

I POTERI CAUTELARI DEGLI ARBITRI INTRODOTTI DALLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE



Il giorno 17.10.2022 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il d.lgs 149/2022 di riforma del processo civile, in attuazione della legge delega n. 206/2021 di riforma del processo civile (la c.d. riforma Cartabia). La novella *de quo* introduce importanti novità in materia di arbitrato, di cui la principale è certamente l'attribuzione agli arbitri del potere di emanare provvedimenti cautelari disciplinati dagli artt. 818, 818 *bis* e 818 *ter* c.p.c. di nuova introduzione.

Prima dell'entrata in vigore della riforma del processo civile l'art. 818 c.p.c., oggi riformato, prevedeva il divieto per gli arbitri di concedere sequestri ed altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge.

La *ratio* del divieto si è tradizionalmente ravvisata nella mancanza di poteri coercitivi in capo agli arbitri, pur essendosi convincentemente osservato che tale carenza, di per sé, non avrebbe impedito di attribuire anche agli arbitri il potere di concedere misure cautelari, imponendo soltanto di subordinare l'attuazione del provvedimento ad un *exequatur* giudiziale, analogamente a quanto previsto per i lodi di condanna [PULZI, *Le nuove frontiere dell'Arbitrato*, in Riv. Dir. Proc., 2015, 1 e ss,]

In ogni caso, l'assenza di un principio universale che vieta agli arbitri di concedere misure cautelari è dimostrata dal confronto con altri ordinamenti (come ad esempio quello tedesco, svizzero, belga, spagnolo ed altri) che riconoscono agli arbitri un potere cautelare concorrente o alternativo a quello del Giudice statale.

Nonostante le critiche provenienti da ampia parte della dottrina, la precedente riforma in punto di arbitrato risalente al 2006 non aveva rimosso il divieto previsto dall'art. 818 c.p.c., limitandosi a inserire nel testo della norma un inciso che ha fatto salve le eventuali diverse disposizioni di legge. Tale integrazione è stata probabilmente dettata dalla volontà di coordinare il divieto di principio contenuto nella norma in esame con la previsione di cui all'art. 35, quinto comma, d.lgs 5/2003 che, in tema di arbitrato societario, attribuisce agli arbitri il potere di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari [LUISO e SASSANI, *La Riforma del processo civile*, 2006, 301].

Il potere di emanare i provvedimenti cautelari degli arbitri - la modifica dell'art. 818

c.p.c.



L'art. 818 c.p.c. (rubricato "Provvedimenti cautelari") dispone che *"Le parti, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali, possono attribuire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale. La competenza*

cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva. Prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669- quinquies."

Nell'affermare il potere cautelare degli arbitri, la legge delega ha rovesciato il sistema in un duplice senso. Invero si è passati da un divieto *tout court*, attenuato solo dalla presenza di una diversa disposizione di legge, a un consenso generalizzato, delimitato invece da una disposizione di legge preclusiva.

La novella ha, dunque, tenuto conto delle contestazioni che sono state mosse dal punto di vista sistematico al generale divieto per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelari, considerandolo superato, e ritenendo che un intervento in questo ambito fosse necessario per rispondere alla ormai pacificamente riconosciuta funzione di indispensabile completamento della tutela cautelare nell'ambito della tutela giurisdizionale (v. ad es. in

ambito comunitario la sentenza della Corte di Giustizia del 19 giugno 1990, C-213/89, Factortame Ltd.).

Senza contare che la disciplina italiana dell'arbitrato restava di fatto isolata rispetto a quanto previsto negli ordinamenti europei che da tempo riconoscono in capo agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari. L'intervento fatto in questo ambito si pone nella prospettiva di rendere lo strumento arbitrale maggiormente attrattivo anche per soggetti e investitori stranieri, dal momento che tale circostanza infatti è generalmente considerata il principale ostacolo alla scelta dell'Italia come sede di arbitrati internazionali [BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, *Rivista dell'arbitrato*, 2013, p. 335; per riferimenti e un esame delle diverse posizioni, CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, pp. 251 ss.].

In questa prospettiva, l'intervento normativo si pone altresì in continuità con la linea di apertura delineata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che, nel modificare l'articolo 818 c.p.c., aveva temperato l'originario divieto per gli arbitri di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari, stabilendo lo stesso non dovesse più considerarsi assoluto, ma valere "*salva diversa disposizione di legge*".

Il nuovo art. 818 c.p.c. dispone che il potere cautelare degli arbitri sia riconosciuto e delimitato alle sole ipotesi di previa espressa volontà delle parti, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo, purché anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale.

L'individuazione di tale criterio temporale risponde all'esigenza di chiarire prima dell'instaurazione della litispendenza arbitrale il perimetro dei poteri spettanti agli arbitri, consentendo così sia alle parti che agli arbitri stessi, di avere contezza dei poteri attribuiti e, di conseguenza, dei possibili strumenti di cui avvalersi.

