siccome strumentale alla tutela di situazioni sostanziali, pertengono schiettamente alla *lex fori*.

312

Senonché è proprio quella evidente immedesimazione a dar adito occasionalmente a dubbi. Non si può escludere insomma che un certo tipo di cautela — di carattere specifico e non invece trasversale rispetto ad una pluralità di situazioni soggettive ³⁵ o ad una situazione apparentemente unica ma genericamente individuata ³⁶ — risulti, anche a prescindere dalla collocazione formale della sua disciplina, talmente immedesimato invece nella regolazione sostanziale del rapporto da essere attratto alla *lex causae*; di talché il giudice o l'arbitro non potrebbero ricorrervi sulla base soltanto della loro *lex fori* e potrebbero invece e dovrebbero farlo, pur ammessa la previa verifica della generale non

³⁴ Quando CARLEVARIS A., *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, cit., 31 ss., si occupa dell'in parte diverso problema del fondamento della competenza cautelare arbitrale finisce per giungere alla conclusione che il più sicuro ancoraggio di tale competenza è ovviamente alla legge della sede dell'arbitrato, per lo meno nel senso che quel fondamento può derivare solo dall'espressa attribuzione di tale competenza (con applicazione dunque della inerente disciplina) da parte di tale legge ovvero dal suo silenzio, permissivo della attribuzione implicita o esplicita mediante la volontà delle parti di quei poteri agli arbitri; disposizioni della legge della sede come il nostro precedente art. 818 inibiscono invece ed altrettanto ovviamente qualsiasi attribuzione pattizia implicita o esplicita, come pure qualunque possibilità, sia pure eccezionale, di utilizzare la legge straniera applicabile al merito della controversia per consentire agli arbitri la adozione di strumenti cautelari previsti da quella legge.

³⁵ Come ad esempio il nostro provvedimento di urgenza.

³⁶ Come ad esempio il nostro sequestro conservativo.

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

incompatibilità con la *lex fori*³⁷, sulla base della legge applicabile al rapporto sostanziale ed al merito della controversia³⁸.

Altrove ho prospettato un possibile esempio di questa situazione, la quale del resto riproduce in dimensione particolare il consueto dilemma della collocazione internazionalprivatistica dei meccanismi di tutela (si pensi anzitutto alle regole sulla prova) che stanno sul crinale fra diritto sostanziale e processo. La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l. prevista dall'art. 2476, c. 3, c.c., non già perché contemplata da una disposizione del codice civile, bensì perché troppo inerente alla peculiare disciplina del rapporto societario sostanziale, e di quel tipo di società per come previsto dal diritto italiano, risulterebbe ben difficilmente applicabile da un arbitro, investito di controversia fra socio e ed amministratore di società di diritto straniero, quand'anche l'arbitrato abbia sede in Italia e sia governato dal diritto processuale italiano.

Se comunque si segue la pur eccezionale strada della possibile attrazione di presupposti, tipi e contenuti della cautela alla *lex causae* straniera piuttosto che alla *lex fori*, o addirittura — come io riterrei — la strada della signoria della autonomia privata nel senso della possibilità che essa affidi ad arbitri italiani la disposizione anche di misure cautelari previste da legge straniera³⁹, il provvedimento cautelare di un arbitro

313

³⁷ Per lo meno sotto il profilo dell'ordine pubblico processuale.

³⁸ Una simile impostazione potrebbe risultare coerente con — e trovare dunque sponda — la più ampia dottrina degli "inherent powers" arbitrali (cfr. per tutti già CARON, *Interim Measures of Protection*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1896, 476 ss.), secondo la quale la competenza cautelare arbitrale (non derogabile dalle parti, ma certamente escludibile dalla *lex arbitri* in quanto *lex fori* arbitrale, ove essa comprenda disposizioni rigorosamente ed espressamente impeditive come il nostro ormai vecchio art. 818) troverebbe fondamento nella somma di tutti poteri intrinseci degli arbitri necessari ad assicurare tutela alle situazioni soggettive sostanziali innanzi ad essi dedotte ed a risolvere corrispondentemente la controversia di merito loro devoluta. In questa prospettiva pare ancor più plausibile che gli "inherent powers" ricomprendano, nei congrui casi, la potestà cautelare per come disciplinata, quanto a presupposti, tipologia e contenuti dalla legge sostanziale che governa il rapporto. Senonché — a parte ovviamente la non certezza di siffatto link teorico-sistematico rispetto alla dottrina dei "poteri inerenti" — vi è che essa, fuori da ambiti peculiari relativi al contenzioso direttamente o indirettamente internazional-pubblicistico (vedi riferimenti alla Corte internazionale di giustizia e soprattutto al Tribunale arbitrale Iran-USA in CARLEVARIS A., *La tutela cautelare*, cit., 56 ss.), non ha incontrato una sicura e generalizzata affermazione.

