



MARIACARLA GIORGETTI

Commento alle novità in materia di arbitrato introdotte dal decreto legislativo n. 10 ottobre 2022, n. 149.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Domanda arbitrale e *translatio iudicii*. – 3. Nomina degli arbitri e obbligo di trasparenza. – 4. Arbitri e tutela cautelare. – 5. Le modifiche di coordinamento in materia di arbitrato societario.

1. Introduzione.

È stato da poco pubblicato¹ il decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149, di “Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata”.

Già l’articolo 3 dello schema di decreto delegato (ora art. 3 del d.lgs. n. 149/2022) aveva recepito le indicazioni di riforma del processo civile provenienti dalla legge delega, apportando, nei suoi commi dal 51 al 54, una serie di modifiche alla disciplina in materia di arbitrato (rituale)².

L’intervento del legislatore della riforma in materia di arbitrato si presenta “Multilivello”. Infatti, accanto a modifiche di mero coordinamento, come, ad esempio³, quelle finalizzate a tener conto della possibilità per gli arbitri di concedere provvedimenti cautelari⁴ e il trasferimento della disciplina sull’arbitrato societario direttamente nel codice di rito⁵, si sono aggiunti interventi più incisivi, attraverso la novellazione delle disposizioni esistenti o con l’introduzione di nuovi articoli.

Vale la pena premettere che il tenore delle modifiche rivela l’intento, certamente apprezzabile, del legislatore di incentivare il ricorso a strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla strada giudiziale⁶. Animo che aveva accompagnato la stessa introduzione di siffatti strumenti, ma che è poi rimasto tradito dallo scarso ricorso ad essi.

¹ G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022.

² Sono stati modificati, segnatamente, gli articoli 810, 813, 815, 816-*bis*.1, 818, 818-*bis*, 818-*ter*, 819-*quater*, 822, 828 c.p.c. V. *infra*.

³ Agli articoli 669-*quinquies* e 669-*decies* c.p.c. Ex art. 3, comma 47, lett. c) e d) del d.lgs. n. 149/2022.

⁴ L’art. 3, comma 15, lett. c) della legge delega invitava il legislatore delegato a “prevedere l’attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare misure cautelari nell’ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo, salva diversa disposizione di legge; mantenere per tali ipotesi in capo al giudice ordinario il potere cautelare nei soli casi di domanda anteriore all’accettazione degli arbitri; disciplinare il reclamo cautelare davanti al giudice ordinario per i motivi di cui all’articolo 829, primo comma, del codice di procedura civile e per contrarietà all’ordine pubblico; disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare sempre sotto il controllo del giudice ordinario”.

⁵ Si vedano i nuovi artt. 838-*bis*-838-*quinquies* c.p.c. V. *infra*.

⁶ Ciò emerge anche dalle modifiche introdotte in materia di mediazione e negoziazione assistita (cfr. art. 1, comma 4, lett. a-u della legge delega). Infatti, quanto alla prima, ne è stato incentivato sia l’utilizzazione, sia il raggiungimento dell’accordo, attraverso la previsione di incentivi fiscali ed economici, l’estensione ragionata delle fattispecie di mediazione obbligatoria e il potenziamento della mediazione demandata dal giudice. Nella seconda direzione la semplificazione della procedura di mediazione e le previsioni volte a favorire la partecipazione ad essa della Pubblica Amministrazione. D’altra parte, la negoziazione assistita in materia di famiglia è stata estesa anche a fattispecie prima escluse, come gli accordi in materia di affidamento relativi ai figli minori nati fuori dal matrimonio. Sul punto, sia consentito osservare che, sebbene sia apprezzabile l’aver esteso l’ambito oggettivo di applicazione dell’istituto, c’è da credere che difficilmente ciò rappresenterà un vero e proprio incentivo al ricorso a tale strumento, considerato che nella maggior parte dei casi sono gli stessi difensori a rifiutare la guida della procedura (rispetto alla quale essi fanno da padroni) proprio a causa della delicatezza delle materie che riguardano la famiglia. È



Si consideri, infatti, gli interventi legislativi⁷ che si sono susseguiti in materia, per quanto apprezzabili, non sono stati tuttavia effettivamente in grado di esaurire le necessità di modifica cui si prestava la disciplina, tanto da richiedere sovente interventi in funzione interpretativa, quando non suppletiva, della giurisprudenza⁸.

Quel che emerge è che l'obiettivo del legislatore sia stato dunque quello di valorizzare e potenziare l'istituto arbitrale, anche e soprattutto al fine di deflazionare il contezioso giurisdizionale, obiettivo che resta il *leitmotiv* dell'intera riforma.

In tal senso, il legislatore ha tentato di rendere l'arbitrato uno strumento più "appetibile", non solo in punto di tutela offerta (introducendo, anche per gli arbitri di diritto comune, la possibilità di concedere provvedimenti cautelari), ma anche in termini di opportunità e di effettiva giustizia della soluzione offerta.

È infatti in questa direzione che si colloca l'obbligo di c.d. previa *disclosure* in capo agli arbitri, che sin dalla fase di costituzione del collegio sono tenuti a dichiarare l'eventuale esistenza di circostanze che potrebbero renderli non imparziali rispetto al procedimento.

2. Domanda arbitrale e *translatio iudicii*.

Prima fra tutte, anche in ordine sistematico, è la (tanto agognata) modifica in tema di *translatio iudicii*, prevista dall'art. 3, comma 52, lett. d) del d.lgs. n. 149/2022, introduttivo di nuovo art. 819-*quater* c.p.c.

Sul punto giova premettere che il fatto che la domanda arbitrale producesse gli stessi effetti della domanda giudiziale, al pari di una domanda di mediazione o di negoziazione assistita⁹ (salve le differenze in punto di trascrizione¹⁰) era un dato pacifico.

Nonostante la mancanza di una precisa disposizione in proposito, ciò risultava desumibile da una serie di disposizioni, quali, in particolare, quelle in materia di prescrizione, trascrizione e sull'instaurazione del processo di merito dopo la concessione della misura cautelare introdotte a con la Riforma del '94¹¹.

probabile, quindi, che tanto accadrà a maggior ragione in presenza di figli minori o quando l'accordo sia destinato a garantire esclusivamente la loro tutela.

⁷ Chiaro il riferimento alle leggi del 1994 del 2 febbraio 2006, n. 40

⁸ Si pensi alle pronunce Cass., SS.UU., 25 ottobre 2013, n. 24153; Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 223, che, tra gli altri, hanno sottolineato il ruolo e la natura di equivalente giurisdizionale che l'arbitrato rituale riveste.

⁹ Si vedano l'art. 5, comma 6 del d.lgs. 28/2010 in materia di mediazione e l'art. 8 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132.

