

ANTONIO BRIGUGLIO

Disorientamenti, ma anche utili sollecitazioni dai primi vagiti giurisprudenziali sulla linea di confine fra competenza cautelare giudiziale ed arbitrale.*

1. Che la introduzione del potere cautelare arbitrale, salutata pressoché da tutti ed almeno in linea di principio con favore, avrebbe dato luogo a problemi interpretativo-applicativi notevoli lo avevo immaginato all'indomani dalla riforma¹ e non ero certo il solo.

Una recente pronuncia del Tribunale di Siracusa del 9 febbraio 2026 (vedila in www.arbitratoitalia.it) - sicuramente tra le primissime in materia - ne è la tangibile dimostrazione. Ma salvo uno - quello dell'ammissibilità di una tutela cautelare arbitrale d'urgenza prima della costituzione del collegio arbitrale cui sia affidato il merito della lite, problema di cui dirò in coda - i problemi da affrontare erano qui abbastanza semplici ed il principale fra essi è risolto in modo palesemente contrario al tenore del nuovo art. 818, c. 1, c.p.c. ed al modo razionale e piano di intendere tale disposto.

2. La prima questione in ordine logico era a rigore quella della applicabilità *ratione temporis* del nuovo art. 818 c.p.c.: la clausola compromissoria risultava stipulata il 3 ottobre 2022 e dunque prima della entrata in vigore della "Cartabia" e cioè del 28 febbraio 2023 (art. 1, c. 380, l. 29 dicembre 2022, n. 197). La disposizione transitoria di cui all'art. 35, c. 1, del d.lgs n. 149/2022 rende applicabile quel nuovo disposto "ai procedimenti instaurati successivamente a tale data", mentre a quelli ad essa già pendenti si applicano le disposizioni "anteriormente vigenti" e cioè, per ciò che ci riguarda, il generale divieto di cautela arbitrale previsto dal vecchio testo dell'art. 818.

Ora, premesso che a mio avviso per "procedimento instaurato" prima o dopo l'entrata in vigore deve intendersi non già il procedimento arbitrale bensì il procedimento cautelare innanzi agli arbitri o innanzi al giudice² e che qui il procedimento cautelare innanzi al giudice era stato instaurato ben dopo (nel 2026), il problema si concentrava tuttavia ed anzitutto sulla astratta possibilità che una convenzione arbitrale precedente la entrata in vigore della riforma attribuisca agli arbitri *ex ante* un potere cautelare di là da venire.

Il Tribunale di Siracusa non si affaccenda *ex professo* con tale problema, che in caso di risposta negativa avrebbe comportato senz'altro l'affermazione della competenza cautelare del giudice dello Stato (e non degli arbitri) e l'assorbimento delle altre ragioni che la motivazione utilizza per giungere al medesimo risultato.

Perciò, a non voler supporre che la questione di cui sopra sia stata semplicemente ignorata, può anche dirsi che il Tribunale ne abbia dato implicita soluzione in senso affermativo.

Il che mi trova perfettamente d'accordo. Non mi pare infatti vi siano motivi davvero validi per ritenere che il potere cautelare arbitrale sussista solo se conferito da una convenzione arbitrale o patto separato successivi alla entrata in vigore del nuovo art. 818, e non anche da una convenzione precedente (l'ipotesi di una convenzione precedente alla modifica dell'art. 818, e però attributiva di poteri cautelari agli arbitri, appare plausibile ponendo mente alla

* Il presente scritto, con alcune modifiche, è destinato alla pubblicazione negli Scritti in memoria di Antonio Crivellaro, nonché nella *Rivista dell'arbitrato*.

¹ BRIGUGLIO, *Il potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile, e la inevitabile interferenza del giudice* ("evviva il cautelare arbitrale?!), ma le cose non sono poi così semplici, in *Riv. arb.*, 2022, 787 ss.

