

Alessio Carosi

---

**ARBITRATO E TUTELA  
CAUTELARE: LIMITI DI POSSIBILE  
DEROGABILITÀ DELL'ART. 818  
C.P.C. E RELATIVI EFFETTI**

---

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

## Arbitrato e tutela cautelare: limiti di possibile derogabilità dell'art. 818 c.p.c. e relativi effetti

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il fondamento del divieto *ex art. 818 c.p.c.* — 3. Inderogabilità vs derogabilità del divieto *ex art. 818 c.p.c.*? — 4. L'efficacia dei provvedimenti cautelari adottabili dagli arbitri (con una brevissima postilla sulle misure di coercizione indiretta). — 5. Gli effetti della devoluzione di *potestas* cautelare agli arbitri rispetto alla giurisdizione cautelare del giudice togato. — 6. Conclusioni (anche *de iure condendo*).

43

1. Affrontare il tema dei rapporti tra arbitrato e tutela cautelare o, meglio ancora, della tutela cautelare in arbitrato rimane compito assai delicato. Ed è tale non solo per l'oggettiva complessità della materia, già di per sé connotata da molteplici risvolti ed implicazioni, ma anche per la chiusura mantenuta sull'argomento dal legislatore italiano. Il riferimento, ovviamente, è al laconico, quanto perentorio (almeno in apparenza), dettato dell'art. 818 c.p.c., ai sensi del quale — nella versione novellata dal D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 — « Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge ».

Ciò non toglie che il lento affermarsi dell'arbitrato quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie — consacrazione, invero, riscontrabile più a livello internazionale che domestico <sup>1</sup> — insieme alla

---

\* Avvocato in Roma.

<sup>1</sup> Sul punto cfr. anche un interessante articolo apparso sul *Il Sole 24 Ore*, al link [https://www.ilssole24ore.com/art/liti-civili-solo-tre-100-decise-fuori-tribunali-AD5UhkKB?refresh\\_ce=1](https://www.ilssole24ore.com/art/liti-civili-solo-tre-100-decise-fuori-tribunali-AD5UhkKB?refresh_ce=1), dal titolo

scelta di molti ordinamenti esteri e dei principali regolamenti di arbitrato di affidare agli arbitri potestà cautelare nelle dispute loro devolute<sup>2</sup>,

---

*Liti civili, solo tre su 100 decise fuori dai tribunali.* Invece per un'assai stimolante analisi critica di alcuni elementi di difficoltà dell'arbitrato commerciale internazionale (tra cui vengono segnalati la lunghezza dei tempi per la costituzione dei tribunali arbitrali, i costi, il difficile equilibrio tra prevedibilità ed elasticità del procedimento nonché tra concisione e completezza degli atti delle parti), soprattutto nell'esperienza europea, si veda BRIGUGLIO, *The (long) growth crisis of International Commercial Arbitration*, in *Principia*, 3, 2020, 38 ss.

<sup>2</sup> Per ampi spunti comparatistici, si rinvia a BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in questa *Rivista*, 1993, 1, 13 ss. e, ancor più nel dettaglio, 17-20. Per riferimenti si veda CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 1990, 1259. Cfr., ancora, TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare*, in questa *Rivista*, 1999, 1, 9 ss. e, specificamente, 12-14. In argomento si rinvia anche a CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, 586 ss. Si veda, inoltre, POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare*, in questa *Rivista*, 2005, 1, 17 ss.; BOCCAGNA-PINTO, sub art. 818, in *Codice di procedura civile. Commentario*, Consolo (diretto da), Sesta edizione, Milano, 2018, 1395, con riferimenti a quanto previsto negli ordinamenti tedesco, svizzero, belga, spagnolo e brasiliano; VILLA, *Arbitrato rituale e sospensione delle decisioni sociali*, Milano, 2007, 241, nota 100. Sotto il profilo dei possibili modelli di riferimento nell'esperienza internazionale, si veda innanzitutto la Legge Modello UNCITRAL (edizione 2006), agli artt. 17 ss., la quale riconosce espressamente il potere del tribunale arbitrale di adottare, su richiesta di una parte, *interim measures* e *preliminary orders*. Per l'Inghilterra si veda l'art. 39 dello *UK Arbitration Act 1996*, rubricato *Power to make provisional awards*, per il cui (1), « The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award ». Per la Svizzera si veda l'art. 183 della Legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 (versione 2021), rubricato *Provisional and conservatory measures*, il cui (1) recita che « Unless the parties have otherwise agreed, the arbitral tribunal may, on motion of one party, order provisional and conservatory measures ». Per la Germania, invece, si veda l'art. 1041 del *ZPO*, mentre per la Spagna l'art. 23 della Legge arbitrale spagnola (Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje). Per la Francia, si veda l'art. 1468 del *code de procédure civile*. Tra i più importanti regolamenti di arbitrato, invece, cfr.: l'art. 28 delle *ICC Arbitration Rules* (edizione 2021), rubricato *Conservatory and Interim Measures*, ai sensi del cui 1), « Unless the parties have otherwise agreed, as soon as the file has been transmitted to it, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any interim or conservatory measures it deems appropriate (...) » e l'art. 29 sull'*emergency arbitrator*; l'art. 25 delle *LCIA Arbitration Rules* (edizione 2020), rubricato sempre *Interim and Conservatory Measures*; l'art. 30 delle *SIAC Rules* (edizione 2016), rubricato *Interim and Emergency Relief*, ai sensi del cui 30.1 « The Tribunal may, at the request of a party, issue an order or an Award granting an injunction or any other interim relief it deems appropriate (...) »; l'art. 23 delle *HKICAC Rules* (edizione 2018), rubricato *Interim Measures of Protection and Emergency Relief*; l'art. 23 delle *CIETAC Rules* (edizione 2012), rubricato *Conservatory and Interim Measures*, ai sensi del cui 3., « At the request of a party, the arbitral tribunal may decide to order or award any interim measures it deems necessary or proper in accordance with the applicable law or the agreement of the parties (...) »; l'art. 37 delle *AAA Arbitration Rules*, rubricato *Interim Measures*, ai sensi del cui (a) « The arbitrator may take whatever interim measures he or she deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property and disposition of perishable goods ». Il paragrafo (b) precisa che « Such interim measures may take the form of an interim award, and the arbitrator may require security for the costs of such measures »; l'art. 26 del Regolamento Arbitrale della CAM, rubricato *Misure cautelari o provvisorie*, il cui (1) reca la peculiare previsione « Il Tribunale Arbitrale, su domanda di parte, può pronunciare tutti i

## ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

rendono questo terreno d'indagine ancora fecondo. E se *de iure condendo* il superamento del divieto imposto dall'art. 818 c.p.c. è senz'altro auspicabile<sup>3</sup> (infatti, pur con tutti gli accorgimenti predicati da autorevolissima dottrina, non sembra né giustificabile né riscontrabile — come vedremo — un'incompatibilità ontologica o razionale tra arbitri e potestà cautelare<sup>4</sup>), già *de iure condito* occorre interrogarsi se esso sia in qualche modo derogabile per volontà delle parti e, in caso affermativo, entro che limiti e con quali effetti una simile deroga possa agire<sup>5</sup>.

---

provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento»; l'art. 26 delle *UNCITRAL Arbitration Rules*, rubricato *Interim measures*, ai sensi del cui (1), « The arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures ».

<sup>3</sup> Non di divieto, ma di vera giuridica impossibilità per gli arbitri di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari parla peculiarmente LA CHINA, *L'Arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, 163-164, « (...) sì che, ove li concedessero, questi sarebbero addirittura da considerarsi inesistenti (...) ».

<sup>4</sup> Per una riflessione *de iure condendo* cfr. più diffusamente *infra* § 6. In punto di premessa, basti considerare che non vede logiche ragioni ostative a che gli arbitri siano dotati di potestà cautelare PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Seconda edizione, II, Padova, 2012, 206 ss., il quale evidenzia che il divieto *ex art. 818 c.p.c.* si fonda su principi né universali né eterni « (...) giacché in altri ordinamenti è ammesso un potere cautelare degli arbitri, concorrente o alternativo con quello del giudice ordinario, anche se circoscritto nell'ambito temporale in cui il giudizio arbitrale è in corso, e comunque perché il nostro ordinamento, sia pure con riferimento specifico all'arbitrato societario, attribuisce agli arbitri un potere di tal fatta (...) ». Però, egli rileva, al contempo, che « (...) un'ipotetica modifica del sistema non potrebbe limitarsi alla previsione di un decreto di esecutività del provvedimento autorizzativo emanato dagli arbitri, ma dovrebbe prevedere quanto meno le stesse garanzie in tema di modifica, revoca e dichiarazione di inefficacia del provvedimento cautelare, assicurate dal giudice ordinario (...) ». Infatti, come evidenzia RICCI, sub *art. 118 c.p.c.*, in *Arbitrato*, Carpi (diretto da), 2016, Bologna, 589 ss. e, specificamente, 591, « (...) così come gli arbitri non possono provvedere sulla domanda cautelare, così ad essi è inibito di pronunciare su tutti gli aspetti ad essa connessi, come il controllo sull'attuazione del provvedimento, la declaratoria di inefficacia, la revoca, la modifica, il reclamo: vicende tutte di cui non può che occuparsi il giudice ordinario (...) ». Allo stesso modo, COREA, sub *art. 118*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, Briguglio-Capponi (a cura di), Volume III, Tomo secondo, Padova, 2009, 838 ss. e, specificamente, 843, il quale, avuto riguardo all'attribuzione di potestà cautelare agli arbitri per l'inibitoria delle delibere assembleari impugnate *ex art. 35*, comma 5, del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, aggiunge che l'espressa derogabilità dell'art. 818 c.p.c. « (...) costituisce, oggi, un positivo ed apprezzabile elemento chiarificatore della materia, confermando l'insussistenza di una qualsivoglia incompatibilità, tanto logica quanto giuridica, tra cautela ed arbitrato (...) ». In senso conforme, si veda anche VILLA, in *L'arbitrato*, Salvaneschi-Graziosi (a cura di), Milano, 2020, 515 ss. e, segnatamente, 516, per il quale « (...) Nessuna ragione "ontologica" potrebbe valere a escludere l'attribuzione ai giudici privati del potere di accordare (anche) tale tutela (...) ». *Contra* SAITTA, sub *art. 818*, in *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Torino, 1971, 282-283, secondo il quale « (...) che gli arbitri non possano concedere o imporre provvedimenti cautelari è antico e universalmente riconosciuto principio (...) ».

<sup>5</sup> Pone il problema in termini espliciti BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, *Relazione al Convegno A.I.A. - Rivista dell'Arbitrato tenutosi in Roma all'Accademia*

2. Gli interrogativi appena richiamati presuppongono la soluzione di un problema preliminare, cioè quello concernente il fondamento del divieto sancito dall'art. 818 c.p.c.<sup>6</sup>. Infatti, a seconda della posizione che si ritenga più convincente, si potrà concludere per il carattere inderogabile o derogabile della norma *de qua*, con tutti i corollari dell'una o dell'altra prospettazione. Gli orientamenti manifestatisi sul punto sono stati molteplici.

L'opinione tradizionale ritiene che il fondamento del divieto sancito dall'art. 818 c.p.c. stia nella carenza di poteri coercitivi in capo ai giudici privati, la quale impedirebbe loro di emettere provvedimenti — quali sarebbero quelli cautelari — capaci di determinare un'immediata modificazione della realtà materiale<sup>7</sup>. Secondo questa impostazione, vi sareb-

---

*Nazionali dei Lincei il 3 dicembre 2012*, in questa *Rivista*, 2013, 2, 334-341 e, poi, 344, ipotizzando una lettura costituzionalmente orientata del divieto sancito dall'art. 818 c.p.c. fondata sul principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost., il quale « (...) suppone che i giudici statuali non siano gravati di compiti che possono essere svolti da altri soggetti come gli arbitri (...) ». L'A. evidenzia come « (...) uno di questi compiti è l'emanazione di misure cautelari in controversie che le parti hanno liberamente compromesso in arbitri, su diritti disponibili (...) ». Sulla scorta di tale lettura costituzionalmente orientata, lo stesso A. ipotizza la portata derogatoria delle norme del codice di procedura civile relative all'arbitrato facendo leva sul precetto dell'art. 832 c.p.c. in forza del suo ultimo comma (a mente del quale « Se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo »). Allo stesso modo, secondo l'A., siffatta interpretazione consentirebbe di estendere il controllo omologatorio di cui all'art. 825 c.p.c. anche alle misure cautelari in ipotesi emanate dagli arbitri. A conferma di quanto il tema sia sentito, molti scritti di autorevolissimi autori si interrogano espressamente, con posizioni e soluzioni spesso difformi, sulla derogabilità pattizia dell'art. 818 c.p.c. Cfr., in particolare: MARENGO, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Briguglio-Fazzalari-Marengo (a cura di), Milano, 1994, 136-137; TOMMASEO, cit., 21-26; COREA, cit., 843-844; GHIRGA, sub *art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Menchini (a cura di), Padova, 2010, 312; SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Chiarloni (a cura di), Bologna, 2014, 630-631; RICCI, sub *art. 818*, in *Arbitrato*, Carpi (a cura di), Terza edizione, Bologna, 2016, 593; DI IORIO, sub *art. 818*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Comoglio - Consolo - Sassani - Vaccarella (a cura di), Torino, 2014, 553 e, più specificamente, 555; VILLA, *op. ult. cit.*, 521. Per una panoramica più ampia sulla derogabilità o inderogabilità delle singole disposizioni del Titolo VIII, del Libro IV, del codice di procedura civile, a seguito della riforma di cui al D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, si veda DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2006, 2, 423 ss., il quale, però, non interviene sulla portata dell'art. 818 c.p.c.

