

Alessio 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?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

La “sorte” della potestà cautelare del giudice interno in presenza di accordo compromissorio per arbitrato estero: verso il progressivo superamento di un tabù?

ALESSIO CAROSI

1. *Premessa.* — Una recente pronuncia del Tribunale di Frosinone ⁽¹⁾, i cui profili di novità sono innegabili (condivisibili o meno che ne siano ritenuti gli esiti), ha rappresentato una valida occasione per una rimediazione dell’annosa questione afferente alla sorte della tutela cautelare in presenza di accordo compromissorio per arbitrato estero e, più nello specifico, alla sorte della potestà cautelare del giudice nazionale ⁽²⁾. Chiaramente la questione viene trattata con particolare riferimento alla situazione italiana, senza però mancare di riservare uno sguardo di orizzonte alle soluzioni adottate dagli ordinamenti giuridici stranieri: in sintesi, come deve comportarsi il giudice nazionale investito di una domanda di tutela cautelare in presenza di un accordo compromissorio per arbitrato estero, amministrato (o meno) e governato da una *lex fori* straniera?

Trattasi di un problema di non poco momento, almeno per un triplice ordine di motivazioni, facilmente intuibili. Innanzitutto per il decisivo ruolo che l’arbitrato in generale — e quello estero in particolare — sta acquisendo come strumento di risoluzione delle controversie transnazionali: è evidente, quindi, che uno strumento di componimento delle liti — anche se alternativo alla giurisdizione statale — che non consenta alle parti di percorrere in termini di efficienza e speditezza le strade della tutela cautelare rischierebbe di presentarsi, sin da subito, monco ed assai poco attrattivo per gli operatori

⁽¹⁾ Il riferimento è all’ordinanza del Tribunale di Frosinone del 19.9.2017, pubblicata in questa *Rivista*, 2017, 759 e ss., con nota critica di BRIGUGLIO, “*Per una (non assoluta ma) ragionevole compatibilità fra tutela cautelare innanzi al giudice italiano e convenzione per arbitrato estero*”.

⁽²⁾ In dottrina non è mancato chi, in senso critico, abbia inteso evidenziare come “[...] *Quello delle misure cautelari è un tema al quale studiosi, pratici e istituzioni arbitrali dovrebbero dedicare maggiore attenzione, al fine di promuovere il sempre più ampio riconoscimento, ad opera sia del legislatore internazionale che di quello nazionale, del ruolo e dei poteri dell’arbitro in questo campo [...]*” (BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in questa *Rivista*, 1993, 27).

internazionali. Anzi, come è stato correttamente osservato ⁽³⁾, la complessità e la rilevanza degli interessi coinvolti fa sì che, proprio in tema di arbitrato internazionale, sia ancor più sentita l'esigenza di assicurare una sistemazione provvisoria alla controversia nelle more del suo componimento. La consapevolezza della rilevanza del problema — soprattutto per la strettissima correlazione che vi è tra cautela ed effettività della tutela dei diritti — non può certamente tramutarsi nella negazione degli evidenti problemi posti dalla scelta di deferire una certa controversia ad arbitrato estero in punto di sottrazione della relativa materia alla cognizione del giudice nazionale né, tantomeno, far cedere alla tentazione di tranquillizzanti soluzioni che non diano adeguato peso alla volontà delle parti. In secondo luogo perché l'inevitabile macchinosità che caratterizza gli arbitrati esteri nella fase iniziale di costituzione del tribunale arbitrale può mal conciliarsi con le ragioni di urgenza (sotto il profilo del *periculum in mora*) ontologicamente connesse alla tutela cautelare e, conseguentemente, con l'esigenza di effettività della giustizia arbitrale ⁽⁴⁾: indipendentemente dal fatto che la *lex fori* straniera o il regolamento dell'istituzione prescelta per l'amministrazione dell'arbitrato riconoscano (o meno) poteri cautelari in capo agli arbitri. A tal riguardo non si può, però, non sottolineare come la coscienza della necessità di assicurare alle parti l'accesso alla tutela cautelare anche in un momento anteriore alla costituzione del tribunale arbitrale si sia ormai fatta strada nei regolamenti dei più importanti organismi internazionali ⁽⁵⁾ attraverso figure e meccanismi all'uopo creati: quali, ad esempio, il *référé pré-arbitral* nel regolamento della

⁽³⁾ TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, in questa *Rivista*, 1999, 9.

⁽⁴⁾ A ribadire la stretta connessione tra tutela cautelare ed effettività della tutela dei diritti sta il "principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità [...]" (Corte Cost. sentenza 28 giugno 1985, n. 190).

⁽⁵⁾ Così, ad esempio, la R-38 del Regolamento della *American Arbitration Association*, il quale, in relazione ai procedimenti arbitrali introdotti a decorrere dall'1 ottobre 2013, prevede che: "(b) A party in need of emergency relief prior to the constitution of the panel shall notify the AAA and all other parties in writing of the nature of the relief sought and the reasons why such relief is required on an emergency basis. The application shall also set forth the reasons why the party is entitled to such relief. Such notice may be given by facsimile or e-mail or other reliable means, but must include a statement certifying that all other parties have been notified or an explanation of the steps taken in good faith to notify other parties". Una previsione di contenuto sostanzialmente analogo è presente nel Regolamento di Arbitrato della *International Chamber of Commerce* di Parigi ("ICC"), nella versione approvata nel 2012 e modificata nel 2017 (con vigenza a decorrere dall'1 marzo 2017), il cui art. 29, rubricato *Emergency Arbitrator*, dispone che "A party that needs urgent interim or conservatory measures that cannot await the constitution of an arbitral tribunal ("Emergency Measures") may make an application for such measures pursuant to the Emergency Arbitrator Rules in Appendix V. Any such application shall be accepted only if it is received by the Secretariat prior to the transmission of the file to the arbitral tribunal pursuant to Article 16 and irrespective of whether the party making the application has already submitted its Request for Arbitration". Si possono citare ancora l'art. 20 del *German Arbitration Institute* (DIS), l'art. 25 delle *London Court of International Arbitration Rules* (LCIA-Rules), il par. 36 del Regolamento dell'*International Commercial Arbitration Court* presso la *Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*.

International Chamber of Commerce o l'*emergency arbitrator* ⁽⁶⁾. L'arbitrato d'urgenza rappresenta certamente una non trascurabile evoluzione, che ben collima con il crescente *favor* al rafforzamento del potere cautelare dei tribunali arbitrali ⁽⁷⁾. Resta — chiaramente — aperto il problema della circolazione dei provvedimenti cautelari adottati dagli arbitri esteri alla luce della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, problema che potrebbe essere forse risolto prevedendo il lodo parziale (e non l'ordinanza) quale forma dei provvedimenti cautelari dei tribunali arbitrali. Profilo che, lo si anticipa, è stato da autorevole dottrina ritenuto argomento insuperabile a supporto della tesi della sopravvivenza della *potestas iudicandi* cautelare del giudice nazionale, la rinuncia alla quale potrebbe — al più ed in presenza di determinate condizioni ⁽⁸⁾ — risultare solo da una espressa manifestazione di

⁽⁶⁾ La figura dell'*emergency arbitrator* rappresenta una novità di assoluto rilievo in quanto consente alle parti di accedere ad una tutela interinale sostanzialmente endoprocedimentale prima ancora che il tribunale arbitrale sia costituito (una sorta di competenza cautelare *ante causam*). Nella generalità dei casi, le misure adottate dall'*emergency arbitrator* sono suscettibili di revoca, modifica o annullamento da parte del tribunale arbitrale, che non è quindi vincolato alle stesse (si veda l'art. 29, comma 3, e Appendice V del Regolamento di Arbitrato della ICC). Ciò che lo differenzia dal *référé pré-arbitral* è che, mentre il modello di *emergency arbitrator* è disciplinato direttamente nel regolamento di arbitrato, il *référé pré-arbitral* è, invece, normato in un regolamento autonomo. Così che, mentre ai fini della disponibilità del primo è sufficiente il richiamo al regolamento arbitrale da parte dei contraenti, per il ricorso al secondo modello è necessario uno specifico accordo.