² Cfr. BRIGUGLIO, *La clausola sul potere cautelare degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2024, 297 ss., spec. 306-307, nonché nota 28 in dialogo con la parzialmente diversa opinione della SALVANESCHI, *I poteri cautelari degli arbitri e l'arbitrato amministrato*, in *Riv. arb.* 2023, 829 ss., spec. par. 3. Per il coordinamento fra la disciplina transitoria *de qua* ed i criteri desumibili *ex art.* 5 c.p.c. v. - se vuoi - ancora BRIGUGLIO, *Il potere cautelare degli arbitri*, cit., 798 ss.

possibile *relatio*, come nel nostro caso, a regolamenti arbitrari, risultando altrimenti alquanto irrealistica)³.

L'art. 818, c. 1° - pur coinvolgendo indirettamente anche la efficacia della convenzione arbitrale ed implicando la possibilità di stipula di una nuova clausola a questa aggiuntiva - non è disposizione *sulla* convenzione arbitrale, bensì disposizione prevalentemente processuale e sui poteri degli arbitri in corso di procedimento arbitrale, e parallela compressione di poteri generali del giudice, e non possono dunque postularsi deroghe implicite, oltretutto difficilmente giustificabili anche in astratto, alla generale ed univoca disposizione transitoria *ex* art. 35, c. 1° del d.lgs., come accadde invece alla stregua della nota distinzione che il legislatore della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 27 del d.lgs. n. 40/2006) tracciò fra la entrata in vigore delle nuove norme sull'accordo compromissorio e quella delle altre norme procedurali.

Questo ragionamento mi pare superare l'unico ipotetico argomento contrario secondo cui non sarebbe dato addossare a entrambe le parti della convenzione arbitrale un effetto - quello della piena ed esclusiva (a certe condizioni) competenza cautelare degli arbitri - che esse non avrebbero potuto prevedere, in base alla legge, al momento in cui stipulavano la convenzione medesima⁴. Il fatto è che quell'effetto le parti hanno previsto per l'appunto entrambe (nel nostro caso oltretutto nella imminenza della modifica normativa e quando già essa poteva dirsi ampiamente nell'aria dato che era contemplata dalla legge di delega) e dunque non può parlarsi di "sorpresa" pregiudizievole, bensì solo di una volontà contrattuale inattuale al momento della sua funzione ma che diventa attuale al momento della sua attuazione ed a motivo dello *ius superveniens* (*ad instar* di ciò che accade quando un bene incommerciabile al momento dell'atto negoziale dispositivo diventa per *ius superveniens* commerciabile)⁵. Oltretutto anche prima della entrata in vigore del nuovo art. 818 quella volontà negoziale, intesa alla cautela arbitrale mediante *relatio* a regolamento già lungimirante, poteva avere un suo spazio applicativo pragmatico limitato a misure cautelari arbitrali di tipo autorizzativo non necessitanti di attuazione coattiva ed affidate alla attuazione spontanea.

3. Venendo al "merito" della questione di rito, e cioè se sussistesse la competenza cautelare *ante causam* del giudice dello Stato *ex* art. 669 *quinquies* ovvero, ed ormai in base al nuovo disposto normativo sicuramente applicabile, quella esclusiva degli arbitri, il Tribunale offre due *rationes decidendi* gradate in ordine logico. La prima è all'evidenza errata. La seconda è altrettanto evidentemente corretta, ma se soltanto su di essa ci si fosse dovuti basare ne sarebbe derivata la necessità di occuparsi del cd. "arbitrato d'urgenza" previsto dal Regolamento della Camera arbitrale di Milano e della sua compatibilità con il nuovo art. 818 c.p.c.. Il Tribunale non si occupa di ciò (in fin dei conti perché si lascia fuorviare dal carattere assorbente della prima ed erronea *ratio*), e di ciò invece ci occuperemo in coda perché proprio tale sub-questione è quella più interessante e meno scontata che la vicenda di specie sollecita.

