

Benedetta Coppo

---

**PROVVEDIMENTI CAUTELARI E  
ARBITRATO INTERNAZIONALE: LE MISURE  
CAUTELARI *EX PARTE* NEI LAVORI DI  
REVISIONE DELL'ART. 17 DELLA LEGGE  
MODELLO *UNCITRAL***

---

Estratto



## Provvedimenti cautelari e arbitrato internazionale: le misure cautelari *ex parte* nei lavori di revisione dell'art. 17 della legge modello *UNCITRAL*

SOMMARIO: 1. La tutela cautelare nello sviluppo dell'arbitrato commerciale internazionale. — 2. I lavori dell'*UNCITRAL* per la revisione della legge modello e il dibattito sull'articolo 17. — 2.1. Le ragioni dei sostenitori delle misure cautelari *ex parte*... — 2.2. ... e le argomentazioni degli oppositori. — 2.2.1. La posizione del *Club of Arbitrators* della Camera arbitrale di Milano. — 3. Il compromesso raggiunto sulle misure cautelari *ex parte* nel *Chapter IV-A*. — 3.1. Cenni sulla prospettiva italiana in rapporto al compromesso. — 4. Conclusioni.

1. — La rapidità è una delle caratteristiche da sempre attribuite all'arbitrato. In ambito internazionale, l'arbitrato si sviluppa come alternativo ad un processo davanti all'autorità giudiziaria statale, rispetto al quale risulta essere una sede neutrale per la risoluzione dei conflitti, un procedimento slegato da formalismi processuali, adattabile alle peculiarità del singolo caso e, appunto, più rapido<sup>(1)</sup>. Nel corso degli ultimi trent'anni si è assistito ad una sempre crescente diffusione dell'arbitrato internazionale sulla scia dell'incessante espansione dei traffici commerciali. Sono stati gli stessi protagonisti di tale scenario a premere per uno sviluppo dell'arbitrato<sup>(2)</sup>. I legislatori nazionali<sup>(3)</sup>, così come le istituzioni arbitrali<sup>(4)</sup>, hanno sostenuto

(1) BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, p. 12 « [...] poiché le diverse tradizioni culturali e condizioni politiche ed economiche originano concezioni giuridiche diverse, la stessa composizione delle controversie si rileva più complessa e, quindi, più lunga e costosa. D'altro canto, proprio perché consapevole di queste differenti concezioni giuridiche, nessuna delle parti di un contratto transnazionale, è disponibile a sottomettersi ai giudici nazionali dell'altra parte per non offrire a questa il vantaggio tattico di giocare in casa davanti ai propri giudici, nella propria lingua, secondo regole di procedura ad essa più familiari ».

(2) BERNARDINI, *op. cit.*, p. 12 « Le parti di un contratto del commercio internazionale sono spesso radicate in ambienti geograficamente, culturalmente e politicamente molto diversi. È importante per esse, pertanto, poter regolare le controversie insorgenti da tali rapporti in modo da non turbare l'attività di collaborazione tra partners commerciali, con un meccanismo ispirato a quell'elemento che è la chiave per il successo di queste relazioni: la fiducia reciproca ».

(3) BÖCKSTIEGEL, *The Role of National Courts in the Development of an Arbitration Culture*, in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress 1998*, a cura di A.J. van den Berg, L'Aia, 1999, p. 224 ss. « [...] the rise of international commercial arbitration is mainly due to the fact

l'interesse della classe economica ad avvantaggiarsi di uno strumento flessibile per la risoluzione dei conflitti.

Tuttavia, assumendo sempre più il ruolo di via ordinaria per la risoluzione delle controversie commerciali internazionali, l'arbitrato ha progressivamente assimilato alcuni degli appesantimenti processuali in alternativa ai quali era sorto, tra cui una eccessiva durata dei procedimenti<sup>(5)</sup>, fino a delinearne quella che alcuni aa. descrivono da tempo come una sorta di involuzione dell'istituto<sup>(6)</sup>. Si rinnova dunque l'esigenza di riconoscere nell'arbitrato uno strumento rapido ed efficace, in grado di

that the business community in most countries involved in international trade and investment prefers arbitration to court jurisdiction for a number of reasons [...]. States themselves have, of course, recognized this interest in many ways such as ratification of the New York Convention [...] as well as by enacting more modern and liberal arbitration statutes in the recent past. In this environment, the courts could not close their eyes to the national interest involved promoting their country's participation in international trade and the appreciation of this interest has certainly to some extent contributed to the change of the attitude of national courts with regard to international arbitration»; SAMUEL, *Arbitration in Western Europe - A Generation of Reform*, in *Arbitration International*, 1991, p. 319 ss. Ad oggi gli Stati che hanno ratificato la convenzione di New York del 1958 sono 137 (come da elenco in [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)). Inoltre, si consideri ad esempio che la legislazione in materia di arbitrato è stata rinnovata in Francia nel 1981, in Svizzera nel 1987, in Inghilterra nel 1996, in Germania nel 1998, in Svezia nel 1999, in Spagna nel 2003, in Austria e in Italia nel 2006 (per l'Italia v. *infra*).

(4) Ad es., l'ICC (*International Chamber of Commerce*) e la LCIA (*London Court of International Arbitration*) hanno rinnovato i propri regolamenti di arbitrato nel 1998, lo *Stoccolhm Arbitration Institute* nel 1999, la AAA (*American Arbitration Association*) nel 2004 e ancora nel 2006, la Camera arbitrale di Milano nel 2004.

(5) RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrato semplificato e arbitrato su soli documenti*, in *Foro pad.*, 1990, II, c. 35 «[...] di fronte a vistose disfunzioni messe in evidenza da talune vicende arbitrali, si potrebbe essere portati a ritenere che l'istituto arbitrale contenga in sé oltre ad elementi positivi [...] anche elementi negativi congeniti [...]. Ciò non è peraltro, a mio avviso, un difetto innato dell'arbitrato, ma dipende da un — per nulla obbligatorio — modo di gestire le procedure arbitrali e inoltre dall'uso e abuso delle impugnazioni» (enfasi in originale nel testo).

(6) MUSTILL, *Comments on Fast-Track Arbitration*, in *Journ. Internat. Arb.*, 1993, 4, p. 122 s. «[...] nearly forty years ago [...] the procedure was, by definition, fast-track. That was why the parties chose it as their method of resolving disputes. What has changed in the last forty years is the creation of the new, slow-track arbitration which is the kind of arbitration which is the subject of almost everything written and spoken on the subject [...]. I believe that contemporary international arbitration is in a condition which may, without exaggeration, be described as pathological»; BRINER, *Some Thoughts on Recent Developments in International Arbitration*, in *Arbitration*, 1999, 4, p. 255 «The only predictions which can at present time be made with reasonable certainty is that international trade and investment have a tendency to continue growing. With this increase, causes of conflicts and disputes will also become more numerous and therefore the demand for methods to resolve such disputes will continue to grow»; MÜLLER, *Fast-Track Arbitration, Meeting the Demands of the Next Millennium*, in *Journ. Internat. Arb.*, 1998, 3, p. 16 «[...] the character of commercial arbitration has changed. It has become more complex and more legalistic and the result is that time-consuming and expensive arbitral procedures have become a common phenomenon»; FORTIER, *The Minimum Requirements of Due Process in Taking Measures Against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration - A Few Plain Rules and a Few Strong Instincts*, in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress 1998, cit., p. 407 «It used to be said that parties who chose international arbitration as a means of dispute resolution generally did so because they perceived the process to be more informal, more confidential, more expeditious and less expensive than litigation. This is no longer the case [...]. No longer an alternative mode of di-

adattarsi alle esigenze specifiche dei litiganti<sup>(7)</sup>. La procedura arbitrale può infatti subire notevoli rallentamenti o appesantimenti, soprattutto in ambito internazionale, ad esempio per la complessità della controversia o per il ricorso a tattiche dilatorie operate dalle parti<sup>(8)</sup>. In tale contesto, la tutela cautelare può rivestire anche per l'arbitrato la funzione che le è propria di preservare i diritti delle parti per il tempo necessario a farli valere<sup>(9)</sup>. Riguardo all'arbitrato internazionale, ragioni quali l'oggettiva difficoltà ad adire il giudice statale di un paese estero, magari anche in lingua straniera, motivi di economia processuale e di unicità del giudizio, unitamente al rischio di pregiudicare la riservatezza del procedimento — altra caratteristica dell'arbitrato — hanno contribuito a far riconoscere, da un punto di vista comparatistico, come incontestabilmente opportuno il potere degli arbitri di assumere provvedimenti cautelari<sup>(10)</sup>.

Rispetto a tale scenario, l'UNCITRAL<sup>(11)</sup> (*United Nation Commission on International Trade Law*) ha impostato i propri lavori di predisposizione della legge modello sull'arbitrato commerciale internazionale del 1985<sup>(12)</sup> con la finalità di presentare ai legislatori nazionali un modello legislativo da recepire o cui ispirarsi, allo scopo di armonizzare la disciplina della materia arbitrale e fornire ad arbitri, avvocati e professionisti impegnati nella risoluzione di conflitti internazionali un panorama normativo uniforme, derivato dalle esigenze della prassi maturata. Conseguentemente, nella legge modello, l'UNCITRAL ha riconosciuto agli arbitri il potere di emettere provvedimenti cautelari. L'articolo 17 — nella sua originaria versione — prevedeva infatti che «Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party

spute resolution, international arbitration has become, to great extent, the only game in town.» (enfasi in originale nel testo).