⁽⁷⁾ Si veda su tutte la legge modello predisposta dall'UNCITRAL, adottata dall'Assemblea generale l'11 dicembre 1985 e modificata nel 2006, la quale al *CHAPTER IV A.*, intitolato per l'appunto *INTERIM MEASURES AND PRELIMINARY ORDERS*, detta un'ampia e dettagliata disciplina del potere del tribunale arbitrale di ordinare misure cautelari. Si rimarca la tendenza delle legislazioni nazionali in materia di arbitrato all'adeguamento alla legge modello dell'UNCITRAL. In tal senso, si richiamano a titolo di mera esemplificazione l'art. 25 della legge arbitrale svedese; l'art. 183 della legge svizzera di diritto internazionale privato. Anche i principali regolamenti arbitrali sono ispirati al principio della potestà cautelare concorrente di giudice statale e tribunale arbitrale per cui si dice che la proposizione di un'istanza cautelare dinanzi all'organo giurisdizionale non costituisce violazione dell'accordo compromissorio (v. ad esempio art. 28, comma 2, del Regolamento di Arbitrato della ICC). Per ciò che attiene, invece, al coordinamento tra i rispettivi poteri, gli stessi regolamenti arbitrali sono soliti operare una distinzione tra la fase che precede la trasmissione del fascicolo al tribunale arbitrale e la fase che segue tale trasmissione: nella prima fase, alle parti è consentito adire in via cautelare il giudice nazionale senza alcuna limitazione; nella seconda fase, invece, il ricorso alla giurisdizione statale è ammesso solo in casi limitati o eccezionali (a titolo esemplificativo, il Regolamento di Arbitrato della *International Chamber of Commerce*, all'art. 28, comma 2, parla di "*appropriate circumstances*"). Non contengono, invece, alcuna espressa previsione concernente il riconoscimento del potere cautelare in capo agli arbitri le principali Convenzioni internazionali in materia di arbitrato, quali il Protocollo di Ginevra del 1923, la Convenzione di Ginevra del 1927, la Convenzione di New York del 1958 e la Convenzione Inter-Americana del 1975, che, però, hanno contenuto e finalità limitati al riconoscimento ed all'esecuzione dei patti arbitrali e/o dei lodi, non occupandosi in alcun modo del procedimento arbitrale. L'assenza di richiami in tali fonti alla potestà cautelare degli arbitri non potrebbe, quindi, essere interpretata nel senso della sua inammissibilità. Peraltro, riferimenti espressi al riconoscimento del potere cautelare in capo agli arbitri sono contenuti nella Convenzione Europea sull'arbitrato commerciale internazionale del 1961 (art. 6) e nella Convenzione di Washington del 1965 (art. 47).

⁽⁸⁾ Secondo una assai diffusa ed accreditata ricostruzione teorica ciò potrebbe avvenire solo quando l'accordo compromissorio preveda il deferimento della controversia ad arbitri

volontà delle parti ⁽⁹⁾. Infine, la pluralità e l'eterogeneità delle fonti che regolano l'arbitrato internazionale rende particolarmente complessa la ricostruzione ed impone agli studiosi della materia un ulteriore sforzo nell'ottica di una sistemazione unitaria e quanto più possibile coerente dell'argomento ⁽¹⁰⁾.

Vi è un ultimo aspetto da considerare, la cui rilevanza, per la verità, si estrinseca su di un piano pratico ed operativo più che teorico, anche se per questo non meno importante: infatti, ove l'analisi pervenisse alla conclusione di assegnare al patto arbitrale per arbitrato estero l'efficacia di deroga automatica alla giurisdizione ordinaria tanto di merito quanto cautelare, ne conseguirebbe la necessità di riservare una attenzione ancora maggiore alla formulazione testuale dell'accordo compromissorio poiché le parti, la cui intenzione sia quella di preservare il rispettivo potere di rivolgersi all'autorità giurisdizionale nazionale in punto di domanda cautelare, dovrebbero espressamente formulare tale riserva. Questo perché, nel silenzio dei contraenti, la convenzione d'arbitrato sarebbe intesa come diretta a sottrarre l'intera materia alla cognizione del giudice ordinario per deferirla alla cognizione piena del tribunale arbitrale ⁽¹¹⁾.

L'obiettivo che il presente intervento si pone è, dunque, quello di ricostruire quale sia il livello di incidenza dell'autonomia delle parti le quali abbiano scelto di deviare dalla giurisdizione statale in relazione ad una data controversia per demandarla al giudizio di arbitri esteri e, conseguentemente, chiedersi se tale autonoma scelta, consacrata nell'accordo compromissorio, comporti quale connesso effetto la sottrazione dell'intera materia alla *potestas iudicandi* del giudice nazionale. In altri termini, se è scontato che la convenzione per arbitrato estero sottragga al giudice dello Stato la *potestas iudicandi* sul merito della controversia (sempre che tale *potestas* vi fosse in astratto per

esteri muniti, secondo la *lex fori* straniera, di potestà cautelare addirittura escludente (e non meramente concorrente) con quella del giudice statale ed esercitabile attraverso un provvedimento avente la forma del lodo parziale e, per questo, idoneo a circolare in forza della Convenzione di New York del 10 giugno 1958.

⁽⁹⁾ Si veda BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2010, 25, il quale ha evidenziato come “[...] il dato cui si faceva cenno - emanabilità da parte degli arbitri, secondo l'accordo e secondo l'ordinamento in cui l'arbitrato è destinato a radicarsi, di misure cautelari in forma di lodi, suscettibili perciò di esecuzione all'estero in forza della Convenzione di New York - sarebbe elemento necessario, ma di per sé non sufficiente a ricostruire quella volontà di rinuncia alla tutela cautelare irrogabile dal giudice straniero [...]”.

⁽¹⁰⁾ Il problema connesso alla complessità e varietà delle fonti deputate a regolare l'arbitrato internazionale, “[...] che sono non soltanto l'effetto di diverse scelte di politica legislativa, ma anche il frutto di culture e linguaggi diversi [...]”, è stato puntualmente evidenziato da TOMMASEO, cit., 10.

⁽¹¹⁾ È stato, d'altra parte, evidenziato come “[...] La competenza cautelare forma raramente oggetto di diretta e specifica disciplina contrattuale [...]” (*Commentario Breve al Diritto dell'Arbitrato Nazionale ed Internazionale*, BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI, DI BROZOLO, Seconda Edizione, 2017, Milano). Non è detto, però, che tale prassi non possa (e forse non debba) essere rivista.

l'esistenza di un qualche criterio di collegamento tra fattispecie concreta e ordinamento interno), non è parso altrettanto scontato che tale effetto si estenda anche alla tutela cautelare. Il cuore della questione è, in sintesi, il seguente: la deroga (o rinuncia, che dir si voglia ⁽¹²⁾) alla giurisdizione statale, conseguente all'accordo compromissorio per arbitrato estero, è deroga alla sola giurisdizione sul merito o è deroga alla giurisdizione nazionale *tout court* (sul merito e cautelare)? Ed ancora, in tale ultima ipotesi, la deroga sarebbe tacita, per la sola esistenza della convenzione d'arbitrato, oppure dovrebbe essere dalle parti espressamente sancita, come pure è stato assai autorevolmente sostenuto in dottrina ⁽¹³⁾?

2. *La volontà delle parti come fondamento del fenomeno arbitrale.* — Si impone una breve digressione sulla natura dell'arbitrato, prodromica allo svolgimento dell'analisi che si andrà a condurre. Infatti, quello che qualcuno ha definito come un *dogma* ⁽¹⁴⁾, soprattutto in relazione agli esiti più estremi a cui può condurre, è indubbiamente un elemento decisivo da cui muovere ai fini della presente trattazione. Il fenomeno arbitrale trova il proprio fondamento nella volontà delle parti, consacrata nell'accordo compromissorio, il quale, per essere valido ed efficace, deve avere i requisiti previsti dall'art. II della Convenzione di New York del 1958 ⁽¹⁵⁾: attraverso tale accordo le parti si obbligano reciprocamente a sottoporre ad arbitrato tutte o alcune delle controversie che siano sorte o possano sorgere tra loro circa un determinato

⁽¹²⁾ Pare che i termini “*deroga*” e “*rinuncia*” alla giurisdizione statale possano essere indifferentemente utilizzati, senza incorrere in alcuna improprietà terminologica, per definire l'esautoramento della *potestas iudicandi* del giudice statale in presenza di accordo compromissorio per arbitrato estero. Questo è quanto si può ricavare dalla lettura di un *obiter* di Cass., Sez. Un., ordinanza 22 luglio 2002, n. 10723, per il quale “[...] *la devoluzione della controversia ad arbitri si configura quale rinuncia all'azione giudiziaria e quale scelta della soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il dictum di soggetti privati, onde il compromesso concretizza un patto derogatorio della giurisdizione [...]*”.

⁽¹³⁾ Si veda ancora BRIGUGLIO, cit., 26, secondo il quale “[...] *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 [...]*. A favore di una *potestas iudicandi* cautelare concorrente tra giudici dello Stato e tribunali arbitrali è BERNARDINI, cit., 26-27, il quale rileva “[...] *l'opportunità che le parti non escludano nel loro accordo la giurisdizione concorrente del giudice statale in materia di misure cautelari [...]*”.

⁽¹⁴⁾ Si veda HENKE, *Le misure cautelari nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1218. L'Autore ha definito come un *dogma* l'enfasi eccessiva assegnata alla volontà delle parti come fondamento del fenomeno arbitrale. La critica è rivolta a quella giurisprudenza arbitrale, diffusasi soprattutto negli Stati Uniti d'America, che è pervenuta all'esito estremo di operare la valutazione circa la concedibilità o meno della misura cautelare indipendentemente da ogni considerazione circa il contenuto della legge arbitrale applicabile, giungendo così a sostenere che la volontà delle parti di attribuire al tribunale arbitrale il potere di emettere provvedimenti cautelari debba, sempre e comunque, prevalere sulla *lex fori* in ipotesi più restrittiva.