La prima *ratio decidendi* è la seguente: il semplice riferimento complessivo al Regolamento CAM, il quale pure prevede sicuramente la potestà cautelare degli arbitri (art. 26), non sarebbe idoneo a soddisfare il primo dei due necessari prerequisites della competenza esclusiva degli arbitri in materia cautelare previsto dal nuovo art. 818, c. 1, e cioè l'attribuzione compromissoria di tale competenza "con la convenzione arbitrale o con atto scritto anteriore alla instaurazione del giudizio arbitrale". È vero che lo stesso comma contiene l'inciso "anche mediante rinvio a regolamenti arbitrari". Ma - sempre ad avviso del Tribunale - il rinvio dovrebbe essere specifico e dunque, par di capire, non al regolamento arbitrale *tout court* bensì alle apposite e specificamente individuate disposizioni regolamentari che assegnano potestà cautelare agli arbitri.

Così non è, ed a mio avviso⁶ fuor da ogni ragionevole dubbio.

³ Vedi in argomento CORSINI, *I poteri cautelari degli arbitri ai sensi del nuovo art. 818 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 3, 881.

⁴ Vedi, per una critica a tale argomento, anche SALVANESCHI, *I poteri cautelari*, *l.c. cit.*

⁵ V. ad es. Cass. n. 1438/2004.

⁶ Vedi già BRIGUGLIO, *Il potere cautelare*, cit. 791-7 e nota 9, ID. *La clausola sul potere cautelare*, cit. 303 ss.. In arg. più diffusamente ed in senso conforme SALVANESCHI, *I poteri cautelari*, cit. 829 ss. Cfr. sempre in senso conforme anche CAROSI, *Finalmente la potestà cautelare agli arbitri: vecchie e nuove questioni*, in *Riv. arb.*, 2023, 3, 592, nota 51 e Id., *Arbitri irrituali e tutela cautelare: compatibilità vs incompatibilità (ragioni a confronto)*, in *Riv. arb.*, 2024, 3, 473; CORSINI, *I poteri cautelari*, cit., 880.



Tutto sommato secondario ai fini del responso è che nel testo definitivo dell'art. 818, c. 1 sia stato eliminato il sintagma “*espressa volontà delle parti*” contenuto nella legge di delega, la quale, d'altro canto, taceva del possibile rinvio a regolamenti arbitrali. Entrambe le operazioni cosmetiche del legislatore delegato rientravano nelle sue facoltà costituzionali interpretativo-esplicative della delega. E le cose ai nostri fini non cambiano in punto di equilibrato rigore: è ovvio che la volontà di attribuzione della potestà cautelare deve essere espressa (non sarebbe certo sufficiente, ad esempio, una convenzione che dicesse “...conferendo al nominando collegio arbitrale ogni potere di pronuncia comunque relativo alla vicenda contenziosa ad esso rimessa” o cose del genere). Così come è ovvio che il richiamo di un regolamento arbitrale deve essere un richiamo espresso: non basterebbe ad esempio una convenzione che, dopo aver deferito genericamente le controversie contrattuali ad arbitri, aggiungesse sommariamente “le parti conferiscono concordemente alla Camera arbitrale di Milano la funzione di amministrazione del procedimento arbitrale”, senza neppure menzionarne il regolamento. In tal caso sarà sì estremamente probabile che la CAM, per “accettare” di amministrare l'arbitrato, intenda la pattuizione compromissoria come comprensiva del richiamo del suo regolamento, ma su tutt'altro piano si potrebbe, con un pochino di sano formalismo, dubitare che quella pattuizione rinvii espressamente al regolamento, che neppure nomina, ai sensi e per gli effetti dell'art. 818, c. 1, c.p.c. E si potrebbe insomma ritenere, in punto di interpretazione della volontà delle parti, che esse abbiano solo voluto che il procedimento arbitrale in senso stretto, e cioè quello “di merito”, sia disciplinato (anche) dal regolamento, ma non si siano mai sognate di conferire agli arbitri poteri cautelari; con la conseguenza che il giudice statale adito per la cautela potrebbe e dovrebbe dichiararsi competente.