Il riconoscimento di un potere cautelare in capo agli arbitri non poteva peraltro non essere temperato e coordinato con la generale attribuzione, sino ad oggi ancora quasi esclusiva (con l'unica eccezione del potere cautelare degli arbitri di sospensione delle delibere assembleari nell'arbitrato societario), del potere cautelare in capo all'autorità giudiziaria.

A tal fine, nell'articolo 818 c.p.c. precisa che **la competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva.**

Le modifiche intendono **evitare pericolose sovrapposizioni e duplicazioni di tutela**, sostanzialmente riconoscendo che, mentre prima dell'instaurazione del processo arbitrale la competenza a emanare provvedimenti cautelari continua a rimanere appannaggio esclusivo dell'autorità giudiziaria ordinaria, ai sensi dell'articolo 669-*quinquies* c.p.c., una volta che il processo arbitrale abbia inizio e qualora le parti abbiano inteso attribuire agli arbitri tale potere, lo stesso viene attribuito integralmente e in via esclusiva agli stessi arbitri. Non vi può dunque essere, in queste ipotesi, una *potestas* concorrente tra arbitri e giudici ordinari.

Punto nevralgico della nuova disciplina è in questo contesto la direttiva che, ai fini della attribuzione di poteri cautelari agli arbitri, richiede l'espressa volontà delle parti in tal senso. Si tratta di una previsione che rende più timido il nuovo approccio normativo nel passaggio da un sistema chiuso a uno di totale apertura e che nell'uso concreto potrebbe limitare la portata generale della previsione.

Si tratta, per la verità, di un requisito perlopiù sconosciuto alle leggi straniere sull'arbitrato, che tendono a seguire il principio inverso: i poteri cautelari degli arbitri costituiscono la regola e l'espressa esclusione da parte dei compromittenti l'eccezione [cfr., per esempio, l'art. 183, primo comma, della legge svizzera di diritto internazionale privato prevede che "*Salvo diverso accordo, il tribunale arbitrale può ordinare misure provvisorie o misure conservative su richiesta di una parte.*"; in Inghilterra, l'espresso conferimento del potere cautelare degli arbitri è superfluo per importanti categorie di misure, quali le c.d. *security for costs*, misure cautelari relative alla proprietà e all'assunzione e preservazione delle prove, rispetto alle quali il potere sussiste salvo diverso accordo delle parti: cfr. sez. 39 dell'*Arbitration Act 1996*].

La reclamabilità dei provvedimenti cautelari degli arbitri – il nuovo art. 818 bis c.p.c.

Il riconoscimento in capo agli arbitri di poteri cautelari presuppone peraltro anche la simmetrica previsione di adeguate garanzie di verifica e controllo dell'operato degli arbitri.

A tal fine, è stato introdotto l'**articolo 818-bis c.p.c.** il quale stabilisce che il reclamo abbia luogo innanzi alla Corte d'Appello.

Quanto all'individuazione della Corte d'Appello competente, la stessa avviene facendo riferimento al distretto ove è la sede dell'arbitrato, seguendo un evidente parallelismo con tutti gli altri casi di ausilio giudiziario e supporto al procedimento arbitrale per i quali la disciplina del codice di rito fa riferimento, *in primis*, all'autorità giudiziaria del luogo dove è stabilita la sede dell'arbitrato (come previsto ad esempio dagli artt. 810, 811, 813, 814, 815 c.p.c.).

Per quanto concerne l'ambito concreto di estensione del reclamo, il nuovo articolo 818-bis c.p.c. non ha previsto alcuna limitazione in relazione alla possibile tipologia di provvedimento arbitrale, così comprendendo tanto i casi di accoglimento, quanto di rigetto della richiesta cautelare. Ne consegue che l'eventuale previsione della facoltà di reclamo unicamente per i casi di accoglimento della richiesta, oltre che non contemplata dalla legge, si sarebbe potuta porre in contrasto con i principi costituzionali, così come già dichiarato dalla Corte costituzionale con la sentenza del 23.6.1994, n. 253, in relazione all'originaria limitata previsione dell'articolo 669 *terdecies* c.p.c.

Per altro verso, la disposizione appena introdotta limita la possibilità di proporre il reclamo ai soli motivi di cui all'articolo 829, primo comma, c.p.c., in quanto compatibili, oltre che al caso della contrarietà dell'ordine pubblico. Tale previsione si pone in conformità con l'impugnazione nei confronti del provvedimento decisivo finale del giudizio, istituendo un parallelismo tra i possibili motivi di impugnazione del lodo, previsti nello specifico catalogo di *errores in procedendo* e nella contrarietà all'ordine pubblico, di cui all'articolo 829, primo e terzo comma, c.p.c., e le possibili censure spendibili nei confronti del provvedimento interinale che abbia accolto o rigettato la richiesta di misura cautelare.