³⁹ Strada quest'ultima che potrebbe risultare assai utile alla prassi dei futuri arbitrati internazionali con sede in Italia e che potrebbe trovare qualche supporto orientativo sia nella ampiezza del testo del nuovo art. 818, ove si dice della attribuzione pattizia agli arbitri del "potere di concedere misure cautelari", sia soprattutto nel nuovo art. 818-ter, ove è conferita al giudice italiano la sorveglianza sulla attuazione anche delle misure cautelari disposte da

italiano tenuto nel caso concreto ad imboccare quelle strade sarà nondimeno assoggettato, a partire dal reclamo, all'interferenza giudiziaria quale disciplinata dagli artt. 818 ss. e correlate disposizioni *ex* artt. 669-*bis* ss., nei termini che saranno fra breve descritti; salvo che il giudice italiano di ciò investito dovrà nei congrui casi — altro possibile tema di complesso approfondimento — egli pure tener conto di quella legge straniera.

Sotto un profilo speculare, la naturale appartenenza comunque (e salve esplicite esclusioni pattizie o casi particolari come quello sopra cennato) dello strumentario "processuale" cautelare del foro alla *lex arbitrat*i finisce col sovrapporsi, per forza di cose, a sorpresa sulla puntuale consapevolezza della autonomia privata al momento della stipulazione compromissoria. Se le parti hanno attribuito poteri cautelari agli arbitri ad esempio mediante generico richiamo ad un regolamento di arbitrato internazionale amministrato destinato ad applicazione quale che sia la sede dell'arbitrato, e quest'ultima venga (non già originariamente dai compromittenti bensì) dall'organismo di amministrazione o dagli arbitri poi determinata in Italia, ebbene non vi è ragione per privare gli arbitri dei poteri cautelari previsti dal diritto processuale italiano sol perché non specificamente a questi pensavano le parti in occasione della stipulazione compromissoria⁴⁰. E ciò vale, in linea tendenziale, quale che sia la legge sostanziale applicabile al merito e quale che sia la legge applicabile alla convenzione arbitrale⁴¹.

8. Il provvedimento arbitrale sulla istanza cautelare sarà invariabilmente una "ordinanza", non necessitante né suscettibile dunque di omologazione *ex* art. 825 c.p.c., ed affidata in caso di sua inesecuzione spontanea, alla attuazione officiata dalla giurisdizione ordinaria secondo la modalità di cui agli artt. 669-*duodecies* e 677 c.p.c., visto che da nessun indice normativo può ricavarsi che possa trattarsi di un lodo (parziale).

Da segnalare che lo stesso art. 818-*ter* prevede una (lodevole nelle

arbitri esteri: parrebbe dunque, se non strettamente necessitato, per lo meno possibile che un giudice italiano, il quale già si trova ad attuare sul territorio italiano tipi e contenuti di cautela verosimilmente "esotici" disposti da arbitri esteri, fosse chiamato alla stessa incombenza quanto a tipi e contenuti esotici della cautela disposti da arbitri sedenti in Italia.

⁴⁰ Fenomeno di sorpresa che si verifica del resto — in modo altrettanto tollerabile e senza che debba essere sovraenfaticizzata, ma neppure del tutto svilita, la "nazionalità" dell'arbitrato — altresì riguardo ad altri profili applicativi della *lex arbitrat*i in quanto dipendente (anche) dalla sede della procedura se determinata *ex post*.