Ora nel nostro caso la motivazione in epigrafe non riporta testualmente (e ciò non è certo il massimo della completezza motivazionale) il testo della convenzione arbitrale. Lo sintetizza tuttavia nei seguenti termini: “*la clausola compromissoria inserita nel contratto del 3 ottobre 2022 devolve all'arbitrato amministrato CAM «tutte le controversie derivanti dal presente contratto»*”. Si può dunque supporre - ma ad onor del vero è una semplice supposizione - che il *wording* completo della convenzione contenesse *more solito* anche il riferimento espresso al regolamento CAM⁷.

Ebbene: se prendiamo per buono ciò, quel riferimento sarebbe senz'altro un riferimento espresso idoneo a conferire agli arbitri, per volontà delle parti poteri cautelari conformemente al disposto *ex art.* 818, c. 1, anche in mancanza della menzione delle singole disposizioni regolamentari a ciò destinate. E non v'è da confondersi con la dicotomia *relatio perfecta versus relatio imperfecta*, la prima ancora invalsa, anche secondo la giurisprudenza più recente della Cassazione⁸, come requisito necessario e sufficiente ai fini del rispetto della non aggirabile forma scritta ad *substantiam* che connota il negozio compromissorio. Ammesso e non concesso che ciò valga per la sub-convenzione arbitrale sui poteri cautelari⁹ a fronte di un dettato normativo che menziona solo il “rinvio a regolamenti arbitrali” (dunque qualsivoglia rinvio), un regolamento arbitrale non è uno statuto o un contratto che contiene pattuizioni

⁷ In casi del genere l'annotatore è anche giornalista ed ha dunque il potere-dovere – ove possibile senza scomodare i servizi segreti e senza violare la privacy – di indagare con i propri modesti mezzi alla ricerca del testo effettivo e concreto della pattuizione in discorso, visto che si sta occupando di questione astratta ma anche concreta di ermeneutica negoziale.

La pattuizione concreta ed effettiva, che qui trascrivo, tranquillizza riguardo all'espresso rinvio al regolamento: “*Le parti concordano che tutte le controversie che dovessero insorgere in relazione al presente Contratto, comprese quelle relative alla validità, interpretazione e risoluzione dello stesso, saranno deferite ad un Collegio Arbitrale di tre membri, uno dei quali con funzioni di Presidente, in conformità al Regolamento Arbitrale Nazionale della Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano. A tal fine, le Parti dichiarano fin d'ora di conoscere ed accettare interamente il predetto Regolamento. Le Parti, in deroga all'Art. 11 del suddetto Regolamento, convengono che la sede dell'Arbitrale sia in Roma, nel domicilio eletto dal Collegio Arbitrale. Gli Arbitri decideranno su ogni controversia loro sottoposta in via rituale e secondo diritto*”.

Si tenga presente oltretutto che ai sensi dell'art. 26 del Regolamento CAM le parti hanno il potere di escludere con apposita pattuizione la competenza cautelare degli arbitri che lo stesso art. 26 prevede. Se dunque le parti si riferiscono espressamente al regolamento, e deve presumersi la loro conoscenza di esso, la mancata esclusione della competenza cautelare arbitrale vale *a contrario* perfino come specifico rinvio alla attribuzione di tale competenza.

⁸ Vedi ad es. – sia pure con riguardo a clausola per arbitrato estero - Cass. 15861 del 6 giugno 2024, e v. già Cass. Sez. Unite n. 11529/2009.

⁹ Sul patto espressamente attributivo di potestà cautelare agli arbitri quale convenzione arbitrale in un certo senso “autonoma” (o sub-convenzione, per l'appunto) rispetto a quella afferente al merito si veda CAROSI, *Arbitri irrituali*, cit., 485-486.



eterogenee ed eterogenee anche rispetto alla convenzione arbitrale, di guisa che si possa dire *imperfecta la relatio* allo strumento complessivo senza riferimento specifico alla clausola arbitrale. Un regolamento è per l'appunto un'omogenea disciplina della vicenda arbitrale e delle funzioni degli arbitri in essa, sicché il suo richiamo espresso pur complessivo funziona da *relatio perfecta* anche ai fini della integrazione della sub-convenzione attributiva di poteri cautelari agli arbitri.