¹⁰ La domanda di mediazione e di negoziazione assistita non possono infatti essere trascritte. D'altra parte, la trascrivibilità della domanda arbitrale risulta coerente con la possibilità di passare dal procedimento arbitrale a quello ordinario e viceversa (v. *infra*), in quanto comunque tra i due risultati conseguibili (sentenza o lodo) vi sarebbe una identità di oggetto. Si ricorda che, perché possa essere trascritta, la domanda di arbitrato deve avere la forma di quelle di cui agli artt. 2657, 2652 e 2653 c.c., per i beni immobili, ed artt. 2690 e 2691 c.c., per i beni mobili registrati, che prevedono per "l'atto notificato con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara all'altra la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale..." lo stesso regime della domanda giudiziale.

¹¹ Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Si ricorderà come, per effetto di tale legge, sia stato introdotto all'art. 2945 c.c., relativo, appunto, alla prescrizione, un ultimo comma, in base al quale "Nel caso di arbitrato la prescrizione non corre dal momento della notificazione dell'atto contenente la domanda di arbitrato sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione". Sul punto, la Suprema Corte ha da ultimo osservato che "Il principio di cui all'art. 2945 c.c. (nel testo '*ratione temporis*' applicabile), secondo il quale l'interruzione della prescrizione per effetto di domanda giudiziale si protrae fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio, salvo il caso di estinzione del processo, opera anche nell'ipotesi in cui, dopo la proposizione di domanda arbitrale, che a norma dell'art. 2943 c.c. ha efficacia interruttiva della prescrizione, non sia intervenuta una dichiarazione di estinzione del procedimento". Cass., 25 marzo 2022, n. 27025. In materia cautelare, poi, il comma 5 dell'art. 669-*octies* c.p.c. prevede che "Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri". Si tratta di specifiche ipotesi di inefficacia del provvedimento cautelare nei casi in cui la causa di merito sia devoluta



Come tutti sanno, circa un decennio fa, infatti, la Consulta¹² era intervenuta sul tema, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, comma 2 c.p.c. nella parte in cui escludeva l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50 c.p.c.

Ne era seguita, l'anno dopo, l'introduzione della *translatio* da giudice ad arbitro¹³, tuttavia rimaneva in concreto da determinare come attuare la *translatio iudicii* dall'arbitrato al giudizio ordinario, nonché da disciplinare l'ipotesi corrispondente e speculare.

Ebbene, il legislatore ha ora recepito le sollecitazioni della giurisprudenza attraverso la introduzione (art. 3, comma 52, lett. a) del d.lgs. n. 149/2022) dell'art. 816-bis.1 c.p.c., in base al quale “la domanda di arbitrato produce gli effetti sostanziali della domanda giudiziale e li mantiene nei casi previsti dall'articolo 819-quater”, ossia in caso di tempestiva riassunzione della causa entro tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza¹⁴ che pronuncia sulla c.d. eccezione di compromesso.

L'art. 819-quater fa infatti da *pendant* sia al previgente art. 819-ter c.p.c., che viene modificato in maniera “marginale”¹⁵, sia sviluppa e si pone in linea di continuità l'orientamento della giurisprudenza sul punto: si fornisce, cioè, definitivamente una chiara indicazione agli operatori del diritto in merito all'effettiva realizzazione di tale *translatio*, attraverso l'introduzione di una disciplina che mutua quella prevista per il processo di cognizione.

Il vero scopo della novella appare, quindi, sì, prevedere in via generale la sostanziale parificazione degli effetti tra domanda arbitrale e giudiziale, ma essa risulta soprattutto funzionale alla disciplina della *translatio iudicii* anche nei rapporti tra giudici e arbitri.

Si consideri, infatti, che, al pari di quanto previsto in caso di incompetenza tra giudici, il nuovo art. 819-quater c.p.c. fa salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda arbitrale o giudiziale, stabilendo che, chiunque dei due (arbitro o giudice) si sia dichiarato incompetente, siano fatti salvi gli effetti della domanda in caso di tempestiva riassunzione dinanzi all'altro giudice.

A tal fine, “basterà” che le parti si adoperino tempestivamente – segnatamente, entro tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria di primo grado (del giudice ordinario o dell'arbitro), ovvero dall'avvenuto definitivo compimento delle possibili impugnazioni – per la costituzione del collegio arbitrale¹⁶ o per la formale riassunzione della causa.

alla competenza di un giudice straniero ovvero ad un arbitro italiano o straniero. Infatti, in tali casi la parte, pena l'inefficacia della misura, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara di volere promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede alla nomina degli arbitri.

¹² Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 819-ter c.p.c., comma 2, nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c., ossia della *translatio iudicii*; conf. Cass., 24 ottobre 2013, n. 24153.

¹³ È chiaro il riferimento all'art. 1 del d.l. n. 132/2014, convertito in legge n. 162/2014 e recante “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia civile”.

¹⁴ “Con cui è negata la competenza in ragione di una convenzione di arbitrato o dell'ordinanza di regolamento”, *ex art.* 819-quater, comma 2 c.p.c.

¹⁵ In attuazione del comma 15, lett. g) della legge delega, che chiamava il legislatore delegato a “disciplinare la *translatio iudicii* tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario e tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale”, l'art. 3, comma 52, lett. d) ha modificato l'art. 819-ter c.p.c., prevedendo che siano impugnabili con il regolamento di competenza, a norma degli articoli 42 e 43 c.p.c., non soltanto la sentenza del giudice ordinario (come già previsto), ma altresì l'ordinanza (l'intervento è necessario tenuto conto che a far tempo dal 2009 le pronunce sulla sola competenza da parte del giudice ordinario sono emanate in forma di ordinanza). Si è ritenuto di non operare una piena equiparazione tra arbitrato e processo ordinario, sotto questo profilo, considerata l'opportunità di limitare l'intervento del giudice in pendenza del procedimento arbitrale; l'impugnazione del lodo che declina la competenza con il regolamento necessario di competenza, invece, opera all'esito del procedimento arbitrale, consentendo una pronuncia definitiva in unico grado.

¹⁶ Le parti saranno onerate di porre in essere le attività inerenti alla nomina degli arbitri, di cui all'articolo 810 c.p.c.



Si assiste dunque ad un sostanziale allineamento della disciplina dettata in materia arbitrale a quella già prevista per il processo, il che ben spiega la ragione per la quale, al pari di quanto previsto per quest'ultimo, anche in tal caso l'inerzia delle parti darà luogo alla estinzione del processo per inattività qualificata¹⁷.