<sup>6</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa sui rapporti tra arbitrato e potestà giurisdizionale cautelare si veda VILLA, *op. ult. cit.*, 518-520, secondo il quale « (...) l'evoluzione normativa conferma quindi che il nostro ordinamento è, basilarmente, un ordinamento tuttora legato al postulato dell'esclusione di poteri cautelari in capo ai giudici privati, ferma peraltro la peculiare eccezione prevista per l'arbitrato societario (...) ». Peraltro, si era già espressa in questi termini SALVANESCHI, cit., 628.

<sup>7</sup> Cfr. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig.*, I, Torino, 1957, 894; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 850; PUNZI, *Arbitrato* (voce), *Enc.*

## ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

bero, dunque, diversi e crescenti livelli di *auctoritas* e agli arbitri sarebbe riservata solo quella di emettere pronunce dichiarative, costitutive o condannatorie — espressione, per l'appunto, della funzione cognitoria loro riservata in ragione del patto arbitrale —, mentre non sarebbero dotati della potestà di realizzare l'attuazione forzosa del comando impartito<sup>8</sup>. È esplicitivo di siffatto orientamento quanto scritto da autorevolissima dottrina: « (...) 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 (...) »<sup>9</sup>. Tale tesi, insomma, considera indissolubili il potere di

---

*giur. Treccani*, Roma, II, 1988, 16, il quale rileva la coerenza del divieto « (...) con il regime del monopolio della forza, con il diritto esclusivo dello Stato di dare tutela coattiva ai privati (...) »; FAZZALARI, *L'Arbitrato*, Torino, 1997, 398, afferma che lo Stato non riconosce ai giudici privati alcun potere di *imperium*, di cui costituisce invece esercizio la pronuncia di misure cautelari. Riferimenti al tema in MARENGO, cit., 136, BRIGUGLIO, sub art. 818, in *Codice di procedura civile commentato*, Vaccarella-Verde (a cura di), IV, 1997, Torino, 865 e COREA, cit., 838. Si veda, inoltre, GHIRGA, cit., 311 e RICCI, cit., 589, nota 1, secondo il quale « Com'è noto il divieto è tradizionalmente ricondotto alla mancanza in capo agli arbitri dei poteri d'imperio (...) ».

<sup>8</sup> Cfr. DI IORIO, cit., 553. Si veda anche BIAVATI, cit., 333, il quale evidenzia che « (...) La ragione storica dell'esclusione dei poteri cautelari in capo agli arbitri stava nell'identificazione fra il potere di dare un comando e il potere di farlo eseguire, nella prospettiva che i due aspetti non potessero che darsi o negarsi insieme (...) ». L'A. rileva, inoltre, che, pur essendo attualmente chiara la distinzione tra poteri dichiarativi e poteri esecutivi nell'arbitrato, « (...) è però pacifico che la mancanza del potere di *imperium* dei privati che formano il collegio è impedimento per l'attuazione, se non spontanea, di tali provvedimenti, quando non si tratti di misure *self-executing* e sia quindi necessario l'uso della coazione (...) ».

<sup>9</sup> Così LA CHINA, cit., 165., il quale, tra l'altro, evidenzia come dato non trascurabile che le modalità attuative dei sequestri sono modellate tutte sullo schema delle corrispondenti fattispecie espropriative, come emerge dall'art. 669-*duodecies* con il rinvio all'art. 491 c.p.c. (per ciò che concerne l'attuazione di misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro), dall'art. 677 c.p.c. con il rinvio agli artt. 605 ss. c.p.c. (con riferimento all'esecuzione del sequestro giudiziario) nonché, seppur in misura ridotta, dall'art. 679 c.p.c. (con riguardo all'esecuzione del sequestro conservativo). In senso critico verso qualunque sovrapposizione concettuale tra attuazione della misura cautelare ed espropriazione (*rectus* esecuzione forzosa della stessa) si veda COREA, cit., 846-851. L'A. evidenzia, infatti, che altro è l'attuazione, altro è l'esecuzione, atteso che non tutte le forme di attuazione cautelare postulano un intervento modificativo della realtà materiale. L'esempio sarebbe proprio quello dei provvedimenti cautelari inibitori — tra i quali va annoverata anche la sospensione della delibera assembleare impugnata concedibile dai giudici privati ex art. 35, comma 5, del D. Lgs. 5/2003 — rispetto ai quali non può darsi per scontato che all'emanazione del provvedimento non segua una fase attuativa di controllo di ottemperanza da parte della stessa autorità che lo ha emesso. Osserva, infatti, l'A. che anche gli obblighi di fare o non fare derivanti dall'adozione del provvedimento inibitorio impongono comunque un adeguamento della realtà sostanziale al comando impartito, adeguamento che è indispensabile per l'effettivo compimento della tutela cautelare. Di talché, per tornare alla sospensiva ex art. 35, comma 5, del D. Lgs. n. 5/2003, « (...) nelle impugnative societarie la sospensione, neutralizzando l'efficacia dell'atto e anticipando gli

impartire un comando e quello di farlo eseguire<sup>10</sup>, per cui non potrebbe darsi la pronuncia di una misura interinale senza il correlato potere di coercizione per l'immediata conformazione della realtà materiale alla regola giuridica impartita<sup>11</sup>.

La dottrina prevalente, però, ha sottoposto la teoria tradizionale a serrate critiche.

Il primo, e in verità più penetrante, rilievo è che se agli arbitri è riconosciuto il potere di decidere definitivamente (cioè con efficacia di giudicato) la controversia insorta tra le parti in forza di un lodo che ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (v. art. 824-*bis* c.p.c.), *a fortiori* dovrebbe essere loro accordato il potere di vincolarle provvisoriamente mediante misure conservative o a contenuto anticipatorio della (o in funzione alla) statuizione finale<sup>12</sup>. In questa prospettiva, si è osservato

effetti della sentenza di annullamento (art. 2377 c.c.), vincola la società all'adozione dei provvedimenti necessari all'effettivo ripristino della situazione antecedente, che la sospensiva ha potuto realizzare solo a livello giuridico-normativo (...)». Con la conseguenza che, ove manchi tale spontanea conformazione, « (...) non sembra possa negarsi agli arbitri il potere di emanare tali provvedimenti "attuativi" della propria ordinanza cautelare (...)». Ammette l'eventualità di una fase attuativa/conformativa della misura inibitoria della delibera assembleare impugnata anche BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *www.judicium.it*. Per ulteriori riferimenti cfr. ancora COREA, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 35 ss. e, ancor più approfonditamente, dello stesso A., *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino, 2008, 274 ss. Già nella dottrina classica si trova un affievolimento della linea di demarcazione tra tutela dichiarativa e tutela condannatoria, distinguendosi la prima dalla seconda solo perché in quest'ultima al comando giuridico, che è pur sempre presente e che s'impone, si aggiunge la soggezione ad una sanzione: cfr. in particolare FURNO, *Del mero accertamento come sanzione*, in *Arch. giur.*, 1938, 213; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 32 ss.; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1315; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 46. Sembra esprimersi in senso contrario VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 14, nota 24, il quale, a pagina 28, annota che ogni qualvolta l'azione dia ingresso ad un processo destinato a chiudersi con una sentenza dichiarativa o costitutiva la realizzazione della tutela cautelare non necessiterebbe di alcuna attività conformativa. Si trovano amplissimi riferimenti bibliografici alla dottrina classica in COREA, cit., sub art. 818, 848, nota 38.

<sup>10</sup> Si veda CARNELUTTI, cit., 61.

<sup>11</sup> Cfr. BIAVATI, cit., 333, con richiami già *supra* alla nota 8.

<sup>12</sup> Cfr. in tal senso CARPI, *L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziale*, in *Contr. e impr.*, 1990, 929 ss., secondo il quale la spiegazione tradizionale per cui l'impossibilità per gli arbitri di emettere misure cautelari discenderebbe dalla carenza di *imperium* poggia su un fondamento assai debole dal momento che ai giudici privati è consentito di emettere lodi suscettibili di dare inizio all'espropriazione forzata; si veda, inoltre, LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in questa *Rivista*, 1991, 2, 253 ss. Evidenza, d'altronde, TOMMASEO, cit., 11, nota 9, che « (...) altro è il potere di pronunciare un

## ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

pure che la critica della mancanza dell'*imperium* occorrente per l'attuazione coattiva dovrebbe interessare — allora e a ben vedere — anche il lodo arbitrale. È stato, cioè, annotato che pure il lodo di condanna, al quale le parti non si siano spontaneamente conformate, necessita, per la sua realizzazione forzosa, dell'intervento del giudice statale mediante il controllo omologatorio di cui all'art. 825 c.p.c.<sup>13</sup>.

Un'ulteriore critica mossa alla concezione tradizionale ha posto in risalto come l'ordinamento positivo già conosca fattispecie in cui il potere di emanare provvedimenti cautelari è disgiunto da quello di eseguirle<sup>14</sup>.

Infine, sempre in punto di censura all'impostazione tralatizia, si è altresì affermato che non trascurabili ragioni di opportunità si opporrebbero alla separazione della tutela cautelare da quella di merito, per la necessità di preservare l'unità del giudizio arbitrale, di scongiurare ingerenze del giudice togato in una controversia che le parti hanno stabilito di sottrargli giusto il patto arbitrale e di preservare l'autonomia decisoria degli arbitri (la quale potrebbe subire condizionamenti per effetto dell'intervento — anche se in punto di cautela — del giudice togato)<sup>15</sup>.

49

---

provvedimento altro quello di eseguirlo (...)». BRIGUGLIO, sub art. 818, cit., 865, spiega che l'argomento del difetto di *imperium* sarebbe idoneo a spiegare l'inattuabilità coattiva del provvedimento cautelare ad opera degli arbitri o la sua emanazione con il crisma dell'esecutorietà « (...) non invece la disposizione arbitrale di misure cautelari da rendersi esecutive previo controllo omologatorio del giudice statale così come attualmente accade per il lodo che decide in tutto o in parte il merito, il quale oltretutto impartisce tutela maggiore e più incisiva rispetto a quella semplicemente interinale (...)». BIAVATI, cit., 331, afferma che l'adesione delle parti al *dictum* arbitrale reso in forza del lodo, conseguenza naturale ed immediata della scelta di deferire la controversia al giudizio degli arbitri, fa sì che analoga adesione vada riconosciuta ai provvedimenti provvisori emessi dal giudice privato in quanto « (...) Ciò che vale per il risultato finale del procedimento, non può non valere anche per le eventuali statuizioni intermedie (...) ».

<sup>13</sup> Cfr. sempre CARPI, *op. ult. cit.*, in particolare 934 ss., BERNARDINI, cit., 26 e LUISSO, cit., 253-254. Per riferimenti si veda anche GHIRGA, cit., 311; SALVANESCHI, cit., 625-626; RICCI, cit., 589 e, *ivi*, alla nota 1; DI IORIO, cit., 553-554.

<sup>14</sup> Così BIAVATI, cit., 334, il quale richiama quale esempio la disciplina processuale europea, oggi contenuta nell'art. 35 del Regolamento CE 1215/2012 (c.d. Bruxelles I bis), rilevando che « (...) la misura cautelare può essere disposta dal giudice di un paese, privo del potere di eseguirla, che appartiene a quella di un altro paese (...) ». Lo stesso A. evidenzia che, affinché la separazione tra il potere di pronunciare il provvedimento cautelare e quello di eseguirlo possa in effetti funzionare, occorre tuttavia « (...) un meccanismo (previsto nei regolamenti europei) che permetta poi di tradurre la pronuncia in coazione (...) ».

<sup>15</sup> Il profilo è sottolineato da POZZI, cit., 17. Lo stesso A., a pagina 18, evidenzia come la divaricazione della tutela cautelare da quella del merito potrebbe risultare ancor meno comprensibile per i protagonisti di un arbitrato internazionale poiché imporrebbe loro di

Altre impostazioni, invece, hanno individuato il fondamento del divieto imposto dall'art. 818 c.p.c. ora sul presupposto della carenza, in capo agli arbitri, delle garanzie di indipendenza necessarie all'emanazione di provvedimenti tanto penetrantemente incidenti sulla realtà materiale e del carattere più accentuatamente pubblicistico della disciplina sulla tutela cautelare<sup>16</sup>, ora sull'inibizione generale per gli arbitri ad ogni forma di tutela sommaria<sup>17</sup>.