⁴¹ Per ultima puntualizzazione internazionalprivatistica concernente la legge applicabile alla convenzione attributiva della potestà cautelare v. retro la nota 6.

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

intenzioni, controversa quanto agli esiti) novità del tutto prescindente dalla stipula di una clausola attributiva di potestà cautelare agli arbitri (italiani), vale a dire l'affidamento al giudice statuale nelle forme dell'art. 669-*duodecies* anche della attuazione in Italia della misura cautelare resa da arbitri esteri ⁴².

L'art. 818-*bis* tempera, per altro la novità liberista, rappresentata dalla introduzione della potestà cautelare arbitrale e dalla sua tendenziale "esclusività", prevedendo avverso la pronuncia arbitrale concessiva o negatoria della cautela il reclamo "a norma dell'art. 669-*terdecies* davanti alla corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato".

Il reclamo è proponibile — così sempre l'art. 818-*bis* — "per i motivi di cui all'art. 829, primo comma, in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico".

Sorvolando qui su una miriade di complessi problemi che un tale assetto impugnatorio comporta in relazione al "cautelare arbitrale" e sulla sua maggiore o minore condivisibilità ⁴³, merita però di essere sottolineato come la *intentio* legislativa sia in fin dei conti piuttosto chiara ed in punto di principio non certo sfavorevole al provvedimento arbitrale in materia cautelare ed alla sua ragionevole protezione: trasformare una impugnazione a critica eminentemente libera e per di più aperta ai *nova*, come è il reclamo cautelare "ordinario", in una impugnazione a critica vincolata.

Si può dunque senz'altro dire che il controllo del giudice statuale non consente un riesame nel merito del provvedimento cautelare arbitrale, così come non è consentito un tale riesame in sede di impugnazione del lodo. Ed anzi tale controllo resterà sempre limitato agli *errores in procedendo* anche ove la convenzione arbitrale estenda il sindacato del lodo agli *errores in iudicando*. E ciò è sacrosanto, perché altrimenti si avrebbe una intollerabile ingerenza del giudice del reclamo su valutazioni arbitrali necessariamente confinate al *fumus boni iuris*. E proprio la valutazione del *fumus*, come quella del *periculum in mora*, presupposte dagli arbitri alla concessione o negazione della cautela, non potranno essere sovvertite (a "critica libera" appunto) dal giudice statuale del reclamo.

⁴² In proposito rinvio a BRIGUGLIO A., *Il potere cautelare*, cit. 913, nonché per un approccio fortemente (nonché esageratamente) critico FARINA M., *Arbitrato*, cit., 1221-1222.

⁴³ Rinvio a BRIGUGLIO A., *Il potere cautelare*, cit., 805 ss.

Quanto ai motivi *ex art.* 829, c. 1°, quelli cioè corrispondenti agli *errores in procedendo* arbitrali, essi sono in astratto quasi tutti, con eventuali adattamenti, compatibili⁴⁴ con il reclamo cautelare avverso provvedimento arbitrale vuoi concessivo, vuoi negatorio della cautela. Ad esempio non può esservi dubbio che un sequestro conservativo o un provvedimento di urgenza impartiti da arbitro la cui nomina sia invalida, o al di fuori dei limiti oggettivi del patto di arbitrato, ovvero nonostante la inesistenza, invalidità o inefficacia di tale patto, o con disposizioni contraddittorie, o in spregio al contraddittorio, o addirittura una volta che gli arbitri risultino decaduti dal loro mandato per scadenza del termine, non meriti di restare in piedi. E neppure merita di restare in piedi un provvedimento cautelare arbitrale privo di motivazione, dispositivo o sottoscrizione, potendosi dunque ben ritenere compatibile con il reclamo, previa applicazione estensiva all'ordinanza cautelare arbitrale dell'art. 823, anche il motivo *ex art.* 829, c. 1°, n. 5.