4. La motivazione che si commenta pone altresì in evidenza - sempre senza riportare letteralmente le espressioni della convenzione arbitrale - come quest'ultima prevedesse un tentativo di risoluzione in via amichevole della controversia prima di ricorrere agli arbitri. E da ciò desume ulteriore elemento di interpretazione della volontà compromissoria delle parti nel senso di non assegnare ai giudici privati la competenza arbitrale: “*se il ricorso agli arbitri deve essere preceduto da trattative tra le parti appare perciò preferibile ritenere che le parti non abbiano attribuito [ad essi] alcun potere cautelare siccome le ragioni di urgenza sottese al ricorso cautelare non appaiono compatibili con i tempi occorrenti per instaurare e, soprattutto concludere, delle trattative*”.

L'argomento è all'evidenza fallace almeno come argomento di ricostruzione della volontà compromissoria ai fini della applicazione del primo comma dell'art. 818. Semmai esso può risolversi - sul piano pratico - nella mancata o notevolmente dilazionata costituzione del collegio arbitrale a cagione della pendenza di serie trattative e perciò nell'ostacolo momentaneo ma insuperabile alla competenza cautelare arbitrale posto dal secondo comma dell'art. 818. Ma a prescindere dalla effettiva inammissibilità ovvero provvisoria improcedibilità del ricorso agli arbitri in mancanza del previo esperimento del tentativo di accordo bonario (problema questo che non può prescindere da una analisi compiuta della pattuizione accessoria che tale previo esperimento prevede¹⁰), mi pare chiaro che se la convenzione arbitrale prevede, insieme, il previo esperimento del tentativo bonario e la competenza cautelare arbitrale la doppia previsione non è affatto reciprocamente incompatibile, e perciò l'eventuale dubbio ermeneutico sulla seconda (ma qui dubbio non v'era) non può essere sciolto *ex artt.* 1362, 1363 e 1367 mercé l'esistenza della prima. Al momento della stipula della convenzione arbitrale non è certo dato sapere se e soprattutto quando sorgerà una esigenza cautelare, la quale potrebbe ben affiorare in corso di arbitrato ed a costituzione dell'organo arbitrale già avvenuta, sicché per lo meno con riguardo a tale ipotesi le parti conferiscono *ex ante* agli arbitri il potere di provvedere interinalmente.

Vi è poi e più in generale che le esigenze cautelari prevalgono sulla condizione di ammissibilità o procedibilità frapposta alla cognizione arbitrale “di merito”, e non viceversa come sembra ritenere il Tribunale. Sicché alla parte interessata non sarebbe affatto impedita la scelta concreta fra ricorrere subito al giudice dello Stato per una richiesta di cautela che non tolleri alcun indugio, ovvero preferire che siano gli arbitri a pronunciare sulla cautela, scontando qualche ritardo, e dunque attivare la costituzione dell'organo arbitrale avvalendosi se del caso delle funzioni suppletive della giurisdizione ausiliaria o della camera privata; il quale organo arbitrale non potrà certo rifiutare di provvedere sulla cautela anche se la cognizione di merito gli sia momentaneamente impedita dalla pendenza o dal mancato avvio delle trattative. È ovvio che nove volte su dieci la scelta sarà nel primo senso. Ma la astratta plausibilità della seconda alternativa conferma che non si può inferire dalla previsione compromissoria del previo esperimento del tentativo di conciliazione argomento interpretativo che escluda la volontà di conferire agli arbitri poteri cautelari.

5. L'ultimo argomento del Tribunale di Siracusa - quello secondo cui in caso di dubbio la pattuizione compromissoria “*deve essere interpretata restrittivamente onde consentire il ricorso alla tutela giurisdizionale statale*” - insieme con i precedenti richiamati risulta palesemente fuori moda come un paio di pantaloni color crema a zampa di elefante; e non vi è bisogno di spiegare perché a fronte del principio generale ormai evincibile dall'art. 808 *quater* c.p.c. e della successiva (ammetto non ancora del tutto compiuta) evoluzione giurisprudenziale¹¹. Né mi pare incongruo estendere il principio dall'*in dubio pro arbitrato* quanto al *tipo di controversia* all'*in dubio pro arbitrato* quanto al *tipo di potere cognitivo (di merito e/o cautelare)*. E qui comunque - ripeto - dubbio non vi era.