50 | adire, per la tutela provvisoria ed urgente, un giudice straniero, del tutto all'oscuro della vicenda e magari poco incline a questioni con profili di internazionalità, e di effettuare un'anticipata *disclosure* delle proprie difese, oltre al fatto — nient'affatto trascurabile — che la pronuncia in via urgente ed interinale rischierebbe di svuotare, in ragione dell'affermarsi nel nostro ordinamento processuale civile del principio della strumentalità attenuata in forza dell'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c., la successiva tutela di merito (resa non più necessaria), invece senz'altro demandata agli arbitri. Per riferimenti a tale ultimo aspetto, si veda GHIRGA, cit., 313 e sia consentito di rinviare anche a CAROSI, *La "sorte" della potestà cautelare del giudice interno in presenza di un accordo compromissorio per arbitrato estero: verso il progressivo superamento di un tabù?*, in questa *Rivista*, 2018, 2, 389 ss. e, segnatamente, 407-408. Sul punto TOMMASEO, cit., 14-16, opina come il nostro ordinamento, in forza dell'art. 818 c.p.c., riservi al giudice statale la giurisdizione cautelare *tout court*, senza distinguere tra provvedimenti con funzione cautelare (*i.e.* misure conservative in funzione della fruttuosità dell'esecuzione, volte a preservare lo *status quo* in attesa che sullo stesso il provvedimento definitivo del merito possa esplicare i propri effetti, per le quali il vincolo della strumentalità permane pieno) e provvedimenti con mera struttura cautelare in dipendenza della loro provvisorietà in funzione del pericolo del ritardo (tra cui anche le misure interinali anticipatorie degli effetti costitutivi e innovativi della decisione di merito, per le quali la strumentalità è stata, per l'appunto, affievolita dall'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c.). L'A. parla esplicitamente di *intrinseca efficacia derogatoria* del bisogno di tutela cautelare rispetto alla scelta arbitrale « (...) in quanto consente di sostituire provvisoriamente con forme di tutela giurisdizionale statale la tutela giurisdizionale arbitrale, anche a rischio di pregiudicare in fatto il soddisfacimento della parte vittoriosa nel giudizio di merito (...) ». Lo stesso A. rileva come il sistema dell'arbitrato, al netto della peculiare scelta del legislatore italiano, sia, invece, generalmente contrario a che il risultato dell'attività di giudizio riservata agli arbitri sia conseguibile *aliunde*, cioè in sede cautelare dinanzi al giudice togato, atteggiamento di cui è esempio l'ordinamento francese, nel quale, in ragione del disposto dell'art. 1458 del *code de procédure civile*, ai giudici è consentito di emettere misure conservative, ma non provvedimenti capaci di anticipare la decisione arbitrale (*référé-provision*). In tema cfr. altresì TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale*, in questa *Rivista*, 1996, 3, 475.

<sup>16</sup> Così ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale, irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 750.

<sup>17</sup> Si veda CECHELLA, *L'Arbitrato*, Torino, 2005, 201; RICCI, cit., 589, alla nota 1, il quale afferma la superabilità del divieto, « (...) pur tenendo conto della "potenziale pericolosità" dei cautelari, specialmente nell'ottica della parità delle armi e della delibazione meramente sommaria sulla base dei quali vengono emanati (...) » e, ancora, alla pagina 592, dove l'A. fa riferimento all'esistenza per gli arbitri di un'inibizione generale a qualsiasi forma di tutela sommaria poiché sarebbe loro « (...) in genere vietato ogni provvedimento direttamente incisivo sulla realtà materiale, che non sia fondato su un accertamento pieno (...) », per cui ai giudici privati sarebbe preclusa la tutela possessoria interdittale ex art. 703 c.p.c. così come ogni altro provvedimento sommario volto alla rapida formazione di un titolo esecutivo (quali, ad esempio, il procedimento ingiuntivo ex artt. 633 ss. c.p.c., ordinanza di convalida di sfratto o di

Il sommosso avviso di chi scrive è che nessuna delle tesi sin qui riportate sia pienamente convincente.

Non quella tradizionale, che fissa il fondamento del divieto dell'art. 818 c.p.c. nell'assenza in capo agli arbitri dell'*autoctoritas* necessaria all'emanazione dei provvedimenti cautelari. Infatti, sul punto, appare perfettamente condivisibile la censura mossa per cui, se ai giudici privati è affidata la potestà di definire in via definitiva il merito della controversia insorta tra le parti, è illogico ritenere che gli stessi non siano dotati della *potestas* per far fronte ad esigenze transitorie mediante un assetto provvisorio dei rapporti tra le parti in funzione della decisione finale. Siffatta critica, tra l'altro, sembra aver acquistato ancora maggiore autorevolezza per effetto dell'introduzione dell'art. 824-*bis* c.p.c. e l'espressa equiparazione del lodo definitivo alla sentenza emessa dall'autorità giudiziaria a far data dalla sua ultima sottoscrizione. È, altresì, vero quanto è stato osservato ad ulteriore supporto di tale impostazione critica, cioè che anche il lodo definitivo non adempiuto volontariamente, al pari di un ipotetico provvedimento cautelare a cui le parti non si siano conformate in modo spontaneo, necessita per la sua realizzazione forzosa dell'intervento dello Stato, realizzato nelle forme dell'*exequatur* impresso con decreto dal giudice ordinario ai sensi dell'art. 825 c.p.c. In altri termini, non è mai immaginabile — lodo arbitrale o ipotetico provvedimento cautelare — un potere degli arbitri di dare attuazione coattiva ai provvedimenti emanati, rimanendo l'uso la forza nel monopolio dell'apparato statale.

Parimenti non convince la tesi dell'assenza delle garanzie di indipendenza necessarie all'emanazione dei provvedimenti cautelari e della spiccata connotazione pubblicistica della disciplina della tutela cautelare. Essa non soddisfa, in primo luogo, per la stessa ragione per cui è stata già censurata la tesi tradizionale: ovverosia, se si ritiene che i giudici privati offrano quelle rassicurazioni di indipendenza opportunamente richieste per conferire sistemazione definitiva al merito della disputa, non si comprende perché gli stessi non dovrebbero assicurare i livelli di indi-

---

rilascio *ex artt.* 663 e 665 c.p.c., ordinanze interinali di condanna ai sensi degli artt. 186-*bis*, 186-*ter* e 186-*quater* c.p.c.). In senso parzialmente difforme cfr. CARPI, *op. ult. cit.*, 926-927 nonché nota 84, il quale sottolinea la necessità di operare una distinzione tra i provvedimenti cautelari e i provvedimenti provvisori soddisfattivi, quali, per l'appunto, l'ordinanza di pagamento di somme non contestate *ex art.* 186-*bis* c.p.c. o la condanna provvisoria *ex art.* 278, comma 2, c.p.c., sulla scorta dell'ipotizzabilità, in epoca successiva espressamente ammessa in forza degli artt. 816-*bis* e 827 c.p.c., dei lodi parziali di condanna.

pendenza necessari per l'esercizio della potestà cautelare. Tale tesi, inoltre, appare ormai superata alla luce del quadro attuale della disciplina e della prassi arbitrale in pressoché tutto il mondo. Infatti, legislazioni nazionali<sup>18</sup>, testi di *soft law*<sup>19</sup> e regolamenti delle più importanti istituzioni di arbitrato<sup>20</sup> prestano oggi grande attenzione al tema dell'in-

<sup>18</sup> In Inghilterra si veda la *Section 33* dello *UK Arbitration Act 1996*, ai sensi della cui *under section (1)*, lett. (a), « The tribunal shall act fairly and impartially as between the parties (...) ». La *under section (2)* aggiunge che « The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred in ». In Svezia si veda la *Section 8* dello *Swedish Arbitration Act*, secondo cui « An arbitrator shall be impartial and independent. In Hong Kong la *Section 46* dell'*Hong Kong Arbitration Ordinance Cap. 609, under section (3)*, secondo cui « When conducting arbitral proceedings or exercising one of the any of the power conferred on an arbitral tribunal by this Ordinance or by the parties to any of those arbitral proceedings, the arbitral tribunal is required (a) to be independent; (b) to act fairly and impartially as between the parties, giving them a reasonable opportunity to present their cases and to deal with the cases of their opponents; and (...) ». In Svizzera l'art. 179, comma 6, della legge 18 dicembre 1987 di diritto internazionale privato, ai sensi della quale « La persona proposta quale arbitro deve rivelare senza indugio l'esistenza di circostanze che potrebbero far dubitare della sua indipendenza o imparzialità. Tale obbligo sussiste durante l'intero procedimento ».

<sup>19</sup> Cfr. su tutte le *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interests*.

<sup>20</sup> In Italia si vedano gli artt. 20, 21 e 22 del Regolamento di Arbitrato della Camera Arbitrale di Milano nonché gli artt. 5, 6 e 7 del Codice Deontologico dell'Arbitro. Si veda l'art. 11, comma 2, delle *ICC Arbitration Rules 2021*, ai sensi del quale « Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration », prevedendo ai commi successivi precisi obblighi di dichiarazione di eventuali circostanze idonee a far sorgere dubbi circa l'imparzialità ed indipendenza degli arbitri e di correlata *disclosure*. Si veda, altresì, l'art. 7, comma 7, delle *UNCITRAL Arbitration Rules*, ai sensi del quale « The appointing authority shall have regard to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator (...) ». Il successivo art. 11 stabilisce che « When a person is approached in connection with his or her possible appointment as an arbitrator, he or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence (...) ». Infine, l'art. 12, comma 1, dispone che « Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence ». Cfr. la *under section 5.3* delle *London Court of International Arbitration Rules*, secondo cui « All arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties (...) ». Le successive *under sections 5.4* e *5.5* fissano a carico degli arbitri uno specifico obbligo di *disclosure*, contestuale all'assunzione dell'incarico e per tutta la durata del procedimento, di ogni circostanza che possa dare luogo « (...) to any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence (...) ». Cfr. pure la *under section 13.1* delle *Singapore International Arbitration Center Arbitration Rules*, ai sensi del quale « Any arbitrator appointed in an arbitration under these Rules, whether or not nominated by the parties, shall be and remain at all time independent and impartial ». Le successive *under sections 13.4* e *13.5* pongono in capo agli arbitri precisi obblighi di *disclosure* contestuali all'accettazione dell'incarico e durante tutto il corso del procedimento di ogni circostanza che possa far sorgere giustificati dubbi circa l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri. Si veda pure l'art. 11.1 delle *Hong Kong International Arbitration Center Administered Arbitration Rules (2018)*, secondo cui « An arbitral tribunal confirmed under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties ». Gli art. 11.4, 11.5 e 11.6 disciplinano gli ulteriori aspetti delle dichiarazioni di impar-

dipendenza e dell'imparzialità degli arbitri, configurando a carico dei giudici privati tassativi obblighi di dichiarare la propria imparzialità ed indipendenza non solo dalle parti, ma anche dai rispettivi difensori nonché dai terzi finanziatori (in caso di *third party funding*) e di *disclosure* durante l'intero corso del procedimento di ogni circostanza che possa far sorgere ragionevoli dubbi circa il possesso di detti requisiti, obblighi affiancati — tra l'altro — da connesse fattispecie di ricusazione ad istanza delle parti o di sostituzione d'ufficio.

Non sembra condivisibile neppure il rilievo per cui il divieto *ex art.* 818 c.p.c. abbia il proprio fondamento nell'impossibilità per gli arbitri di emettere provvedimenti in forza di una cognizione meramente sommaria. Infatti, se per sommarietà ci si riferisce alla non pienezza del contraddittorio, il rilievo è agevolmente superabile semplicemente negando agli arbitri, anche in ipotesi di grave pregiudizio nel ritardo *ex art.* 669-*sexies*, comma 2, c.p.c. (il quale assicura, peraltro, la successiva attuazione del contraddittorio con la fissazione di un'udienza di comparizione all'esito della quale il giudice conferma, modifica o revoca, con ordinanza, i provvedimenti già emanati con decreto), il potere di emettere provvedimenti *inaudita altera parte*, i quali, d'altra parte, parrebbero incompatibili con il fondamento consensuale dell'arbitrato e con l'osservanza del principio del contraddittorio, la cui tassatività in arbitrato sembra ricavabile già dall'art. 829, comma 1, n. 9 c.p.c. (secondo cui l'impugnazione del lodo per nullità è sempre ammessa « se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio »)<sup>21</sup>. Se, invece, la sommarietà viene riferita alla cognizione (sommarietà che si estrinseca sostanzialmente nell'accelerazione dell'*iter* procedimentale,

---

zialità ed indipendenza e dei connessi obblighi di *disclosure* di circostanze idonee a far sorgere giustificati dubbi circa l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri. Cfr., infine, gli art. 31, commi 1 e 2, 32, comma 2, 35, comma 1, 49, comma 1, del *China International Economic and Trade Arbitration Center*.