(7) MÜLLER, *op. cit.*, p. 5 «[...] it has been questioned whether arbitration does in fact offer a speedy resolution [...]. Today, not only are large corporations involved in international transactions, but also small and medium-sized enterprises, the latter being actively supported by the European Union [...]. This development has resulted in an increase of smaller disputes which, in turn, has raised the demands of more effective means of dispute resolution [...]».

(8) BÖCKSTIEGEL, *Some Major Changes in International Arbitration: The Past, The Perspective*, in *Arbitration*, 1999, 4, p. 246 «With the growth in the number of cases and in experience of all kinds of problems that may be met in particular disputes, rules of procedure have had to be developed to try to deal with most foreseeable difficulties in order to avoid arbitral procedures being blocked, sabotaged or manipulated by unwilling respondents, party-appointed arbitrators and national entities.»

(9) BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 13; LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 455.

(10) Nel presente scritto si farà riferimento a provvedimenti o misure cautelari con l'intento di comprendervi provvedimenti di diversa natura, cautelare vera e propria, anticipatoria o d'urgenza, anche in vista delle differenze esistenti tra i vari ordinamenti nazionali relative sia a questioni terminologiche sia all'oggetto dei provvedimenti (ad esempio, in paesi di lingua inglese si parla di *interim, provisional, conservatory* o *protective measures*, mentre in francese di *mesures provisoires et conservatoires*).

(11) [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

(12) V., sulla legge modello, BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*<sup>2</sup>, Londra, 2005; SANDERS, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, L'Aia, 2004; HOLTZMANN-NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, L'Aia, 1989.

to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure». I legislatori nazionali stranieri che hanno adottato la legge modello, e quelli che vi si sono ispirati, così come i regolamenti delle principali istituzioni arbitrali nelle loro più recenti versioni, riconoscono ora tale potere<sup>(13)</sup>.

2. — Nel 1999 l'UNCITRAL ha individuato una serie di temi rispetto ai quali si rendeva ormai necessaria una revisione della legge modello, al fine di attualizzarne il dettato rispetto ai più recenti sviluppi della prassi internazionale. La commissione ha così incaricato il *working group II (arbitration and conciliation)* di avviare un tavolo di discussione tra legislatori nazionali ed esperti della materia sui punti di più urgente analisi, tra i quali le misure cautelari. Benché, come visto, in diritto comparato il potere degli arbitri di assumere provvedimenti cautelari sia stato tendenzialmente riconosciuto, il rapporto tra arbitrato internazionale e tutela cautelare aveva vissuto un'evoluzione controversa a causa di una pluralità di problemi. I legislatori nazionali e la prassi delle istituzioni arbitrali hanno prodotto soluzioni eterogenee rispetto al riconoscimento di tale potere, al coordinamento con il concorrente potere dei giudici statali ed alla disciplina dell'esecuzione dei provvedimenti assunti dagli arbitri. In questo senso, lo spirito armonizzante della legge modello andava «riconfermato» rispetto alla tutela cautelare, tema importante e spesso decisivo per il successo del procedimento arbitrale<sup>(14)</sup>.

(13) Ad oggi, stando ai dati dell'UNCITRAL, i paesi che hanno adottato la legge modello sono 53 ([www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)), tra cui ad esempio Austria, Spagna, Germania, Norvegia. Anche Stati che pur non hanno adottato la legge modello, ma che vi si sono ispirati, o che vantano comunque un ambiente tradizionalmente favorevole all'arbitrato internazionale, hanno assunto disposizione che prevedono il potere per gli arbitri di assumere provvedimenti cautelari, così in Inghilterra, Svizzera e Francia (in quest'ultima però tale potere non è espressamente previsto ma riconosciuto implicitamente). Da un punto di vista comparativo, dopo le recenti riforme di Austria (2006) e Spagna (2004), l'Italia è ormai citata come uno dei pochi esempi di legislazioni nazionali in cui si faccia espresso divieto agli arbitri di assumere misure cautelari (v. *infra*). Tra le istituzioni arbitrali, v. per l'ICC l'art. 23 del regolamento arbitrale del 1998, per lo *Stockholm Arbitration Institute* l'art. 31 del regolamento arbitrale del 1999, per la *LCIA* l'art. 25 del regolamento arbitrale del 1998, per la *AAA* l'art. 21 del regolamento per arbitrato internazionale del 2006, per la *Camera arbitrale di Milano* l'art. 25, comma 2°, del regolamento arbitrale del 2004; inoltre, previsione analoga è contenuta nel regolamento arbitrale *UNCITRAL* del 1976 all'art. 26. Per un'analisi comparata, a livello sia legislativo sia regolamentare, v. REINER, *Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage Cci*, in *Journ. dr. internat.*, 1998, 4, p. 853 ss.; POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 17 ss.; PLOUDRET-BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, 2002, p. 548 ss.; LEW-MISTELIS-KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, p. 585 ss.. Dai riferimenti qui indicati, si evince che il potere degli arbitri di adottare provvedimenti cautelari, quando è riconosciuto, viene però disciplinato con soluzioni eterogenee: ad esempio, alcuni ordinamenti consentono alle parti di attribuire tale potere, mentre altri lo ritengono implicito nelle funzioni dell'arbitro.

(14) Sul tema in generale v. YEILIMAK, *Provisional Measures in International Commer-*

A partire dal 2000 il *working group*, che si riunisce due volte l'anno, ha avviato un progetto di integrazione della disciplina della legge modello sull'aspetto più problematico relativo ai provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale, cioè il momento dell'esecuzione<sup>(15)</sup>. Infatti, questo aspetto non era disciplinato dall'originario articolo 17, così come nulla era detto dell'efficacia delle misure cautelari adottate dagli arbitri, né delle condizioni necessarie per assumerle. Il *working group* si proponeva quindi di presentare alla commissione una proposta di revisione in cui venissero chiariti tre aspetti fondamentali, e cioè la definizione delle condizioni in base alle quali gli arbitri possono emettere i provvedimenti cautelari, la disciplina del necessario coordinamento tra il provvedimento emesso dagli arbitri e l'esecuzione del medesimo da parte dei giudici statali, e il riconoscimento del concorrente potere del giudice statale di assumere provvedimenti cautelari a sostegno del procedimento arbitrale. Nelle intenzioni del *working group* tale proposta si sarebbe concretizzata con la revisione dell'articolo 17 e l'introduzione di due nuove disposizioni, presumibilmente da rubricarsi come articoli 17-bis e 17-ter.

Solo durante la riunione di gennaio 2006 il *working group* ha però raggiunto una proposta definitiva, presentata alla commissione in luglio e che, come vedremo, ha finito per concretizzarsi in una struttura ben più articolata di quanto non si ipotizzasse in origine. La ragione principale del protrarsi per oltre cinque anni dei lavori sta nel fatto che il *working group* ha vissuto un'*impasse* legata alla possibilità di prevedere nel dettato della legge modello il potere per gli arbitri di assumere provvedimenti cautelari *inaudita altera parte* (misure cautelari «ex parte», così nei documenti ufficiali *UNCITRAL* e nel presente scritto)<sup>(16)</sup>. La proposta di includere espres-

*cial Arbitration*, L'Aia, 2005; REDFERN, *Interim Measures*, in *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, a cura di Newman-Hill, New York, 2004, p. 217 ss.

(15) Per una cronologia dei lavori, v. documenti ufficiali disponibili su [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) selezionando dalla *home-page* la pagina dedicata al *working group II*. Ai lavori partecipano le delegazioni nazionali e i rappresentanti delle istituzioni arbitrali internazionali e delle organizzazioni non governative, che a differenza delle prime hanno funzione di osservatori e partecipano attivamente alla discussione pur senza diritto di voto.

(16) Per una ricostruzione dei lavori, e del relativo dibattito, v. MONDRAGÓN-LÓPEZ, *Medidas cautelares ex-parte en arbitraje internacional: la reforma del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL*, in *Reporte en Línea*, Centro de Arbitraje de México, 22, febbraio 2006; SORIEUL, *UNCITRAL's Current Work in the Field of International Commercial Arbitration*, in *Journ. Internat. Arb.*, 2005, 6, p. 543 ss.; MALINVAUD, *Proposed Amendments to the UNCITRAL Model Law on Interim Measures. The Compromise Text on Ex-Parte Interim Measures*, relazione al convegno *Key Current Issues in International Arbitration*, a cura di IFCAL, Washington D.C., 3 giugno 2005; SCHNEIDER, *UNCITRAL working group II, 42<sup>nd</sup> Session, Summary Report*, relazione al convegno *Misure cautelari nella giurisdizione statale e arbitrale*, a cura di GASI, Lugano, 24 maggio 2005; FERNÁNDEZ-ARROYO, *Acerca de la introducción de las llamadas medidas cautelares ex-parte en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional*, in *DeCITA derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, 2005, p. 328 ss.; SAUDERS-WALKER, *Commission of International Trade Law Mulls Arbitration Rules: Controversy over Proposal That Article 17 Be Extended to Empower Arbitrators to Grant Interim Measures on an Ex-parte Basis*, in *Lloyd's List*, 26 gennaio 2005; HOBÉR, *Traiblazers v. the Conservative Crusaders, or Why Arbitrators Should Have the Power to Order Ex Parte Interim Relief*, in *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress 2004, a cura di van den Berg, L'Aia, 2004, p. 272 ss.; FRY, *Interim Measures of Protection:*

samente tale potere ha determinato una vera e propria frattura tra i delegati che partecipavano ai lavori introducendo un tema estremamente controverso e conflittuale. Tale proposta veniva presentata dalla delegazione degli Stati Uniti nella sessione dei lavori dell'ottobre 2002<sup>(17)</sup> e riceveva il sostegno di delegazioni nazionali, quali Svizzera, Messico, Spagna, Croazia, Singapore, così come dell'Associazione svizzera dell'arbitrato (ASA). Da subito, altre delegazioni, tra cui Regno Unito, Francia e Belgio, si dichiaravano manifestamente, e diametralmente, contrarie. In aperta opposizione si è inoltre mostrata la maggioranza delle delegazioni presenti in rappresentanza delle istituzioni o associazioni internazionali più vicine alla prassi arbitrale, fra cui l'ICC (*International Chamber of Commerce*)<sup>(18)</sup>, il *Forum for International Commercial Arbitration*, la PCA (*Permanent Court of Arbitration*) e il *Club of Arbitrators* della Camera arbitrale di Milano. Il dibattito sulle misure cautelari *ex parte* si è acceso anche al di fuori delle riunioni del *working group* ed ha coinvolto l'intera comunità arbitrale internazionale, anche nel corso di convegni e conferenze organizzati in occasione delle celebrazioni per i vent'anni della legge modello.

