

INTRODUZIONE

Con il seguente elaborato ci si pone l'obiettivo di analizzare l'evoluzione di cui è stato protagonista il potere cautelare nel contesto di un procedimento arbitrale. La *vexata quaestio* sulla potestà cautelare degli arbitri è stata, infatti, oggetto di un lungo dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza.

Il potere cautelare, cioè il potere di incidere con provvedimenti conservativi o anticipatori, è molto invasivo perché si esercita attraverso un procedimento sommario all'esito del quale viene adottato un provvedimento che limita la disponibilità nel godimento e nell'uso dei propri beni. Ecco perché per molto tempo la *potestas* cautelare è stata ritenuta di esclusiva competenza dell'Autorità giudiziaria, nella sua qualità di potere dello Stato.

A ciò si aggiunga che dottrina e giurisprudenza hanno tradizionalmente considerato il potere di adottare provvedimenti cautelari strettamente collegato con la capacità dello stesso soggetto di darne attuazione. Dal momento che il giudice privato, al contrario di quello statale, non è dotato di *ius imperii*, si evinceva il dato per cui non potendo garantirne l'attuazione non poteva neanche adottare la misura cautelare.

Ancora oggi, in realtà, non vi è dubbio che l'arbitro non goda di *ius imperii* e, tuttavia, con il D. lgs. 149/2022, conosciuto come riforma Cartabia, in attuazione ai criteri direttivi e i principi dettati dalla L. n. 206/2021, l'art. 818 c.p.c., che prima conteneva, appunto, il divieto generale di adottare provvedimenti cautelari, è stato modificato, rovesciandone il contenuto.

Oggi, lo stesso articolo prevede che "Le parti, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali, possono attribuire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'istaurazione del giudizio arbitrale. La competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva".

D'altronde, la dottrina non ha fatto mistero negli ultimi anni del fatto che proprio l'impossibilità di chiedere e ottenere tutela cautelare, insieme con l'assenza di *transaltio iudicii* e l'esigenza di maggiori garanzie di imparzialità e indipendenza degli arbitri, rappresentassero i problemi più spinosi a cui addebitare il fatto che in Italia i privati cittadini ovvero le imprese, rispetto ad altri ordinamenti, non facevano ampio ricorso a

questo strumento alternativo di risoluzione delle controversie, nonostante gli indubbi vantaggi che esso possiede.

L'elaborato prospetta, anzitutto, una descrizione della tutela cautelare in generale così come descritta dal codice di rito per il giudizio statale. Nella trattazione sarà analizzata la natura e la funzione svolta dalla tutela cautelare, il procedimento seguito per addivenire ad un provvedimento e si descriveranno rapidamente le misure cautelari più importanti previste dalla disciplina positiva. D'altra parte, come si avrà modo di notare, tra la disciplina del cd. procedimento cautelare uniforme e della tutela cautelare nell'arbitrato vi sono vari punti di contatto.

A seguire, si darà conto dell'evoluzione del dibattito sul tema. Si inizierà, evidentemente, dall'originaria preclusione pre-riforma Cartabia, analizzando le più importanti *rationes* ad essa sottese, individuando, tuttavia, degli spazi di derogabilità al divieto stesso. Si darà atto delle prime aperture dottrinali al potenziale riconoscimento del potere cautelare degli arbitri, fino ad arrivare ad un momento significativo nell'*excursus* dell'argomento. Si tratterà della riforma del diritto societario, ad opera del D. lgs. 5/2003, con specifico *focus* sulla disciplina dell'arbitrato societario che, per la prima volta in Italia, ha legittimato gli arbitri ad adottare uno specifico, in quel caso, provvedimento cautelare, cioè la sospensione delle delibere assembleari impugnate.

Non mancheranno anche degli spunti da cui sarà agevole notare come il sistema dell'arbitrato italiano fosse isolato sulla scena internazionale, proprio dal punto di vista della tutela cautelare.

Si giunge a questo punto al cuore dell'elaborato, nell'ultimo capitolo, cioè il riconoscimento della *potestas* cautelare degli arbitri ad opera della recente riforma Cartabia. Verranno, anzitutto analizzate le scelte legislative e le conseguenze che da queste derivano. In particolar modo con riferimento alla natura esclusiva della competenza cautelare e al fatto che essa è riconosciuta non *ex lege* bensì su espressa disposizione delle parti nella convenzione di arbitrato.

Entrando poi nello specifico del procedimento cautelare nel procedimento arbitrale si analizzeranno le disposizioni attuative circa il reclamo *ex art. 818-bis* c.p.c., l'attuazione *ex art. 818-ter* c.p.c., la revoca e la modifica.