<sup>21</sup> Sottolineano l'importanza del rispetto del principio del contraddittorio CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.*, cit., 1262, LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, in questa *Rivista*, 2005, 2, 455 ss. e BERNARDINI, cit., 15 e 22 secondo cui la procedura volta all'emanazione della misura cautelare « (...) sia essa concordata tra le parti o decisa dall'arbitro (...) dovrà rispettare il principio del contraddittorio (...) » nonché alla pagina 23, dove viene evidenziato come l'ordinanza cautelare emessa dagli arbitri *inaudita altera parte* rischia di scontare, anche negli ordinamenti stranieri in cui sia ammessa la *potestas* cautelare dei giudici privati, la sanzione della non eseguibilità per violazione del principio del contraddittorio. Cfr. anche POZZI, cit., 30 e 43, il quale rimarca « (...) la difficoltà di immaginare un coerente sistema di tutela arbitrale *inaudita altera parte* oppure *ante causam* (...) ».

pur nel rispetto del principio del contraddittorio), la stessa appare giustificata anche nell'arbitrato in ragione della non autonomia, bensì della strumentalità della tutela cautelare in funzione della fruttuosità della cognizione o dell'esecuzione, condensata in un provvedimento destinato ad essere assorbito dal lodo che pronuncerà sullo stesso oggetto della cautela<sup>22</sup>. Rileva, tra l'altro, anche quanto evidenziato da autorevolissima dottrina circa la tendenza alla sommarizzazione dei procedimenti, avviata con la legge 14 maggio 2005, n. 80 e confermata dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 (che, non a caso, ha introdotto il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.), la quale, lungi dal revocare in dubbio il valore cardine del principio del pieno accertamento, nasce dalla semplice presa d'atto che determinate esigenze di tutela possono essere soddisfatte anche nel contesto di un accertamento leggermente affievolito<sup>23</sup>.

In questa prospettiva appare, dunque, condivisibile la tesi secondo cui il limite sancito dall'art. 818 c.p.c. non abbia alcuno dei fondamenti appena citati (carenza di *auctoritas*, mancanza delle necessarie garanzie di indipendenza e carattere marcatamente pubblicistico della tutela cautelare, sommarietà della cognizione). Esso sarebbe, molto più pragmaticamente, il frutto di una scelta di politica legislativa, la quale — condivisibile o meno che la si ritenga — è stata determinata dalla marcata prudenza del legislatore italiano verso la piena equiparazione della giustizia arbitrale a quella statale<sup>24</sup>.

3. Definito quello che sembra essere il fondamento del diniego di *potestas* cautelare in capo agli arbitri, occorre, a questo punto, interrogarsi sull'assolutezza o meno di siffatta previsione. Le posizioni si sono mostrate difformi anche su questo tema di indagine, pure a fronte di opinioni convergenti sulla *ratio* della previsione in parola.

<sup>22</sup> Sulla natura della tutela cautelare si veda MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, Ventisettesima edizione, Torino, 2019, 271 ss. e, segnatamente, 271-272.

<sup>23</sup> Cfr. GHIRGA, cit., 313.

<sup>24</sup> Così CARPI, *L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziale*, cit., 929 ss.; LUISSO, cit., 253 ss.; TOMMASEO, cit., 9 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 206 ss. e, specificamente, 208; RICCI, cit., 589, alla nota 1, per il quale « (...) la ragione del divieto è da ricondursi esclusivamente a ragioni di politica legislativa (...) »; GHIRGA, cit., 311, il quale, in senso favorevole all'abolizione del divieto, rileva che « (...) la ragione di questa esclusione andrebbe individuata in scelte di politica legislativa, che ben avrebbero potuto cadere su una soluzione diversa (...) »; SALVANESCHI, cit., 625; RUFFINI-BOCCAGNA, sub art. 818, in *Codice di procedura civile commentato*, Consolo (diretto da), 4<sup>a</sup> ed., 1910 ss.; DI IORIO, cit., 552; POZZI, cit., 21-22.

## ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

Una parte della dottrina, pur giudicando il divieto *de quo* irrazionale e l'opinione sull'incompatibilità ontologica tra arbitrato e tutela cautelare non condivisibile<sup>25</sup>, valuta l'art. 818 c.p.c. quale riproduttivo di un inderogabile e non ignorabile divieto di legge. In questa prospettiva, la violazione del disposto *de quo*, per effetto di una clausola del patto arbitrale che abiliti gli arbitri ad emettere provvedimenti cautelari, provocherebbe la nullità *tout court* della convenzione di arbitrato<sup>26</sup> e, in ogni caso, la nullità o, addirittura, l'inesistenza della misura in ipotesi emessa dai giudici privati<sup>27</sup>. La tesi in questione, in ultima analisi, pare affondare le proprie radici nella connotazione pubblicistica delle norme processuali<sup>28</sup>.

Un diverso avviso, invece, afferma che il patto di arbitrato derogatorio dell'art. 818 c.p.c. non sarebbe nullo, di guisa che, da un lato, una siffatta pattuizione non comporterebbe la privazione della *potestas* cautelare in capo al giudice statale (la cui competenza andrebbe individuata ai sensi dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. e, a seconda della tesi a cui si

---

<sup>25</sup> Un'approfondita ed assai pragmatica critica alla tesi dell'incompatibilità ontologica la si ritrova in BIAVATI, cit., specificamente 329-332, il quale postula esplicitamente « La tutela cautelare come elemento naturale della tutela arbitrale », data la sua connotazione di forma di tutela giurisdizionale in tutto e per tutto equiparabile (almeno quanto agli effetti del provvedimento conclusivo della sequenza procedimentale) a quella esercitata dai giudici dell'apparato dello Stato. A tale ultimo riguardo, si rimanda a Corte Cost. sentenza 28 novembre 2001, n. 376, con nota di RICCI, *La « funzione giudicante » degli arbitri e l'efficacia del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss.

<sup>26</sup> L'argomento è sostenuto esattamente in questi termini da GHIRGA, cit., 593, il quale pone l'art. 818 c.p.c. tra « (...) gli inderogabili divieti di legge (...) la cui violazione non può non incidere sul patto compromissorio, determinandone la nullità (...) ». Analogamente cfr. RICCI, cit., 312, secondo cui « (...) se è vero che l'incompetenza in materia cautelare si spiega in termini di politica legislativa, formalizzatasi in un divieto, si può non condividere la stessa, ma non crediamo possibile aggirare l'ostacolo giuridico espresso (...) ». Anche per CECHELLA, cit., 201, l'art. 818 c.p.c. è norma di ordine pubblico, come tale inderogabile. Per BERNARDINI, cit., 20, senza riferimenti diretti al sistema italiano e all'art. 818 c.p.c., quando la *lex fori* (o legge della sede) prevede che la *potestas* cautelare sia riservata in via esclusiva al giudice togato « (...) ogni contrario accordo tra le parti, sia direttamente che attraverso il richiamo a regolamenti di arbitrato, sarà inefficace quanto a quelle misure che, se non spontaneamente osservate, devono essere eseguite con l'assistenza del giudice statale (...) ».

<sup>27</sup> LA CHINA, cit., 163-164, di cui *supra* alla nota 3. Nullità o inesistenza che, secondo POZZI, cit., 21, sarebbero denunziabili in sede esecutiva in via di opposizione oppure per il mezzo di un autonomo giudizio di cognizione ordinaria.

<sup>28</sup> In questi termini SALVANESCHI, cit., 630, la quale, per l'appunto, evidenzia che la rilevanza pubblicistica delle norme sul processo, unitamente alla riserva di legge per eventuali deroghe all'art. 818 c.p.c. (per cui « Gli arbitri non possono concedere (...) salva diversa disposizione di legge »), portano ad escludere che le parti possano conferire ai giudici privati il potere di emettere quei provvedimenti cautelari che il sistema tipizza e riserva ai giudici dello Stato.

aderisca circa la portata derogatoria del patto per arbitrato estero, *ex art. 669-ter c.p.c.*, con riferimento specifico alle misure interinali previste dal codice di rito e da leggi speciali<sup>29</sup>) e, dall'altro, non impedirebbe all'arbitro di autorizzare la cautela richiesta, la cui concreta attuazione, però, rimarrebbe confinata nell'ambito privatistico della spontanea conformazione al comando<sup>30</sup>.

Riepilogate le posizioni sul tema, si impongono alcune riflessioni.

In primo luogo, pare necessario intendersi sugli esatti confini della derogabilità del divieto *ex art. 818 c.p.c.* di cui si dibatte. Ossia, altro è riferire l'ipotetica deroga alla possibilità che gli arbitri concedano provvedimenti in tutto e per tutto assimilabili a quelli — conservativi o anticipatori che siano — autorizzabili dal giudice togato, altro ancora è riportare siffatta deroga a misure cautelari non riconducibili nel novero di quelle disciplinate dal codice di rito e da speciali disposizioni di legge. Se, infatti, la deviazione pattizia dall'*art. 818 c.p.c.* è nel senso dell'attribuzione ai giudici privati della *potestas* di accordare forme di cautela qualitativamente identiche a quelle emanabili dai giudici dello Stato sembra omologabile la tesi che nega l'ammissibilità di una simile deroga.

56

<sup>29</sup> Cfr. BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2010, 1, 17 ss. Si veda altresì LICCI, *La competenza cautelare nelle controversie devolute ad arbitri*, in questa *Rivista*, 2019, 2, 339 ss.

<sup>30</sup> Così MARENGO, *cit.*, 136 e BRIGUGLIO, *sub art. 818*, *cit.*, 866, il quale annota come il divieto *ex art. 818 c.p.c.* non può in alcun modo essere inteso come ostativo a che le parti assegnino agli arbitri il potere di emanare misure interinali. Si veda anche LAUDISA, *cit.*, 467. TOMMASEO, *cit.*, 24, pone in rilievo sia la rinunciabilità alla giurisdizione cautelare del giudice togato, purché esplicitamente manifestata in forza del patto di arbitrato, sia la nullità di quelle convenzioni di arbitrato che intendano affidare ai giudici privati poteri cautelari in tutto e per tutto identici a quelli riservati all'autorità giudiziaria ordinaria dagli artt. 669-*bis* ss. c.p.c. L'A. sembra, invece, ritenere ammissibile la rinuncia alla *potestas* cautelare del giudice dello Stato con assegnazione agli arbitri del potere di soddisfare il bisogno di tutela cautelare attraverso l'emanazione di provvedimenti aventi efficacia non commensurabile a quella propria delle misure cautelari statuali. In senso conforme SALVANESCHI, *cit.*, 630-631 nonché VILLA, *cit.*, 521-522. Si veda anche COREA, *cit.*, 843-844 il quale argomenta che non v'è alcuna incompatibilità logica o giuridica tra cautela ed arbitrato e che il potere cautelare non può, dunque, ritenersi precluso agli arbitri, se non con circoscritto riferimento a quelle misure interinali che necessitano di forme di esecuzione in senso stretto. Si rinvia, altresì, a BIAVATI, *cit.*, 330 ss., il quale definisce espressamente l'impostazione restrittiva dell'ordinamento italiano « un'isola di arretratezza » e « una sorta di isola antica » a confronto di un quadro logico e comparatistico del tutto aperto all'idea che gli arbitri possano autorizzare misure cautelari. Cfr. BERNARDINI, *cit.*, 23, il quale pone in rilievo come talune misure cautelari atipiche (quali, ad esempio, l'autorizzazione a sospendere l'esecuzione di un contratto o a effettuare i pagamenti su di un *escrow account*) ben possono essere emesse dai giudici privati in quanto la loro attuazione non richiede una fase propriamente esecutiva, intesa come connotata dall'esercizio di poteri coercitivi.

## ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

Entro questi termini la scelta di politica legislativa, definente la *ratio* dell'art. 818 c.p.c., appare insuperabile. Agli arbitri in nessun modo sarebbe consentita l'emissione di cautele attuabili e coercibili forzosamente sotto il proprio diretto controllo, secondo uno schema analogo o, almeno, simile a quello approntato dall'art. 669-*duodecies* c.p.c. per l'attuazione e l'esecuzione delle misure cautelari autorizzate dal giudice statale. Infatti, al dato ineludibile del divieto *ex art.* 818 c.p.c. (da intendersi nei limiti di quanto si è appena detto), si accompagna la semplice constatazione per cui difetta, per i provvedimenti cautelari arbitrali, la previsione di un meccanismo di collaborazione tra giudici privati e giudice togato identico a quello predisposto dall'art. 825 c.p.c. in funzione dell'esecutorietà del lodo arbitrale. Quel che non sembra condivisibile, però, è che dalla violazione di un simile divieto derivi la nullità *tout court* della convenzione di arbitrato, con conseguente devoluzione — a quel punto, quale naturale conseguenza — dell'intera disputa al giudice ordinario<sup>31</sup>. Se, infatti, di nullità si tratta, essa sarà semmai *in parte qua*, ovvero sia limitata alla singola clausola del patto di arbitrato che demandi agli arbitri i poteri cautelari riservati al giudice togato, secondo un banale principio di conservazione del contratto, ricavabile già dagli artt. 1367 e 1419 c.c.