Ed è proprio in conformità con i poteri di riesame limitato, affidati per regola al giudice dell'impugnazione per nullità, che la nuova disposizione prevede che anche il reclamo cautelare segua lo stesso *iter* e incontri gli stessi limiti. L'analogia si arresta però a questo punto, perché mentre con riferimento al lodo l'art. 829 c.p.c. prevede che l'impugnazione per violazione di regole di diritto sia ammessa se espressamente disposta dalle parti,

analoga previsione non è riprodotta nella nuova formulazione dell'art. 818 c.p.c. con riferimento al reclamo cautelare.

Il legislatore, pur avendo avvertito l'esigenza di uno strumento di controllo, anche per analogia a quanto accade nella tutela cautelare davanti al giudice ordinario, ha voluto limitare l'ingerenza del giudice nell'ambito del procedimento arbitrale pendente, dove la decisione di merito spetterà comunque agli arbitri.

Il giudice del reclamo avrà quindi poteri di controllo limitati ai motivi di impugnazione declinati dal primo comma dell'art. 829 c.p.c., unitamente a quelli che riguardano le censure sollevate per violazione dell'ordine pubblico. Nel complesso si tratta quindi di una soluzione di equilibrio, che pur prevedendo il reclamo, limita l'ingerenza del giudice sull'andamento del procedimento arbitrale solo a casi limitati e di maggiore gravità. [SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, Rivista di Diritto Processuale, n. 2, 2022, p. 614]

In ogni caso, dal punto di vista di coerenza sistematica, non sorprende la previsione della reclamabilità del provvedimento cautelare: la dottrina straniera ha infatti da tempo indicato la facoltà di rimozione degli effetti dei provvedimenti cautelari come opportuno e necessario contraltare alla loro eseguibilità [BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, Zurich, 1999, 343-344; BERGER, *International Economic Arbitration*, Deventer/Boston, 1993, 589].

L'attuazione delle misure cautelari - il nuovo art. 818 ter c.p.c.



Il nuovo art. 818 ter c.p.c. prevede che l'attuazione delle misure cautelari concesse dagli arbitri sia disciplinata dall'articolo 669 *duodecies* c.p.c., sotto il controllo del Tribunale nel cui circondario si trova la sede dell'arbitrato.

In questo modo non soltanto si conferma l'idea per la quale le **funzioni esercitate dagli arbitri siano sostanzialmente assimilabili a quelle del giudice ordinario**, ma altresì che il

provvedimento cautelare emesso dagli arbitri debba essere soggetto ad analoga disciplina, sotto il profilo dell'attuazione, dei provvedimenti cautelari emessi dal giudice ordinario.

L'intera disciplina sull'attuazione dei provvedimenti cautelari viene quindi trasposta anche alle ipotesi dei provvedimenti cautelari emanati dagli arbitri, sia pure con attribuzione dei necessari poteri non già agli arbitri stessi, quanto al Tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata.

Invero il mantenimento in capo al giudice ordinario dei poteri necessari per l'attuazione del provvedimento cautelare risponde alla constatazione generale secondo la quale gli arbitri, in quanto soggetti privati, sebbene chiamati ad esercitare una funzione equivalente a quella della giurisdizione ordinaria, rimangono sprovvisti di *ius imperii*. Pertanto, essendo privi di poteri coercitivi si rende necessario fare riferimento al giudice ordinario per la fase di attuazione ed esecuzione della misura.

La sostanziale trasposizione della disciplina dell'attuazione dei provvedimenti cautelari anche all'ipotesi delle misure cautelari concesse dagli arbitri ha poi reso opportuna, all'interno dell'art. 818 *ter* c.p.c., la precisazione della salvezza del disposto degli articoli 677 ss. c.p.c., ovvero di quelle specifiche disposizioni volte all'attuazione dei sequestri.

Conclusioni

L'introduzione del potere di emanare provvedimenti cautelari in capo agli arbitri non può che far risuonare straordinariamente attuali le parole di Pietro Calamandrei “[La tutela cautelare] mira dunque, come i provvedimenti che il diritto inglese comprende sotto la denominazione di Contempt of court, a salvaguardare l'imperium judicis, ossia a impedire che la sovranità dello Stato, nella sua più alta espressione che è quella della giustizia, si riduca ad essere una tarda e inutile espressione verbale, una vana ostentazione di lenti congegni destinati, come le guardie dell'opera buffa, ad arrivar sempre troppo tardi [...] E forse proprio per aver intuito che le misure cautelari attengono più che alla tutela dei diritti soggettivi, alla polizia del processo, la giurisprudenza si è mostrata restia ad ammettere che agli arbitri possa essere conferito dai compromittenti il potere di conceder sequestri durante il giudizio arbitrale” (CALAMANDREI, *Introduzione allo studio*

sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova, 1936, p. 252), con ciò rendendoci fiduciosi circa la buona riuscita della novella.

Avv. Ilaria Manin