CAPITOLO I

PREMESSE GENERALI SULLA DISCIPLINA DELLA TUTELA CAUTELARE

NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

1) Natura della tutela cautelare

Come è noto, esiste un principio generale che trova il suo fondamento anche nella nostra Costituzione secondo cui la tutela giurisdizionale deve essere effettiva. Recita, infatti, l'art. 24, comma 1 Cost. che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. Da questo principio deriva un corollario che stabilisce che la necessità di servirsi del processo per ottenere giustizia non deve danneggiare chi ha ragione¹.

Il fattore tempo diventa quindi centrale poiché il processo a cognizione piena, caratterizzato da forme e termini predeterminati ha una durata necessaria e fisiologica che può compromettere il principio di effettività della tutela. Per questo motivo, l'ordinamento prevede una serie di strumenti per rimediare alla durata del processo, affinché la tutela del diritto sia non solo formalmente, ma anche effettivamente, realizzata.

A livello processuale, i danni derivanti dalla durata del processo possono essere neutralizzati con la tecnica della tutela cautelare. Questa tecnica permette di richiedere, attraverso una valutazione rapida e sommaria del diritto dell'attore (il c.d. *fumus boni iuris*), e in presenza del *periculum in mora*, decisioni il cui scopo non è definire la lite, quanto piuttosto, garantire che il tempo necessario per giungere alla decisione ordinaria non pregiudichi il diritto dell'attore, se questo risulterà esistente all'esito dell'attività cognitiva nel merito. In sintesi, la tecnica della tutela cautelare può essere definita come il potere della parte di chiedere al giudice l'emanazione di un provvedimento sommario, al termine di un procedimento altrettanto sommario, volto a prevenire eventuali pregiudizi, nelle more del processo.

¹ Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190.

Agire in giudizio significa, in generale, domandare al giudice di pronunciarsi attraverso un provvedimento. Se nell'azione di cognizione questa affermazione si traduce nella richiesta di un provvedimento nel merito, viceversa, nell'alveo dell'azione cautelare, così come nell'azione esecutiva, il termine azione può essere più genericamente interpretato come esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale². Si può notare, nell'analisi della tutela cautelare, come la sua natura sia necessariamente legata alle altre fasi del procedimento. Da un lato, infatti, l'attività del giudice sarà diretta alla valutazione sulle condizioni per concedere tutela, quindi assimilabile all'attività cognitiva. Dall'altra parte, una volta accertata la sussistenza di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, è necessario dare attuazione alla misura adottata, con un'attività assimilabile, in questo caso, a quella esecutiva.³ Ciò che preme qui sottolineare è la difficoltà di qualificare l'azione cautelare in termini di autonomia in virtù del fatto che la stessa si presenta strettamente legata funzionalmente e strumentalmente all'azione di cognizione.

Gli elementi in presenza dei quali è possibile qualificare un provvedimento come cautelare sono la provvisorietà e la strumentalità. La prima indica che, essendo la tutela cautelare finalizzata a non pregiudicare il diritto vantato nelle more del giudizio di merito, una volta che questo si concluda con sentenza, la misura cautelare cessa di spiegare la sua efficacia. La seconda, invece, si riferisce alla subordinazione della misura cautelare rispetto alla sentenza di merito, nel senso che la legittimità della prima dipende dal successivo riconoscimento del diritto oggetto di tutela, all'esito del giudizio di cognizione⁴. A questi si somma il fatto che il procedimento cautelare, all'esito del quale viene adottato il provvedimento, nella forma di ordinanza, si caratterizza, come detto sopra, per la sommarietà dell'attività cognitiva del giudice.

² Luiso, *Diritto Processuale Civile, IV. I procedimenti speciali*, Milano, 2019, 198-199 afferma infatti che l'art. 24 Cost. "non si limita a garantire il solo accesso alla giurisdizione, ma garantisce anche una tutela giurisdizionale effettiva. L'ordinamento deve offrire una tutela giurisdizionale adeguata. E quindi risulta necessaria una tutela cautelare generalizzata, che costituisce un tassello indispensabile per una tutela giurisdizionale effettiva"

³ In tal senso, C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile, Vol. 1, nozioni introduttive e disposizioni generali*, pagg. 24-25: "[si nota la] mancanza di autonomi caratteri strutturali di questo tipo di attività: da un lato, si tratterà di riscontrare l'esistenza dell'esigenza di tutela; mentre dall'altro lato si tratterà di attuare sul piano materiale o concreto le misure di cautela: nell'un caso attraverso un'attività assimilabile a quella della cognizione e, nell'altro caso, attraverso un'attività analoga a quella dell'esecuzione"