Se, però, la deroga all'art. 818 c.p.c. viene interpretata in senso così ampio da comprendere pure le cautele estravaganti, dunque misure interinali ed urgenti atipiche, cioè in alcun modo equiparabili a quelle emanabili dai giudici dello Stato, la tesi dell'assolutezza del divieto sembra perdere di fondamento. Ragioni né logiche né giuridiche, infatti, paiono ostare a che le parti, in forza del patto di arbitrato (espressamente o, *per relationem*, giusto il rinvio ad un regolamento di arbitrato), riconoscano agli arbitri il potere di adottare provvedimenti interinali ed urgenti per fronteggiare un bisogno di cautela. D'altra parte, indici legislativi e motivi di opportunità (evidenziati, come vedremo, dalla dottrina più autorevole) revocano oggi in fortissimo dubbio che il divieto *ex art.* 818 c.p.c. possa ancora considerarsi un dogma e il potere cautelare degli arbitri (entro i confini dei quali si è detto) un tabù<sup>32</sup>.

Un primo indizio della non assolutezza del divieto *ex art.* 818 c.p.c. è nella lettera stessa della norma, come novellata dal D.Lgs. 2 febbraio

<sup>31</sup> Si veda MARENGO, cit., 136-137, il quale esclude che l'accordo compromissorio con cui le parti conferissero agli arbitri il potere di adottare misure cautelari sia nullo.

<sup>32</sup> Il termine è stato utilizzato da BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 865.

2006, n. 40, segnatamente nell'ultimo inciso, dove è specificato che il divieto per gli arbitri di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari vige « salva diversa disposizione di legge ». Al netto delle difformi letture sulla portata dell'inciso<sup>33</sup>, non se ne può negare il significato di primo esplicito segnale della derogabilità, anche se coperta da riserva di legge, della norma che impedisce agli arbitrati di esercitare la *potestas cautelare*.

Un espresso indice sintomatico di siffatta derogabilità si era già palesato pochi anni prima con la novità dell'art. 35, comma 5, del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ai sensi del quale « La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare ai sensi dell'art. 669-*quinquies* del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera »<sup>34</sup>. È innegabile la peculiarità dell'inibitoria di delibere sociali, stante la connotazione di misura *self-executing* (non per questo, però, non bisogna di una fase attuativa-conformativa, affidata all'adozione, da parte della società, dei

<sup>33</sup> Per alcuni studiosi — si veda PUNZI, *op. ult. cit.*, 206, nota 599; GHIRGA, *cit.*, il quale interpreta la clausola di salvezza di cui all'art. 818, ultima parte, c.p.c., come volta a « (...) coordinare la disciplina generale in materia di arbitrato con quanto già previsto in altre norme che attribuiscono agli arbitri un potere cautelare. Così è in particolare con quanto previsto, nel d.lgs. n. 5/03 in materia di arbitrato societario (...) »; cfr. anche DI IORIO, *cit.*, 562; si veda SALVANESCHI, *cit.*, 627-628; VILLA, *cit.*, 519 — l'inciso è pragmaticamente espressione della *voluntas legis* di adeguare l'art. 818 c.p.c. all'art. 35, comma 5, del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, recante la previsione del potere cautelare degli arbitri di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari oggetto di impugnazione; per altri autori, invece, alla novella si sarebbe dovuto assegnare il significato ben più ampio di primo viatico in vista del futuro, ed auspicato, riconoscimento ai giudici privati del potere di concedere provvedimenti cautelari (così COREA, *cit.*, 843, secondo cui « (...) la previsione di una deroga legislativa, oltre a fugare ogni dubbio sulla conformità al sistema dell'unica disposizione normativa ad oggi attributiva di poteri cautelari agli arbitri (di cui all'art. 35 *cit.*), sembra più che altro preludere ad una futura — quanto, si direbbe, auspicata e solo rinviata nel tempo — introduzione nel sistema di una disciplina di raccordo tra il potere cautelare degli arbitri e l'apparato strumentale coercitivo dello stato, mediante un modello di *exequatur* analogo a quello proprio del lodo (...) »; si veda anche RICCI, *cit.*, 590 e BOVE, in *Il nuovo processo civile*, Cecchella (coordinato da), Milano, 2006, 78). BRIGUGLIO, *cit.*, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, 22, nota 8, rileva che l'art. 35, comma 5, del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha dato il via « (...) a progressiva ed ulteriore erosione logica del dogma (...) » sebbene con riferimento « (...) al limitato ambito delle misure cautelari puramente sospensive (...) ».

<sup>34</sup> Secondo BIAVATI, *cit.*, 335, l'art. 35, comma 5, del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 è l'eccezione esplicita al divieto *ex art.* 818 c.p.c. Nello stesso senso si veda COREA, *cit.*, 843.

## ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

provvedimenti necessari all'effettivo ripristino dello *status quo* e di successiva verifica dell'avvenuto adeguamento<sup>35</sup>), ma non è del pari revocabile in dubbio che di cautela pur sempre si tratti<sup>36</sup>.

Autorevolissima dottrina ha, poi, inferito dalla riserva di cui all'ultima parte dell'art. 818 c.p.c. due ulteriori indici normativi della non assolutezza del divieto sancito dalla norma in questione<sup>37</sup>.

Il primo è stato individuato nell'art. 669-*duodecies* c.p.c., il quale, nell'affidare al giudice che ha autorizzato la cautela il controllo sulla sua attuazione (provvedendo, ove sorgano difficoltà, con ordinanza), conclude statuendo che ogni altra questione (relativa, per l'appunto, all'attuazione della cautela e al *quomodo* della stessa) deve essere proposta nel giudizio di merito, il che vorrebbe dire, in presenza di convenzione d'arbitrato, dinanzi all'arbitro<sup>38</sup>.

Il secondo sarebbe ricavabile dall'art. 832 c.p.c., il quale ammette che la convenzione d'arbitrato possa fare rinvio ad un regolamento arbitrale preconstituito. È noto, infatti, che ormai tutti i regolamenti delle principali istituzioni di arbitrato reclinano l'affermazione del potere degli arbitri di

<sup>35</sup> Sul punto importanti riferimenti in COREA, cit., 846-851, il quale, come già rilevato *supra* alla nota 9, opera una distinzione tra le nozioni di attuazione ed esecuzione della misura cautelare nel senso che « (...) non tutte le forme di "attuazione cautelare", contrariamente a una diffusa opinione, richiedono un intervento modificativo della realtà materiale eseguibile coercitivamente, potendosi quest'ultimo esaurire in un mero *dictum* (...) ». L'A., approfondendo il concetto di natura "autoesecutiva" dell'inibitoria, pone in risalto come « (...) né per la sospensione delle delibere societarie, né per le misure propriamente inibitorie può darsi per scontato che all'emanazione del provvedimento non possa seguire una fase attuativa, di controllo della "ottemperanza" al provvedimento da parte dello stesso giudice — e, in ipotesi, quindi da parte dell'organo arbitrale — che lo ha emesso (...) ». Si veda anche POZZI, cit., 23.

<sup>36</sup> Così BIAVATI, *ibidem*.

<sup>37</sup> Il riferimento è sempre a BIAVATI, *ivi*, 336-338.

<sup>38</sup> La norma ha destato non poche perplessità in dottrina perché l'art. 669-*duodecies*, ultima parte, c.p.c. pare comunque demandare una qualche attività attuativa del provvedimento cautelare ad un organo (quello arbitrale) che è privo del potere di autorizzarlo. Cfr. PUNZI, *op. ult. cit.*, 226. Ad avviso di LUISO, cit., 253, non sarebbe da revocarsi in dubbio che gli arbitri possano conoscere delle questioni afferenti al *quomodo* dell'attuazione, così come di quelle relative alla fondatezza nel merito del diritto cautelato, mentre rimarrebbero esclusi dalla cognizione arbitrale i profili riguardanti l'inefficacia del provvedimento cautelare (che l'art. 669-*novies* c.p.c. affida al giudice ordinario) e quelli coinvolgenti la posizione di soggetti terzi. La posizione è condivisa da BIAVATI, cit., 336 e da COREA, *ivi*, 856, il quale annota che « (...) Sembra, infine, corretto ritenere che gli arbitri, in quanto giudici del "merito", siano competenti a conoscere *ex art.* 669-*duodecies* anche di "ogni altra questione" afferente l'attuazione della misura cautelare, tanto se emessa dal giudice statale che dall'organo arbitrale: si tratta in particolare, com'è stato acutamente rilevato, delle questioni che nel processo civile possono dar luogo alle opposizioni, sia all'esecuzione che agli atti esecutivi (...) ».

adottare misure conservative o interinali <sup>39</sup>. Proprio il riferimento, giusto il patto arbitrale, ad un regolamento preconstituito che preveda il potere cautelare degli arbitri sarebbe interpretabile come deroga all'art. 818 c.p.c., esattamente in virtù — è bene precisare — di quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 832 c.p.c. ai sensi del quale « Se l'istituzione rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo ». La norma, infatti, se letta *a contrario*, autorizzerebbe ad ammettere l'effetto derogatorio, in favore del regolamento d'arbitrato e a condizione che l'istituzione accetti di amministrare il procedimento <sup>40</sup>, dei precedenti capi del Titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile, tra i quali si colloca anche quello contenente l'art. 818 c.p.c. In altri termini, si sarebbe al cospetto di un'eccezione implicita al divieto *ex art.* 818 c.p.c., che ha la propria fonte sempre nella legge (*i.e.* nell'art. 832, ultimo comma, c.p.c.), in aderenza, per l'appunto, al dettato dello stesso art. 818, ultima parte, c.p.c. <sup>41</sup>.

60

Altra assai autorevole dottrina ha, invece, individuato un possibile appiglio per il riconoscimento di *potestas* cautelare agli arbitri nell'art. 816-*bis*, comma 1, c.p.c., ai sensi del quale le parti hanno il potere di definire le norme relative al procedimento arbitrale, tra le quali rientrebbe anche la clausola che abiliti gli arbitri ad emanare ordinanze interinali e provvisorie sull'oggetto del giudizio <sup>42</sup>.

Il principale motivo di opportunità, che induce a non aderire alla tesi dell'assolutezza del divieto *ex art.* 818 c.p.c., è individuabile, invece, nella non trascurabile esigenza di dare al sistema italiano, di tipo chiaramente conflittuale, una lettura che quanto più possibile lo armonizzi con il contesto internazionale <sup>43</sup>, dove la maggior parte degli ordinamenti sta-

<sup>39</sup> Per rimandi ad alcuni dei più importanti regolamenti di arbitrato si veda *supra* la nota 2.

<sup>40</sup> Richiami al tema da parte di BIAVATI, *ivi*, 337-338 e, segnatamente, 338, dove l'A. evidenzia come la deroga possibile all'art. 818 c.p.c., in virtù del dettato dell'art. 832, ultimo comma, c.p.c., pare limitata all'ipotesi dell'arbitrato amministrato, con esclusione, dunque, dell'arbitrato meramente regolamentato « (...) in cui le parti costruiscono un arbitrato *ad hoc*, governato però, sotto il profilo procedurale, dal richiamo ad un regolamento di arbitrato preconstituito (...) ».

<sup>41</sup> In questo senso BIAVATI, *ibidem*.

<sup>42</sup> Così SALVANESCHI, *cit.*, 630-631 e VILLA, *cit.*, 521, i quali sembrano collegare proprio al potere accordato alle parti *ex art.* 816-*bis*, comma 1, c.p.c. la possibilità di recepire nella convenzione di arbitrato un regolamento di arbitrato preconstituito ai sensi dell'art. 832, ultimo comma, c.p.c. in dipendenza del richiamo che ad esso venga fatto. *Contra* BIAVATI, *ivi*, 337-338.

<sup>43</sup> Cfr. BIAVATI, *cit.*, 331-332. Riferimenti anche in BERNARDINI, *cit.*, 17-18 e in POZZI, *cit.*, 25-27.

## ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

tuali riconosce i poteri cautelari degli arbitri secondo un modello cooperativo di riparto della relativa *potestas*, in alcune esperienze affidata in via concorrente ai giudici togati e agli arbitri, in altre ai giudici togati in sede puramente sussidiaria (ovverosia, quando la competenza cautelare arbitrale non possa dispiegarsi efficacemente) <sup>44</sup>.

Ulteriori valutazioni rilevano sul medesimo piano di opportunità, tra cui senz'altro risaltano quella di minimizzare i possibili ambiti di interferenza del giudice togato in dispute che le parti hanno manifestato la volontà di riservare, quanto al merito, alla cognizione degli arbitri <sup>45</sup> e quella di non disgiungere giurisdizione cautelare e giurisdizione di merito al fine di assicurare l'unità del procedimento arbitrale <sup>46</sup>.