⁽¹⁵⁾ L'accordo compromissorio deve, pertanto, risultare da una convenzione scritta, avere ad oggetto diritti disponibili ed essere inserito all'interno di un contratto o di un compromesso sottoscritti dalle parti o contenuti in uno scambio di lettere o di telegrammi.

rapporto giuridico, concernente una questione suscettiva di essere regolata in via arbitrale (*i.e.* diritti disponibili). Nell'ordinamento giuridico italiano, si hanno come norme di riferimento gli artt. 806, 807 e 808 c.p.c. La prima disposizione sancisce il potere delle parti di far decidere ad arbitri le controversie tra loro insorte, mentre i due articoli successivi dettano i requisiti formali di validità del compromesso e della clausola compromissoria, sostanzialmente coincidenti con quelli prescritti dal sopramenzionato art. II della Convenzione di New York del 1958.

La volontà delle parti costituisce, quindi, non solo fonte del potere degli arbitri, ma ne definisce anche contenuto e limiti. Tale profilo è stato indagato e spiegato con incisiva chiarezza dalla Corte Costituzionale in un notissimo arresto, forse non abbastanza richiamato nella letteratura che si è occupata del tema. Il riferimento è alla sentenza 14 luglio 1977, n. 127, con la quale la Consulta ha posto in risalto come l'origine di ogni arbitrato sia da ricercarsi nella “[...] *libera scelta delle parti* [...]” in quanto “[...] *solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all’art. 24, primo comma, della Costituzione) può derogare al precetto contenuto nell’art. 102, primo comma, della Costituzione* [...]”. Tale interpretazione è, tra l’altro, perfettamente coerente con “[...] *la garanzia costituzionale dell’autonomia dei soggetti* [...] *autonomia, che, mentre ad altro proposito è tutelata dagli artt. 41-44 della Costituzione, nella materia che ne occupa e per le situazioni di vantaggio compromettibili è appunto garantita dall’art. 24, primo comma, della Costituzione* [...]”. Di estremo interesse è, quindi, la chiosa del ragionamento seguito sul punto dalla Corte Costituzionale, secondo cui “[...] *la «fonte» dell’arbitrato non può più ricercarsi o porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa: ed il principio fissato nell’art. 806 del codice di procedura civile, primo comma, prima parte («Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra loro insorte ...»), assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell’intero ordinamento* [...]”.

Peraltro, già in altro e più risalente precedente, la Corte Costituzionale aveva avuto modo di affermare che “[...] *rispetto ad una o anche a più controversie determinate o determinabili, i soggetti possono esercitare un potere di disposizione che è strettamente collegato al potere di azione, seppure non ne è addirittura un aspetto o uno svolgimento* [...]” e ciò possono fare, per l’appunto, convenendo con una controparte di deferire una o più questioni discendenti da un determinato loro rapporto al giudizio di un arbitro o di un collegio arbitrale.

È proprio questo il cuore della questione: l’art. 24 della Costituzione garantisce a tutti il diritto di agire in giudizio per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ma anche il pari diritto di sottrarre tale tutela alla giurisdizione dei giudici ordinari deferendone la cognizione ad arbitri: di tale ultimo diritto, costituzionalmente garantito, costituisce estrinsecazione ed attuazione legislativa l’art. 806 c.p.c.

Concludendo il ragionamento, se la scelta arbitrale trova esclusivo fondamento nella volontà delle parti di disporre (anche) in negativo del diritto di azione di cui all'art. 24 della Costituzione e se il diritto di disporre in negativo del diritto di azione assurge a principio generale costituzionalmente garantito dell'intero ordinamento giuridico, va da sé che ogni eventuale limitazione all'estensione di tale autonoma scelta dovrebbe risultare o da una norma di rango pari all'art. 24 della Costituzione o da una espressa volontà delle parti. In altri termini, se l'accordo compromissorio è una delle ipotesi consentite di deroga al principio della unicità della giurisdizione, occorre a questo punto chiedersi se vi sia un paradigma normativo di pari rango che limiti tale deroga al merito della controversia e che la escluda, ad esempio, in relazione alla tutela cautelare. Infatti, ove si accertasse l'inesistenza di un siffatto paradigma normativo, non si comprenderebbe perché la sottrazione della questione al giudice dello Stato, attuata mediante il patto compromissorio per arbitrato estero, dovrebbe ritenersi circoscritta alla *potestas iudicandi* sul merito e non rivolta automaticamente anche alla tutela interinale. Il tema sarà ulteriormente sviluppato nei paragrafi a seguire e tali considerazioni preliminari torneranno presto utili.

3. *La potestas cautelare del giudice statale in presenza di accordo compromissorio per arbitrato estero.* — Il giudice italiano investito di una domanda di tutela cautelare funzionale ad una controversia devoluta ad arbitri può trovarsi alternativamente dinanzi: (i) ad un accordo compromissorio per arbitrato di diritto interno o (ii) ad un accordo compromissorio per arbitrato estero. In entrambi i casi, poi, l'amministrazione del procedimento arbitrale potrebbe essere demandata, in ragione del contenuto della convenzione di arbitrato, ad una data istituzione, secondo il proprio regolamento. È noto che, in tale ultima ipotesi, il regolamento dell'istituzione prescelta entra esso stesso a far parte della convenzione di arbitrato.

Nell'ipotesi sub (i), la *lex fori* deputata a regolare il procedimento arbitrale è quella italiana e, segnatamente, quella contenuta nel Titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile. Nell'ipotesi sub (ii), invece, la *lex fori* sarà quella del paese straniero in cui è stata posta la sede dell'arbitrato.

Distinguere tra i due possibili scenari — arbitrato di diritto interno ed arbitrato internazionale — è un'imprescindibile premessa di ogni ragionamento che voglia interrogarsi sulla permanenza della *potestas iudicandi* cautelare del giudice statale in presenza di accordo compromissorio.

3.1. Per ciò che concerne l'arbitrato di diritto interno ⁽¹⁶⁾, la norma di

⁽¹⁶⁾ Vi rientra anche l'ipotesi di convenzione di arbitrato stipulata da soggetti di diritto aventi sede o residenza fuori dal territorio dello Stato italiano ma che preveda il deferimento delle controversie derivanti da un determinato loro rapporto ad un tribunale arbitrale avente

riferimento è contenuta nell'art. 818 c.p.c., ai sensi del quale “*Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge*” (17). La norma *de qua* sancisce, quindi, l'espressa riserva

sede in Italia: in tal caso, infatti, la *lex fori* sarà sempre quella ricavabile dal codice di rito e, segnatamente, dagli artt. 806 e ss. c.p.c.