⁴ Così F. Terrusi, *Rito cautelare e misure estravaganti nel codice civile e nelle leggi speciali*, pag.9, 2017; "[le caratteristiche del provvedimento cautelare sono] a) la provvisorietà, in quanto la tutela cautelare ha lo scopo di porre rimedio alla necessaria durata del processo, sì da dover cedere dinanzi alla relativa sua definizione, per essere sostituita dalla sentenza di merito e b) la strumentalità, in quanto la tutela cautelare è retta dal successivo riconoscimento, nella successiva sentenza definitiva di merito, della effettiva sussistenza del diritto azionato"

Quanto al requisito della provvisorietà l'ordinamento italiano ha tradizionalmente accolto il principio secondo cui il provvedimento cautelare debba avere una durata circoscritta nel tempo. "Anzitutto [...] l'efficacia della misura cautelare non può mai andare oltre, come è ovvio, la conclusione del processo sul merito od il suo esito in una pienamente efficace sentenza seppur passata in giudicato, favorevole all'attore, e che alla misura possa così sostituirsi"⁵. La disciplina dell'efficacia temporale delle misure cautelari è descritta all'art. 669-*novies* c.p.c., che al primo comma dispone: "Se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all'articolo 669-*octies*, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia". Il termine fissato dall'art. 669-*octies* c.p.c. è di sessanta giorni dall'ordinanza di accoglimento nel caso di domanda cautelare presentata *ante causam*.

La previsione normativa sopra citata è utile a descrivere anche il secondo elemento costitutivo delle misure cautelari, cioè la strumentalità, posto che la natura provvisoria dei provvedimenti cautelari non ne rappresenta adeguatamente l'essenza giuridica, se ad essa non si connette il principio di strumentalità. In tale contesto, il limite temporale delle misure cautelari costituisce un mero attributo o, più precisamente, una manifestazione esteriore della funzione strumentale che tali misure rivestono rispetto alla tutela anticipata del diritto sottostante⁶. Invero, il legislatore ha inteso l'istituto cautelare come volto ad ottenere tutela contro potenziali pregiudizi derivanti dalla durata dei processi. Su questo presupposto, l'adozione di una misura cautelare in assenza, o non seguita (nel caso di domanda *ante causam*), del giudizio di merito sarebbe priva di ragione.

Tuttavia, il principio di cui si parla, in seguito alla riforma del 2005, si presenta in forma attenuata. Se fino alla Legge 80/2005, infatti, quanto previsto dall'art. 669-*novies* valeva sempre a prescindere dal tipo di misura cautelare, successivamente la previsione è rimasta confinata solo alle misure cautelari cd. conservative, essendo invece escluse dal comma 6 dell'art. 669-*octies* quelle cd. anticipatorie (provvedimenti d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., provvedimenti emessi in seguito a denuncia di nuova opera o danno temuto e di sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari). In sintesi, quindi, i provvedimenti

⁵ Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Vol. 1, "le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale"*, Giappichelli editore, 2019, pagg. 249 ss.

⁶ In questi termini, V. Andrioli, *Sull'introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari di Piero Calamandrei*, da *Il Foro Italiano*, Vol. 132, n. 5, 2009; "non dà in sostanza la misura esatta dei provvedimenti cautelari, se non si risalga ad altra notazione – quella di strumentalità-, della quale la provvisorietà rappresenta soltanto un attributo, o meglio, una estrinsecazione"

cd. anticipatori, anche quando nessuna delle parti instauri il processo o questo si estingua, mantengono la loro efficacia.

Emerge, quindi, una distinzione tra misure cautelari conservative e anticipatorie. Le misure cautelari che rientrano nella prima categoria sono funzionali alla conservazione, appunto, dei fatti o del patrimonio, in corso di causa⁷. Tra questi rientrano, a titolo esemplificativo, i sequestri, giudiziario e conservativo. Viceversa, i provvedimenti cd. anticipatori mirano ad anticipare, quando ancora non si è definita la controversia, il contenuto del provvedimento finale⁸. Ciò avviene, in particolare, nell'ambito del provvedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c.

Al di là della distinzione, tutti gli istituti di tutela sommaria rispondono allo scopo di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, ovviando al pericolo rappresentato dall'eccessiva durata dei processi⁹.