Sintetizzando schematicamente, si possono trarre alcune prime conclusioni:

— agli arbitri sarebbe fatto senz'altro divieto di esercitare poteri cautelari qualitativamente identici a quelli che l'ordinamento giuridico italiano, in virtù del combinato disposto dello stesso art. 818 c.p.c. nonché degli artt. 669-ter e 669-quinquies c.p.c., riserva ai giudici togati;

— il patto di arbitrato che, sotto questo preciso profilo, violi l'art. 818 c.p.c., giusta la manifestazione della volontà di concedere agli arbitri i poteri cautelari di cui agli artt. 669-bis ss. c.p.c., sarebbe da ritenersi nullo, ma non integralmente, bensì in *parte qua*, in ossequio ad un banale principio di preservazione della più generale volontà delle parti di sottrarre tutte o alcune dispute concernenti un dato rapporto alla cogni-

61

<sup>44</sup> Il modello conflittuale in favore del giudice togato è fatto proprio, oltre che in Italia in forza dell'art. 818 c.p.c., anche dal Concordato intercantonale sull'arbitrato svizzero del 27 agosto 1969, n. 26 (art. 26, comma 1) e dal sistema francese rispetto alle misure *strictu sensu* conservative (art. 1458 *code de procédure civile*). Il modello cooperativo concorrente lo si trova affermato nella Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale [art. VI.(4)] e, a seguire, nella Legge Modello UNCITRAL del 1985 (art. 17), come emendata (ultima modifica 2006), a cui si sono poi ispirate la disciplina tedesca (§§ 1033 e 1041 della ZPO), la legge spagnola sull'arbitrato (art. 23) e lo *Swedish Arbitration Act (Section 25)* nonché la legge svizzera di diritto internazionale privato nel Capitolo 12, dedicato all'arbitrato internazionale (art. 183). L'archetipo del modello sussidiario, invece, è rappresentato dallo *UK Arbitration Act 1996 [Section 1(c)*, che eleva la sussidiarietà a principio fondamentale dell'intero corpo normativo, statuendo che « (...) in matters governed by this Part the Court should not intervene except as provided by this Part », e successive *Section 38* sui poteri generali dei giudici togati di adottare misure conservative in funzione della fruttuosità del giudizio o dell'istruzione probatoria, sempre esercitabili se non esclusi dalle parti, e *Section 39* sui poteri dei giudici statuali di adottare misure interinali anticipatorie, esercitabili solo se accordati dalle parti].

<sup>45</sup> Ne sottolineano la rilevanza BIAVATI, *ibidem* e POZZI, *ivi*, 17-18.

<sup>46</sup> Cfr. POZZI, *cit.*, 17.

zione del giudice ordinario in favore dei giudici privati: in altri termini, la tutela cautelare dovrà essere domandata al giudice statale, secondo le normali regole di competenza ricavabili dagli artt. 669-*bis* ss. c.p.c., mentre la giurisdizione di merito resterà ancorata alla sede arbitrale;

— è valida, invece, la pattuizione in forza della quale le parti — con previsione espressa o mediante rinvio ad un regolamento di arbitrato amministrato — demandino agli arbitri un generale potere di adottare provvedimenti urgenti ed interinali, i quali saranno giocoforza estravaganti, cioè per nulla perequabili, quanto a tipologia e ad effetti, a quelli emanabili dall'autorità giudiziaria ordinaria <sup>47</sup>.

L'ipotesi ricostruttiva è, quindi, che il dogma dell'assolutezza del divieto *ex* art. 818 c.p.c. possa ritenersi superato già *de iure condito* in ragione dell'affermata derogabilità — entro i confini e con le cautele di cui si è detto — della norma *de qua*. Tuttavia, se la tesi è quella del possibile superamento del limite di cui all'art. 818 c.p.c., occorre interrogarsi su due ulteriori aspetti. Il primo afferisce al tipo di efficacia da ascrivarsi, nell'ordinamento interno, alle cautele emanabili dai giudici privati. Il secondo, invece, riguarda l'effetto che l'eventuale devoluzione agli arbitri di poteri cautelari ha sulla *potestas* cautelare del giudice togato, se cioè ne determini (o meno) la privazione.

62

4. L'attuale quadro normativo interno non pare lasciare adito a dubbi. Gli arbitri non possono concedere misure cautelari perfettamente equiparabili per qualità ed effetti a quelle, previste dal codice di rito o da altre disposizioni di legge, autorizzabili dai giudici dello Stato, così come le parti non possono dotare i giudici privati di un simile potere. Depongono in tal senso, innanzitutto, il combinato disposto degli artt. 669-*ter*, 669-*quinquies* c.p.c. e 818 c.p.c. nonché il dato obiettivo dell'assenza di un meccanismo di cooperazione tra giudici privati e giudici togati, analogo a quello disciplinato dall'art. 825 c.p.c. per l'*exequatur* del lodo arbitrale, per l'esecuzione coattiva del provvedimento cautelare arbitrale.

<sup>47</sup> Secondo TOMMASEO, cit., 28, nota 58, agli arbitri è consentito di emanare cautele addirittura più ampie di quelle ordinabili dal giudice togato, quali, ad esempio, l'inibizione alla proposizione di una domanda giudiziale (c.d. *anti-suit injunctions*) o alla utilizzazione di un titolo esecutivo nonché all'esercizio di potestà legittime, quali, sempre a titolo esemplificativo, quella della risoluzione stragiudiziale di un contratto. Gli arbitri, ancora, potranno anche disporre la sospensione dell'esecuzione di un contratto, e così via. Un amplissimo, e potenzialmente sconfinato, ventaglio di opzioni, che sembra, d'altra parte, perfettamente coerente con la sempre auspicabile flessibilità ed adattabilità dell'arbitrato alle esigenze del caso di specie.

## ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE

Ciò non toglie che, nel momento stesso in cui si ammette che gli arbitri — se dotati del relativo potere — possano concedere misure quantomeno a contenuto e struttura cautelare (si è parlato anche più propriamente di “raccomandazioni”<sup>48</sup>), si debba anche stabilire che tipo di effetti gli vadano associati. L’opinione dominante è che l’efficacia di tali provvedimenti arbitrari si muova su di un piano esclusivamente privatistico, che può andare dalla spontanea adesione al comando impartito sino alla tutela risarcitoria per la non ottemperanza al precetto<sup>49</sup>. Siffatta conclusione appare affatto coerente con il fondamento consensuale dell’arbitrato, che vincola le parti non solo a demandare agli arbitri le dispute future nascenti da un dato rapporto (contrattuale o non) o una controversia già insorta, ma anche a cooperare in buona fede per la corretta esecuzione del patto compromissorio<sup>50</sup>. Saremmo al cospetto di una sorta di obbligo di « protezione » del procedimento arbitrale mediante la volontaria conformazione ai provvedimenti impartiti dagli arbitri in funzione del buon fine dell’arbitrato<sup>51</sup> (tra i quali non possono non venire annoverate le eventuali misure interinali ed urgenti volte a preservare la prova o lo stesso diritto oggetto di accertamento o ancora

63

<sup>48</sup> Cfr. TOMMASEO, *ivi*, 26-27, secondo il quale un’apertura verso tale definizione sarebbe rinvenibile già nell’adesione dell’Italia alla Convenzione di Washington del 18 marzo 1965 sugli arbitrati in materia d’investimenti tra Stati e cittadini d’altri Stati, ai sensi del cui art. 47 gli arbitri possono raccomandare tutti i provvedimenti temporanei intesi a tutelare i diritti delle parti (tra cui, ad esempio, anche le c.d. *anti-suit injunctions*). L’A. precisa che il termine “raccomandazione” non deve indurre a pensare che gli arbitri si limitino ad impartire suggerimenti alle parti, che le stesse sono libere di seguire come di non seguire, in quanto « (...) le “raccomandazioni” sono pur sempre un provvedimento di cui non è prevista l’attuazione coattiva, ma quella volontaria ottemperanza che si risolve nell’affidare alle parti l’effettività dello strumento arbitrale che esse stesse hanno volutamente prescelto (...) ».

<sup>49</sup> Si veda, pur con differenti sfumature, MARENGO, *cit.*, 136-137; BRIGUGLIO, *sub* art. 818, *cit.*, 866; TOMMASEO, *cit.*, 26-28 nonché la nota 56; SALVANESCHI, *cit.*, 631; POZZI, *cit.*, 31-34; VILLA, *cit.*, 521-522 e la nota 19. E, se si vuole, per riferimenti al tema, cfr. anche CAROSI, *cit.*, 397 e la nota 19. *Contra* RICCI, *cit.*, 593 e GHIRGA, *cit.*, 312.

<sup>50</sup> Si veda TOMMASEO, *cit.*, 27-29 nonché la nota 56. Cfr. anche POZZI, *cit.*, 32-33.

<sup>51</sup> La definizione di obbligo di protezione è di TOMMASEO, *ibidem*, nota 56. Come rileva l’A. « (...) gli arbitri, ma anche e specialmente le parti, hanno il dovere di “proteggere” il procedimento arbitrale, di evitare comportamenti tali da mettere in pericolo l’adempimento degli obblighi assunti con il patto compromissorio. Insomma, si può parlare di uno specifico “dovere di protezione” che si concreta nel potere degli arbitri di indicare alle parti comportamenti coerenti con il buon fine dell’arbitrato (...) ». L’espressione la si ritrova poi in POZZI, *ibidem*, il quale evidenzia come la spontanea adesione delle parti alla misura interinale (e, in genere, ai provvedimenti degli arbitri) sia la regola poiché « (...) il rispetto della misura cautelare è imposto dall’obbligo in capo alle parti di eseguire secondo buona fede la convenzione arbitrale, anche in considerazione del generalissimo dovere di reciproca buona fede che lega i compromittenti (...) ».

la fruttuosità dell'esecuzione oppure, semplicemente, anticipatorie della pronuncia di merito). In sintesi, lo spontaneo adempimento del provvedimento arbitrale sarebbe la condotta a cui le parti della convenzione d'arbitrato sono tenute (l'adeguamento volontario al precetto è ritenuto la principale garanzia dell'effettività della tutela arbitrale<sup>52</sup>), il risarcimento del danno per l'inosservanza sarebbe, al contempo, il deterrente avverso la violazione del comando e la sanzione comminabile con il lodo finale a fronte della violazione stessa<sup>53</sup>. È stato anche osservato che, accanto a questi profili, se ne pone un terzo capace di incoraggiare il volontario adeguamento al provvedimento interinale degli arbitri, cioè la sostanziale posizione di svantaggio in cui la parte inosservante si troverebbe nel procedimento dinanzi agli arbitri, i quali, ad esempio, ben potrebbero trarre un argomento di prova da siffatto contegno (con un'applicazione analogica dell'art. 116, comma 2, c.p.c.) o tenerne conto ai fini della determinazione ed allocazione delle spese di lite<sup>54</sup>.

È controverso, invece, se gli arbitri possano accompagnare l'indicazione o la raccomandazione di un provvedimento interinale con la previsione di una misura di coercizione indiretta (quale, ad esempio, una penalità di mora *ex art. 614-bis c.p.c.*) con il fine di incentivarne l'adempimento spontaneo<sup>55</sup>. Non pare vi siano ostacoli logici o giuridici a che gli arbitri, dotati non solo del potere di decidere il merito della disputa ma anche di concedere provvedimenti interinali ed urgenti, possano fissare una somma di denaro a carico della parte per ogni inosservanza o ritardo nell'adempimento della misura dagli stessi emessa. Il problema si pone, piuttosto, sul piano della potenziale efficacia esecutiva di simili misure atteso che le stesse sarebbero disposte con lo stesso provvedi-

<sup>52</sup> TOMMASEO, *ibidem*, sottolinea la strettissima connessione tra fondamento consensuale dell'arbitrato, esecuzione spontanea ed effettività della tutela. Cfr. POZZI, *ivi*, 31-32.

<sup>53</sup> Per una critica cfr. POZZI, *cit.*, 33, secondo cui la prospettiva di un risarcimento da liquidarsi al termine del procedimento arbitrale è inadeguata ed incompatibile rispetto all'esigenza cautelare, la quale poggia proprio sull'impossibilità di proteggere altrimenti i diritti della parte istante. Secondo l'A. la sanzione risarcitoria sarebbe finanche « (...) contraddittoria, poiché finirebbe per negare *ex post* la fondatezza della misura cautelare proprio nel momento in cui ne sanziona la violazione (...) ».

<sup>54</sup> Si veda BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 866. Cfr., altresì, TOMMASEO, *cit.*, 27, alla nota 56 e BERNARDINI, *cit.*, 20. Dubbi sull'efficacia deterrente di siffatte misure in POZZI, *cit.*, 33.