316

L'esame di tutti questi motivi in sede di reclamo corrisponde alla volontà esplicita e non irrazionale del legislatore ed è sterile lamentarsi. Un tale esame, per di più, prescinde da qualunque dinamica — tipica invece del reclamo avverso provvedimento cautelare giudiziale — di verifica in seconda istanza del *fumus boni iuris*, la quale nulla ha a che vedere con i vizi *in procedendo* ed invece solo con la esistenza o meno del diritto cautelando. In altri termini la Corte d'appello adita con il reclamo di che trattasi non sarà certo chiamata a verificare ad esempio il *fumus* della validità o invalidità della convenzione arbitrale, bensì *tout court* la validità o invalidità della convenzione arbitrale né più e né meno che se si trattasse della impugnazione del lodo. Con la precisazione per altro — altrimenti il sistema salta — che l'accoglimento di uno o l'altro di quei motivi in sede di reclamo cautelare non vincola, se non di fatto e se del caso in termini di persuasivo convincimento, in relazione alla prosecuzione del giudizio arbitrale ed alla successiva fase di impugnazione del lodo.

In questo quadro va collocato il rilievo autonomo, in sede di reclamo, della invalidità e/o inefficacia della speciale clausola di cui ora ci occupiamo, e cioè della pattuizione attributiva della potestà cautelare agli arbitri (fermo che — come detto appena *supra* ed in correlazione con quanto osservato in termini generali *retro* al par. 2 sul collegamento tra

⁴⁴ Diversamente, commentando il principio di delega, CARLEVARIS A., in AA.VV., *Commento*, cit., 48.

LA CLAUSOLA SUL POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI

convenzione arbitrale principale e apposita pattuizione sulla cautela — la misura cautelare concessa da arbitro cadrà in sede di reclamo anche ove la Corte d'appello verifichi la sola invalidità o inefficacia originaria ⁴⁵ della convenzione arbitrale principale).

Il criterio della "compatibilità" delle ragioni di reclamo cautelare con il catalogo ex art. 829, c. 1°, vale infatti anche — in senso inverso — a ricondurre ai fini del reclamo a quel catalogo, e segnatamente al n. 1 ("invalidità della convenzione arbitrale"), una ipotesi che ovviamente non è concepibile rispetto al lodo ma sì rispetto al provvedimento cautelare arbitrale e che rispetto ad esso, altrettanto ovviamente, non può ritenersi irrilevante.

L'ipotesi è quella in cui gli arbitri abbiano concesso la cautela in assenza di apposita valida ed efficace pattuizione autorizzativa delle parti (se nella stessa situazione la hanno negata, pur non potendosi in astratto escludere il reclamo, perché gli arbitri si sarebbero comunque appropriati di un potere di pronuncia che loro non competeva, la via più semplice per la parte interessata alla cautela sarà quella di riproporre la richiesta al giudice statale).

Questa riconduzione aggiuntiva per "compatibilità" trae però seco, anche nell'ambito del reclamo cautelare, il richiamo all'art. 817 operato dall'art. 829, n. 1.

Perciò se su richiesta di una parte gli arbitri emanano un provvedimento cautelare, pur in assenza di apposita pattuizione e però senza che la controparte nulla abbia eccepito innanzi ad essi, l'eventuale reclamo dovrà essere dichiarato inammissibile; senza che occorra discorrere di pattuizione tacita, la quale sarebbe impraticabile vista la necessità della forma scritta contemplata dall'art. 818, e senza dunque che il potere cautelare risulti attribuito agli arbitri di lì in poi e per eventuali occasioni future.

The most recent reform of Italian civil justice has changed the route with respect to the arbitrators' power to issue interim or conservatory measures: from general preclusion (barely tempered by timid sectoral openings in the area of 'corporate arbitration'), the new text of article 818 of the Italian Code of Civil Procedure has led to a general power for the parties to grant arbitrators with jurisdiction in the field of interim or conservatory measures as well. And this by a specific written provision, either included or not in the arbitration agreement.

⁴⁵ Vedi invece quanto si è osservato *retro* al par. 2 per il caso di inefficacia sopravvenuta.

The paper analyses the peculiarities of this important new 'clause', which is ancillary to the traditional arbitration agreement, and so it does against the background of the complex application problems that the new (yet welcomed) arrangement involves.