(17) L'art. 818 c.p.c., ed il divieto in esso sancito a carico degli arbitri di “[...] *concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari* [...]”, è chiaramente figlio di scelte di politica legislativa influenzate da un clima di sfiducia verso l'arbitrato e da una concezione dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ormai superata in altri ordinamenti. A fondamento del divieto vengono, generalmente, individuate due principali ragioni: l'assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri, ritenuta espressione di un principio di ordine pubblico, e la natura sommaria della cognizione cautelare, che si vorrebbe per questo riservare alle presunte maggiori garanzie offerte dalla giurisdizione ordinaria. Il primo argomento appare superabile laddove si consideri che, come la volontà compromissoria è idonea a dotare gli arbitri del potere di adottare decisioni di merito vincolanti e potenzialmente esecutive, non si vede come e perché tale volontà non debba essere considerata sufficiente a dotare gli arbitri di un analogo potere di emettere misure cautelari: in altri termini, se agli arbitri è consentito di adottare lodi aventi efficacia di sentenza *ex art. 824 bis* c.p.c., non si comprende come agli stessi possa essere preclusa la potestà di disporre misure di natura interinale: il più dovrebbe, di regola, contenere il meno. Anche il secondo argomento non appare definitivo in quanto la natura sommaria della cognizione cautelare potrebbe essere “compensata” attraverso la previsione di un controllo da parte dei tribunali nazionali in sede di *exequatur*: il che garantirebbe adeguate forme di controllo sull'operato degli arbitri ed un efficace raccordo tra le rispettive competenze di arbitri (da una parte) e giudici (dall'altra). Della necessità di un'evoluzione della disciplina italiana dell'arbitrato il legislatore nazionale sembrava in realtà aver tenuto anche conto nella formulazione dell'art. 818 c.p.c., il quale, al divieto per gli arbitri del potere di concedere misure interinali, aveva affiancato una clausola di salvaguardia (“[...] *salva diversa disposizione di legge* [...]”), le cui potenzialità sono rimaste, però, del tutto inesplorate: infatti, l'unica deroga alla riserva in favore del giudice dello Stato del potere di emettere misure cautelari è rimasta quella sancita in materia societaria dall'art. 35, ultimo comma, del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che consente agli arbitri di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari in caso siano loro devolute controversie aventi ad oggetto la validità delle stesse. Per una diffusa ricostruzione dell'atteggiamento dei vari ordinamenti giuridici nazionali circa il rapporto tra potestà cautelare e poteri dell'arbitro si rimanda a BERNARDINI, cit., 17. L'Autore individua tre distinti approcci degli ordinamenti giuridici nazionali in relazione al rapporto tra *potestas* cautelare e poteri dell'arbitro: (i) ordinamenti che escludono che l'arbitro abbia il potere di ordinare provvedimenti provvisori in quanto riservato al giudice statale, tra i quali si possono citare gli ordinamenti italiano, austriaco, tedesco, libico nonché il sistema francese a proposito delle misure *conservatoires* in senso stretto e quello statunitense quanto all'*attachment*. Trattasi, però, di un'impostazione ormai ampiamente minoritaria nel contesto dell'esperienza internazionale; (ii) ordinamenti che conferiscono poteri cautelari agli arbitri o consentono che gli stessi possano essere dagli arbitri esercitati anche nel silenzio delle parti, tra i quali possono essere annoverati quello francese (con eccezione delle misure *conservatoires* in senso stretto), belga ed inglese nonché il sistema svizzero in relazione a quanto previsto dall'art. 183 della legge di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 ed in vigore dall'1 gennaio 1989 (“*Salvo diversa pattuizione delle parti, il tribunale arbitrale può, ad istanza di parte, ordinare provvedimenti cautelari o conservativi. Se la parte contro cui è ordinato il provvedimento non vi si sottopone spontaneamente, il tribunale arbitrale può chiedere la collaborazione del giudice competente; questo applica il suo diritto. Il tribunale arbitrale o il giudice possono subordinare l'attuazione dei provvedimenti cautelari o conservativi alla prestazione di adeguate garanzie*”). Nella maggior parte di questi ordinamenti i poteri riconosciuti all'arbitro concorrono con quelli del giudice dello Stato (così avviene in Francia, Svizzera ed Inghilterra); (iii) ordinamenti che consentono alle parti di conferire all'arbitro il potere di emanare misure cautelari sia nell'accordo compromissorio sia a lite già insorta: questa è la soluzione adottata in vari paesi di *common law*. Resta da stabilire se in questi casi, nel silenzio delle parti, il potere assegnato agli arbitri sia da considerarsi esclusivo di una concorrente potestà cautelare del giudice interno, sempre che

in favore del giudice statale del potere di emettere misure cautelari e, conseguentemente, la nullità — o, comunque, l'inefficacia — delle clausole compromissorie ⁽¹⁸⁾ che attribuissero anche agli arbitri (o addirittura riservassero loro) tale facoltà. Sul punto, occorre, però, fare attenzione. Se alle parti è fatto divieto *ex art. 818 c.p.c.* di attribuire agli arbitri *potestas iudicandi* in materia cautelare, va precisato che tale divieto è limitato al solo potere di emettere i provvedimenti cautelari disciplinati nel Capo III del Libro IV del codice di procedura civile (artt. 669 *bis* e ss. c.p.c.). Nulla osta, invece, a che le parti possano, in forza della clausola compromissoria o attraverso il rinvio integrativo ad un regolamento d'arbitrato che lo preveda, affidare agli arbitri il potere di concedere (*recte*, raccomandare) misure aventi struttura e contenuto cautelari, ancorché non analoga efficacia poiché insuscettibili di esecuzione coattiva in forza, per l'appunto, del divieto sancito dall'art. 818 c.p.c. ⁽¹⁹⁾. A tal proposito, va osservato che l'effettività dei provvedimenti arbitrali (in ipotesi anche cautelari) non è necessariamente connessa alla loro cogenza, assicurata dall'intervento dell'autorità giudiziaria. La volontà delle parti, infatti, non è soltanto fonte e confine del potere degli arbitri, ma, il più delle volte, anche la ragione stessa dell'"efficacia" delle misure dagli arbitri

quest'ultimo possa essere in effetti privato di tale potere secondo la legge di procedura di riferimento. Negli ordinamenti in cui è prevista la competenza cautelare concorrente di giudici ed arbitri, l'alternativa si pone tra un modello di perfetto equilibrio tra giurisdizione ordinaria e competenza arbitrale ed uno di preminenza del ruolo degli arbitri. Va, però, tenuto presente che l'ipotetico riconoscimento, in capo ai tribunali ordinari, di un potere cautelare illimitato rischierebbe di sconfessare il principio di autonomia e la volontà compromissoria, quale fondamento del fenomeno arbitrale. Un'interpretazione favorevole alla natura eccezionale e, per certi versi, sussidiaria dell'intervento del giudice ordinario nella materia cautelare può essere ricavato, ad esempio, dall'art. 5 della Legge Modello UNCITRAL, ai sensi del quale: "*In matters governed by this Law, no Court shall intervene except where so provided in this Law*". Occorre, altresì, riconoscere che alcune legislazioni nazionali non prevedono limiti all'intervento cautelare dei tribunali ordinari, dovendosi così affermare un principio di piena parità tra giudici ed arbitri nella materia cautelare (così va letto l'art. 183 della legge svizzera di diritto internazionale privato). Altri ordinamenti nazionali, invece, subordinano l'adozione di misure cautelari da parte dei giudici a condizioni e limiti, quali l'urgenza e la circostanza che il tribunale arbitrale non sia ancora stato costituito o sia impossibilitato ad intervenire, in tal modo disegnando l'intervento dei giudici come meramente suppletorio di quello degli arbitri (si veda l'art. 46 dell'English Arbitration Act e l'art. 2712 dell'Ohio Code of International Commercial Arbitration). Queste ultime soluzioni trovano il loro fondamento nel rispetto della volontà compromissoria e si traducono in una ripartizione delle rispettive competenze ispirata ad un principio di sussidiarietà del giudice rispetto all'arbitro.

⁽¹⁸⁾ Occorrerà chiedersi ed appurare se trattasi di nullità dell'intera clausola compromissoria o di una nullità parziale *ex art. 1419 c.c.*

⁽¹⁹⁾ È stato osservato che "[...] *La lex fori impedisce certo alle parti di affidare agli arbitri la potestà cautelare riservata ai giudici statuali e quindi provvedimenti cautelari suscettibili di attuazione coattiva, ma non può limitare l'autonomia negoziale delle parti al punto da impedire che queste consentano agli arbitri di indicare o di raccomandare le misure cautelari idonee a salvaguardare i loro diritti [...]*" (TOMMASEO, cit., 26). Altra autorevolissima dottrina ha affermato che il divieto di cui all'art. 818 c.p.c. non priva le parti del potere di autorizzare gli arbitri ad emettere disposizioni con finalità cautelari "[...] *con efficacia sul piano privatistico [...]*" (MARENGO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, sub art. 818, 136).

stessi assunte, ponendosi l'adempimento spontaneo ad opera delle parti come regola e l'esecuzione coattiva in termini di eccezione: questa è la prassi, quantomeno nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale. Non va neppure sottovalutato che le parti, attraverso la volontaria adesione alle misure interinali prese dal tribunale arbitrale, possano anche perseguire lo scopo (utilitaristico, ma non per questo immeritevole di considerazione) di non influire negativamente sul convincimento degli arbitri ⁽²⁰⁾.

3.1.1. Questione ancora diversa, ma non priva di rilievo, è se la potestà cautelare del giudice statale sia, nonostante la riserva sancita dall'art. 818 c.p.c., rinunciabile ad opera delle parti in forza del patto arbitrale. In altri termini, dato ormai per acquisito che, nell'arbitrato di diritto interno, alle parti è fatto divieto di conferire agli arbitri poteri cautelari analoghi a quelli riconosciuti al giudice dello Stato (con conseguente nullità di ogni pattuizione a ciò diretta), occorre chiedersi se alle parti medesime sarebbe, invece, consentito di rinunciare (in modo espresso o tacito) alla giurisdizione cautelare del giudice ordinario. Sul punto, non è mancato chi ha sostenuto che la *potestas iudicandi* cautelare del giudice italiano sarebbe irrinunciabile e, quindi, indisponibile per le parti, individuando nella stessa un momento fondamentale dell'esercizio della funzione giurisdizionale e del diritto di agire in giudizio sancito dall'art. 24 della Costituzione ⁽²¹⁾.

Questa ricostruzione non convince, venendo in nostro soccorso anche la breve digressione fatta in precedenza circa la rilevanza della volontà delle parti quale fondamento del fenomeno arbitrale ⁽²²⁾. Non si rinvengono, infatti, paradigmi normativi da cui sia possibile trarre fondati argomenti a sostegno

⁽²⁰⁾ Qualcosa di non molto distante, pur con le dovute distinzioni e cautele, da quanto disposto dall'art. 116, comma 2, c.p.c. che consente al giudice di “[...] *desumere argomenti di prova [...] dal contegno delle parti nel processo [...]*”.