<sup>55</sup> Sulla configurabilità dell'*astreinte* in funzione sanzionatoria dell'inosservanza dei provvedimenti arbitrali si veda TOMMASEO, *ivi*, 28, nota 58, il quale pare negare tale possibilità laddove afferma che l'inottemperanza pone la parte fuori dalla logica del procedimento arbitrale, ma non può trovare altro riflesso che nei motivi della decisione. Per ulteriori riferimenti al tema, anche di tipo comparatistico, cfr. altresì POZZI, *ivi*, 33, nota 30.

mento concessivo dei provvedimenti cautelari, il quale dovrebbe avere la forma dell'ordinanza<sup>56</sup> ed essere astrattamente inidoneo a ricevere l'*exequatur* ex art. 825 c.p.c.<sup>57</sup>. Se ne dovrebbe, dunque, ipotizzare il recepimento espresso da parte del lodo definitivo, che sarebbe, però, soluzione di dubbia efficacia in rapporto all'esigenza di tutela cautelare.

5. Occorre, a questo punto, affrontare l'ultimo profilo d'indagine, ovvero se il conferimento di poteri cautelari agli arbitri (nei limiti e con gli effetti di cui si è riferito) abbia efficacia escludente la *potestas iudicandi* del giudice statale, il quale dovrebbe dunque astenersi dall'esercitare una giurisdizione concorrente, o se, piuttosto, le due potestà siano destinate a coesistere e, eventualmente, in che modo.

Il rapporto tra giurisdizione cautelare del giudice statale e giurisdizione cautelare arbitrale è stato oggetto di approfondita investigazione soprattutto sotto tre distinti aspetti: in ottica comparatistica<sup>58</sup>, con riguardo al potere inibitorio affidato ai giudici privati dall'art. 35, comma 5, del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5<sup>59</sup> e con riferimento all'ampiezza della

---

<sup>56</sup> Il discorso sarebbe diverso ove si ammettesse la possibilità di emettere lodi parziali a contenuto esclusivamente cautelare, di cui opina BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, cit., 24, nota 14, mediante il riferimento ad ordinamenti che ne riconoscono l'ammissibilità. Peraltro, l'argomento avrebbe una certa rilevanza anche nel contesto dell'arbitrato internazionale per la circolazione dei provvedimenti interinali ed urgenti, i quali, per rientrare nell'ambito applicativo della Convenzione di New York del 1958, dovrebbero essere assunti in forma di sentenza arbitrale, cioè di lodo.

<sup>57</sup> Spunti per una lettura dell'art. 825 c.p.c. che permetta di attribuire l'*exequatur* non solo al lodo, ma anche ad eventuali misure cautelari concesse dagli arbitri in CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.*, cit., 1262 nonché in LUISO, cit., 253 ss. *Contra* questa possibilità BIAVATI, cit., 341, il quale pur rilevando che non si tratta di una soluzione in astratto impossibile (« nel senso che dove sta il più (l'omologazione del lodo) sta anche il meno (e quindi l'esecutorietà di un provvedimento che anticipa o cautela gli effetti del futuro lodo) »), conclude per l'assenza di indici che consentano di autorizzare un'interpretazione tanto evolutiva dell'art. 825 c.p.c.

<sup>58</sup> Per una rassegna sul diverso approccio dei vari ordinamenti giuridici — concorrenziale, concorrente cooperativo e concorrente sussidiario — e connessi riferimenti bibliografici si veda *supra* la nota 44.

<sup>59</sup> Sul punto si sono registrate tesi discordanti. Alcuni autori hanno ritenuto che l'art. 35, comma 5, del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 individui una fattispecie di potestà cautelare esclusiva degli arbitri con totale elisione di quella del giudice statale, anche in ipotesi in cui l'esigenza cautelare si manifesti in un momento anteriore alla costituzione del tribunale arbitrale, in ossequio ad un generale bisogno di evitare interferenze dei giudici togati in dispute che le parti hanno sottratto alla loro cognizione e potenziali conflitti tra provvedimenti (cfr. in questo senso VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.*, 2003, 263, che pone in risalto anche l'argomento della previsione legislativa d'irreclamabilità del provvedimento inibitorio arbitrale, come ulteriore indice, per l'appunto, della *voluntas legis* di evitare ingerenze da parte del giudice statale in una materia compromessa in

deroga alla giurisdizione nazionale — cioè, se totale o limitata al merito — per effetto del patto per arbitrato estero<sup>60</sup>. Si tratta, ovviamente, di

arbitri; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 663-665; NELA, *sub art. 35*, in *Il nuovo processo societario*, Chiarloni (a cura di), Bologna, 2004, 1003, secondo il quale, però, ogni altro potere cautelare sarebbe riservato al giudice statale). Altri autori hanno, invece, affermato la competenza cautelare concorrente e residuale del giudice togato limitatamente al caso in cui l'esigenza cautelare si sia manifestata anteriormente alla costituzione del tribunale arbitrale, il quale, una volta formatosi, ben potrebbe autorizzare l'inibitoria in un primo momento negata dal giudice togato (si veda BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, cit.; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 491; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 3, 724; RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 2, 529; MOTTO, *Esperienze del nuovo arbitrato societario*, in questa *Rivista*, 2006, 3, 590; COREA, cit., 852-853, secondo cui « (...) L'ingerenza del giudice nella materia demandata alla cognizione degli arbitri appare, in questo caso, un rischio da correre — sia pur *obtorto collo* — ove si ritenga preferibile evitare una lesione del diritto di difesa dell'impugnante, al quale altrimenti sarebbe preclusa ogni tutela nel periodo intercorrente tra la notificazione della domanda di arbitrato, contenente i motivi di impugnazione della delibera, e la costituzione del collegio arbitrale (...) ». Peraltro, sembrerebbe che la tutela inibitoria in nessun caso, dunque nemmeno in via atipica d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, sarebbe concedibile *ante causam*, cioè in un momento precedente alla notificazione della domanda di arbitrato, come risultante dal chiaro dettato dell'art. 2378, comma 1, c.c. (« Con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione, l'impugnante può chiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione (...) ») nonché dalle « (...) caratteristiche strutturali della tutela impugnatoria avverso atti di esercizio di situazioni potestative (che subordinano la sospensione all'esercizio della contestazione giudiziale e alla formulazione dei motivi di impugnazione) (...) », come sottolineata COREA, cit., 852, nota 55.

<sup>60</sup> Il tema è segnalato di particolare interesse con riferimento a quei patti per arbitrato estero che abbiano determinato deroga alla giurisdizione italiana di merito perché relativi a controversie che, in assenza di quell'atto di autonomia privata, sarebbero potute rientrare, quanto al merito, nella cognizione del giudice ordinario italiano. È contrario a riconoscere alla convenzione per arbitrato estero un'automatica efficacia derogatoria della giurisdizione statale cautelare BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, cit., 26, ove rileva che « (...) Quel che deve affermarsi con certezza è che, salve le rare deviazioni a cui si è fatto cenno, la devoluzione della lite ad arbitri esteri non comporta di regola né tantomeno automaticamente deroga alla giurisdizione cautelare italiana (...) ». Cfr., altresì, BRIGUGLIO, *Per una (non assoluta ma) ragionevole compatibilità fra tutela cautelare innanzi al giudice italiano e convenzione per arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2017, 4, 759 ss., ove l'A. precisa che, nel dubbio (cioè in assenza di una manifesta volontà abdicativa espressa nel patto arbitrale), la deroga dovrebbe ritenersi circoscritta alla giurisdizione di merito. Anche BERNARDINI, cit., 26-27, pare negare alla convenzione per arbitrato estero portata automaticamente esclusiva della *potestas* cautelare del giudice nazionale, evidenziando come non di rado alla parte convenga avanzare la domanda di tutela cautelare direttamente al giudice nazionale piuttosto che agli arbitri (e poi al giudice statale per l'esecuzione del provvedimento dell'arbitro) « (...) Di qui l'opportunità che le parti non escludano nel loro accordo la giurisdizione concorrente del giudice statale in materia di misure cautelari (...) ». In senso conforme anche Tommaseo, cit., 21, secondo cui la tesi della natura automaticamente derogatoria del patto per arbitrato estero sarebbe in realtà contraria al *favor arbitrati* che parrebbe animarla, finendo per « (...) essere ostile all'arbitrato estero in generale e all'arbitrato internazionale in particolare, perché indebolisce, e proprio sul versante delicatissimo della tutela cautelare, la libertà delle parti di avvalersi degli strumenti arbitrali (...) ». Si veda

**ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE**

ambiti troppo vasti e complessi per essere indagati in questa sede e, comunque, esorbitanti dall'alveo di questo lavoro, in cui rientra, invece, l'analisi della possibile interazione tra potere cautelare del giudice togato e potere cautelare degli arbitri dal punto di vista dell'arbitrato meramente domestico.

Quest'ultimo tema ha un rilievo per certi versi minore rispetto all'attenzione che ha ricevuto nelle tre sfere di cui si è appena detto, proprio per via del divieto *ex art. 818 c.p.c.*, stando al quale sembra innegabile che le esigenze di tutela interinale connesse ad una controversia devoluta in arbitrato debbano trovare sostanziale realizzazione dinanzi al giudice togato. Infatti, è evidente che, in questa prospettiva, la *potestas* cautelare degli arbitri, nei limiti in cui la si ritenga ammissibile, risulti fortemente marginalizzata. Ciò non toglie che criteri di coordinamento tra il potere d'intervento del giudice statale e quello degli arbitri, quando a questi ultimi sia riconosciuto dalla convenzione di arbitrato, vadano comunque individuati <sup>61</sup>.

---

anche *ivi*, 25, nota 50, dove si rinvergono richiami all'opposto orientamento della dottrina francese. Cfr. anche LICCI, cit., 354-359, per la quale sarebbe consentito ai compromittenti in arbitrato rinunciare alla *potestas iudicandi* cautelare del giudice nazionale, a condizione che tale volontà risulti esplicitamente espressa in forza della convenzione arbitrale. Per una ricostruzione a favore dell'automatica efficacia derogatoria del patto per arbitrato estero rispetto alla giurisdizione cautelare del giudice nazionale, anche se al ricorrere di determinate condizioni (cioè concedibilità da parte dell'arbitro estero di tutela cautelare ai sensi della *lex arbitri* — ovvero, tendenzialmente, la legge della sede o, in caso di arbitrato amministrato, ai sensi del relativo regolamento), sia consentito di rinviare a CAROSI, cit., 400-407. L'orientamento dominante della giurisprudenza di legittimità, pur se con arresti per lo più intervenuti in materia di procedimenti di istruzione preventiva, ha a più riprese affermato che la convenzione per arbitrato estero deroghi *tout court* alla giurisdizione del giudice nazionale, tanto contenziosa di merito quanto cautelare. Si veda in tal senso Cass. Civ. SS.UU. 15 agosto 1992, 9380, in questa *Rivista*, 1993, 3, 615 ss., con nota di SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*; Cass. Civ. SS.UU. 15 agosto 1985, n. 5049, in *Rep. Foro it.*, 1985, *Giurisdizione civile* (voce) nonché Cass. Civ. SS.UU. sentenza 21 ottobre 2009, n. 22236; per la giurisprudenza di merito si veda Trib. Roma, ordinanza 28 agosto 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 990 (nel caso di specie il collegio capitolino, adito in sede di reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.*, riconobbe la propria giurisdizione cautelare in forza del criterio esecutivo-territoriale (*ex art. 669-ter*, comma 3, c.p.c.) in relazione ad una controversia oggetto di patto per arbitrato estero, ma le parti, nel patto stesso, si erano espressamente riservate la possibilità di adire l'autorità giudiziaria in punto di tutela cautelare; molto interessante anche Trib. Frosinone, ordinanza 19 settembre 2017, recante declaratoria di difetto di giurisdizione cautelare del giudice italiano a fronte di una convenzione per arbitrato estero, edita in questa *Rivista*, 2017, 4, 759 ss., con nota di BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*

<sup>61</sup> Sul punto cfr. assai approfonditamente COREA, cit., 855-856.

Innanzitutto, sembra possa affermarsi, alla luce del quadro descritto, che il solo affidamento di poteri cautelari agli arbitri non sia di per sé determinativo della sottrazione della *potestas* cautelare del giudice togato, a meno che la convenzione di arbitrato non ne rechi l'espressa previsione. Le parti, quindi, conserverebbero la facoltà di rivolgere la domanda di tutela cautelare al giudice statale.

Il problema del coordinamento si pone, invece, nel momento in cui una delle parti abbia opzionato una via e di conseguenza richiesto la cautela al giudice togato o a quello privato (a patto, evidentemente, che questi abbia fatto uso dei poteri cautelari riconosciutigli). In tal caso, pare debba ipotizzarsi la consumazione del relativo potere di azione ed escludersi che la stessa identica istanza (fondata, cioè, su medesimi motivi di diritto e analoghi presupposti di fatto) possa essere prima proposta in una sede e poi puramente e semplicemente ripresentata nell'altra, con l'intento, ad esempio, di ottenere la misura già negata o la revoca di quella già accordata<sup>62</sup>.