Ciò nondimeno, per valorizzare il significato della traslazione del processo tra le due sedi, e in conformità, tra l'altro, a quanto già prevede l'articolo 59 legge n. 69/2009 per le ipotesi di *translatio iudicii* tra differenti ordini di giurisdizione, le prove raccolte nel processo davanti al giudice o all'arbitro dichiarati non competenti avranno efficacia di argomenti di prova nel processo riassunto¹⁸.

Se si pensa che il legislatore avrebbe anche potuto non prevedere alcunché sul punto, ci si avvede di quanto tale previsione, che rappresenta un ulteriore punto di contatto tra arbitrato e processo, sia apprezzabile, oltre che certamente rassicurante, specie per le parti intente a perseguire la strada "alternativa".

3. Nomina degli arbitri e obbligo di trasparenza.

Altro parallelismo introdotto dalla riforma è quello che attiene alla nomina degli arbitri e, più esattamente, alla introduzione dell'ipotesi di astensione facoltativa per "gravi ragioni di convenienza", introdotta dall'art. 3, comma 51, lett. c) del decreto legislativo n. 149/2022. Essa rappresenta il frutto dell'introduzione di un più stringente obbligo di trasparenza in capo agli arbitri.

Si consideri che, in base alla legge delega, il legislatore delegato avrebbe dovuto prevedere "che, in tutti i casi, le nomine degli arbitri da parte dell'autorità giudiziaria siano improntate a criteri che assicurino trasparenza, rotazione ed efficienza"¹⁹, introducesse disposizioni volte "a rafforzare le garanzie di imparzialità e indipendenza dell'arbitro, reintroducendo la facoltà di riconsiliazione per gravi ragioni di convenienza"²⁰.

Fatte salve le eccezioni in tema di arbitrato societario o di arbitrato multipartiti, nonché le ipotesi (sussidiarie) in cui la nomina degli arbitri è affidata al presidente del tribunale, questa è di regola attribuita direttamente alle parti.

Al fine di preservare l'affidamento di queste nei confronti del giudice privato, l'idea era dunque prevedere che gli arbitri siano tenuti a rispettare un obbligo di rivelazione di tutte le circostanze di fatto (quali, in via esemplificativa, la presenza di eventuali legami o relazioni con le parti o i loro difensori) che potrebbero minare la garanzia di imparzialità anche soltanto nella percezione delle parti (c.d. *duty of disclosure*) già previsto da altri ordinamenti).

¹⁷ In base al combinato disposto degli artt. 819-*quater*, comma 4 e 307, comma 4 c.p.c. Vale la pena ricordare che, in base al comma 4 dell'art. 307 c.p.c., si riconducono alle ipotesi di inattività qualificata i casi di estinzione del processo conseguenti al mancato rinnovo della citazione, alla mancata prosecuzione, riassunzione o integrazione del giudizio, ove queste non vi abbiano provveduto entro il termine perentorio stabilito dalla legge, o dal giudice che dalla legge sia autorizzato a fissarlo. Va da sé, quindi, che la nuova ipotesi di estinzione del processo introdotta dalla Riforma rappresenti un caso di estinzione per mancata riassunzione entro il termine di legge. Si ricorda infatti che l'inattività qualificata, a differenza di quella c.d. semplice, è data da omissioni di atti necessari alla sanatoria di vizi relativi a presupposti processuali, che viene quindi sanzionata con una immediata estinzione (mentre in caso di inattività semplice vi è il meccanismo della quiescenza per incentivare le parti al compimento delle attività di impulso processuale). Sul tema, tra i tanti, si segnalano TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 192; VACCARELLA, *Inattività delle parti e estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, p. 63: la previsione dell'estinzione per inattività qualificata avrebbe l'effetto di evitare di dover giungere fino alla decisione di rito per concludere una situazione processuale viziata.

¹⁸ Si suppone che, come per il processo di cognizione, tale effetto di "degradazione" sia da limitarsi alle prove libere, con esclusione delle prove la cui efficacia è predeterminata dal legislatore, ossia le prove legali. Sul tema dell'estinzione è peraltro d'interesse segnalare la decisione di Cass., 30 giugno 2021, n. 18449, secondo la quale "l'ordinanza con cui il tribunale in composizione monocratica dichiara l'estinzione del giudizio ha contenuto decisorio e natura sostanziale di sentenza; ne consegue che, avuto riguardo alla relativa impugnazione, mentre il termine cd. breve decorre solo a seguito della notificazione dell'ordinanza medesima ad istanza di parte, quello cd. lungo, applicabile in assenza di tale notifica, decorre dal deposito del provvedimento, coincidente, nell'ipotesi di sua pronuncia in udienza, con la data di quest'ultima."

¹⁹ Art. 3, comma 15, lett. h) della legge delega di riforma del processo civile n. 206/2021.

²⁰ I. SUL TEMA, È INTERESSANTE L'EXCURSUS STORICO DI CALIFANO, *LA TERZIETA DELL'ARBITRO NELLA LEGGE DI DELEGA N. 206/2021*, IN WWW.JUDICIUM.IT.



Come si è visto per la *translatio iudicii*, anche in questo caso alla realizzazione di tale obiettivo è apparso funzionale intervenire su più norme e, segnatamente, sugli artt. 810, 813 e 815 c.p.c.

Si pone in tale direzione l'introduzione dell'obbligo in capo al presidente del tribunale cui eventualmente sia necessario ricorrere per la nomina degli arbitri²¹ di procedere alla nomina nel rispetto di criteri di trasparenza, rotazione e di efficienza: saranno le singole autorità giudiziarie a concretizzare questi criteri, anche, se lo riterranno, con la predisposizione di elenchi²². In ogni caso, la norma impone una precisa modalità informativa, che consiste nella pubblicazione delle nomine sul sito dell'uffici giudiziario, il che darà a tutti gli operatori la possibilità di verificare il rispetto dei criteri positivi indicati dalla norma.

La "preoccupazione" del legislatore, che sia effettivamente garantita l'imparzialità del collegio e quindi l'affidamento delle parti emerge soprattutto dalla sanzione prevista nel caso di incompleta dichiarazione dell'arbitro.

Sul punto, giova ricordare che l'art. 813 c.p.c., che disciplina l'accettazione degli arbitri, prevedeva che questa avvenisse in forma scritta, risultante eventualmente anche dal compromesso o dal verbale della prima riunione²³.

Ebbene, la disposizione è stata completamente riscritta dal legislatore della riforma, attraverso la previsione di un'ipotesi di nullità della stessa, prima esistente, e l'introduzione della facoltà per la parte di chiedere, a determinate condizioni, la decadenza dell'arbitro.

