

LE MISURE CAUTELARI NEL PROCEDIMENTO ARBITRALE ON LINE.

Attualmente nell'ordinamento italiano il codice di rito prevede espressamente in capo agli arbitri la assoluta impossibilità di porre in essere sequestri, ed altri provvedimenti cautelari (art. 818 c.p.c.).

La previsione è stata giustificata per la carenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri, che rende quindi necessario rivolgersi ad un giudice ordinario: in dottrina si sostiene soventemente che la soluzione è necessitata dalla natura privata dell'arbitrato, e dalla sua carenza di *imperium*.

In realtà, più correttamente, si osserva altresì che se anche l'affermazione può essere condivisibile con riferimento alla fase dell'esecuzione della decisione, non lo è rispetto alla fase della concessione della misura: ciò che rileva è piuttosto il potere volontariamente attribuito dalle parti di vincolarsi alle regole di condotta fissate nel lodo.

Si osserva in proposito che “se gli arbitri possono incidere in modo definitivo nella sfera giuridica delle parti, non si vede perché non vi possano incidere in modo provvisorio”¹.

Devono essere pertanto premesse delle distinzioni:

¹ F. P. Luiso *Appunti sull'arbitrato societario*, dagli atti del Convegno svoltosi a Treviso il 21/03/2003 P. 15

- con riferimento ai destinatari dei provvedimenti cautelari, possono essere rivolti alle parti o ad un terzo; se la misura fosse emessa da un giudice privato, non vi sarebbero dubbi per la sua efficacia nei confronti delle parti; mentre, data la natura convenzionale dell'arbitrato, la stessa non esplicherebbe alcuna valenza coercitiva nei confronti di terzi;
- riguardo ai tipi di misura cautelare si osserva che, mentre i sequestri si caratterizzano per un più intenso contenuto coercitivo, in quanto vengono eseguiti coattivamente con l'intervento dell'ufficiale giudiziario, i provvedimenti d'urgenza consistono di norma in un ordine ad una parte di fare o di astenersi dal fare qualcosa, e richiedono solitamente comportamenti direttamente dalle parti, senza l'intervento di soggetti estranei.

In tal senso si è osservato che il divieto di imporre provvedimenti cautelari, se può valere per il sequestro, o per i procedimenti possessori di denuncia di nuova opera o di danno temuto, ha meno senso nei confronti dei provvedimenti d'urgenza che hanno ad oggetto un *facere* o un *non facere* in capo ad una delle parti, senza, solitamente, l'intervento della

forza pubblica. Rispetto a questi ultimi la riserva all'autorità giudiziaria ordinaria sembra pertanto meno giustificata².

In realtà nelle procedure arbitrali amministrative, alcuni regolamenti ammettono già la possibilità di emettere provvedimenti cautelari o d'urgenza, ma la loro osservanza è rimessa alla spontanea esecuzione delle parti: ovviamente la parte che non esegue l'ordine del collegio arbitrale dovrà essere consapevole che la sua condotta potrà incidere negativamente sulla decisione; salva la facoltà per il collegio di stabilire che le spese ed i danni interesse derivanti dal danno cagionato dall'inottemperanza siano a suo carico.

Le attuali limitazioni della procedura arbitrale hanno da tempo spinto la dottrina a prospettare nuove soluzioni più idonee alle esigenze pratiche degli operatori del mercato: un orientamento, per lo meno di carattere interpretativo, può essere fornito dai lavori preparatori dell'*Uncitral*.

Questa agenzia delle Nazioni Unite, che ha la funzione istituzionale di predisporre leggi modello in materia privatistica, ed i cui orientamenti sono stati presi in considerazione per la Convenzione di New York del 1958, già da anni tiene costanti

² M. Rubino Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, IV, ed. Cedam 2005 P. 670 ss., che evidenzia come in altri ordinamenti la facoltà di emettere provvedimenti di urgenza è largamente riconosciuta. Ciò vale altresì per talune procedure amministrative; e così, ad esempio nel Regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, che attribuisce agli arbitri il potere di "pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento".

sessioni per la predisposizione di un progetto, se non di modifica, almeno d'interpretazione uniforme della predetta convenzione³.

Nelle sessioni degli ultimi anni due sono stati gli aspetti oggetto di studio dall'ente: la necessità o meno della forma scritta della convenzione arbitrale, e la possibilità in capo agli arbitri di emettere provvedimenti provvisori.

Alla luce dei risultati dei lavori preparatori della commissione, sarà pertanto possibile verificare quali possibili scenari si potranno profilare per l'istituto.

Per quanto riguarda le misure provvisorie e conservative, nelle riunioni si è posto in evidenza che lo scopo delle misure cautelari è, da un lato, evitare un pregiudizio e salvaguardare la posizione delle parti nell'attesa del regolamento della lite (cd. conservazione dello *status quo*); dall'altro, facilitare e garantire l'eseguibilità della pronuncia arbitrale quando verrà resa.

L'organismo in particolare prende atto della circostanza che le soluzioni legislative circa il potere della corte arbitrale di ordinare misure provvisorie o conservative, non è uniforme: in alcuni stati è previsto espressamente, in altri implicitamente, in altri tale potere è subordinato alla volontà delle parti, in altri

³ L'arbitrato rientra in particolare nelle competenze della seconda commissione che dal 2000 organizza frequenti riunioni con i rappresentanti degli stati. Rapporto del Segretario Generale dell'Uncitral del 14/01/2000 A/CN.9/WG.II/WP.108 P. 3 ss. Lo studio prende le mosse dalla 32^a sessione della commissione intitolata "*travaux futurs envisageables dans le domain de l'Arbitrage commercial international*" (A/CN.9/460).

ancora non è permesso agli arbitri concedere le misure cautelari e demandano la competenza ai tribunali ordinari.