⁽²¹⁾ Si veda, in tal senso, SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, 1 e ss., Milano, 2012. L'Autrice, richiamando un *obiter* di Corte Costituzionale, ordinanza 26 maggio 1998, n. 193, ha evidenziato che: “[...] *la tutela cautelare dei diritti rappresenta un elemento irrinunciabile del nostro ordinamento. Due norme fondamentali della Costituzione italiana sono alla base di tale asserzione: l'art. 3, che sancisce il principio dell'uguaglianza davanti alla legge, e, in maniera ancora più specifica, l'art. 24, ai sensi del quale tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Non si può infatti dare un significato a tali norme senza ammettere che esse non solo garantiscono il diritto di ognuno ad agire in giudizio, ma anche quello al raggiungimento di un risultato utile [...]*”. In altri termini, secondo tale impostazione, l'irrinunciabilità (*recte*, indisponibilità) della tutela cautelare starebbe in relazione al suo essere in funzione della effettività della tutela giudiziale delle situazioni giuridiche soggettive. Sembra propendere per tale conclusione anche BERNARDINI, cit., 18, secondo il quale “[...] *l'accordo compromissorio deroga alla competenza del giudice statale quanto alla decisione sul merito della controversia (c.d. effetto negativo) ma non a quella relativa alla emanazione di misure cautelari [...]*”.

⁽²²⁾ Si veda *supra* § 2, laddove è stato evidenziato come, in assenza di una norma di rango costituzionale che sancisca l'inderogabilità della giurisdizione cautelare del giudice nazionale, non si comprenderebbe per quale ragione la convenzione di arbitrato vada letta ed interpretata quale deroga alla sola giurisdizione sul merito e non anche a quella in materia di tutela cautelare.

della tesi della irrinunciabilità della tutela cautelare. Anzi, come si è già avuto modo di osservare ⁽²³⁾, nulla osta a che le parti, proprio per il mezzo dell'accordo compromissorio, dispongano in negativo del diritto sancito dall'art. 24 della Costituzione di agire in giudizio per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Ora, se alle parti è consentito sottrarre una determinata materia (purché arbitrabile e, quindi, relativa a diritti disponibili) alla cognizione di merito del giudice ordinario, non si comprende perché tale rinuncia non debba potersi estendere anche alla *potestas iudicandi* cautelare. La Corte Costituzionale, in un importante precedente, è intervenuta espressamente sul punto ed ha sancito che “[...] *la potestà cautelare non costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 113 Cost., ma la sua disciplina è demandata alla legge ordinaria, alla quale spetta di regolare la materia. Da ciò consegue come nessun appunto possa essere mosso al nostro sistema processuale, nel quale, a differenza di quanto è dato riscontrare in qualche legislazione straniera, non sussiste un potere cautelare generale come espressione dell'esercizio della giurisdizione: tale potere va riconosciuto soltanto nei casi stabiliti dalla legge e trova attuazione secondo gli istituti in essa previsti [...]*”. E il naturale approdo del ragionamento seguito dal Giudice delle Leggi è che, così come la Costituzione (artt. 24, 102 e 103) e la legge ordinaria (art. 806 c.p.c.) consentono alle parti di rinunciare al diritto di agire dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi in relazione al merito, non vi sono ragioni per ritenere che un analogo potere di disposizione non sia loro riconosciuto in relazione alla tutela cautelare ⁽²⁴⁾.

Neppure può opinarsi il contrario sulla scorta della sola formulazione dell'art. 818 c.p.c. e del divieto in esso sancito per gli arbitri di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari: interpretare tale divieto, e la connessa riserva al giudice statale della *potestas* di autorizzare le misure cautelari disciplinate negli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c., in termini di indisponibilità del diritto di azione cautelare sembra una impropria forzatura del dettato normativo. In

⁽²³⁾ Si veda sempre *supra* § 2.

⁽²⁴⁾ È stato evidenziato come “[...] *la disponibilità degli strumenti di tutela, riflesso della disponibilità dei diritti oggetto del patto compromissorio, possa tradursi nella rinuncia pattizia alla giurisdizione cautelare statale [...]*” (TOMMASEO, cit., p. 23). Nello stesso senso si è, recentissimamente, espresso BRIGUGLIO, cit., 770 e ss., il quale, argomentando in ordine alla portata dell'art. 10 della legge 31 maggio 1995, n. 218, ha evidenziato come “[...] *l'art. 10 non è certo di ostacolo alla esclusione compromissoria della giurisdizione cautelare italiana e prima ancora non è di ostacolo alla rinuncia alla giurisdizione cautelare italiana [...]. Perfino sul nostro versante puramente interno, ove la vigenza – un tempo monolitica, oggi solo lievemente scalfita dal d.lgs. n. 5/2003 sull'arbitrato societario – dell'art. 818 c.p.c. comporta la impossibilità di riferire alla volontà compromissoria in quanto tale l'attribuzione del potere cautelare agli arbitri e perciò la sottrazione del potere cautelare al giudice dello Stato, non si può eliminare dalla scena l'ipotesi teorica che almeno quest'ultima sia appositamente pattuita se del caso come 'rafforzamento' indiretto della scelta compromissoria (vogliamo gli arbitri, in luogo del giudice, per la soluzione della nostra controversia di merito, e del secondo non vogliamo neppure 'intromissioni cautelari' prima o in corso del giudizio di merito arbitrale) [...]*”.

sintesi, le parti non possono assegnare agli arbitri un potere cautelare analogo a quello riservato dall'art. 818 c.p.c. al giudice dello Stato, ma ben potrebbero rinunciare a quest'ultimo.

3.1.2. Superata in tali termini la questione concernente la disponibilità della tutela cautelare, si pone un ulteriore problema: la clausola compromissoria per arbitrato interno va intesa come rinuncia tacita (anche) al diritto di agire dinanzi al giudice ordinario in punto di tutela cautelare oppure una tale rinuncia dovrebbe essere espressamente manifestata dalle parti nella convenzione di arbitrato (o in altro atto scritto separato ed integrativo della medesima) di guisa che, nel loro silenzio, resterebbe salva la facoltà di investire il giudice statale ai sensi degli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c.?

L'opinione più diffusa tra quella dottrina che ritiene la tutela cautelare liberamente disponibile è comunque nel senso che l'esclusione della potestà cautelare del giudice dello Stato debba sempre risultare da un'espressa pattuizione di rinuncia. Tale conclusione, nel contesto dell'arbitrato di diritto interno, può forse apparire condivisibile e ciò sulla base di una lettura coordinata dell'art. 818 c.p.c. e della disciplina del processo cautelare uniforme. Come si è più sopra accennato, l'art. 818 c.p.c. vieta alle parti di assegnare agli arbitri il potere di emettere provvedimenti cautelari aventi contenuto e, soprattutto, efficacia analoga a quella dei provvedimenti cautelari emessi dal giudice dello Stato. Tale divieto fa sì che le parti, che abbiano sottoscritto una convenzione per arbitrato di diritto italiano, ove vogliano ottenere misure cautelari suscettibili di esecuzione coattiva, debbano necessariamente rivolgersi ai giudici nazionali, secondo le norme di competenza della disciplina del processo cautelare uniforme. Tale situazione, che differenzia profondamente la disciplina italiana dell'arbitrato dalla gran parte delle altre discipline nazionali ⁽²⁵⁾ (le quali prevedono, almeno, una analoga potestà cautelare concorrente degli arbitri), potrebbe forse far propendere per ricollegare la sottrazione al giudice statale della potestà cautelare solo ad un'espressa manifestazione di volontà delle parti contenuta nel patto arbitrale. Permane — per la verità — qualche dubbio sulla validità di tale soluzione perché se la scelta arbitrale è manifestazione della volontà di rinunciare al diritto di agire in giudizio dinanzi al giudice ordinario, tale rinuncia andrebbe — di regola — valutata per quello che essa in effetti è: manifestazione della volontà di sottrarre un determinato rapporto e le controversie da esso originanti o ad esso connesse all'intervento del giudice statale. Di guisa che le parti, ove intendessero preservare tale possibilità di intervento in punto di tutela cautelare, dovrebbero espressamente riservarsi il diritto di adire il giudice dello Stato in punto di tutela interinale.

(25) Si veda *supra* la nota 18.