L'animata discussione, che muoveva dalla possibilità di prevedere espressamente il potere per gli arbitri di assumere provvedimenti cautelari sia in contraddittorio pieno tra le parti (*inter partes*)<sup>(19)</sup> sia *ex parte*, si è estesa in séguito alla questione dell'efficacia di questi ultimi ed alle modalità di riconoscimento ed esecuzione ad opera dei giudici nazionali.

2.1. — I promotori della proposta ritenevano, e ritengono, che vi siano degli argomenti decisivi a fondamento del potere degli arbitri di emettere dei provvedimenti cautelari *ex parte*. In primo luogo, essi hanno evidenziato come esistano delle circostanze in cui solo un provvedimento assunto *ex parte* possa dirsi efficace, ad esempio quando sia necessario assicurare l'integrità di un mezzo di prova essenziale alla decisione nel merito o congelare i beni di una parte per garantire che non venga pregiudicata l'esecuzione del lodo. In queste ipotesi, in arbitrato come nel processo ordinario, solo un ordine capace di sorprendere la parte cui è diretto, o che intervenga d'urgenza, potrà garantire una tutela efficace.

Inoltre, l'arbitrato internazionale è spesso scelto dalle parti quale foro neutrale rispetto agli ordinamenti nazionali. Resta il rischio che il ricorso ad un giudice statale per l'ottenimento di un provvedimento cautelare

*Recent Developments and the Way Ahead*, relazione al convegno LCIA/AMINZ Seminar, Auckland, 20 febbraio 2003.

<sup>(17)</sup> La posizione USA, sostenuta in prima persona da Howard M. Holtzmann, è contenuta nel documento ufficiale A/CN.9/WG.II/WP.121.

<sup>(18)</sup> Nel corso della sessione di lavori del febbraio 2004, l'ICC ha indicato la propria posizione in una proposta formalizzata al *working group* nel documento ufficiale A/CN.9/WG.II/129.

<sup>(19)</sup> Nel presente scritto l'espressione *inter partes* è utilizzata al fine di indicare i provvedimenti cautelari assunti dagli arbitri in contraddittorio pieno tra le parti (*audita altera parte*), in contrapposizione a quelli disposti *ex parte*. L'espressione è così impiegata in YEILIMAK, *op. cit.*, p. 220 ss.

possa pregiudicare la neutralità contrattualmente determinata dalle parti al momento della sottoscrizione dell'accordo arbitrale. Da tale premessa, i fautori delle *ex parte* hanno tratto conferma dell'esigenza di rendere l'arbitrato internazionale efficiente e, per quanto possibile, autonomo — *self-contained* — rispetto all'intervento dei giudici statali, anche in considerazione dell'importanza della tutela cautelare nell'attuale sviluppo dei contratti internazionali. Il potere degli arbitri di emettere anche misure cautelari *ex parte* garantirebbe alle parti di restare nell'ambito della competenza arbitrale che hanno scelto e di evitare di rivolgersi ad un giudice nazionale. Nell'opinione dei sostenitori, le garanzie ed il sistema di condizioni necessarie per ottenere tali misure, come illustrati durante le riunioni del *working group*, sono sufficienti ad escludere che la parte richiedente possa in alcun modo abusare o trarre indebito vantaggio dal provvedimento assunto *ex parte*. Al contrario, la possibilità di ottenere questi provvedimenti garantirebbe un equo trattamento delle parti nel corso dell'arbitrato, come nel caso appunto di elementi di prova che potrebbero rilevarsi essenziali e la cui integrità possa venire compromessa dal comportamento della controparte.

A corollario di quanto affermato, e per le medesime ragioni, i promotori delle misure *ex parte* caldeggiavano che anche il procedimento davanti all'autorità giudiziaria ordinaria per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione di questi provvedimenti si svolgesse *ex parte*, in modo da non coinvolgere controparte fino al momento dell'opposizione all'esecuzione.

Secondo i fautori delle misure cautelari *ex parte*, proprio in un momento storico in cui gli arbitrati internazionali risultano sempre più complessi e la crescente litigiosità delle parti ostacola una conduzione efficiente del procedimento, è importante rinforzare la posizione dell'arbitro garantendogli tutti gli strumenti, e i relativi poteri, per esercitare il proprio ruolo serenamente ed attivamente.

2.2. — Le delegazioni contrarie ad attribuire agli arbitri il potere di emettere provvedimenti cautelari in difetto di un contraddittorio pieno tra le parti sottolineavano come, da un punto di vista generale, l'introduzione nella legge modello di un'espressa previsione che autorizzasse gli arbitri ad assumere misure cautelari *ex parte* avrebbe rappresentato un significativo cambiamento sotto molteplici profili. Il dettato legislativo della maggior parte degli ordinamenti non ha al proprio interno alcuna previsione analoga, e si renderebbero dunque necessari momenti di revisione ed adeguamento per continuare a garantire l'armonia normativa che sottende lo spirito stesso della legge modello. Non solo, tale adeguamento per dirsi efficace dovrebbe avvenire anche in tempi relativamente contenuti. Considerando che ad oggi i paesi che hanno adottato la legge modello sono cinquantatré<sup>(20)</sup>, si tratterebbe di verificare che ciascuno di questi, in cui quindi già si riconosce agli arbitri il potere di assumere provvedimenti cautelari, abbia in corso una politica sensibile alle riforme in

<sup>(20)</sup> V. *supra* nota 13.

tema di *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*) che accolga positivamente gli spunti di riforma che provengono dall'*UNCITRAL* rispetto alle misure cautelari *ex parte*. Anche i regolamenti delle principali istituzioni arbitrali, come già richiamati, non fanno menzione alcuna di tale potere nelle loro attuali versioni, e anche in questo caso di tratterebbe di prevedere uno specifico momento di revisione e adeguamento.

Che l'arbitrato possa svolgersi in maniera del tutto autonoma rispetto all'autorità giudiziaria nazionale è poi un'idea quasi utopistica, o comunque lontana dalla realtà: in ultima analisi, il riconoscimento e l'esecuzione del lodo sono rimessi comunque al giudice statale. Allo stesso modo, restano di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, o di un'istituzione arbitrale in caso di arbitrato amministrato, i momenti precedenti la costituzione del tribunale arbitrale in cui si renda necessario l'intervento di un soggetto terzo rispetto alle parti, come per la nomina dell'arbitro in difetto di una delle parti<sup>(21)</sup>. Accade spesso che i provvedimenti d'urgenza vengano richiesti nel momento stesso in cui la lite sorge o nell'immediato avvio dell'arbitrato, e quindi prima che il tribunale arbitrale si sia costituito. Più costruttiva, e praticabile, parrebbe la via diretta a tracciare un percorso parallelo e collaborativo tra arbitri e giudici nazionali, in cui questi ultimi assistono in funzione cooperativa, e non intrusiva, allo svolgimento del procedimento arbitrale. È da ritenere che alcuni dei principali ordinamenti nazionali abbiano già maturato uno spirito costruttivo tra giurisprudenza delle corti ordinarie e arbitrati<sup>(22)</sup>. L'intento armonizzatore dei lavori dell'*UNCITRAL* sarebbe indirizzabile in questa stessa direzione.

Quanto all'esigenza di emettere provvedimenti la cui efficacia dipenda da una procedura *ex parte*, è facile intuire come il momento di richiesta dell'esecuzione presso il giudice nazionale resti imprescindibile ove la parte cui la misura è rivolta non adempia spontaneamente, con il rischio che si determini una duplicazione di passaggi per la parte che ha interesse a ottenere il provvedimento. In questo modo si determinerebbe un allungamento dei tempi che risulta in aperto contrasto con le esigenze di celerità poste a fondamento di una richiesta *ex parte*, oltre ad un pregiudizio irreparabile per l'effettività del provvedimento.

Gli oppositori dell'attribuzione agli arbitri del potere di emettere misure cautelari *ex parte* hanno anche sottolineato come l'applicazione pratica di tale potere sia in contrasto con il necessario rispetto dei principi generali del giusto processo, enunciati anche nella legge modello. Il riferimento degli oppositori è al rispetto del principio del contraddittorio, come sancito dall'art. 18 (*Equal treatment of the parties*)<sup>(23)</sup>, che implica il dovere degli arbitri di trattare le parti in modo equo e di garantire il loro diritto di difesa, e che

(21) Cfr. per l'ordinamento italiano l'art. 810, comma 2°, c.p.c.