In altre parole, a pena di nullità dell'accettazione, l'arbitro è tenuto a dichiarare la eventuale esistenza di circostanze suscettibili di valutazioni problematiche sul piano dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Considerato che la mancanza della *disclosure* (peraltro, richiesta già oggi da molti regolamenti di istituzioni di arbitrato amministrato²⁴ e da altri Paesi²⁵), impedisce il perfezionamento dell'accettazione e quindi l'assunzione

²¹ Il riferimento è ai primi due commi dell'art. 810 c.p.c., che prevede infatti che la nomina avvenga da parte del presidente del tribunale quando la parte invitata ad avviare la procedura non vi provveda.

²² Si è esclusa l'imposizione alle autorità di nomina di elenchi prefissati, nel rispetto della loro autonomia e per consentire un'opportuna flessibilità, in rapporto alle esigenze dei singoli giudizi arbitrali.

²³ In base all'art. 813 c.p.c., infatti, "l'accettazione degli arbitri deve essere data per iscritto e può risultare dalla sottoscrizione del compromesso o del verbale della prima riunione. Agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.". Recependo una prassi consolidata, infatti, la norma considera equipollente all'espressa accettazione per iscritto la sottoscrizione del verbale della prima riunione di costituzione del collegio arbitrale. Cfr., per tutte, Cass., 29 agosto 1997, n. 8177, secondo la quale "il verbale di costituzione del collegio arbitrale è atto pienamente idoneo a soddisfare il requisito richiesto dall'art. 813 c.p.c. con riferimento a quanto stabilito dall'art. 820 dello stesso codice, atteso che la manifestazione della volontà di accettare la nomina non deve rivestire formule sacramentali nè risultare necessariamente da apposito documento, essendo sufficiente che essa emerga, sia pure per implicito, da un atto - quale il verbale di prima riunione - che, formalizzando la costituzione del collegio giudicante ai fini della decisione della controversia, postula chiaramente che la designazione ad arbitro viene accettata da quel momento, ove tale accettazione non sia già avvenuta con apposita dichiarazione scritta. Quanto poi al profilo per cui, anche se nulla dice in proposito l'art. 813 cit., si renda comunque necessario che le parti abbiano comunicazione di tale avvenuta accettazione atteso che è da tale momento che inizia a decorrere il termine per il deposito del lodo e che si instaura un rapporto di natura negoziale con i singoli arbitri, una tale comunicazione non richiede necessariamente formalità particolari, essendo sufficiente che le parti, anche per il tramite dei rispettivi difensori ne vengano a conoscenza.

²⁴ M. BOVE, *Responsabilità degli arbitri*, in *www.judicium.it*, ragionava infatti dell'esistenza di un obbligo di *disclosure* in capo agli arbitri nel caso concreto o in virtù di regolamenti negoziali, come accade di solito quando l'arbitrato è gestito da un'istituzione, oppure in virtù di codici deontologici vigenti per certe categorie di professionisti, come ad esempio gli avvocati. Il tema è affrontato anche da ZUMPANO, *La Nuova disciplina dell'arbitrato* a cura di S. Menchini, Padova, 2010, *sub art. 813-ter*, p. 150; AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 745 ss.; D'APREA, *Particolari ipotesi di responsabilità degli arbitri*, in *Giust. civ.*, 2013, II, pp. 747 ss.

²⁵ Si consideri, ad esempio, l'ordinamento francese, dove l'arbitro è vincolato da un dovere di "sincerità" verso le parti operante su due livelli: anzitutto, l'arbitro deve rivelare ogni potenziale conflitto di interessi prima di accettare la nomina, di modo che le parti, possano fare una scelta pienamente consapevole, pena la possibile invalidità del consenso eventualmente prestato dalla parte alla procedura arbitrale; inoltre, l'arbitro deve rivelare qualsiasi potenziale conflitto che potrebbe emergere



dell'incarico, è probabile che la previsione di tale nuova ipotesi di nullità sarà effettivamente in grado di sortire l'effetto desiderato, tanto più se si considera che, anche nel caso in cui non vi sia alcuna circostanza "impeditiva", comunque l'arbitro sarà allora tenuto a dichiarare la inesistenza situazioni di incompatibilità e comunque segnalare fatti che, pur non apparendogli tali da impedire l'accettazione, devono essere sottoposti all'attenzione delle parti, in un quadro di piena trasparenza.

L'arma concessa alla parte, in caso di omissione di circostanze rilevanti, è la richiesta all'autorità giudiziaria di dichiarare la decadenza dell'arbitro, nelle forme dell'articolo 813 *bis* c.p.c., entro dieci giorni dall'accettazione compiuta senza la dichiarazione oppure dalla scoperta della circostanza rilevante non dichiarata.

La modifica del successivo art. 815 c.p.c. fa da *pendant* all'introduzione di tale obbligo.

Tale disposizione disciplina in maniera sostanzialmente equivalente a quella prevista per i magistrati i casi di ricusazione dell'arbitro; questi corrispondono ai casi di astensione obbligatoria previsti per i magistrati dall'art. 51 c.p.c.

Ebbene, sempre in attuazione del principio di delega contenuto nell'art. 1, comma 15, lett. a, della l. 26 novembre 2021, n. 206, nonché al fine di rafforzare le garanzie di indipendenza e imparzialità degli arbitri, l'art. 3, comma 51, lett. c) ha introdotto all'articolo 815 c.p.c. un ulteriore motivo di ricusazione, il n. 6 *bis*), che reintroduce una clausola aperta di ricusazione, consistente nella emersione di gravi ragioni di convenienza, che possano incidere sull'indipendenza e sull'imparzialità degli arbitri²⁶.

Sul punto, c'è da dire che, in verità, la riforma esplicita quanto già il sistema prevedeva sino alla riforma del 2006, ossia che la ricusazione degli arbitri potesse essere declinata mediante un rinvio integrale all'art. 51 del codice, tale da comprendere, accanto alle ipotesi di ricusazione per i motivi di astensione obbligatoria, anche i casi di cui all'art. 51, comma 2 c.p.c., di astensione facoltativa da parte del giudice.

Certo è che, rispetto alla disciplina applicabile ai magistrati, in tal caso l'astensione facoltativa si pone quale *longa manus* dell'obbligo di *disclosure* posto in capo agli arbitri, ma non in capo ai giudici, atteso che essa sarà, con tutta probabilità, motivata dalle stesse ragioni di cui alla dichiarazione *ex art.* 813 c.p.c.²⁷

L'intervento normativo in oggetto si propone dunque di operare un rafforzamento delle garanzie di imparzialità e indipendenza, essenziali per la realizzazione del giusto processo, anche arbitrale, e venendo così ad allinearsi alle migliori prassi internazionali²⁸.

durante il procedimento arbitrale. L'Alta Corte francese è molto rigorosa sull'argomento. Si vedano Cass. Civ. 13 avril 1972; ID., 1 dicembre 2015, *SA Auto Guadeloupe Investissements contro Columbus Acquisitions Inc et al*, 14/26279.