In ogni caso, qualunque sia la tesi che si voglia sposare, la competenza cautelare del giudice nazionale in presenza di clausola compromissoria per arbitrato di diritto interno è senza dubbio fissata dall'art. 669 *quinquies* c.p.c. ⁽²⁶⁾, ai sensi del quale “*Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito*”. La riferibilità dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. alla sola ipotesi di patto compromissorio per arbitrato domestico, anche se fortemente criticata ⁽²⁷⁾, sembra potersi ragionevolmente desumere dal tenore letterale della norma, che parrebbe presupporre proprio l'esistenza di un giudice dello Stato che, in assenza del patto stesso, avrebbe avuto la competenza a giudicare del merito della controversia: tale presupposto non si potrebbe in nessun caso avere qualora il giudice dello Stato fosse investito — a questo punto in forza dell'art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c. — di una domanda di tutela cautelare in funzione di una controversia rientrante nella giurisdizione di un giudice estero o devoluta ad arbitrato estero. Questa conclusione è coerente con l'interpre-

⁽²⁶⁾ L'art. 669 *quinquies* c.p.c. è norma di competenza atteso che la devoluzione di una controversia ad arbitri interni, per la quale sarebbe sussistita la competenza a giudicare del giudice ordinario, non pone — per l'appunto — una questione di giurisdizione, ma di competenza in quanto riguarda una ripartizione di compiti all'interno dello stesso ordine giurisdizionale stante l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica (cfr. Corte Costituzionale, sentenza 3 luglio 2013, n. 223).

⁽²⁷⁾ In tal senso, con un'assai approfondita ed illuminata trattazione del tema, BRIGUGLIO, cit., 38 e ss. In particolare, propone una ricostruzione alternativa alla tesi tradizionale che individua nell'art. 669 *quinquies* c.p.c. la norma di riferimento per l'individuazione del giudice competente a conoscere della tutela cautelare in presenza di patto per arbitrato interno e nell'art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c. il paradigma normativo deputato a disciplinare la predetta competenza in caso di accordo compromissorio per arbitrato estero. Egli muove da una duplice premessa e cioè: (i) l'art. 669 *quinquies* c.p.c. è, da un lato, l'unica disposizione della disciplina uniforme del processo cautelare espressamente riferita all'accordo compromissorio in relazione alla individuazione del giudice competente per la cautela, facendo le altre disposizioni in materia riferimento generale alla ipotesi in cui il giudice italiano non è competente per il merito (art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c.) — il che non necessariamente dovrebbe avvenire per la presenza di un accordo compromissorio per arbitrato estero — ovvero alla pendenza della causa dinanzi al giudice (e non all'arbitro) straniero (art. 669 *quater*, comma 5, c.p.c.); (ii) che l'art. 669 *quinquies* c.p.c. non opera alcuna distinzione tra arbitrato interno ed arbitrato estero. Da tali premesse, l'Autore giunge alla conclusione per cui “[...] *La prima essenziale conclusione applicativa [...] è dunque che l'art. 669 quinquies non riguarda solo l'ipotesi della devoluzione del merito agli arbitri interni, bensì l'ipotesi della devoluzione del merito ad arbitri tout court, e rappresenta la regola generale e fondamentale per la determinazione della competenza cautelare ante causam del giudice civile italiano allorché il giudizio di merito sia deferito ad arbitri. In tal caso il giudice competente per la cautela è per l'appunto quello che per materia, valore e territorio sarebbe competente per il merito in assenza di accordo compromissorio [...]*”. Tuttavia, è lo stesso Autore a riconoscere come l'applicazione generalizzata del meccanismo che ancora l'individuazione della competenza giurisdizionale cautelare alla competenza virtuale per il merito funziona a perfetta tenuta nella sola ipotesi in cui la causa di merito deferita ad arbitri interni dall'accordo compromissorio appartenga in astratto all'ambito della giurisdizione italiana. Mentre tale meccanismo necessita, per espressa ammissione dell'Autore, di essere integrato nell'ipotesi in cui, anche in assenza dell'accordo compromissorio, la causa di merito non rientrerebbe comunque nella giurisdizione italiana, attraverso l'art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c. ed il riferimento in esso sancito al luogo di esecuzione del provvedimento cautelare.

tazione, condivisa anche dalla Corte di Giustizia ⁽²⁸⁾, secondo cui la devoluzione della controversia sul merito ad arbitri esteri esclude l'applicabilità del criterio strumentale (i.e. “*giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito*”), con la conseguenza che la giurisdizione cautelare del giudice nazionale potrebbe affermarsi solo in base al criterio esecutivo-territoriale (i.e. “*giudice, che sarebbe competente per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare*”). In tale ipotesi, infatti, si avrebbe propriamente mancanza di giurisdizione del giudice italiano ⁽²⁹⁾: fattispecie a cui è riferibile proprio l'art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c. (“*Se il giudice italiano non è competente a conoscere la causa di merito [...]*”) ⁽³⁰⁾.

Va da sé, infine, che il patto arbitrale per arbitrato di diritto interno non preclude al giudice straniero di assicurare alla parte tutela cautelare se e nei limiti in cui lo consentano le regole dell'ordinamento di appartenenza in punto di giurisdizione cautelare ⁽³¹⁾.

3.2. Passiamo, ora, ad esaminare gli effetti spiegati dall'accordo compromissorio per arbitrato estero sulla competenza cautelare del giudice nazionale. La questione viene indagata da una prospettiva ben precisa in quanto

⁽²⁸⁾ Il riferimento è a *van Uden Maritime c/ Deco-Line*, C-391/95, in cui la Corte di Giustizia ha affermato il principio per il quale “[...] *Quando le parti hanno validamente sottratto una lite derivante da un contratto alla competenza degli organi giurisdizionali statali per attribuirlo ad un arbitro, non vi è, ai sensi della Convenzione, un organo giurisdizionale statale competente nel merito. Ne consegue che una parte di siffatto contratto non ha la facoltà di presentare i provvedimenti provvisori o cautelari non possono essere disposti in base all'art. 5, punto 1, della Convenzione 27 settembre 1968 [...]*”. Per una diffusa interpretazione critica di tale provvedimento si veda BRIGUGLIO, cit., 33 ss, alla nota 25.

⁽²⁹⁾ Si veda ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, 235 ss., 1991, Milano.

⁽³⁰⁾ In senso favorevole alla ricostruzione che individua nell'art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c. e nell'art. 669 *quinquies* c.p.c. norme destinate a regolare la prima la competenza cautelare del giudice nazionale in presenza di accordo compromissorio per arbitrato estero e la seconda la competenza cautelare del giudice dello Stato in presenza di patto per arbitrato domestico si veda *Codice di Procedura Civile*, Tomo III, CONSOLO (diretto da), *sub art. 669 ter c.p.c.*, 240, Milano, 2013, il quale individua nell'estraneità della causa di merito alla competenza giurisdizionale italiana, appunto regolata dall'art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c., un'ipotesi di deroga al principio del parallelismo tra competenza cautelare e competenza di merito, su cui si fonda invece l'art. 669 *ter*, comma 1, c.p.c. e, a cascata, l'art. 669 *quinquies* c.p.c. Così, se la causa di merito è estranea alla sfera giurisdizionale di merito italiana (perché rientrante in via esclusiva in quella di un giudice straniero o devoluta in via di deroga convenzionale a giurisdizione straniera o ad arbitri esteri), la domanda, ai sensi di quanto dispone l'art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c., deve essere indirizzata al giudice che sarebbe competente per materia e per valore del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare. L'Autore, quindi, conclude nel senso che “[...] *va precisato comunque che il criterio territoriale è un criterio speciale ed esclusivo, che si applica, cioè, solo nel caso in cui il giudice di merito non sia competente per il merito. Ne consegue che la sussistenza in astratto di un titolo di giurisdizione italiana per il merito, sebbene in concorrenza con quello straniero, assorbe e priva di applicabilità il criterio esecutivo [...]*”. In conclusione, l'art. 669 *quinquies* c.p.c., contrariamente a quanto ritenuto da altra assai autorevole dottrina (si veda *supra* la nota 22), non è regola deputata ad individuare la competenza cautelare in presenza di accordo compromissorio per arbitrato estero in quanto manca nel caso di specie un titolo anche astratto di giurisdizione del giudice italiano determinandosi, nel caso di specie, un difetto di giurisdizione in capo al giudice nazionale.

⁽³¹⁾ In questi termini si veda BRIGUGLIO, cit., 31.

si vuole comprendere se e che incidenza abbia, in tale ipotesi, la presenza della clausola compromissoria sull'estensione della *potestas* cautelare del giudice statale e, in particolare, se il patto per arbitrato estero, privando il giudice italiano di un titolo di giurisdizione sul merito, sia determinativo di una deroga anche alla giurisdizione cautelare e se tale deroga sia tacita o occorra una espressa manifestazione di volontà delle parti. Occorre precisare che la convenzione per arbitrato estero non sempre e non necessariamente porta con sé l'effetto derogatorio della giurisdizione di merito del giudice nazionale: tale effetto non si verifica — ad esempio — allorquando i compromittenti abbiano devoluto ad arbitri esteri una controversia che, pure in assenza del patto arbitrale, non sarebbe comunque rientrata nella giurisdizione di merito del giudice italiano ⁽³²⁾.