(22) V. oltre nota 52.

(23) L'art. 18 della legge modello prevede: «The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case». A questa disposizione si aggiunge il dettato specifico dell'art. 24, comma 3°: «All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one of the party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document on which the Arbitral Tribunal may rely in making decisions should be communicated to the parties».

si concretizza anche nel diritto alla possibilità di sostenere le proprie ragioni in udienza, direttamente di fronte a controparte. Il contrasto con questo principio cardine dell'arbitrato — peraltro così come del processo ordinario — e i rischi che ne derivano, possono essere apprezzati ove si pensi ad esempio agli effetti decisivi che un provvedimento cautelare può avere rispetto all'attività di un imprenditore quando sia diretto ad impedirgli la vendita di una determinata partita di beni; la possibilità che questo genere di provvedimenti venga emesso in assenza di un contraddittorio pieno tra le parti ne rende estremamente delicata l'assunzione. Infatti, in arbitrato può essere molto difficile delineare un sistema di garanzie che consenta di tutelare la parte contro cui il provvedimento è richiesto dai potenziali danni che potrebbero occorrergli. Ancora, una qualche violazione del principio del contraddittorio in fase di tutela cautelare potrebbe avere ripercussioni sull'intero arbitrato, fino a condurre ad un'impugnazione del lodo in base alla convenzione di New York, art. V, comma 1°, lett. b)<sup>(24)</sup>.

Altro principio che verrebbe contraddetto è quello dell'indipendenza degli arbitri<sup>(25)</sup>, in forza sia dei contatti unilaterali che intercorrono tra l'arbitro e la parte richiedente, sia del pregiudizio che potrebbe così venirsi a creare in capo all'arbitro che conoscesse di aspetti rilevanti della controversia. Infatti, a fronte del rapporto fiduciario alla base della nomina dei giudici privati, la parte richiedente si troverà nella condizione di dover dimostrare agli arbitri i fondamenti minimi della propria pretesa in assenza della controparte, e il medesimo tribunale arbitrale che si esprime sulla richiesta della misura *ex parte* sarà poi chiamato pronunciarsi sul merito della controversia<sup>(26)</sup>. Per il tribunale arbitrale potrebbe poi risultare difficile scostarsi dalle ragioni che hanno giustificato la concessione di tale provvedimento (o da quelle che l'hanno indotto a negarlo). Se anche così non fosse, l'apparenza di un giudizio finale assunto in piena indipendenza ed autonomia potrebbe risultare compromessa dal *pre*-giudizio espresso in sede cautelare. In questi termini, si profilerebbe uno sbilanciamento delle posizioni delle parti in arbitrato, che neanche un'immediata

(24) *New York convention*, art. V, comma 1°, lett. b): «Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (b) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case;». La disposizione è peraltro puntualmente ripresa nel dettato della medesima legge modello all'art. 36, lett. a, ii).

(25) V. art. 12, comma 1°, della legge modello sulla ricsuzione dell'arbitro in cui si enuncia: «When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him».

(26) Questo spunto di critica rileva soprattutto per rapporto a quegli ordinamenti in cui il giudice della tutela cautelare non coincide con il giudice che deciderà il merito della controversia cui la tutela richiesta si riferisce, v. *DERAINS, L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte*, in *Gaz. Pal.*, 2003, 310, p. 15.

e dettagliata informativa di tutte le comunicazioni che sono intervenute tra richiedente e tribunale arbitrale sarebbe sufficiente a riequilibrare.

A detta di coloro che si sono opposti alle misure cautelari *ex parte*, non ci sarebbe bisogno alcuno di dotare gli arbitri internazionali di tale potere<sup>(27)</sup>. Come si accennava, l'arbitrato non può definirsi *self-contained* perché gli arbitri sono carenti di *imperium*, e non possono imporre l'esecuzione del provvedimento che ordinano. Quand'anche le parti dell'arbitrato adempiano spontaneamente l'ordine emesso degli arbitri, per rispetto dell'autorità di un tribunale cui esse stesse hanno rimesso la definizione della controversia o per timore delle conclusioni che gli arbitri potrebbero trarre da un mancato adempimento, gli arbitri nulla potrebbero nei confronti di soggetti che non abbiano sottoscritto l'accordo arbitrale. Di fronte ad effettive ragioni di urgenza, la carenza di poteri coercitivi dovrebbe far propendere la parte interessata a ricorrere direttamente all'autorità giudiziaria ordinaria competente. Il potere per i giudizi nazionali di ordinare provvedimenti cautelari durante il procedimento arbitrale è peraltro già previsto dall'articolo 9 della legge modello<sup>(28)</sup>. Proprio rispetto a questo potere, coloro che hanno avvertito le misure *ex parte* hanno costantemente richiamato l'attenzione del *working group* sulla necessità di uniformare la disciplina dei provvedimenti cautelari assunti dai giudici statali a sostegno dell'arbitrato internazionale.

2.2.1. — A sostegno della diffusione della cultura dell'arbitrato internazionale, la Camera arbitrale di Milano ospita la riunione annuale del *Club of Arbitrators*<sup>(29)</sup>, associazione che da oltre 15 anni offre ai propri membri un tavolo di confronto tra esperti e pratici dell'arbitrato internazionale, e di cui ad oggi fanno parte 44 arbitri internazionali. Grazie al prestigio e all'esperienza dei propri rappresentanti, il Club è stato invitato a partecipare ai lavori di revisione della legge modello *UNCITRAL*. Di fronte alla proposta statunitense, il Club aveva assunto una posizione critica, adottando una dichiarazione ufficiale (*declaration*) nell'ottobre del 2002<sup>(30)</sup>, in cui i membri esprimevano perplessità rispetto al riconosci-

(27) NAIMARK-KEER, *Analysis of UNCITRAL Questionnaires on Interim Relief*, in *International Arbitration Report*, 2001, 3, p. 23 ss.: in base allo studio condotto, su 50 arbitrati in cui è stata presentata istanza per ottenere un provvedimento cautelare, solo in un caso cioè è avvenuto *ex parte*.

(28) L'art. 9 della legge modello prevede: «It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure».

(29) Le lingue ufficiali del *Club of Arbitrators*, con cui i membri operano e comunicano, sono l'inglese e il francese. Non si ha pertanto traduzione ufficiale del nome del Club in italiano, e nel presente scritto verrà rispettata la denominazione inglese.

(30) In *Rev. arb.*, 2002, 4, p. 1074 s. A testimoniare la sincera preoccupazione dei membri del Club, si consideri che la *declaration* interviene a pochi giorni di distanza dalla presentazione della proposta USA nel corso della riunione annuale del Club, la cui agenda viene rivista appunto alla luce dei lavori del *working group*. Sulla *declaration* del 2002 v. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Compte rendu du colloque d'arbitres de la Chambre Arbitrale de Milan (10 octobre 2002) « Mesures provisoires et conservatoires et arbitrage international »*, in *Rev. arb.*, 2003, 2, pp. 285-287.

mento in seno alla legge modello del potere degli arbitri di adottare dei provvedimenti cautelari *ex parte*, e suggerivano al *working group* di estendere le consultazioni su di un tema così controverso prima di assumere qualunque decisione. Come già detto, il dibattito si è effettivamente esteso all'intera comunità arbitrale ed è stato animato anche da alcuni rilevanti scritti apparsi su pubblicazioni internazionali a firma di esponenti del Club di Milano<sup>(31)</sup>. Il protrarsi della discussione ha poi indotto il Club ad adottare una seconda *declaration* nell'ottobre del 2004<sup>(32)</sup>, nella quale i membri ribadivano le proprie perplessità e preoccupazioni sulle misure *ex parte* quanto ai rischi connessi alla violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, nonché all'appesantimento dello stile redazionale della nuova disciplina in netto contrasto con le restanti disposizioni della legge modello ed atta ad offrire l'occasione per tattiche dilatorie delle parti (*counterproductive in offering malign new opportunities for procedural mischief*). In via generale, il Club sottolineava come la prassi dell'arbitrato internazionale non abbia evidenziato alcuna necessità di attribuire tale potere agli arbitri. La posizione del Club è stata peraltro presentata direttamente ai delegati del *working group* da uno dei suoi membri più illustri, Pierre Lalive, che ha sottolineato come le misure cautelari *ex parte* siano contrarie allo spirito consensuale dell'arbitrato e possano pregiudicare la fiducia che le parti ripongono in questo strumento di risoluzione delle controversie.

3. — Nel corso della sessione dei lavori tenutasi a New York nel gennaio 2005<sup>(33)</sup>, il *working group* è arrivato a delineare i contenuti di un possibile compromesso tra le diverse posizioni in materia di misure cautelari *ex parte*. Il potere degli arbitri di ordinare tali misure è stato in fine ammesso a fronte di una serie di importanti garanzie che vedremo. Il compromesso è stato definito dal *working group* nel corso delle due sessioni successive ed infine recepito dalla commissione nel corso dell'ultima sessione<sup>(34)</sup> con cui si è provveduto ad integrare il testo della legge modello.