Le misure cautelari più importanti che la disciplina del processo civile italiano conosce e regola sono i sequestri, conservativo e giudiziario, i provvedimenti di istruzione preventiva, la denuncia di nuova opera e di danno temuto. Oltre a questi provvedimenti cautelari tipici il codice di rito disciplina in via residuale e atipica i provvedimenti di urgenza *ex* art 700 c.p.c. In virtù della svolta che la disciplina dell'arbitrato ha conosciuto in tema di potere di adozione di provvedimenti cautelari in capo agli arbitri, oggi riconosciutogli, è necessario descrivere in cosa consistono le misure cautelari sopra menzionate.

⁷ Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile; VOL.1 "Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale"*, cit., pag. 206: "Non costituisce, invece, un carattere della tutela cautelare il fatto di essere meramente conservativa. Beninteso, essa ha spesso questa finalità: ciò avviene per i provvedimenti cautelari di contenuto tipizzato già dalle norme (sequestri giudiziario e conservativo, provvedimenti di istruzione preventiva). [...] Altre volte, per assicurare la piena utilità della futura decisione di merito ove vi sia il pericolo di un pregiudizio assai serio (imminente ed irreparabile), la disposizione cautelare si sgancia dalla stessa finalità conservativa ed assume una finalità e un contenuto in tutto o in parte provvisoriamente anticipatori degli effetti della tutela di merito. Ciò avviene soprattutto in materia di provvedimenti di urgenza *ex* art. 700 c.p.c., il cui contenuto non è tipizzato dalla legge [...]".

⁸ *Ivi*, pag. 218

⁹ Tale principio è ormai di rilevanza costituzionale dopo la sentenza della Cort. Cost. n. 190/1985, con nota di Proto Pisani, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro.it*. Sulla base di questo principio, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, legge 6 n.1034/1971, istitutiva dei T.A.R. «nella parte in cui limitando l'intervento di urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito.

In ordine, il sequestro giudiziario, la cui disciplina si trova all'art. 670 c.p.c., è una misura cautelare finalizzata a proteggere determinati beni in caso di controversia tra le parti. Il sequestro giudiziario opera in due situazioni: il sequestro di beni e il sequestro di documenti. Nonostante la differenza oggettiva, i presupposti di applicazione della disciplina sono gli stessi, cioè l'esistenza di una lite che verta sui beni e la necessità di preservarli.

Il primo presupposto, secondo l'art. 670, n.1, c.p.c. richiede la presenza di una controversia sulla proprietà o il possesso del bene. Il sequestro giudiziario non è ammesso nel caso di un'azione di mero accertamento ovvero quando non è richiesta anche la consegna del bene. Il secondo presupposto riguarda l'opportunità di provvedere alla custodia o gestione del bene oggetto di sequestro poiché è il rischio che il bene possa subire un danno che giustifica il sequestro, inclusi il pericolo di sottrazione, alterazione e cattiva conservazione.

Venendo al campo di applicazione del sequestro giudiziario, questo include una varietà di beni molto ampia. Dibattuta è l'ammissibilità del sequestro di beni cd. incorporei, tra i quali, in particolare, i titoli di credito. Se da un lato, per esempio, il legislatore ha reso esplicitamente ammissibile, con la riforma del diritto societario intervenuta con D. Lgs n. 5/2003, il sequestro di quote di società a responsabilità limitata con l'introduzione dell'art. 2471 *bis* c.c., viceversa il sequestro di quote di società di persone è controverso poiché queste non rientrano nella categoria dei beni previsti dall'art. 670 c.p.c. e perché le quote in questione sono caratterizzate da *intuitu personae*, carattere che mal si concilia con l'intervento di un custode.

Passando al sequestro conservativo *ex art. 671 c.p.c.*, lo scopo dell'istituto è garantire al creditore l'integrità del patrimonio del proprio debitore, che rappresenta l'unica garanzia del creditore durante il processo di merito che ha ad oggetto proprio il presunto mancato pagamento del debito. Se, al termine del processo viene emessa una sentenza di condanna, il sequestro si trasforma in pignoramento. Il sequestro conservativo protegge non solo il diritto ad una prestazione pecuniaria ma qualsiasi diritto suscettibile di conversione in denaro.

Quanto al presupposto per ottenere questa misura cautelare non è necessario che il credito sia certo, liquido ed esigibile. Infatti, riguardo al requisito della certezza si ritiene sufficiente che il richiedente dimostri al giudice la probabile esistenza del credito.

Inoltre, non essendo necessario che il credito sia esigibile, il sequestro conservativo può essere richiesto anche se sottoposto a termine o condizione fermo restando che è comunque necessaria la presenza del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*.