²⁶ La relazione della Commissione Luiso – Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, prevedeva infatti di "rafforzare le garanzie di imparzialità e indipendenza dell'arbitro, prevedendo l'obbligo di rilasciare, al momento dell'accettazione della nomina, una dichiarazione che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti ai fini delle sopra richiamate garanzie, prevedendo l'invalidità dell'accettazione nel caso di omessa dichiarazione, nonché in particolare la decadenza nel caso in cui, al momento di accettazione della nomina, l'arbitro abbia omesso di dichiarare le circostanze che, ai sensi dell'articolo 815 del codice di procedura civile, possono essere fatte valere come motivi di ricusazione".

²⁷ Com'è stato osservato, la discutibile formulazione della norma di delega sembrava pretendere di "reintrodurre" nel testo dell'art. 815 c.p.c. la facoltà di ricusazione per *gravi ragioni di convenienza* e di contestualmente imporre l'obbligo "di rilasciare, al momento dell'accettazione della nomina, una dichiarazione che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti ai fini delle sopra richiamate garanzie, prevedendo l'invalidità dell'accettazione nel caso di omessa dichiarazione, nonché in particolare la decadenza nel caso in cui, al momento dell'accettazione della nomina, l'arbitro abbia omesso di dichiarare le circostanze che, ai sensi dell'articolo 815 del codice di procedura civile, possono essere fatte valere come motivi di ricusazione". Ove, la sanzione della decadenza dell'arbitro rischia di esser collegata ad un obbligo di dichiarazione relativo, appunto, (anche) alle "gravi ragioni di convenienza", evidentemente troppo vago. E tale da mettere in stato di eccessiva "incertezza ed ansia" chi quella dichiarazione deve rilasciare. Cfr. Califano, op. ult. cit., loc. cit.

²⁸ Su cui cfr. DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno e internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 157.



Si noti che l'art. 52 c.p.c.²⁹ non prevede la possibilità della parte di ricusare il giudice per tale ragione, che costituisce solo un motivo di astensione c.d. facoltativa.

Ne consegue che l'area della ricusabilità dell'arbitro, secondo le previsioni del D.d.l., risulta più ampia rispetto a quella prevista per il giudice. Tale diverso regime risulta pienamente giustificato sia in ragione della "indifferenza" del giudice rispetto all'assegnazione della specifica causa e dei suoi doveri di natura deontologica, disciplinarmente sanzionabili (che lo inducono ad esercitare la facoltà di astensione) sia degli strettissimi limiti di impugnazione del lodo arbitrale.

C'è da dire che la vocazione per una tendenziale omogeneizzazione della disciplina interna con quella estera appare un principio sotteso ai lavori della nuova Riforma.

Si colloca in tale direzione, infatti, anche la modifica dell'art. 822 c.p.c.

La norma si riferisce alla legge applicabile all'arbitrato. Nella sua versione *ante* novella (2021), essa si limitava a prevedere la decisione secondo diritto, salvo che le parti avessero disposto la decisione secondo equità³⁰.

Il legislatore della riforma in commento ha invece introdotto un nuovo secondo comma, in base al quale "quando gli arbitri sono chiamati a decidere secondo le norme di diritto, le parti, nella convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale, possono indicare le norme o la legge straniera quale legge applicabile al merito della controversia. In mancanza, gli arbitri applicano le norme o la legge individuate ai sensi dei criteri di conflitto ritenuti applicabili".

La modifica individua, da un lato, i dati di tempo e spazio in cui le parti possono indicare le fonti straniere applicabili, dall'altro, la tipologia della fonte richiamabile (anche in assenza di una precisa scelta delle parti).

Sotto il primo profilo, c'è da dire che la scelta di consentire alle parti di esercitare tale potere "nella convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale" mutua quanto previsto dall'art. 816-*bis* c.p.c. per le norme processuali, in quanto sembrerebbe voler consentire una tempestiva e preventiva individuazione, rispetto alla instaurazione del giudizio, il diritto applicabile al merito della controversia.

È evidente, ed è apprezzabile, che la *ratio* della previsione sia consentire agli arbitri di valutare se accettare o meno la nomina in relazione alla controversia, così da verificare il possesso delle necessarie competenze giuridiche, e quindi, evitare il dispendio di attività processuale che potrebbe derivare dall'affidamento della procedura ad un collegio non competente.

Si consideri che, ferma la legge regolatrice del processo (che è tipicamente la *lex fori*³¹), la nuova norma fa riferimento alla possibilità di indicare quali fonti applicabili "le norme o la legge straniera quale legge applicabile al merito della controversia".

Il riferimento è quindi al merito della lite e, se, per un verso, è apprezzabile l'ampio ventaglio di fonti richiamabili dalle parti ("le norme o la legge straniera"), in quanto notoriamente, nell'ambito dell'esperienza arbitrale, sovente assumono un fondamentale rilievo anche fonti differenti dalle leggi ordinarie statuali, quali in particolare la *lex*

²⁹ Esso richiama le ipotesi di obbligo di astensione contenute nell'art. 51, comma 1 c.p.c., e non il comma 2 che, invece, prevede le gravi ragioni di convenienza come "facoltà" per il giudice di astenersi.

³⁰ Si ricorda che tale disposizione in commento era già stata interessata dalla modifica per effetto dell'art. 23, d.lgs. n. 40/2006, che aveva sostanzialmente recepito e confermato molte delle soluzioni già avanzate dalla dottrina e consolidate nella giurisprudenza nel vigore della precedente formulazione della norma, in merito alla possibilità per gli arbitri di decidere anche secondo equità. Peraltro, secondo la dottrina maggioritaria, l'art. 822 ribadirebbe il principio affermato dall'art. 113, comma 1 c.p.c., in forza del quale la regola generale è la decisione secondo diritto, rispetto alla quale l'arbitrato di equità rappresenta un'eccezione. Così, tra gli altri, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000, p. 37; BRIGUGLIO, *Arbitrato rituale ed equità*, in *Riv. arb.*, 1996, 268; BORGHESI, *sub art. 822*, in *Norme per la deliberazione*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2001, p. 440.

³¹ Ma nel caso dell'arbitrato il problema non ha una vera e propria ragion d'essere, essendo già prevista dall'art. 816-*bis* c.p.c. la possibilità per le parti di stabilire "le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento".



mercatoria, o il modello UNCITRAL³², dall'altra, proprio in caso di rinvio ad una legge straniera sarà quantomai necessario che gli arbitri siano da subito messi al corrente delle norme che le parti vorrebbero applicare.