Tuttavia, nella ricostruzione delle modifiche occorre partire da un dato formale, poiché anche la redazione delle disposizioni della legge modello che hanno recepito le novità sulle misure cautelari si è dimostrata tutt'altro che semplice. La proposta iniziale di rubricare i tre articoli 17, 17-bis e 17-ter, rispettivamente dedicati alla disciplina dei provvedimenti cautelari emessi dagli arbitri, al loro riconoscimento ed esecuzione, ed al concorrente potere dei giudici statali, è stata abbandonata in favore dell'inserimento di un nuovo capo, l'attuale *Chapter IV-A*<sup>(35)</sup>, in cui l'intera

(31) DERAIS, *op. cit.*, p. 14 ss.; VAN HOUTTE, *Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*, in *Arbitration International*, 2004, 1, p. 85 ss.

(32) In *ASA Bulletin*, 2004, 4, p. 746 ss.

(33) 42<sup>nd</sup> Session, New York, 10-14 January 2005, A/CN.9/589.

(34) 39<sup>th</sup> Session, New York, 19 June-7 July 2006, A/61/17.

(35) La versione definitiva del nuovo *Chapter IV-A* è contenuta nel verbale ufficiale della XXXIX sessione di lavori della commissione delle Nazioni Unite di giugno-luglio 2006 a New York (A/61/17), ed è stato adottato sulla base del verbale della sessione di lavori del wor-

materia è stata dettagliatamente ordinata. Tuttavia, all'interno del *working group* erano state avanzate delle proposte alternative, il cui scopo comune era quello di circoscrivere la regolamentazione delle misure *ex parte*.

Alla luce del dibattito sopra esposto, tra i delegati del *working group* era stato suggerito di non disciplinare affatto la materia delle misure *ex parte*. In alternativa, era stato proposto che la loro regolamentazione, ove ammessa, non venisse inserita nelle trame dell'art. 17. Le diverse soluzioni avanzate proponevano la realizzazione di una nota a piè pagina all'art. 17 oppure di un *addendum*, un testo integrativo della legge modello ma separato. Come Pieter Sanders considera in un suo recente scritto<sup>(36)</sup>, l'introduzione di modifiche nel corpo del testo della legge modello potrebbe determinare il sorgere di situazioni anomale e contrastanti con gli intenti armonizzatori dell'*UNCITRAL*. Potrà infatti accadere che, mentre alcuni tra gli stati che già hanno adottato la legge modello scelgano di adeguarsi alle nuove disposizioni, altri si esimano dal farlo<sup>(37)</sup>.

*king group* di New York del gennaio 2006 (A/CN.9/592). Per una corretta analisi della letteratura e dei documenti qui citati, è utile precisare che il nuovo *Chapter IV-A* è stato denominato *Chapter IV-bis* in tutte le bozze del *working group*, così come l'indicazione degli articoli ivi contenuti seguiva la numerazione latina. La versione adottata contiene la modifica dell'art. 17 come riportata in allegato al presente scritto.

<sup>(36)</sup> SANDERS, *UNCITRAL's Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future*, in *Arbitration International*, 2005, 4, pp. 1-39, in particolare, in relazione alla revisione dell'art. 17, l'a. precisa a p. 38: « My suggestion would be to present the results of the revision in the form of a *Document of Recommendations*. In essence, this is not a fundamental change. In fact also, a Model Law is only a recommendation *à prendre ou à laisser*, by states adopting the ML [...]. However, in practice such Document may present some advantages compared with the production of a revised Model Law [...]. The Document of Recommendations I have in view will contain all proposals for changes or additions to the ML 1985 agreed upon in the revision process. Clearly formulated texts will be presented, accompanied with a short commentary [...]. In my opinion, it may lead to a quicker result for ending the revision process which for only two articles took several years. This approach might also give the possibility to present alternatives [...]. There is a need for modification, but this may be obtained in different ways ».

<sup>(37)</sup> In proposito si faccia ad esempio riferimento alla riforma austriaca dell'arbitrato del 2006. In primo luogo, è opportuno segnalare che l'Austria viene annoverata dall'*UNCITRAL* stesso tra i paesi la cui legislazione in materia di arbitrato si basa sulla legge modello (verbale della XXIX sessione di lavori della commissione, A/61/17, § 230 (k) p. 43). Salva diversa volontà delle parti (*opt-out*), la riforma austriaca (§ 593, comma 1°) riconosce agli arbitri il potere di assumere ad istanza di parte i provvedimenti cautelari necessari nel rispetto di un contraddittorio pieno, e di richiedere la prestazione di idonee garanzie. La legge (§ 593, comma 2°) prescrive che i provvedimenti cautelari siano assunti in forma scritta, cui è equiparata la sottoscrizione ad opera di almeno uno dei membri del collegio. Quanto all'esecuzione (§ 593, commi 3°), questa compete, su istanza di parte, alla corte statale di riferimento, cui è consentito di non procedere solo in una serie limitatissima di casi, e sempre dopo aver sentito controparte (§ 593, commi 4° ss.). Con questa riforma l'Austria introduce nel proprio ordinamento il potere degli arbitri di assumere dei provvedimenti cautelari, allineandosi così con la tendenza predominante a livello internazionale e recependo lo spirito dell'art. 17 della legge modello, nella sua versione originaria. Inoltre, la riforma regola dettagliatamente il ruolo dei giudici statali che assistono al momento esecutivo dei provvedimenti disposti dagli arbitri. È interessante rilevare tuttavia come, benché parallelamente all'adozione della riforma lo stadio dei lavori del *working group* sulle misure *ex parte* fosse già avanzato e noto alla comunità arbitrale, il legislatore austriaco abbia chiarito espressamente che gli arbitri possano ordinare un provvedimento cautelare solo dopo aver sentito la parte contro cui è diretto (« after having heard such other party »), ed abbia così escluso alla radice l'ammissibilità di procedere

Si profilerebbe così il rischio di avere in atto due versioni diverse della Legge Modello, o di tante leggi modello quanti saranno i progetti di revisione che il *working group* porterà a termine in futuro.

Preferendo una soluzione che non incidesse direttamente sull'originario contenuto della legge modello, si sarebbe evitato in primo luogo di stravolgere lo stile sintetico delle restanti disposizioni che la compongono. Inoltre, in questo modo si sarebbe rimesso ai legislatori nazionali la valutazione sul se inserire o meno l'espresso potere degli arbitri di ordinare misure cautelari *ex parte* nella propria disciplina dell'arbitrato: riportare la disciplina di tale potere in un allegato o in una nota, con una soluzione definibile *opt-in* per gli stati, avrebbe offerto lo spunto a questi ultimi per una riflessione sull'opportunità di adeguarsi alle novità della legge modello in ragione del grado di modernità raggiunto dalla propria prassi arbitrale o delle esigenze emerse dalle diverse esperienze. Come anticipato, nella versione conclusiva dei lavori ha invece prevalso una *opt-out solution*, in base alla quale è stato modificato il dettato della legge modello e spetterà poi al singolo legislatore nazionale escludere espressamente l'applicazione del nuovo *Chapter IV-A*, ove contrario alla propria tradizione arbitrale o per ragioni diverse.

La discussione tra una *opt-in* oppure una *opt-out solution* ha interessato anche la formulazione specifica della disciplina del potere degli arbitri di procedere *ex parte*. Nella redazione definitiva si riconosce tale potere agli arbitri salvo diverso accordo tra le parti (« unless otherwise agreed by the parties », art. 17-B, comma 1°), quindi con una *opt-out solution* in base alla quale le parti potranno contrattualmente stabilire di non attribuirlo. Nondimeno, era stato proposto che il potere di procedere *ex parte* potesse venir riconosciuto solo in presenza di espresso accordo delle parti (« if the parties so agree », *opt-in solution*). La proposta di rimettere alle parti il potere di autorizzare gli arbitri ad ordinare misure *ex parte* aveva lo scopo di confermare la natura consensuale dell'arbitrato e di rimettere la scelta definitiva a chi è destinato a viverne gli effetti, esaltando così la libertà contrattuale delle parti. Inoltre, in questo modo si sarebbe riconosciuto il carattere di eccezionalità delle misure *ex parte* rispetto alla regola di un procedimento destinato interamente a svolgersi in contraddittorio tra le parti<sup>(38)</sup>. I sostenitori delle *ex parte* vi hanno però intravisto il ri-

*inaudita altera parte*. Per un'analisi completa v. REINER, *The New Austrian Arbitration Law. Arbitration Act 2006*, Vienna, 2006, in part. p. 89 in cui l'a. precisa: « Pursuant to this legislative text, interim or protective measures may only be ordered by the arbitral tribunal after hearing the party-opponent, i.e. not ex parte. » L'a. prosegue indicando poi quale sia l'autonomia concessa alle parti sul punto: « According to the Expl. Comm., the words "unless otherwise agreed by the parties" means that the parties may derogate from the provision giving the arbitrators authority to order interim or protective measures, but not that they may authorise arbitral tribunals to order measures on an ex parte basis. » Interessante è anche che la riforma riferisca del potere degli arbitri sempre attraverso il verbo o sostantivo « order », non prevedendo invece la possibilità che il provvedimento cautelare possa rivestire la forma del lodo (« award »).

<sup>(38)</sup> DRAHOZAL, *Default Rule Theory and International Arbitration Law (with Comments on Expanded Review and Ex Parte Interim Relief)*, in *The International Arbitration News*, 2005, p. 6.

schio di vanificare la disciplina della legge modello su questo punto, per l'ovvia considerazione che è estremamente raro che, al momento della sottoscrizione dell'accordo arbitrale, le parti ne dettino il contenuto fino a disciplinare aspetti così specifici del procedimento.