Invece, dovrebbero essere sempre proponibili di fronte ai giudici togati o agli arbitri domande cautelari diverse, fermo restando che rimarrebbero riservati al giudice statale il potere cautelare *ante causam*<sup>63</sup> e, più in generale, quello di autorizzare le misure cautelari

68

<sup>62</sup> Argomenta in questo senso COREA, cit., 855. Indicazioni in tale direzione nella proposta della Commissione Alpa di riformulazione dell'art. 832 c.p.c., su cui *infra* alla nota 71, la quale prevedeva l'inserimento della previsione per cui « In tal caso, il provvedimento è richiesto e deliberato a norma del regolamento e il medesimo ricorso non può essere proposto al giudice ».

<sup>63</sup> L'argomento vale senz'altro per l'arbitrato *ad hoc*, dove manca quell'organizzazione preconstituita in grado di assicurare alle parti una tutela permanente, anche anteriore alla notifica della domanda di arbitrato o più semplicemente alla costituzione del tribunale arbitrale. Il discorso si fa, invece, più complesso rispetto all'arbitrato amministrato, nel contesto del quale l'evoluzione ha via via portato ad inserire nei vari regolamenti strumenti in grado di garantire i diritti delle parti anche nelle more dell'effettivo avvio del procedimento arbitrale (si veda, ad esempio, l'*emergency arbitrator* di cui all'art. 29 delle *Arbitration Rules* della ICC, a cui le parti possono ricorrere per le « urgent interim or conservatory measures that cannot await the constitution of an arbitral tribunal »). In tema, si veda BIAVATI, cit., 333, il quale evidenzia proprio come « (...) sia pure nel contesto di arbitrati amministrati, la difficoltà di individuare un soggetto abilitato a dare provvedimenti cautelari *ante causam* può essere superato (...) ». Per l'interpretazione che in alcuni ordinamenti si è dato del rinvio ad un regolamento di arbitrato che preveda forme di *référé pré-arbitral* quale rinuncia pure alla giurisdizione cautelare *ante causam* del giudice statale si veda TOMMASEO, cit., 23, nota 47 e 24-25 e nota 50, dove l'A. precisa che « (...) Questa osservazione non potrebbe trovare spazio nel diritto italiano né per gli arbitrati domestici né per gli arbitrati internazionali regolati dagli artt. 832-838 (...) ». Sullo stesso tema COREA, *ivi*, 853 e CARLEVARIS, *Tutela cautelare « pre-arbitrale »: natura del procedimento e della decisione*, in questa *Rivista*, 2003, 2, 259 ss. Sulle

disciplinate dal codice di rito o da altre disposizioni di legge certamente precluse ai giudici privati in dipendenza del divieto *ex art. 818 c.p.c.*

6. L'analisi condotta, a partire dal fondamento del divieto *ex art. 818 c.p.c.*, supera il dogma della negazione di ogni *potestas* cautelare degli arbitri e conduce alla derogabilità della norma *de qua* qualora il patto di arbitrato preveda espressamente l'attribuzione di poteri interinali ai giudici privati, direttamente o *per relationem*, giusto il richiamo ad un regolamento di arbitrato amministrato.

L'art. 818 c.p.c., tuttavia, non può essere ignorato, e neppure può essere negletta la connotazione pubblicistica delle norme processuali. Questo vuol dire che i confini dell'ipotizzata derogabilità devono essere comunque ben individuati e se c'è un limite invalicabile che essa pare incontrare è quello dei provvedimenti cautelari tipizzati dalla legge e da essa riservati al giudice togato. In altri termini, le parti non possono affidare agli arbitri una potestà cautelare identica, per qualità ed effetti, a quella esercitabile dal giudice togato. Qualora ciò avvenisse il patto arbitrale sarebbe *in parte qua* nullo o, comunque, improduttivo di effetti: la tutela cautelare andrebbe richiesta solo al giudice statale, mentre quella di merito deferita in arbitrato. Si è così precisato che la cautela impartita dagli arbitri sarebbe di certo estravagante e non direttamente coercibile dagli stessi (non sembrano, però, esservi ostacoli a che gli arbitri ne determinino, se di ciò richiesti, le modalità di attuazione) e che la sanzione per la sua inosservanza rimarrebbe confinata all'ambito privatistico della tutela risarcitoria o della sostanziale posizione di sfavore della parte inadempiente nel procedimento arbitrale.

Forse non è molto, ma è certamente già qualcosa *de iure condito*, anche perché, come è stato correttamente osservato, il concetto di effettività della tutela giurisdizionale acquista un significato peculiare in arbitrato in ragione del fondamento volontaristico dell'istituto e per il valore che vi assume l'adempimento spontaneo (per nulla infrequente) al *decisum* arbitrale <sup>64</sup>.

Se l'attenzione si sposta su una prospettiva di evoluzione del nostro ordinamento giuridico, il divieto *ex art. 818 c.p.c.* appare prima irrazionale e poi anacronistico. Appare irrazionale perché, come ripetutamente

---

*Arbitration Rules della ICC cfr. nello specifico BRIGUGLIO-SALVANESCHI (a cura di), Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale. Commentario, Milano, 2005.*

<sup>64</sup> Per riferimenti al tema si vedano *supra* le note 48 e 52.

osservato da autorevolissima dottrina<sup>65</sup>, se agli arbitri è consentito di decidere in via definitiva il merito della disputa con un provvedimento (il lodo) che ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli stessi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (così l'art. 824-*bis* c.p.c.), non si vede perché agli stessi debba essere impedito di dare una sistemazione provvisoria alla controversia con l'adozione di provvedimenti conservativi o ripristinatori dello *status quo* o, comunque, anticipatori degli effetti della decisione finale. È anacronistico perché gli ordinamenti giuridici dei paesi più evoluti dotano gli arbitri, anche se con vari limiti e in via per lo più concorrente, degli stessi poteri cautelari di cui è munito il giudice togato<sup>66</sup>.

La riformulazione dell'art. 818 c.p.c. necessiterebbe, però, di interventi di accompagnamento. Il primo intervento consisterebbe nell'introduzione di un meccanismo di coordinamento tra l'attività dei giudici privati e il giudice togato che, pur lasciando ai primi la determinazione del *quomodo* della conformazione alle misure interinali accordate<sup>67</sup>, ne preveda un meccanismo di *exequatur* analogo a quello previsto per il lodo arbitrale *ex* art. 825 c.p.c. in vista della sua attuazione forzosa. Non sembra decisiva l'obiezione per cui il sistema del controllo omologatorio da parte del giudice statale richiederebbe tempi inconciliabili con le ragioni della cautela<sup>68</sup>, collocandosi un simile argomento più sul piano metagiuridico dell'amministrazione della giustizia che su quello di un motivo logico per negare poteri interinali agli arbitri. Il secondo intervento di accompagnamento dovrebbe necessariamente prevedere l'allocatione in capo agli arbitri del potere di disporre in materia di modifica, revoca e dichiarazione di inefficacia del provvedimento cautelare, sulla scorta di quanto previsto dagli artt. 669-*novies* e 669-*decies* c.p.c. per le misure cautelari autorizzate dal giudice ordinario<sup>69</sup>, oltre che una previsione sul reclamo cautelare (anche, eventualmente, in termini di non impugnabilità del provvedimento arbitrale). Resterebbe il problema

<sup>65</sup> Cfr. *supra* le note 12 e 13.

<sup>66</sup> Per riferimenti si rimanda *supra* alle note 2 e 44.

<sup>67</sup> Si veda LUISSO, *Arbitrato e tutela cautelare*, cit., 264 ss.; BIAVATI, cit., 336; COREA, cit., 850, secondo il quale « (...) non sembra che si possa sottrarre agli arbitri il potere di emanare tali provvedimenti "attuativi" della propria ordinanza cautelare (...) ».

<sup>68</sup> Lo sostiene LA CHINA, cit., 165, secondo il quale contemplare una forma di esecutività per mezzo di provvedimento del giudice « (...) sarebbe comunque via lenta e inutilmente complessa (...) ».

<sup>69</sup> Cfr. PUNZI, *op. ult. cit.*, 209.

**ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE**

della tutela cautelare *ante causam* per l'assenza di un tribunale arbitrale da adire, tuttavia agevolmente superabile per la sempre esistente possibilità di rivolgere la relativa domanda al giudice ordinario.

In conclusione, la riforma dell'art. 818 c.p.c. non sembra più procrastinabile, nonostante l'occasione sia già stata mancata in ben tre circostanze. In un caso con la riforma complessiva della disciplina dell'arbitrato attuata dalla legge 5 gennaio 1994, n. 25, la quale, però, non osò scalfire il postulato dell'esclusione di poteri cautelari in capo agli arbitri<sup>70</sup>. La seconda con il D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (con la doverosa puntualizzazione, però, che il legislatore delegato non era stato autorizzato ad intervenire nel senso del superamento del divieto *ex art.* 818 c.p.c.). L'ultima si è registrata con i lavori della "Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato", la cui relazione finale del gennaio del 2017 recava, tra l'altro, una « Proposta in materia di provvedimenti cautelari arbitrali » per l'implementazione dell'art. 832 c.p.c.<sup>71</sup>, rimasta, per il momento, inattuata<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Si esprime in questi termini BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 865.

<sup>71</sup> Al quale si sarebbero dovuti aggiungere i seguenti periodi: « Il regolamento arbitrale può anche prevedere deroghe al divieto di cui all'art. 818. In tal caso, il provvedimento è richiesto e deliberato a norma del regolamento e il medesimo ricorso non può essere proposto al giudice. Il provvedimento cautelare non è soggetto a impugnazione e si applica l'art. 825 in quanto compatibile ».

<sup>72</sup> Nelle more della pubblicazione di questo contributo, è stata consegnata al Ministro della Giustizia Prof.ssa Marta Cartabia, e quindi resa pubblica, la relazione della *Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti allo stesso alternativi*, costituita presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia e presieduta dal Prof. Francesco Paolo Luiso. La relazione finale contiene, tra le altre, una proposta di intervento volta a riconoscere agli arbitri rituali, in presenza di specifiche condizioni, il potere di emanare provvedimenti cautelari. Il riconoscimento di poteri cautelari agli arbitri rituali è ipotizzato come delimitato alle sole ipotesi di previa espressa volontà delle parti, manifestata nella convenzione di arbitrato o in altro scritto successivo, salva diversa disposizione di legge. Viene, invece, confermata la competenza cautelare del giudice ordinario nei soli casi di domanda cautelare anteriore all'accettazione della nomina da parte degli arbitri nonché previsto il reclamo dinanzi al giudice ordinario avverso i provvedimenti cautelari degli arbitri per i vizi di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c. e per contrarietà all'ordine pubblico. Anche la fase di attuazione della misura cautelare è riservata al controllo del giudice ordinario. Questo il testo della proposta di riformulazione dell'art. 11 del disegno di legge delega AS 1662, rubricato *Arbitrato*: « Nell'esercizio della delega di cui all'art. 1, il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina dell'arbitrato sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: (...) c) prevedere l'attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare misure cautelari nell'ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo, salva diversa disposizione di legge;

**ALESSIO CAROSI**

*The article deals with the critical issue of interim protection in Italian domestic arbitration in the light of the provision of Article 818 of the Italian civil procedure code, which prevents arbitrators from granting interim protection measures, unless otherwise expressly provided by law. The author investigates the legal basis of the above-mentioned Article 818 of the Italian civil procedure code, emphasizing that it is representative of a choice of legislative policy influenced by the Italian legislator's skepticism towards the affirmation of full equality between state courts and arbitrators' jurisdiction. Notwithstanding, in the author's opinion, the parties of an arbitration agreement may expressly derogate from the provision of Article 818 of the Italian civil procedure code, providing the arbitrators with the power of taking interim protection measures. Nevertheless, the author points out that those measures cannot be fully assimilated to those that can be adopted by state courts: indeed, if the interim protection measures adopted by arbitrators are not fulfilled by the parties, arbitrators do not have the power to enforce them, but they can only sanction the party in breach for damages. Furthermore, the author believes that the granting of interim powers to arbitrators does not deprive state courts — if so required by the parties — of the power to adopt interim measures, unless otherwise expressly agreed upon in the arbitration clause. In the article's conclusions, the author points out that a reform of Article 818 of the Italian civil procedure code would be appropriate in order to provide arbitrators with the same interim powers available to state courts and to align Italian arbitration law with the legislation of the major international arbitration venues.*

72

---

mantenere per tali ipotesi in capo al giudice ordinario il potere cautelare nei soli casi di domanda anteriore all'accettazione degli arbitri; disciplinare il reclamo cautelare avanti al giudice ordinario per i motivi di cui all'articolo 829, primo comma, del codice di procedura civile e per contrarietà all'ordine pubblico; disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare sempre sotto il controllo del giudice ordinario ».