¹⁰ In proposito sia consentito il rinvio a BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 41 ss. spec. 53 ss.

¹¹ V. ad es. Cass. 8 febbraio 2019, n. 3795, Cass. 13 febbraio 2020, n. 3523.



6. La seconda *ratio decidendi* per l'affermazione della competenza cautelare del Tribunale in luogo di quella arbitrale era lì a portata di mano ed era in astratto semplicissima e corretta: il collegio arbitrale non era ancora costituito e dunque permaneva allo stato la competenza del giudice *ex art. 669 quinquies*, ai sensi del chiaro disposto del secondo comma dell'art. 818.

La motivazione commentata la enuncia ma quasi di passata e senza enfasi particolare visto che assorbente in ordine logico era la prima *ratio* (competenza cautelare arbitrale in assoluto esclusa e perfino dopo la costituzione del collegio perché non espressamente attribuita).

Se il Tribunale avesse rifiutato, percependone la erroneità, la prima *ratio decidendi*, questa seconda sarebbe stata la unica possibile e decisiva, ma in realtà solo apparentemente semplice. Perché il Regolamento CAM, come altri, prevede notoriamente (art. 44), e ciò è segnalato del resto anche dalla motivazione in commento, un'apposita potestà cautelare arbitrale d'urgenza *ante causam* e cioè attivabile prima della costituzione dell'organo arbitrale cui sarà affidato il merito della controversia. Ed il Tribunale - una volta ritenuto efficace ed esaustivo ai sensi del primo comma dell'art. 818 il rinvio al regolamento arbitrale - avrebbe dovuto interrogarsi sulla possibilità di attivare il "cautelare arbitrale d'urgenza", ad esclusione della competenza cautelare giudiziale *ante causam*, a fronte della previsione del secondo comma del medesimo articolo.

7. Sul rapporto fra "arbitrato d'urgenza" regolamentare ed art. 818, c. 2 non posso che ribadire quanto ho scritto già all'indomani della riforma¹², e che qui ripercorro - spero - con maggior chiarezza.

Punto di partenza è che l'art. 818, c. 2, al fine di escludere la competenza cautelare del giudice in favore di quella (esclusiva appunto) dell'arbitro, richiede, non bastando la apposita pattuizione compromissoria di cui al c. 1, che un organo arbitrale sia già costituito mediante accettazione dell'incarico; e però un organo arbitrale *qualsivoglia* e non necessariamente l'organo cui sia affidata la cognizione di merito. In sostanza dunque non è dato desumere dall'art. 818, c. 2 che la potestà cautelare arbitrale esclusiva possa essere esercitata sempre e solo in corso di causa pendente per il merito innanzi agli arbitri e non anche *ante causam* innanzi ad organo arbitrale diverso e diversamente composto da quello che sarà officiato per il merito.

Il problema è che tale organo diverso - l'"arbitro d'urgenza" - dovrà pur sempre essere costituito e cioè dovrà essere stato designato ed il soggetto designato dovrà aver accettato l'incarico affinché la sua competenza cautelare possa escludere quella del giudice ai sensi del secondo comma dell'art. 818. E di regola l'arbitro d'urgenza non è precostituito dalle camere arbitrali (non lo è certo dalla CAM), bensì designato a misura che serve e che ciò sia richiesto. Ed anche se fosse precostituito con la indicazione del "*prof. Tizio ed in caso di sua impossibilità del prof. Sempronio*"¹³ (formulazione - a prescindere dal malaugurio che arrecherebbe ai due che immagino non certo imberbi - inverosimile nel nostro contesto sebbene riscontrabile nel diverso contesto di clausole "statutarie" di piccole realtà associative), occorrerebbe che costoro avessero già accettato formalmente l'incarico, ma vi sarebbe il problema difficilmente superabile di ragguagliare a quella richiesta dall'art. 818 c. 2 siffatta accettazione in *incertam personam* ed in *incertam causam*.