Incidentalmente, potrà accennarsi all'adeguamento al nuovo dettato sulle *ex parte* per quanto concerne i regolamenti delle istituzioni arbitrali. In vista di future revisioni dei propri regolamenti, le istituzioni potranno dover tenere conto di quali paesi adotteranno una specifica disciplina delle *ex parte* in rapporto all'area geografica di interesse per i servizi offerti. Per quelle istituzioni a forte ispirazione internazionale, ed i cui regolamenti arbitrali sono richiamati da parti provenienti da stati diversi, si tratterà forse di scegliere se introdurre una disciplina delle misure cautelari *ex parte* analoga a quanto emerso dai lavori di revisione dell'art. 17 della legge modello. In linea generale, è da ritenersi che il potere degli arbitri di provvedere *ex parte* non sia escluso da quei regolamenti che non richiedano espressamente un contraddittorio pieno in rapporto alla tutela cautelare<sup>(39)</sup>, con espressioni che riferiscano che il tribunale arbitrale possa procedere solo dopo aver sentito le parti o in presenza delle medesime. È dunque possibile che la flessibilità che contraddistingue i regolamenti delle istituzioni arbitrali più note non renda necessario un intervento di specifica revisione, e ne consenta l'applicazione a prescindere dal contenuto delle norme nazionali applicabili.

Quanto ai contenuti delle nuove disposizioni, l'ammissione del potere per gli arbitri di provvedere *ex parte* ha richiesto la specificazione di importanti garanzie, atte ad evitare ogni genere di abuso o contrasto con i principi generali della legge modello. Una delle questioni più rilevanti ha riguardato l'esatta determinazione dell'efficacia delle misure *ex parte*. Per gli oppositori era significativo escludere le *ex parte* dal sistema di cooperazione tra arbitri e giudici che si stava elaborando a sostegno dell'esecuzione delle misure cautelari assunte dagli arbitri, anche perché la comprensibile diffidenza delle corti nazionali rispetto alla richiesta di esecuzione di un provvedimento *ex parte* avrebbe potuto pregiudicarne la collaborazione rispetto alle *inter partes*. Per distinguere nettamente portata ed effetti delle misure *ex parte* è stato quindi previsto che queste non vengano denominate *interim measures*, bensì assumano la definizione di *preliminary orders*<sup>(40)</sup> ed abbiano autonomia disciplinaria: parlando di *interim measures* ci si riferirà quindi soltanto a provvedimenti cautelari assunti in con-

<sup>(39)</sup> Com'è il caso dei seguenti regolamenti, la cui applicabilità non risulterebbe quindi incompatibile: ICC Arbitration Rules art. 23; Stockholm Arbitration Institute Arbitration Rules art. 31; LCIA Arbitration Rules art. 25; AAA International Arbitration Rules art. 21; Camera arbitrale di Milano regolamento arbitrale art. 25, comma 2°.

<sup>(40)</sup> Nel presente scritto ci si limita a riportare la terminologia impiegata dal *working group*, senza darne traduzione. Ci si potrebbe tuttavia riferire a delle ordinanze preliminari. L'ordinanza riveste infatti giuridicamente quei concetti di revocabilità e provvisorietà che sono propri della tutela cautelare *ex parte* come intesa dai lavori del *working group*. In ogni caso, resterebbero esclusi sia il termine decreto, perché questo genere di provvedimento non è proprio dell'arbitrato, sia il termine lodo, oltre che per ovvie ragioni di incongruità con il termine *order*, anche perché la forma del lodo è riservata alle *interim measures* dal dettato del nuovo *Charter IV-A* della legge modello.

traddittorio pieno tra le parti, mentre il provvedimento assunto *ex parte* avrà la forma di una *preliminary order*, così a dipingere un'ordinanza degli arbitri dagli effetti meramente provvisori e dal carattere eccezionale. Infatti, la nuova disciplina (art. 17-C, comma 5°) precisa che la *preliminary order* assunta *ex parte* sarà vincolante per le parti (*binding on the parties*) ma non ci si potrà rivolgere ad un giudice statale per ottenerne l'esecuzione (*shall not be subject to enforcement by a court*), e non potrà rivestire la forma del lodo (*does not constitute an award*).

Ma andiamo con ordine. Il nuovo *Chapter IV-A*, intitolato alla disciplina delle *interim measures* e delle *preliminary orders*, si compone di cinque sezioni: la prima (artt. 17 e 17-A) riporta la previsione del potere degli arbitri di assumere provvedimenti cautelari (*interim measures*), dipinge un quadro completo di cosa si intenda per provvedimento cautelare ed indica le condizioni necessarie all'ottenimento; la seconda sezione (artt. 17-B e 17-C) disciplina le *ex parte preliminary orders*; la terza sezione (artt. dal 17-D al 17-G) riporta la disciplina comune alle *interim measures* e alle *preliminary orders*; la quarta sezione (artt. 17-H e 17-I) riguarda il riconoscimento e l'esecuzione delle *interim measures* e la quinta (art. 17-J) il concorrente potere dei giudici statali.

Ripercorrendo la regolamentazione delle *preliminary orders*, la sezione 2 stabilisce in apertura che la disciplina si applica salvo diverso accordo delle parti (*Unless otherwise agreed by the parties*), come già esaminato. La parte richiedente una *interim measure* potrà allegare alla propria istanza quella di una *preliminary order* atta ad impedire alla parte cui è diretta di frustrare l'attuazione dello specifico provvedimento richiesto (*directing a party not to frustrate the purpose of the interim measure requested*). L'azione *ex parte* si giustifica quindi in funzione dell'effettiva integrità della misura assunta *inter partes*, in modo che sia preservato lo *status quo* fino al momento in cui gli arbitri possano decidere sull'*interim measure*. Gli arbitri procederanno solo ove accertino il rischio di tale pregiudizio e purché vi siano le medesime condizioni necessarie ad assumere una *interim measure*, come richiesto dall'art. 17-A. Tali condizioni (art. 17-B, comma 3°) si delineano 1) nella minaccia di un pregiudizio irreparabile in seguito con un lodo e tale da superare il pregiudizio che potrebbe derivare alla parte nei confronti della quale il provvedimento è richiesto; 2) nella ragionevole possibilità che la parte richiedente abbia successo nel merito (verosimiglianza dell'esistenza del diritto vantato), e senza che alcuna valutazione degli arbitri su questo punto infici né condizioni la loro capacità di decisione per il proseguo del procedimento. Nell'apprezzamento delle condizioni descritte, e dell'effettiva necessità di procedere *ex parte*, si profila chiaramente il delicato ruolo dell'arbitro e la connessa problematica della motivazione del provvedimento di accoglimento o rifiuto dell'istanza di parte. Subito dopo aver assunto le proprie determinazioni rispetto alla richiesta, il tribunale arbitrale avrà l'obbligo di informare tutte le parti della misura cautelare (*interim measure*) e del provvedimento *ex parte* (*preliminary order*) richiesti, nonché del provvedimento stesso, ove assunto (art. 17-C, comma 1°). Inoltre, è fatto obbligo agli arbitri di informare tutte le parti di qualunque comuni-

cazione, orale o scritta, sia intervenuta al di fuori di un contraddittorio pieno tra tutte le parti in relazione alla richiesta di provvedere *ex parte* (art. 17-C, comma 1°), in modo da riequilibrare quanto prima le posizioni (41). Nel momento stesso in cui informa le parti, il tribunale arbitrale dovrà dare alla parte cui è diretto il provvedimento la possibilità di presentare il proprio caso il prima possibile (art. 17-C, comma 2°), per tornare così ad una condizione *inter partes*, e su qualunque eccezione il tribunale dovrà decidere tempestivamente (art. 17-C, comma 3°). La *preliminary order* perderà efficacia dopo 20 giorni dalla data in cui gli arbitri l'hanno assunta (art. 17-C, comma 4°), e nessun riferimento è fatto alla possibilità per gli arbitri di estendere tale termine, da considerare quindi esclusa. Tuttavia, dopo che il contraddittorio tra le parti è stato ricostituito, il tribunale arbitrale potrà adottare una *interim measure* con cui conferma o modifica la *preliminary order* (art. 17-C, comma 4°). Il tribunale potrà comunque, e in qualsiasi momento, modificare, sospendere o revocare il provvedimento assunto, sia questo una *preliminary order* o una *interim measure*, sia ad istanza di una delle parti in arbitrato sia d'ufficio (art. 17-D). Inoltre, il tribunale dovrà imporre idonea cauzione alla parte richiedente una misura *ex parte*, salvo il caso in cui non lo ritenga opportuno o necessario (art. 17-E, comma 2°). Quanto alla parte richiedente, la disciplina stabilisce che agisca in buona fede e che dichiari agli arbitri qualunque fatto o circostanza, o qualunque cambiamento intervenga in seguito, che giustificano la richiesta o l'adozione della *preliminary order* o che possano determinarne la revoca (art. 17-E, comma 2°). Nel caso il tribunale accerti solo in un secondo momento che il provvedimento non avrebbe dovuto essere assunto, la parte richiedente sarà responsabile per i costi e i danni causati a controparte, e gli arbitri potranno liquidare l'importo relativo con un lodo in qualunque momento nel corso del procedimento arbitrale (art. 17-G).