L'espressione "fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito", usata dal legislatore nell'art. 671 c.p.c., si riferisce ad un pericolo concreto ed oggettivo, nel senso che non può essere basato sul mero giudizio soggettivo del creditore. Non basta che il patrimonio del debitore sia in condizioni precarie ma è necessario che vi sia una riduzione della garanzia patrimoniale rispetto al momento della nascita del credito. Altro criterio è la proporzione tra l'entità del patrimonio e il credito. Dal punto di vista soggettivo, invece, rilevano tutti quei comportamenti che mirano a impoverire il patrimonio del debitore, come la distrazione o l'occultamento dei beni.

Venendo all'ambito applicativo del sequestro conservativo, questo può operare solo sui beni pignorabili. Quanto agli effetti del sequestro, regolati dall'art. 2906 c.c., gli atti di disposizione dei beni eventualmente compiuti dal debitore-proprietario sono inefficaci nei confronti del creditore. Questo vincolo non si limita ai soli atti di alienazione ma comprende anche quelli di costituzione di diritti reali, personali di godimento o di garanzia.

Continuando nella trattazione delle più importanti misure cautelari disciplinate dal codice di rito, i provvedimenti ad istruzione preventiva trovano il loro fondamento giuridico negli artt. 692-698 c.p.c. Rappresentano una peculiare categoria di misure cautelari funzionale ad assumere, per ragioni d'urgenza e in virtù del pericolo che un mezzo istruttorio potrebbe non essere più disponibile in un momento successivo, un mezzo istruttorio prima del giudizio cui si riferisce o prima che il giudice istruttore lo abbia ammesso.

Quello che caratterizza questa categoria di misure cautelari è che richiedono l'accertamento del solo *periculum in mora* e non anche, come le altre tradizionali misure cautelari, del *fumus boni juris*. I provvedimenti ad istruzione preventiva indicati nel codice sono l'assunzione dei testimoni (art. 692 c.p.c.), l'accertamento tecnico (art. 696 c.p.c.) e la consulenza tecnica (art. 697 c.p.c.).

Ancora, la denuncia di nuova opera e di danno temuto sono disciplinati rispettivamente agli artt. 1171 c.c. e 1172 c.c. e consentono a chi ha timore di subire un danno dall'attività di un altro soggetto di richiedere all'autorità giudiziaria un

provvedimento preventivo. La denuncia di nuova opera può essere intrapresa quando qualcuno ha il fondato timore che una costruzione o attività appena realizzata o in corso di realizzazione ad opera di un terzo possa pregiudicare il proprio diritto di proprietà o altro diritto reale.

La denuncia di danno temuto riguarda una situazione diversa ma simile, cioè il timore di subire un danno per effetto di uno stato delle cose preesistente o per un comportamento attuale del terzo (per esempio, l'albero del vicino che sovrasti la propria abitazione).

In sintesi, l'elemento costitutivo che differenzia le due fattispecie è il concetto di nuova opera, presente in quella *ex art. 1171 c.c.* ed assente in quella *ex art. 1172 c.c.* La nozione di nuova opera è molto ampia e si ritiene possa includere qualunque attività capace di modificare lo stato dei luoghi (per esempio, costruzioni, demolizioni, scavi). Con la denuncia di nuova opera l'agente richiede al giudice di vietare la prosecuzione dell'opera o di continuarla apportando le modifiche necessarie a neutralizzare il pericolo di subire il danno. Con la denuncia di danno temuto, invece, si chiede all'autorità giudiziaria di provvedere in modo tale da ovviare al pericolo con il provvedimento ritenuto idoneo in base alle circostanze, anche, eventualmente prestando idonea garanzia.

Infine, il provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* è uno strumento cautelare che consente a chi lo richiede di ottenere una tutela rapida e temporanea nel caso di rischio di subire un pregiudizio imminente e irreparabile, nel qual caso è necessario provvedere nelle more del giudizio di cognizione. È una tipologia di provvedimento cautelare atipico e residuale, nel senso che può essere richiesto e adottato in tutte quelle situazioni in cui non è possibile ricorrere ad altra misura cautelare idonea.

Con il provvedimento, il giudice può ordinare di sospendere un'azione od un comportamento ovvero può imporre a qualcuno di compiere una determinata azione. Il provvedimento *ex art. 700* del codice di rito ha natura provvisoria perché rimane valido fino alla definizione nel merito del giudizio, che dovrà essere promosso entro termini ragionevoli.