Quest'ultima soluzione tuttavia svisciva la rilevanza della volontà delle parti dato che, se questa hanno inteso derogare la giurisdizione ordinaria, si deve intendere l'abbiano fatto per tutti gli aspetti della lite. In materia l'art. 17 della Legge Modello Uncitral sull'arbitrato commerciale internazionale del 1985 già sancisce che il tribunale arbitrale ha il potere di emettere provvedimenti conservativi e cautelari, tuttavia la disposizione è applicata negli ordinamenti statuali in modo estremamente difforme: da ciò deriva l'esigenza di formare un gruppo di lavoro volto ad uniformare le regole in materia ed armonizzare le normative nazionali.

Il testo del progetto di art. 17 predisposto dall'ente prevede che:

“1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires.

2) Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment, avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) *De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché;*

b) *De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice [, ou de porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même];*

c) *De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou*

d) *De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.*

3) *La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral que:*

a) *Un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et*

b) *Il y a une possibilité raisonnable de voir le demandeur obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.*

4) *Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur ou à toute autre partie de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure provisoire ou conservatoire.*

5) *Le demandeur divulgue sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire.*

6) *Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire qu'il a accordée, à tout moment, à la demande de l'une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition d'en aviser préalablement les parties.*

6 bis) *Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal peut ordonner le versement de frais et de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure.*

7) a) *[Sauf convention contraire des parties,] lorsque la divulgation préalable d'une mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure, le demandeur peut former sa demande sans en aviser cette partie et demander une mesure préliminaire [l'enjoignant à préserver*

le statu quo jusqu'à ce qu'elle se soit manifestée auprès du tribunal et que celui-ci se soit prononcé sur la demande].

b) Les dispositions des paragraphes [2),] 3), 5), 6) et 6 bis) du présent article s'appliquent à toute mesure préliminaire que le tribunal arbitral peut accorder en vertu du présent paragraphe.

c) [Le tribunal arbitral peut accorder une mesure préliminaire s'il conclut que la mesure provisoire demandée risque autrement d'être compromise avant que toutes les parties puissent être entendues.]

d) Une fois que le tribunal arbitral a pris une décision concernant une mesure préliminaire, il adresse immédiatement notification à la partie contre laquelle cette mesure préliminaire est dirigée de la demande, de la mesure préliminaire, le cas échéant, et de toutes autres communications entre une partie quelconque et le tribunal arbitral relative à la demande [, à moins qu'il ne décide [conformément à l'alinéa i) du présent paragraphe] qu'une telle notification devrait être différée jusqu'à exécution par une juridiction étatique ou expiration de la mesure préliminaire].

e) La partie contre laquelle l'ordonnance préliminaire est dirigée a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et [en tout état de cause] dans un délai ne dépassant pas

48 heures après la notification, ou à toutes [autres] dates et heures [antérieures] appropriées dans les circonstances.

f) Une mesure préliminaire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'a ordonnée, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie sous la forme d'une mesure provisoire ou conservatoire [ou sous toute autre forme]. Cette confirmation, prorogation, ou modification n'intervient qu'après que la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments.

g) Le tribunal arbitral fait obligation au demandeur de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure préliminaire.

h) Tant que la partie contre laquelle la mesure préliminaire est dirigée n'a pas présenté ses arguments en vertu de l'alinéa e) ci-dessus, le demandeur a l'obligation d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes pour sa décision d'accorder ou non une mesure préliminaire au vertu de l'alinéa c) ci dessous”⁴.

⁴ Progetto di modifica dell'art. 17 della convenzione relativo all'assemblea generale del 26/07/2004, A/CN.9/WG.II/WP.131.

Restano ovviamente i problemi di applicabilità della misura cautelare arbitrale nei confronti dei terzi, ovvero *inaudita altera parte*.

La seconda questione riguarda la possibilità di riconoscere efficacia esecutiva ai provvedimenti cautelari emessi dagli arbitri, specie qualora si tratti di arbitrati internazionali, in cui la misura dovrebbe essere eseguita in stati che nulla hanno a che vedere con l'oggetto della lite, per cui si rende necessario una sorta di "regime di assistenza" nella esecuzione⁵.

Uno dei vantaggi dell'arbitrato, ossia la libertà di scelta della sede dove si svolgerà a seconda delle proprie esigenze a prescindere da un legame con l'oggetto della lite, ad esempio per la comodità per le parti e per gli arbitri, per l'esistenza di determinati servizi, finisce per renderne più difficoltosa l'applicazione.

Il gruppo di lavoro avrà pertanto l'obiettivo, *in primis*, di far riconoscere la possibilità di emettere tali provvedimenti; in secondo luogo, di farne riconoscere l'imperatività, ed infine di

⁵ Nella versione francese della relazione del 14/01/2000 si legge che "*en faveur de cette force exécutoire, on avance généralement des arguments tels que le fait qu'une sentence définitive n'aura probablement que peu de valeur pour la partie gagnante si des actes de la partie récalcitrante ont rendu l'issue de la procédure largement sans effet (en raison par exemple, de la dispersion des actifs, ou de leur transfert dans une autre juridiction); ou le fait qu'il faudrait empêcher une perte ou un dommage évitable (par exemple si une partie refuse de prendre des précautions sur un chantier ou si elle ne poursuit pas le travaux pendant la procédure de règlement du litige).*"

permetterne l'automatico riconoscimento e l'eseguibilità all'interno dello stato come all'esterno.

La medesima commissione d'altro canto si occupa anche dell'arbitrato *on line* (o *en ligne*) con la collaborazione del gruppo di lavoro sul commercio elettronico.