La conclusione, sul piano pratico, è analoga a quella rappresentata dalla alternativa dianzi considerata al par. 4, ma più concretamente plausibile riguardo alla convenienza di entrambe le scelte a seconda dei casi e delle esigenze.

Ove l'accordo compromissorio rinvii efficacemente ad un regolamento arbitrale comprensivo del meccanismo dell'"arbitro d'urgenza" ed insorga prima della costituzione del collegio arbitrale "di merito" una esigenza cautelare, la parte interessata potrà senz'altro rivolgersi al giudice dello Stato perché evidentemente l'"arbitro di urgenza" non è ancora costituito. Ma potrà anche chiederne la designazione (da effettuarsi entro soli 5 giorni secondo il Regolamento CAM), ed attendere la successiva e verosimilmente altrettanto rapida accettazione dell'arbitro d'urgenza, al qual

¹² Cfr. BRIGUGLIO, *La clausola sul potere*, cit., 304 ss. In arg. v. altresì SALVANESCHI, *I poteri cautelari*, cit., par. 4 e FARINA, *Arbitrato in A.A.VV.* a cura di R. Tiscini, *La riforma Cartabia del processo civile*, Roma, 2023, 1200; CAROSI, *La potestà cautelare*, cit., 602, nota 88.

¹³ Non basterebbe invece, a discorrere di "precostituzione", un semplice elenco di possibili arbitri d'urgenza quale si riscontra anche, occasionalmente, per il conferimento di funzioni arbitrali "di merito".



rivolgere poi la domanda di cautela¹⁴. Ove è chiaro che la istanza alla camera arbitrale non rappresenta affatto una *domanda cautelare* inaccoglibile per incompetenza bensì solo l'atto privato, previsto dal regolamento, prodromico alla costituzione dell'organo arbitrale sicuramente competente, ad esclusione del giudice, sulla successiva e *vera e propria domanda cautelare*. Chi la pensasse diversamente e volesse considerare come domanda cautelare già la istanza alla camera arbitrale per la nomina dell'arbitro d'urgenza, dovrebbe poi far ricorso al principio della *perpetuatio iurisdictionis*, nella sua declinazione *secundum eventum* e cioè sanante la originaria carenza di *potestas* a seguito di sopravvenienza di fatto o di diritto, per dire appunto che la successiva costituzione dell'organo arbitrale ne implica la competenza cautelare pur in ipotesi insussistente al momento della istanza.

Se poi la parte interessata alla cautela si è rivolta subito al giudice dello Stato, nulla impedisce che la controparte affidi la richiesta di controcautela, piuttosto che al medesimo procedimento cautelare giudiziale, alla via regolamentare segnata per l'arbitrato di urgenza: il doppio binario vale anche qui¹⁵.

¹⁴ Cfr. in argomento CAROSI, *La potestà*, cit. nota 88, il quale, muovendo dalla premessa della compatibilità tra art. 818 c.p.c. e arbitrato d'urgenza, ipotizza, ancorché con opportuna prudenza, che, rispetto all'arbitro d'urgenza, possa entro certi limiti replicarsi quel sistema di competenza cautelare concorrente, ma diacronica, che opera senz'altro tra giudice statale e arbitro designato per il merito, avente come spartiacque l'accettazione dell'arbitro d'urgenza. V. in tema altresì FARINA, *Arbitrato*, cit., 1200.

¹⁵ *À côté* del discorso va poi considerata la valenza puramente "privatistica" e non coercibile (ma praticamente utile in caso ad esempio di misure autorizzative) che i provvedimenti dell'"arbitro d'urgenza", o anche quelli interinali dell'arbitro investito della cognizione di merito, può ben rivestire pur quando la competenza cautelare in senso tecnico resti per qualche ragione riservata al giudice. Sul tema v. le interessanti riflessioni di CAROSI, *Arbitrato e tutela cautelare*, in *Riv. arb.* 2021, 43 ss.