4. Arbitri e tutela cautelare.

La scelta di riconoscere agli arbitri rituali, in presenza di determinate condizioni, il potere di emanare provvedimenti cautelari (art. 3, comma 52, lett. b del d.lgs. n. 149/2022), come previsto per l'arbitrato societario³³, rappresenta certamente la modifica di maggiore rilievo, anche sistematico.

La proposta si pone a valle di una serie di criticità, da sempre mosse dalla dottrina al generale divieto per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelari.

Si ricorda, infatti, che il previgente art. 818 c.p.c. vietava espressamente agli arbitri la possibilità di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari, “salva diversa disposizione di legge”, di fatto, assente³⁴.

La modifica intervenuta, invece, valorizza e rafforza la tutela giurisdizionale conseguibile dinanzi a tali giudici privati, né di certo apporta un *vulnus* al principio di effettività della tutela, che invece ne esce rafforzato³⁵.

S'intende cioè che il potere riconosciuto agli arbitri di emanare misure cautelari appare comunque presidiato da tutte le garanzie necessarie, che valgono in un certo senso ad allineare la disciplina dei poteri cautelari degli arbitri all'analogo potere giudiziale. Il potere di emanare misure cautelari, infatti, è stato circoscritto al solo arbitrato rituale, che è pacificamente considerato espressione di giurisdizione, e passa comunque per una previa manifestazione di consenso in tal senso ad opera delle parti, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali.

In base all'art. 818 c.p.c., come modificato, infatti, gli arbitri possono emanare misure cautelari solo quando vi sia una espressa volontà delle parti, che sia stata manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo, comunque anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale.

L'individuazione di tale criterio temporale risponde all'esigenza di cristallizzare, come per la legge applicabile alla controversia, prima dell'instaurarsi della litispendenza arbitrale il perimetro dei poteri spettanti agli arbitri, così da attribuire maggiore certezza in proposito sia alle parti, sia agli arbitri.

Si tratta di una soluzione che, al pari della previa indicazione della legge applicabile, mira dunque a fare in maniera tale che le regole, l'architettura della procedura sia definita prima di addentrarsi nel procedimento.

C'è da dire che, per quanto il legislatore si sia preoccupato di fornire a tale disciplina il migliore assetto possibile, si percepisce tuttavia una non piena equiparazione in materia rispetto alla cautela in sede giudiziale.

Si consideri, infatti, che, a differenza di quanto previsto dall'art. 819-ter c.p.c., che ammette la contemporanea pendenza di un giudizio di cognizione in sede giudiziale ed arbitrale, la competenza in materia cautelare è esclusiva. Ne discende che, nel caso in cui una delle parti dovesse chiedere la tutela cautelare in sede giudiziale, nonostante la diversa previsione della convenzione arbitrale, il giudice dovrà dichiararsi incompetente a favore degli arbitri.

³² L'influenza di tale modello sta peraltro nella “clausola di salvaguardia” prevista per l'ipotesi in cui le parti non abbiano a indicare alcuna fonte di riferimento, considerato che la norma precisa che in mancanza di una indicazione di parte, gli arbitri applicano le norme o la legge individuate ai sensi dei criteri di conflitto ritenuti applicabili”, in conformità al principio indicato nell'articolo 28 delle norme modello UNCITRAL.

³³ Artt. 34-37 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

³⁴ Già il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, nel modificare l'articolo 818 c.p.c., aveva infatti cercato di alleggerire l'originario divieto per gli arbitri di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari, facendo “salva diversa disposizione di legge”. Tuttavia, la possibilità per gli arbitri di emanare provvedimenti cautelari è rimasta nell'ordinamento limitata al solo arbitrato societario e al potere per gli arbitri, in tale sede previsto, di disporre la sospensione cautelare delle delibere assembleari.

³⁵ Cfr., in ambito UE, la sentenza della Corte di Giustizia del 19 giugno 1990, C-213/89, causa Factortame Ltd.



Come risultava dall'art. 35 del d.lgs. n. 5/2003³⁶ in materia societaria, la competenza del magistrato³⁷ per l'emanazione della misura cautelare sussiste infatti in relazione alle domande proposte prima dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri o prima della costituzione del collegio arbitrale nonché per la fase di impugnazione e di attuazione della misura cautelare.

Si segnala, infatti, che la disciplina dettata per l'impugnazione del provvedimento di rigetto o di accoglimento della domanda cautelare e per l'attuazione della misura è sostanzialmente analoga a quella prevista dal codice di rito per le misure emesse dal giudice ordinario.

Giova sul punto ricordare che al momento della sua introduzione nell'ambito del procedimento cautelare uniforme l'istituto del reclamo era esperibile soltanto avverso alla misura cautelare, quindi in relazione a provvedimenti di accoglimento dell'istanza; è stato poi per effetto dell'intervento della Consulta³⁸ che il legislatore è intervenuto sulla disposizione, estendendo il gravame anche alle pronunce di rigetto. Va da sé che sarebbe stata anacronistica una soluzione che avesse previsto la reclamabilità della sola misura cautelare, con esclusione del provvedimento di rigetto dell'istanza.

Per altro verso, la garanzia del reclamo si distingue rispetto a quella "ordinaria", di cui all'art. 669-terdecies c.p.c., in quanto rappresenta, rispetto ad esso, un mezzo di impugnazione a critica vincolata, come tale non più paragonabile all'appello nel giudizio ordinario.

Si consideri, infatti, che il nuovo art. 818-bis c.p.c., introdotto dalla lett. c) dello stesso comma 51 dell'art. 3 del decreto delegato, limita l'impugnazione ai soli motivi di cui all'art. 829, comma 1 c.p.c.³⁹, in quanto compatibili, oltre che al caso della contrarietà dell'ordine pubblico.

³⁶ Cfr. Trib. Milano, 28 febbraio 2014: "L'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/2003, da ritenersi speciale rispetto alla generale previsione di cui all'art. 669-quinquies c.p.c., ha introdotto una spartizione di poteri per così dire diacronica tra arbitri ed autorità giudiziaria, tale per cui la cognizione cautelare in materia di sospensione dell'efficacia della delibera assembleare impugnata appartiene in linea di principio esclusivamente ai primi allorché l'organo arbitrale si sia già costituito, residuando invece la competenza cautelare del giudice ordinario fino a quel momento, al fine di garantire nella sua pienezza il diritto costituzionale di difesa – del quale la tutela cautelare è parte integrante – in tutte le fasi della controversia e del procedimento arbitrale". Conf. Trib. Milano, 19 settembre 2007; Trib. Verona, 12 aprile 2005.