3.2.3. Sotto il profilo della ricostruzione del quadro normativo di riferimento, lo stesso è composto, in prima battuta, da norme sulla giurisdizione e, in seconda battuta, da norme sulla competenza cautelare: le seconde operano quando si affermi sussistente la giurisdizione in base alle prime.

Per quanto concerne le norme sulla giurisdizione, si richiamano gli artt. 4 e 10 della legge 31 maggio 1995, n. 218. Il primo, rubricato “*Accettazione e deroga della giurisdizione*”, dispone, al comma 2, che “*La giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitro estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili*”. Tale norma, quindi, conferma che l'accordo compromissorio per arbitrato estero costituisce ipotesi di deroga alla giurisdizione del giudice dello Stato sempre che la deroga sia provata per iscritto e riguardi una controversia vertente su diritti disponibili ⁽³³⁾. Il successivo art. 10 della legge stessa, rubricato “*Materia cautelare*”, statuisce, invece, che “*In materia cautelare, la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione sul merito*”.

L'art. 4 della legge italiana di diritto internazionale privato conferma ciò che è ben noto: il patto per arbitrato estero costituisce ipotesi di deroga alla giurisdizione del giudice statale, se (almeno) astrattamente esistente. Le parti, con l'accordo compromissorio per arbitrato estero, nel libero esercizio della loro autonomia, decidono di sottrarre le controversie tra loro insorte o che potranno sorgere da (o in relazione e in connessione a) un determinato rapporto giuridico alla *potestas iudicandi* del giudice nazionale, la quale, in

⁽³²⁾ Si pensi ad una clausola compromissoria sottoscritta da parti aventi sede, residenza e domicilio fuori dal territorio dello Stato italiano e relativa ad un rapporto contrattuale concluso all'estero e all'estero destinato ad avere esecuzione. Il che, però, non esclude necessariamente che il giudice italiano possa essere investito di una domanda di tutela cautelare da una delle parti.

⁽³³⁾ La deroga alla giurisdizione italiana deve, quindi, risultare da una convenzione che abbia le caratteristiche delineate dall'art. II, commi 1 e 2, della Convenzione di New York del 1958 e riguardare “*una questione suscettiva d'essere regolata in via arbitrale*”.

assenza del patto arbitrale, sarebbe sussistita. Né più e né meno di quello che accade in forza della convenzione per arbitrato domestico, con la sola (ma essenziale) differenza che, mentre quest'ultima attua una diversa distribuzione di compiti all'interno dello stesso ordine giurisdizionale (potendosi, quindi, al più porre una questione di competenza ⁽³⁴⁾), l'accordo compromissorio per arbitrato estero produce, invece e di regola, il difetto di giurisdizione del giudice statale.

3.2.4. Una volta chiarito quale sia l'effetto dell'accordo compromissorio per arbitrato estero rispetto all'ambito giurisdizionale nazionale occorre verificare se tale effetto (*i.e.* deroga alla giurisdizione nazionale *ex art.* 4, comma 2, della legge 31 maggio 1995, n. 218) sia limitato solamente al merito della controversia o si estenda anche alla tutela cautelare. È innegabile che l'idea dominante è nel senso che la convenzione per arbitrato estero sia determinativa di una rinuncia alla sola giurisdizione nazionale di merito, mentre la stessa non si estenderebbe — almeno non automaticamente — alla materia cautelare, in relazione alla quale vi sarebbe una sopravvivenza della *potestas iudicandi* del giudice statale. Tale tesi viene sostenuta dando rilievo decisivo all'art. 10 della legge 31 maggio 1995, n. 218, al quale viene poi correlato l'art. 31 del Regolamento CE n. 44/2001 (c.d. «Bruxelles 1»), ora sostituito dall'art. 35 del Regolamento UE n. 1215/2012 (c.d. «Bruxelles 1 bis»), ai sensi del quale “*I provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti all'autorità giurisdizionale di detto Stato membro anche se la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro*”. In questa prospettiva, l'art. 31 di Bruxelles 1 (prima) e l'art. 35 di Bruxelles 1 bis (poi) avallerebbero il definitivo disancoramento della giurisdizione cautelare da quella di merito purché la prima possa dirsi radicata ai sensi della normativa di diritto internazionale privato del giudice nazionale richiesto della tutela interinale. E, nel nostro ordinamento giuridico, l'art. 10 della legge di diritto internazionale privato consentirebbe, per l'appunto, di adire il giudice nazionale del luogo di esecuzione della misura cautelare in alternativa a quello munito di giurisdizione nel merito. Ecco perché, secondo tale ricostruzione teorica, il citato art. 10 rappresenterebbe il paradigma normativo da cui prendere le mosse ai fini della definizione dell'ambito della giurisdizione cautelare nazionale in presenza di accordo compromissorio per arbitrato estero.

Tale impostazione suscita, però, più di qualche perplessità. L'art. 10 della legge 31 maggio 1995, n. 218 non pone due titoli di giurisdizione cautelare tra loro alternativi, bensì autonomi ed indipendenti, ciascuno da applicarsi in relazione a fattispecie diverse. Posto che l'accordo compromissorio per arbitrato estero ha, secondo quanto più sopra osservato, di regola effetto dero-

(³⁴) Si veda *supra* la nota 26.

gatorio della giurisdizione del giudice nazionale e che tale effetto è automatico e connesso all'esistenza stessa del patto arbitrale, occorre distinguere due ipotesi: (i) quella in cui la giurisdizione di merito del giudice italiano difetta — per l'appunto — in dipendenza del patto arbitrale; (ii) quella in cui la giurisdizione del giudice nazionale manca *ex lege* e, cioè, per l'assenza di criteri di collegamento che consentano, anche solo astrattamente, di ricondurre la controversia nella giurisdizione di merito del giudice dello Stato italiano. Solo nell'ipotesi *sub* (ii), sussisterebbe senz'altro ed indipendentemente dal tenore della clausola compromissoria, la giurisdizione cautelare del giudice statale, la quale andrebbe affermata in forza del criterio esecutivo-territoriale di cui all'art. 10, prima parte, della legge italiana di diritto internazionale privato. Nell'ipotesi *sub* (i), invece, la portata derogatoria della convenzione di arbitrato rispetto alla giurisdizione di merito del giudice italiano non potrebbe essere pretermessa, ma andrebbe, piuttosto, intesa come deroga implicita alla giurisdizione *tout court* del giudice nazionale, tanto di merito quanto cautelare ⁽³⁵⁾.

Pertanto, il giudice nazionale, investito di una domanda di tutela cautelare strumentale ad una controversia che, in assenza del patto arbitrale sarebbe rientrata nella propria giurisdizione, dovrebbe declinare la propria giurisdizione e rimettere le parti dinanzi al tribunale arbitrale estero, salvo che, in via interpretativa, non ricavi dalla clausola compromissoria la volontà espressa dalle parti di far salvo il diritto di agire in via cautelare dinanzi alle autorità giurisdizionali statuali ⁽³⁶⁾. In tale ultimo caso, il giudice nazionale, che resterebbe pur sempre privato del titolo di giurisdizione sul merito, potrebbe essere adito in via cautelare dalle parti in forza del criterio esecutivo-territoriale di cui all'art. 10, prima parte, della legge 31 maggio 1995, n. 218 ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ La nostra giurisprudenza, anche se con riferimento specifico ai procedimenti di istruzione preventiva, si è trovata ad affermare che la deroga alla giurisdizione italiana per effetto di un patto compromissorio per arbitrato estero, non è soltanto deroga alla giurisdizione contenziosa ma anche a quella cautelare (cfr. Cass. Civ. SS.UU. sentenza 15 agosto 1992, n. 9380, in questa *Rivista*, 1993, 615 ss., con nota di Salvaneschi, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*; conf. Cass. Civ. SS.UU. sentenza 15 agosto 1985, n. 5049, in *Rep. Foro It.*, 1985, v. «Giurisdizione civile» nonché Cass. Civ. SS.UU. sentenza 21 ottobre 2009, n. 22236).

⁽³⁶⁾ Si richiama anche un noto precedente, riguardante il contenzioso cautelare tra Deutsche Telekom AG / Soc. Wind Telecomunicazioni, Soc. Enel, France Télécom SA, DT-FT Italian Holding GmbH, Reuschenbach e Grosse, deciso in sede di reclamo dal Trib. Roma ordinanza 28 agosto 1999 (Pres. Bucci; Rel. Bochicchio), in *Foro it.*, 2000, I, 990: nel caso di specie, il collegio capitolino riconobbe la propria giurisdizione cautelare in forza del criterio esecutivo-territoriale in relazione ad una controversia demandata nel merito ad arbitrato estero, ma le parti, nella clausola compromissoria, si erano espressamente riservate la possibilità di adire l'autorità giudiziaria per l'ottenimento di provvedimenti cautelari e d'urgenza.