Nelle intenzioni del *working group*, nel nuovo *Chapter IV-A* è delineata una disciplina chiara dell'efficacia e dei limiti all'esecuzione dei provvedimenti *ex parte*, posta a garanzia del rispetto di principi generali della legge modello ed in grado di escluderne un utilizzo improprio a fini dilatori.

3.1. — Dato l'eterogeneo panorama legislativo nazionale, gli arbitri dovranno individuare la disciplina che regola il loro potere di assumere provvedimenti cautelari rispetto alle norme processuali applicabili al singolo procedimento (come richiamate dalla volontà delle parti direttamente nel testo dell'accordo arbitrale o con atto separato anteriore all'accettazione degli arbitri, per rimando ad un regolamento istituzionale, oppure con riferimento alla legge del luogo in cui ha sede l'arbitrato).

(41) Il riferimento delle nuove disposizioni è sempre a *tutte* le parti coinvolte in arbitrato, per il costante sforzo all'interno del *working group*, in particolar modo grazie alle puntuali osservazioni della delegazione dell'ICC, di tenere conto di casi di arbitrato multiparte, sempre più diffusi nella prassi internazionale.

In Italia (42) la tutela cautelare è storicamente riservata alla giurisdizione statale (43). La negazione del potere cautelare in capo agli arbitri viene ricondotta alla carenza dello *ius imperii*. Contro tale principio, autorevole dottrina ha da tempo messo in luce come l'assenza di poteri coercitivi non avrebbe incidenza alcuna rispetto a provvedimenti che prescindano dal momento esecutivo (quale un sequestro liberatorio o un'autorizzazione a sospendere un pagamento) o che vengano spontaneamente adempiuti dalle parti (44). Di certo, la pur riconosciuta carenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri non ha impedito ai legislatori stranieri di attribuire loro il potere di ordinare provvedimenti cautelari. Inoltre, è stato messo in luce come strida che, pur in difetto di poteri autoritativi, per volontà delle parti gli arbitri possano pronunciarsi sul merito della controversia con una decisione vincolante e potenzialmente definitiva. La medesima dottrina (45) conclude quindi che si tratti di una scelta di opportunità politica atta a riservare la tutela cautelare ai giudici statali, ed esclude così che il divieto per gli arbitri di assumere misure cautelari sia riferibile al concetto di ordine pubblico.

Da quanto detto discende che, ove la legge processuale applicabile sia quella italiana o la sede dell'arbitrato sia in Italia, sarà inefficace (46) ogni diverso accordo tra le parti di attribuire agli arbitri poteri cautelari, nel senso che, ove manchi un'esecuzione spontanea, non si potrà ricorrere al giudice statale per dare esecuzione al provvedimento ordinato.

(42) È apprezzabile notare come nel corso delle sedute del *working group* la delegazione italiana abbia contribuito proficuamente all'analisi delle problematiche e all'evoluzione del dibattito, pur non avendo l'Italia adottato la legge modello.

(43) TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 475 ss.; CARPI, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 929 e ss.; G.F. RICCI, *Commento all'art. 818*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 335 ss.

(44) LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 253; BERNARDINI, *op. cit.*, p. 26; AULETTA, *Cognizione sommaria e giudizio arbitrale*, in *Diritto dell'arbitrato*<sup>3</sup>, a cura di Verde, Torino, 2005, p. 497 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, p. 623.

(45) A quanto finora indicato nella nota 45, v. inoltre CARPI, *op. cit.*, p. 930; BARLETTA, *L'exequatur dei provvedimenti cautelari arbitrali stranieri (tendenze e prospettive di riforma)*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1202.

(46) È infatti da considerarsi inefficace — ma non invalido — l'accordo con cui le parti attribuiscono agli arbitri il potere di emettere provvedimenti cautelari, con la precisazione che l'esecuzione potrà avvenire solo spontaneamente e non dietro ricorso al giudice statale. Cfr. TOMMASO, *Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 26. A conferma di quando qui sostenuto, si consideri la natura strumentale della tutela cautelare rispetto al diritto controverso che s'intende far valere, come esaminato da OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (L. 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.judicium.it*, giugno 2005, in cui l'a., riferendosi al novellato testo dell'art. 669-quinquies c.p.c., ne apprezza l'estensione all'arbitrato irrituale in base a considerazioni valide anche per il caso qui esaminato, in particolare precisando che «[...] se è vero che l'arbitrato — come più volte sancito dalla Corte costituzionale — costituisce espressione dell'autonomia delle parti, è altrettanto vero che tale autonomia può giustificare la rinuncia all'azione, ma non quella alla tutela cautelare. Infatti, presidiando la tutela cautelare il diritto, comprendere nella rinuncia all'azione anche la volontà di escludere la tutela cautelare potrebbe significare in concreto la rinuncia al diritto, effetto che certamente i contraenti — con la previsione dell'arbitrato irrituale — non hanno voluto».

A seguito della recente riforma dell'arbitrato<sup>(47)</sup>, l'art. 818 c.p.c. prevede che «gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge». La riforma non ha modificato la sostanza della previgente previsione<sup>(48)</sup>, ribadendo il divieto per gli arbitri di emettere provvedimenti cautelari. Tuttavia, il nuovo art. 818 fa salva la possibilità che occorran in futuro eventuali aperture, e recepisce il dovuto coordinamento con le intervenute disposizioni di segno diverso, come il caso della riforma societaria del 2003<sup>(49)</sup>.

In materia societaria, l'art. 35, comma 5°, del d.lgs. n. 5 del 2003 ha attribuito agli arbitri il potere di disporre la sospensione delle delibere assembleari ove il processo di merito verta sulla loro impugnazione. Benché la previsione societaria sia apprezzabile in qualità di primo riconoscimento esplicito della funzione cautelare in capo agli arbitri, non può definirsi rivoluzionaria rispetto all'impostazione generale dell'art. 818 (sia prima sia dopo la riforma dell'anno in corso), poiché attribuisce agli arbitri un potere per il quale non è richiesto il potere coercitivo<sup>(50)</sup>. In questi termini la riforma societaria conferma però la teoria in base alla quale la carenza di *imperium* non è di per sé sufficiente ad escludere il potere di assumere provvedimenti cautelari in capo agli arbitri.

Il testo del nuovo art. 818 appare in un certo senso stonare con il resto della riforma. In effetti, pur riconoscendo che l'arbitrato trova fondamento nella volontà negoziale delle parti, la riforma del 2006 ha sostanzialmente riconosciuto che gli arbitri svolgono funzioni giurisdizionali, non solo in rapporto alla decisione conclusiva ma anche nel corso del procedimento arbitrale<sup>(51)</sup>. Tuttavia, e per quanto l'impostazione legislativa italiana

(47) D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 «Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80», in *Gazz. Uff.* n. 38 del 15 febbraio 2006, suppl. ordinario n. 40 (testo in vigore dal 2 marzo 2006).

(48) L'art. 818 precedentemente in vigore prevedeva: «Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari».

(49) D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 «Recante definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366», in *Gazz. Uff.* n. 17 del 22 gennaio 2003; in particolare, l'art. 35 (Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale), il cui comma 5° prevede: «La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-*quinquies* del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera».

(50) LAUDISA, *op. cit.*, p. 458; BIAVATI, *Il potere cautelare degli arbitri*, in *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, 2004, p. 62 ss, in cui l'a. precisa che «[...] la sospensione dell'efficacia della delibera impugnata ha valenza, per così dire, costitutiva: essa paralizza provvisoriamente gli effetti della delibera, senza che occorra svolgere un'attività modificativa del mondo materiale».

(51) Per un cenno al c.p.c. riformato, da cui evincere la natura giurisdizionale dell'arbitrato, si consideri in primo luogo il nuovo art. 824-*bis* che prevede che «il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria», unitamente alle seguenti disposizioni: l'ampliamento della sfera di arbitrabilità operato dagli artt. 808, 808-*bis* e 819; la disciplina dell'intervento del terzo all'art. 816-*quinquies*; l'art. 808-*ter* che fa dell'arbitrato irrituale, di natura negoziale, l'eccezione rispetto all'arbitrato di

non abbia riscontro a livello comparativo, il nostro legislatore sembra voler tracciare una linea diversa, ma non per questo meno adeguata di altre, per garantire l'integrità della tutela alle parti in arbitrato. La direzione scelta può essere individuata in un rapporto di collaborazione tra l'attività degli arbitri e il sostegno che può loro provenire dai giudici. Prova ne è il nuovo comma 3° dell'art. 816-*ter* sull'istruzione probatoria che dispone: «se un testimone rifiuta di comparire davanti agli arbitri, questi, quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato che ne ordini la comparizione davanti a loro». La disposizione attua quindi una prima forma di collaborazione tra arbitri e giudici prevista a livello legislativo e testimonia una concezione integrativa dell'autorità delle corti statali a supporto della via arbitrale. Nell'art. 816-*ter* questo avviene in rapporto a soggetti terzi rispetto all'arbitrato, nei confronti dei quali gli arbitri difettano dei medesimi poteri coercitivi che stanno alla base del mancato riconoscimento del potere di assumere misure cautelari. È dunque auspicabile che la medesima direzione venga un domani intrapresa in relazione alla tutela cautelare in arbitrato<sup>(52)</sup>. Rimettere la questione ad una strutturata collaborazione tra giudici statali e giudici privati potrebbe essere una chiave efficiente e *alternativa* per individuare una soluzione efficace<sup>(53)</sup>.