³⁷ Competente in base al luogo in cui la misura deve essere attuata. Il nuovo art. 818-ter c.p.c. prevede infatti che "L'attuazione delle misure cautelari concesse dagli arbitri è disciplinata dall'articolo 669-duodecies e si svolge sotto il controllo del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato o, se la sede dell'arbitrato non è in Italia, il tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata. 2- Resta salvo il disposto degli articoli 677 e seguenti in ordine all'esecuzione dei sequestri concessi dagli arbitri. Competente è il tribunale previsto dal primo comma". La trasposizione della disciplina dell'attuazione dei provvedimenti cautelari anche all'ipotesi delle misure cautelari concesse dagli arbitri deve aver infatti reso necessaria la previsione espressa all'interno dell'art. 818-ter c.p.c. della salvezza del disposto degli articoli 677 ss. c.p.c., ovvero di quelle specifiche norme relative all'attuazione dei sequestri, per la quale resta comunque competente il giudice di cui al primo comma dell'articolo 818-ter c.p.c., cioè sempre quello del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata.

³⁸ Cfr. Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253. È noto infatti che la riforma dell'art. 669 terdecies c.p.c., intervenuta con legge n. 80/2005 abbia esteso l'oggetto del reclamo cautelare dall'ordinanza con il quale è stata concessa la misura, ma anche quello che lo abbia negato. La norma ha recepito l'orientamento già imposto dalla Corte costituzionale con la suddetta sentenza, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui il vecchio dettato della norma in esame, non ammetteva il reclamo avverso l'ordinanza di rigetto della domanda di cautela, determinando un chiaro squilibrio tra chi propone e chi resiste al provvedimento cautelare.

³⁹ In base al quale "L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti: 1) se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma, o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso; 5) se il lodo non ha i requisiti indicati nei numeri 5), 6), 7) dell'articolo 823; 6) se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'articolo 821; 7) se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di



Tale previsione si pone in linea di continuità con quanto previsto per l'impugnazione del lodo arbitrale⁴⁰, in quanto si estendono al provvedimento cautelare o al suo diniego gli stessi motivi di impugnazione previsti avverso al provvedimento emesso all'esito della cognizione.

Del resto, si tratta di *errores in procedendo*, sebbene sia da ritenersi che restino escluse quelle ipotesi di per sé estranee alla materia cautelare.

Cosa diversa è da dirsi per la contrarietà all'ordine pubblico, di cui al terzo comma della stessa norma, e per le possibili censure spendibili nei confronti del provvedimento interinale che abbia accolto o rigettato la richiesta di misura cautelare. Del resto, non sarebbe stato coerente attribuire in sede di reclamo cautelare un generale controllo di merito e con esso un sindacato più ampio di quello stabilito dal legislatore nei confronti del provvedimento decisorio finale del giudizio.

L'aver previsto che il reclamo e l'attuazione della misura avvengano sotto l'egida del giudice ordinario o della Corte di appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato⁴¹ in un certo senso affievolisce il potere cautelare degli arbitri,

nullità e la nullità non è stata sanata; 8) se il lodo è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento; 9) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio; 10) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri; 11) se il lodo contiene disposizioni contraddittorie; 12) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato". La dottrina sul tema dei motivi di impugnazione del lodo per nullità è a dir poco sconfinata. Ex multis, si segnalano NELA, sub art. 829, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007; VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2005; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000; LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1994; BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, in www.judicium.it. In argomento, è inoltre curioso segnalare quanto affermato dalla giurisprudenza più recente, secondo la quale "la prospettazione di un insieme complessivo di possibili vizi del lodo non è di per sé ragione di inammissibilità del gravame per difetto di specificità dei motivi, nel caso (pur all'interno di un unico e complesso motivo) in cui sia possibile scindere il contenuto di ciascuna censura e sia identificabile il parametro normativo di riferimento tra quelli enunciati dall'art. 829, con una valutazione sostanzialmente analoga a quella che compie il giudice di legittimità nell'esaminare un unico motivo di ricorso per cassazione contenente una pluralità di censure". Cass., 21 maggio 2021, n. 14041.

⁴⁰ In tema di lodi arbitrali, si vuole peraltro dare atto della modifica di coordinamento introdotta dalla riforma del 2021 e rappresentata dalla immediata esecutività del lodo straniero eventualmente riconosciuto esecutivo con decreto del presidente della Corte di appello. Come si è detto, si tratta di una modifica di mero coordinamento, che ha interessato il comma 4 dell'art. 839 c.p.c. Per il resto, la norma è rimasta invariata, pertanto si ritiene ancora valida la considerazione per la quale, visto che la nuova disciplina contenuta negli artt. 839 – 840 c.p.c. non contiene alcun riferimento ai provvedimenti cautelari (diversamente dall'art. 39 della Convenzione di Bruxelles), si dovranno applicare le regole generali contenute negli artt. 669-bis ss. c.p.c. ss. purché il provvedimento cautelare debba essere eseguito in Italia ai sensi dell'art. 10, della legge n. 218/1995. Cfr. MURONI, sub art. 839, in *Comm. Consolo, Luiso*, Milano, 2007; ID., sub art. 832 c.p.c., in *Comm. Consolo, Luiso*, II, Milano, 2000. Si deve aggiungere, che come si legge nella relazione al decreto delegato, l'attuazione della delega ha imposto anche la modifica dell'art. 840 c.p.c. in quanto, nel contesto del procedimento di opposizione al riconoscimento e all'esecuzione del lodo straniero, occorre menzionare non la possibilità di concedere la provvisoria esecutorietà, ma quella di eventualmente ottenere la sospensione dell'esecutività ora prevista *ex lege*. Ne è derivata la modifica dell'articolo 840, comma 2 c.p.c., assegnando il compito di disporre la sospensione dell'esecutività o dell'esecuzione del lodo, ove già intrapresa, il consigliere istruttore, che vi darà luogo in caso di gravi motivi. Va detto che si è consapevolmente scelto un meccanismo diverso da quello degli articoli 283 e 351 per ragioni di semplificazione e perché qui non ci si colloca in secondo, ma in unico grado di merito. Sempre in attuazione del principio contenuto nell'art. 1, comma 15, lett. b, della l. 26 novembre 2021, n. 206, si è modificato anche il quarto comma della disposizione, che si occupa della sospensione, non dell'esecuzione, ma del procedimento di opposizione, a motivo dell'impugnazione del lodo dinanzi ad un'autorità giurisdizionale estera. La richiesta di una cauzione a carico della controparte non spetta più solo alla parte che richiede l'esecuzione, ma anche all'altra, a seconda che l'esecutività del decreto di riconoscimento del lodo sia stata confermata o no.

⁴¹ Così il nuovo art. 818-bis c.p.c. Quanto all'individuazione concreta della corte d'appello, la stessa è stata effettuata facendo riferimento al distretto ove è la sede dell'arbitrato, seguendo un evidente parallelismo con tutti gli altri casi di ausilio



considerato che, comunque, che sia perché il provvedimento (positivo o negativo) è stato impugnato o perché la misura deve essere attuata, comunque ad esso fa sempre seguito quello del magistrato competente.