⁽³⁷⁾ Va da sé che il titolo strumentale tornerebbe effettivo se la deroga per arbitrati esteri risultasse inefficace ai sensi dell'art. 4, comma 3, della legge 31 maggio 1995, n. 218 (“*se il giudice o gli arbitri incaricati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere della causa*”).

3.2.5. Radicata eventualmente la giurisdizione cautelare italiana in presenza di accordo compromissorio per arbitrato estero, la relativa competenza dovrà essere, infine, sempre individuata ai sensi dell'art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c. nel giudice competente per materia o per valore del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare, per quanto più sopra osservato in punto di differenziazione con la fattispecie regolata dall'art. 669 *quinquies* c.p.c.

3.2.6. Risolta in questi termini la questione, va da sé che il giudice italiano del luogo di esecuzione della misura cautelare che sia stato investito della relativa domanda in funzione di una controversia di merito deferita in arbitrato estero dovrà, dopo aver sottoposto al vaglio di validità la clausola compromissoria alla luce dell'art. II della Convenzione di New York del 1958, innanzitutto chiedersi se, in assenza di detta clausola, la questione sarebbe o meno rientrata nella propria giurisdizione di merito. Nel primo caso, alla convenzione di arbitrato si dovrebbe riconoscere una portata derogatoria della giurisdizione del giudice nazionale che, in quanto tale e per le considerazioni espresse nel corso della trattazione, dovrebbe essere intesa come deroga *tout court* alla giurisdizione del giudice statale, senza alcuna possibilità di circoscriverla alla sola giurisdizione nel merito, salva diversa volontà espressa dalle parti nello stesso accordo compromissorio. Di guisa che il giudice italiano adito non potrebbe fare altro che negare la propria giurisdizione in favore del tribunale arbitrale estero, potendola, invece, affermare nel solo caso in cui la clausola compromissoria rechi l'espressa previsione (*recte*, riserva) del potere delle parti di agire dinanzi ai giudici statuali per la richiesta di misure cautelari o d'urgenza.

Nella seconda ipotesi, al patto arbitrale non potrebbe assegnarsi la portata di deroga convenzionale alla giurisdizione nazionale, con la conseguenza che il giudice interno dovrebbe affermare la propria *potestas* cautelare, innanzitutto, ai sensi dell'art. 10, prima parte, della stessa legge italiana di diritto internazionale privato (come norma di giurisdizione) e, poi, ai sensi dell'art. 669 *ter*, comma 3, c.p.c. (come norma di competenza).

3.2.7. Discorso ancora diverso è se tra le valutazioni che il giudice statale è chiamato a compiere prima di dichiarare il proprio difetto di giurisdizione debba rientrare anche quella relativa al se, secondo la *lex fori* del procedimento arbitrale estero o ai sensi del regolamento dell'organismo prescelto, gli arbitri abbiano (o meno) il potere di concedere misure cautelari e, in caso affermativo, se tali misure siano idonee alla circolazione all'estero. È opportuno, infatti, chiedersi se alla facoltà di rinuncia alla *potestas* cautelare dei giudici nazionali possa (o meno) riconoscersi efficacia anche nell'ipotesi in cui il giudice statale adito dovesse accertare l'assenza di una tutela interinale alternativa dinanzi agli arbitri esteri. Quesito al quale andrebbe data risposta

negativa nel senso che il giudice interno non potrebbe dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, ma dovrebbe decidere sulla domanda cautelare, perché, diversamente ragionando, l'innegabile diritto di rinunciare alla giurisdizione cautelare del giudice statale si risolverebbe in un inammissibile diniego di giustizia. Strettamente connesso a questo tema è, infine, quello afferente alla circolazione dei provvedimenti cautelari emessi dagli arbitri esteri, rispetto al quale, nel nostro ordinamento giuridico, costituirebbe un enorme scoglio il disposto dell'art. 818 c.p.c., sulla cui natura di norma di ordine pubblico non si possono nutrire molti dubbi. Quest'ultimo profilo meriterebbe, forse, una trattazione separata.

4. *Un cenno particolare ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.* — Qualunque siano gli esiti dell'indagine condotta sui rapporti tra *potestas* cautelare del giudice nazionale ed arbitrato estero, un ragionamento a sé va riservato ai provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. ⁽³⁸⁾. E ciò in considerazione della loro singolare caratteristica di strumentalità attenuata, emergente dal sesto comma dell'art. 669 *octies* c.p.c., ai sensi del quale “*Le disposizioni di cui al presente articolo ⁽³⁹⁾ e al primo comma dell'articolo 669 novies ⁽⁴⁰⁾ non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsto dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuno può iniziare il giudizio di merito*”. È questa la disposizione normativa che connota in termini del tutto peculiari la cautela atipica *ex art. 700 c.p.c.*, realizzando il completo disancoramento tra efficacia della misura cautelare e giudizio di merito.

Proprio l'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c. spiega le ragioni che impongono di riservare ai provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* considerazioni del tutto svincolate da quelle sin ora effettuate, poiché il riconoscimento della *potestas iudicandi* del giudice nazionale potrebbe, agevolmente, tradursi nella definitiva sottrazione della controversia di merito alla giurisdizione dell'arbitrato estero o del giudice straniero. Ottenuta dal giudice interno, sprovvisto di giurisdizione sul merito, la tutela d'urgenza, il ricorrente vittorioso potrebbe esimersi dall'introdurre la causa, senza che tale scelta abbia alcuna negativa incidenza sull'efficacia della cautela atipica ottenuta. Da tale (plausibilissima)

⁽³⁸⁾ Sul punto, si veda sempre, in senso parzialmente difforme, BRIGUGLIO, cit., 783 e ss.

⁽³⁹⁾ Il comma primo dell'art. 669 *octies* c.p.c. dispone che “*L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 669 novies*”. Il successivo comma secondo stabilisce che “*In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni*”.

⁽⁴⁰⁾ L'art. 669 *novies*, comma 1, c.p.c. dispone che “*Se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'art. 669 octies, ovvero se successivamente si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia*”.

scelta, scaturirebbe l'ulteriore paradossale conseguenza che la parte soccom-
bente, per sovvertire l'esito sfavorevole della fase cautelare e veder ricono-
sciute le proprie ragioni, si troverebbe a dover incardinare il giudizio princi-
pale dinanzi al tribunale arbitrale estero o al giudice straniero, correndo però
il concreto rischio di vedere invertito in proprio danno l'onere probatorio ⁽⁴¹⁾.
Il che, comunque venga affrontata e conclusa la trattazione del tema relativo
ai rapporti tra *potestas* cautelare del giudice statale ed arbitrato estero,
rappresenterebbe sempre un aggiramento dei limiti stabiliti dall'art. 10 della
legge 31 maggio 1995, n. 218 per l'esercizio della giurisdizione qualora non
sussista la giurisdizione italiana sul merito della controversia ⁽⁴²⁾. Di talché il
giudice nazionale, investito di una domanda *ex art. 700 c.p.c.* in funzione di
una controversia demandata ad arbitro estero, dovrebbe in ogni caso declinare
la propria *potestas iudicandi* in favore del tribunale arbitrale.

5. *Conclusioni.* — L'approdo a cui la presente trattazione è pervenuta
sembra rappresentare, allo stato attuale, la soluzione più rispettosa della
volontà delle parti, come manifestatasi in forza del patto arbitrale. Questa
tiene conto, inoltre, del fatto che ogni intervento del giudice, non espres-
samente consentito in forza della clausola compromissoria, rappresenterebbe
per i compromittenti un'indebita deviazione dalla autonoma scelta consacrata
nella convenzione di arbitrato ⁽⁴³⁾.

Peraltro, differentemente da quanto possa apparire, le conclusioni rasse-
gnate nel presente intervento non indeboliscono, ma rafforzano ulteriormente
l'istituto dell'arbitrato internazionale, in quanto ispirate dal *favor arbitrati*
perseguito attraverso la massima espansione possibile del ruolo degli arbitri.

Non si possono certamente trascurare le criticità connesse a tali esiti,
soprattutto in punto di circolazione ed esecuzione delle misure interinali
adottate dagli arbitri esteri. In tale prospettiva sarebbe certamente opportuno
— se non proprio necessario — uno sforzo ulteriore del legislatore per la
definitiva affermazione del potere cautelare degli arbitri e l'introduzione di
meccanismi capaci di assicurare l'effettività dei provvedimenti cautelari dai
medesimi resi.

⁽⁴¹⁾ È tutt'altro che scontato che la *lex fori* straniera consenta al destinatario della
misura cautelare in Italia in base al criterio esecutivo-territoriale di far valere nell'instaurato
giudizio di merito la propria qualità di attore solo "formale".

⁽⁴²⁾ Per una diffusa trattazione del tema si veda SANDRINI, cit., 191.

⁽⁴³⁾ In tal senso, si veda HENKE, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2012, 1223 e ss.