4. — Si valuti come, nonostante una chiara mancanza di consenso all'interno del *working group* fin dalla prima presentazione della proposta statunitense, la questione delle *ex parte* sia rimasta sull'agenda dei lavori e si sia tramutata in un'effettiva integrazione della legge modello. È da temere inoltre che un dibattito così acceso, e protratto così a lungo — circa quattro anni —, non potrà non lasciare traccia di sé sulla percezione complessiva che si ha della legge modello. La spaccatura all'interno del *working group* è stata così netta che, in conclusione, non può dirsi che il compromesso raggiunto rifletta uniformità di intenti e spirito armonizzatore, come nelle origini della legge modello<sup>(54)</sup>. Il fatto stesso che si parli di «compromesso», lontano da alcun riferimento al concetto di «ac-

diritto comune; il riconoscimento dell'applicabilità del regolamento di competenza dell'art. 819-*ter*. Sulla natura dell'arbitrato v. tra gli altri AZZALI, *Arbitrato e conciliazione societaria: l'opinione*, in *Diritto e pratica delle società*, 2004, p. 315 ss.

(52) Un esempio concreto di azione collaborativa tra arbitri internazionali e giudici in merito ai provvedimenti cautelari proviene dall'ordinamento svizzero. L'art. 183 della legge federale sul diritto internazionale privato del 1987, dopo aver riconosciuto il potere degli arbitri di adottare provvedimenti cautelari salva diversa volontà delle parti, attua una forma di collaborazione in base alla quale, in assenza di adempimento spontaneo della parte, gli arbitri possono richiedere l'assistenza del competente giudice statale per l'esecuzione del provvedimento cautelare che hanno ordinato, v. POUURET-BESSON, *op. cit.* p. 573 ss.

(53) Pozzi, *op. cit.*, p. 44 in cui l'autore conclude la sua analisi comparativa come segue: «C'è da chiedersi quale sia l'utilità di un'alternativa al processo che, anziché indicare nuove vie, si sforzi di riprodurre le medesime soluzioni per i medesimi mali».

(54) Infatti, lo scopo che il *working group* si prefigge è di raggiungere il più ampio consenso nel corso delle proprie discussioni tra i delegati nazionali, al fine di delineare una proposta normativa quanto più possibile condivisa, e di conseguenza applicata, dai singoli ordinamenti.

cordo» ma forse vicino a quello di «transazione», suggerisce quasi l'idea che nessuno degli schieramenti sia pienamente soddisfatto del risultato raggiunto. Questa situazione, riflettendosi nel testo della nuova disciplina, potrebbe portare ad un clima di sfiducia rispetto ai principi ispiratori della legge modello e ad una applicazione cauta o non uniforme delle nuove previsioni. In quest'ottica, il nuovo *Chapter IV-A*, per quanto chiaramente delineato, risulta ancora complesso e difforme dallo stile sintetico del resto della legge modello.

All'interno e all'esterno del *working group* si è riconosciuto nello schierarsi di due opposte fazioni sulla questione delle misure cautelari *ex parte* uno specchio del diverso modo di intendere il concetto stesso di arbitrato: da una parte coloro che si sentono maggiormente legati alla natura originaria dell'istituto, come strumento alternativo alla giustizia statale per la risoluzione dei conflitti basato sulla volontà contrattuale delle parti, e dall'altra coloro che tendono ad assimilare l'arbitrato al processo che si svolge davanti ad un tribunale statale e che rivedono nell'arbitro funzioni e poteri propri del giudice<sup>(55)</sup>. Considerata la rilevanza strategica che le misure cautelari possono rivestire nella linea difensiva delle parti, si tratterà di valutare nella pratica quale uso, o abuso, delle *ex parte* verrà fatto e quale incidenza avrà sull'arbitrato internazionale.

Il riconosciuto successo dell'arbitrato internazionale è legato soprattutto all'autorevolezza e alla competenza dei suoi principali protagonisti: gli arbitri. Questo successo è testimone di una classe di arbitri di alto livello su cui la comunità internazionale può contare. Possiamo conseguentemente affermare che gli arbitri hanno saputo e sanno svolgere il proprio ruolo con efficienza. Più che a disciplinare ogni passaggio dell'esercizio delle funzioni dell'arbitro, gli intenti di dettagliata regolamentazione ed uniformità andrebbero forse rivolti altrove. Chi scrive apprezza infatti gli sforzi del *working group* per delineare un maggior coordinamento tra arbitri e giudici in relazione alla tutela cautelare, al fine di armonizzarne la cooperazione che è indispensabile sia prima sia durante l'arbitrato: nelle more della costituzione del tribunale arbitrale e in tutti i casi in cui l'urgenza o altre condizioni del caso (ad esempio perché il provvedimento è destinato ad un soggetto terzo rispetto all'accordo arbitrale o perché il potere degli arbitri di ordinare misure cautelari è escluso o limitato dalla *lex fori* dell'arbitrato o da altra legge applicabile), così come il difetto di poteri coercitivi in capo agli arbitri, rendano utile o imprescindibile il ricorso all'autorità giudiziaria statale. Lo spirito di armonizzazione della legge modello viene riconfermato in primo luogo dalla nuova disciplina

(55) In questo caso il riferimento è alla posizione assunta da Gerald Hermann, in qualità di rappresentante dell'ICCA (*International Council for Commercial Arbitration*), in occasione della riunione del *working group* tenutasi a Vienna nell'ottobre del 2005. Hermann ritrova questa medesima spaccatura nel differente atteggiamento che ha visto opporsi orientamenti radicalmente distinti in relazione alla riservatezza in arbitrato: anche i limiti e la portata della *confidentiality*, visto come principio intrinseco alla natura stessa dell'arbitrato piuttosto che come espressa previsione pattizia o normativa, sono riconducibili alla concezione di «arbitrato» e di «arbitro» che ciascuno sceglie di fare propria, ed a quanto radicale sia l'assimilazione che si delinea tra arbitrato e processo. V. inoltre DERAIS, *op. cit.*, p. 14 ss.

dell'assistenza delle corti statali per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti cautelari assunti dagli arbitri (artt. 17-*H* e 17-*I*) in cui si precisa che è esclusa qualunque revisione nel merito e si stabiliscono chiaramente le ipotesi di mancato riconoscimento<sup>(56)</sup>. Analogo risultato è stato raggiunto con la nuova regolamentazione del concorrente potere del giudice statale di assumere provvedimenti cautelari in costanza di arbitrato (art. 17-*J*). Il pregio innegabile di queste disposizioni risiede nell'espressa indicazione che si applichino a prescindere dalla sede dell'arbitrato, quindi le corti di uno stato in cui vige la legge modello vi si adegueranno anche quando la sede dell'arbitrato sia altrove<sup>(57)</sup>. A fronte di questi innegabili indirizzi positivi, atti a garantire integrazione ed efficacia della tutela cautelare in costanza di accordo arbitrale, l'eccessiva processualizzazione delle misure *ex parte*, nonostante le garanzie previste, potrà andare a detrimento dell'arbitrato. È presumibile che, a fronte di rischi concreti ed effettive ragioni d'urgenza, la parte richiedente un provvedimento i cui effetti svaniscono in 20 giorni e di cui non può essere richiesta l'esecuzione si rivolgerà all'arbitro solo quando l'autorevolezza di quest'ultimo faccia presagire come certo l'adempimento spontaneo di controparte; viceversa, il ricorso diretto al giudice statale potrà risultare ben più proficuo. Determinanti saranno dunque la levatura e la personalità dell'arbitro. Decisiva si rivelerà la fase di selezione e nomina del tribunale arbitrale. E sempre agli arbitri sarà rimessa un'applicazione corretta del potere di procedere *ex parte*, atta a distinguere le reali esigenze del caso concreto da sanzionabili tattiche dilatorie. In questo senso, e rispetto al proseguo del procedimento, particolarmente delicata sarà la posizione dell'arbitro di parte (di ciascuno degli arbitri di parte).

L'augurio è dunque che la comunità internazionale possa continuare a contare per il futuro sull'impegno di una classe di arbitri composta da professionisti dall'integrità, competenza e prestigio analoghi a quelli di tutti i protagonisti che hanno dato vita al dibattito sulle misure cautelari *ex parte*.

BENEDETTA COPPO  
Funzionario della Camera arbitrale di Milano

(56) I casi indicati riprendono la formulazione dell'art. 36 della legge modello e riflettono la linea seguita dall'art. V della convenzione di New York, a ulteriore conferma degli intenti armonizzatori del lavoro del *working group*. Per l'ordinamento italiano, nessuna disposizione legislativa tratta del riconoscimento o dell'esecuzione di misure cautelari assunte dagli arbitri di un procedimento arbitrale con sede all'estero; si tratterebbe dunque di applicare a tali misure, purché ordinate con la forma di un lodo, i requisiti indicati dall'art. 839, TOMMASEO, *op. cit.*, p. 16 ss.

(57) Queste previsioni hanno portato il *working group* a presentare una proposta di modifica — anch'essa approvata dalla commissione — anche per l'art. 1, comma 2°, della legge modello — benché tale articolo esuli dal mandato affidatogli dalla commissione — in cui si precisa che le disposizioni della stessa si applicano solo quando la sede dell'arbitrato si trova nel territorio del medesimo stato, ad eccezione di un tassativo elenco di articoli. A tale elenco sono ora aggiunti gli articoli del *Chapter IV-A* sul riconoscimento e l'esecuzione delle *interim measures* e sulle *interim measures* ordinate dalle corti statali (art. 1, comma 2°: *The provisions of this Law, except articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State*).