Saremmo, dunque, ancora in presenza di una tutela cautelare arbitrare non piena.

Tuttavia, appare preferibile una lettura in forza della quale la nuova architettura del potere cautelare degli arbitri avrebbe effettivamente posto sullo stesso piano arbitri e giudici: non sarebbe irragionevole una lettura in forza della quale la circostanza che l'attuazione e l'impugnazione delle misure cautelari emesse dagli arbitri debbano seguire le stesse forme previste per la misura emessa dal giudice ordinario sta a significare che le funzioni esercitate dagli arbitri sono sostanzialmente omologhe a quelle della magistratura e che il provvedimento cautelare emanato dagli arbitri ha natura non differente da quella del corrispondente provvedimento emanato dal giudice ordinario.

Ne deriva che, quanto alla fase di attuazione della misura, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 669-*duodecies* c.p.c., la attuazione della misura cautelare "arbitrale" avverrà in maniera diversa, a seconda dell'oggetto della stessa⁴².

Il mantenimento in capo al giudice ordinario dei poteri necessari per l'attuazione del provvedimento cautelare risponde, del resto, alla constatazione generale, e universalmente condivisa, per la quale gli arbitri, in quanto soggetti privati, pur chiamati a rendere attraverso il proprio giudizio una funzione equivalente a quella della giurisdizione di cognizione, rimangono sprovvisti di *ius imperii* e così privati della spendita di poteri coercitivi, ciò che rende pertanto necessario fare riferimento, per la fase di attuazione ed esecuzione della misura, al giudice ordinario⁴³.

5. Le modifiche di coordinamento in materia di arbitrato societario.

Come si è accennato, la Riforma è intervenuta anche sulle norme in materia di arbitrato societario. Infatti, oltre ad averne tratto lo spunto per la estensione anche all'arbitrato di diritto comune della tutela cautelare arbitrare, all'art. 3, comma 55 del d.lgs. n. 149/2022, il legislatore delegato ha altresì apportato mere di modifiche di coordinamento, segnatamente trasferendo la disciplina sull'arbitrato societario (di cui al d.lgs. 5/2003) direttamente nel codice di rito agli artt. 838-*bis*-838-*quinquies* c.p.c.

L'art. 1, comma 15, lett. f, della legge delega del 26 novembre 2021, n. 206, chiamava infatti il legislatore delegato ad inserire le disposizioni già esistenti sull'arbitrato societario all'interno del codice di procedura civile.

Si è quindi, anzitutto, introdotto nel titolo VII del codice il nuovo Capo VI-*bis*, il quale contiene gli articoli 838-*bis*-838-*quinquies* (ossia i "vecchi" articoli 34, 35, 36 e 37 del decreto legislativo n. 5/2003, che vengono abrogati), cui sono state apportate modifiche di coordinamento tra arbitrato societario e di diritto comune.

Segnatamente, nell'art. 838-*ter* c.p.c. non è stato riprodotto il terzo comma dell'art. 35 e, analogamente, dall'articolo 838-*quater* c.p.c. si è espunto il secondo comma dell'articolo 36. Inoltre, essendo stata prevista la possibilità di procedere alla impugnazione secondo diritto del lodo societario nei casi di cui all'articolo 838-*quater*, è stato richiamato il terzo (e non più il secondo) comma dell'articolo 829 c.p.c.. Il decreto delegato ha quindi recepito le indicazioni volte al mero riordino della materia contenute all'interno della legge delega.

110 giudiziario e supporto al procedimento arbitrare per i quali la disciplina del codice di rito fa riferimento, in primis, all'autorità giudiziaria del luogo dove è stabilita la sede dell'arbitrato (come previsto ad esempio dagli articoli 810, 811, 813, 814, 815 del codice di procedura civile).

⁴² Mentre per le misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro l'esecuzione delle stesse avviene di fatto nelle forme previste dal libro terzo del codice di procedura civile, agli articoli 491 e seguenti in quanto compatibili, l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sempre sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare, il quale determina anche le modalità di attuazione, e laddove sorgano difficoltà o contestazioni dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti.

⁴³ Cfr. p. 111 della Relazione illustrativa al decreto delegato.



Orbene, la prospettiva di riordino merita di essere apprezzata, in quanto, anzitutto, consente all'interprete una più celere ed agevole consultazione delle norme in materia arbitrale, ma, soprattutto, in quanto, con alcuni "aggiustamenti", ha di fatto reso più omogenee le due discipline⁴⁴.

Vi è comunque una novità, ossia la possibilità di reclamare dinanzi al giudice ordinario le ordinanze con cui gli arbitri sospendono l'efficacia di delibere assembleari.

Rispetto all'articolo 35 del decreto legislativo, infatti, il quarto comma dell'articolo 838-ter c.p.c., recante la "Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale", ha previsto la possibilità che le ordinanze emesse dagli arbitri societari – che, nell'esercizio di poteri cautelari – sospendono le delibere assembleari, siano reclamabili dinanzi al giudice ordinario nei modi dell'articolo 818-bis c.p.c., cioè dello stesso procedimento previsto dalla Riforma per il reclamo delle misure cautelari concesse dagli arbitri di diritto comune.

Ebbene, le modifiche intervenute in tale settore si fanno rivelatrici di un altro intento riformatore.

Infatti, da un lato, è palese che la finalità primaria della riforma in materia arbitrale sia stata quella di agevolare ed incentivare la devoluzione delle controversie ai giudici privati.

In questo senso, spiccano, come si è detto, la tendenziale equiparazione della tutela conseguibile dinanzi all'uno e all'altro giudice (sia pur con le riserve sopra accennate) e la previsione di un obbligo di *disclosure*, funzionale ad una maggiore trasparenza del collegio arbitrale, posti in capo agli arbitri.

Tuttavia, a tale esigenza deflattiva del contenzioso, che emerge anche dagli incentivi all'utilizzo della mediazione e della negoziazione assistita, si affianca la volontà di una più agevole consultazione delle norme stesche dedicate alla disciplina dell'arbitrato, o meglio di una loro unificazione, accompagnata ad una maggiore uniformità della disciplina, a prescindere dalla materia di applicazione dell'istituto. Del resto, si prenda ad esempio la tutela cautelare: una volta ammessa, e lo era ormai già da tempo, in relazione ad un settore come l'arbitrato nelle controversie societarie, non vi era effettivamente ragione per "perseverare" in tale dispari disciplina per l'arbitrato di diritto comune.

⁴⁴ Il riferimento è, in particolare, all'estensione dei poteri cautelari che gli arbitri già possedevano in materia societaria anche all'arbitrato di diritto comune.