

Capitolo Cinquantaquattresimo

Effetti del mandato

di Tomaso Galletto

SOMMARIO : 1. Effetti del mandato

1. Effetti del mandato

La scelta operata dalle parti di affidare la soluzione delle controversie insorte ovvero insorgende tra di esse ad arbitri irrituali ha rilevanti conseguenze in ordine alla tutela giurisdizionale dei diritti ordinariamente offerti.

Indipendentemente dalla opzione che si prediliga in ordine alla natura giuridica dell’istituto in esame, il primo e più rilevante effetto della devoluzione ad arbitri irrituali della controversia è quello della rinuncia alla tutela giurisdizionale, nei limiti e con le precisazioni che qui di seguito sinteticamente si enunceranno.

**Rinuncia
alla tutela
giurisdizionale**

In linea generale è **opinione diffusa** e largamente condivisa quella secondo cui la devoluzione ad arbitrato irrituale della controversia comporta una **rinuncia alla tutela giurisdizionale**, ritenuta compatibile con la disciplina costituzionale¹ in virtù dell’autonomia negoziale che l’ordinamento riconosce alle parti.

Tale rinuncia, che è espressione del potere delle parti di sottoporre la loro controversia sui diritti ad uno o più privati anziché ai giudici dello Stato, **non pone problemi** né di **giurisdizione** né, tantomeno, di **competenza**.

Ancorché con riferimento all’arbitrato irrituale non sia inusuale l’argomentazione secondo cui si tratterebbe nella fattispecie di un difetto assoluto di giurisdizione del giudice ordinario, assai più persuasiva è la soluzione che in epoca relativamente più recente è stata assegnata, nel senso che la presenza di un patto compromissorio per arbitrato irrituale si pone come questione (preliminare) di merito, attenendo essa alla sussistenza o meno di *potestas iudicandi* da parte del giudice.

Una volta esclusa la natura giurisdizionale dell’arbitrato irrituale, circostanza sulla quale non sembra potersi dubitare attesa l’inequivoca natura negoziale del mandato conferito agli arbitri irrituali, è certamente da

¹ Arg. ex art. 24, Cost.

escludersi che venga in rilievo una questione di competenza in senso tecnico del giudice ordinario (non senza rilevare, incidentalmente, che, secondo la più recente giurisprudenza alla quale si è fatto cenno in altra parte di questa opera², nemmeno con riferimento all'arbitrato rituale possono porsi questioni di giurisdizione o di competenza, predicandosi la natura schiettamente negoziale anche di quest'ultimo).

**Tutela
cautelare**

Non sembrano sussistere invece **ostacoli** conseguenti alla pattuizione di un arbitrato irrituale relativamente alla tutela cautelare, così superandosi le incertezze che in materia si sono verificate sino ad epoca recentissima.

Come è già stato ricordato in altra parte di questa opera³ un indirizzo interpretativo confortato da una ordinanza della Corte Costituzionale riteneva ammissibile la tutela cautelare pur in presenza di arbitrato irrituale; allo stato attuale della legislazione il problema può ritenersi superato in senso positivo dalla disposizione contenuta nella nuova formulazione dell'art. 669, *quinquies*, c.p.c..

**Validità
e/o
invalidità
del patto**

Assai più delicata è la questione relativa alla *possibilità* o meno per gli **arbitri irrituali** di **determinarsi** in ordine alla validità e/o invalidità del patto compromissorio dal quale essi traggono i loro poteri e specularmente quella della possibilità o meno del giudice ordinario di pronunciarsi in ordine al contenuto ed agli effetti del patto compromissorio per arbitrato irrituale.

Diversamente da quanto si ritiene con riferimento all'arbitrato rituale, nel cui ambito è certamente consentito agli arbitri di giudicare della validità del patto compromissorio e conseguentemente della loro competenza, deve ritenersi che ciò **non** sia **consentito** con riferimento all'arbitrato irrituale, e ciò in ragione della qualità di mandatari delle parti in tale ipotesi assegnata agli arbitri.

Si è recentemente ritenuto, infatti, in proposito che: *“La devoluzione della controversia ad un collegio di arbitri irrituali non sottrae al giudice ordinario il potere di deliberare in ordine alla validità ed efficacia della clausola compromissoria, in quanto le parti con tale clausola non demandano agli arbitri l'esercizio di una funzione di natura giurisdizionale, ma conferiscono un mandato per l'espletamento, in loro sostituzione, di un'attività negoziale e, pertanto, costoro, in tanto sono autorizzati ad eseguire il mandato in quanto sia valido ed efficace l'atto che glielo conferisce”⁴.*

La citata decisione sembra ammettere che la questione in ordine alla validità ed efficacia del patto compromissorio per arbitrato irrituale possa

² Cfr. *supra*, cap. 8.2.

³ Cfr. *supra*, cap. 8.2.

⁴ Cass., sez. II, 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Riv. Arb.*, 2003, 81.

essere sollevata davanti al giudice ordinario sia anteriormente alla instaurazione dell'arbitrato sia durante il procedimento arbitrale.

In questo senso la pronuncia è foriera di ulteriori delicate problematiche, in quanto essa si presta anche ad un **uso strumentale** nel senso che, instaurato il procedimento arbitrale, la parte che intenda frapporre ostacoli alla conclusione del procedimento potrà sollevare anche pretestuosamente una questione relativa alla interpretazione del patto compromissorio richiedendo nel contempo agli arbitri di astenersi dalla prosecuzione del procedimento.

La questione non è di agevole soluzione e tuttavia sembra preferibile ritenere che effettivamente in siffatta ipotesi il **procedimento** arbitrale debba arrestarsi poiché si tratta di fattispecie non dissimile da quella già risolta in giurisprudenza in cui si controverta in tema di persistenza dei poteri in capo agli arbitri, questione risolta come in precedenza si è ricordato nel senso che gli arbitri irrituali debbono astenersi dal pronunciare e rimettere la decisione al giudice ordinario⁵.

Una recente decisione di merito, peraltro, ha ritenuto inammissibile la domanda giudiziale volta all'accertamento della portata e dei limiti di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale senza contestuale proposizione di una controversia sostanziale, argomentando in termini di difetto di interesse ad agire⁶.

⁵ Cfr. Cass., I sez., 9 marzo 2001, n. 3463, *cit.*

⁶ Cfr. App. Milano, 10 settembre 2001, in *Riv. Arbitrato*, 2001, 723 ss., con nota di CHIZZINI, *In tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario.*