

Arbitrato

a cura di Claudio Consolo

con Salvatore Boccagna, Marcella Negri e Alberto A. Romano

Lodo arbitrale

Corte costituzionale, 30 gennaio 2018, n. 13 – Pres. Grossi – Rel. Prosperetti

Arbitrato – Lodo arbitrale – Impugnazione per violazione di legge sostanziale – Applicazione nel tempo dell'art. 829, 3° comma, c.p.c. – Momento della stipula della convenzione arbitrale – Rilevanza – Questione di costituzionalità

Non è fondata, in riferimento agli artt. 3 e 41 della

Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 829, 3° comma, del codice di procedura civile, come sostituito dall'art. 24 D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, in combinato disposto con l'art. 27, 4° comma, del medesimo D.Lgs.

Per il testo della sentenza v. www.giurcost.it oppure www.cortecostituzionale.it.

Facile e ragionevole assenso della Consulta alle Sezioni Unite sul modo di applicare la "nuova" disposizione sulla impugnazione del lodo per violazione di legge

Antonio Briguglio

Una facile risposta della Consulta su questione che, quanto alla ricostruzione della legge ordinaria, non è del tutto semplice. È costituzionale il "diritto vivente" delle Sezioni Unite secondo cui un lodo al quale si applichi il nuovo art. 829, 3° comma, c.p.c., ma pronunciato sulla base di convenzione stipulata prima della sua entrata in vigore, è impugnabile per violazione di legge sostanziale nonostante il silenzio della convenzione. La nota analizza i termini della questione alla luce della condivisibile decisione della Corte costituzionale. Della motivazione di questa sono altresì prese in considerazione le espressioni sovrabbondanti e quelle (anch'esse ricavate dalle Sezioni Unite) che appaiono comunque utili sul piano metodologico. Infine il percorso solutorio indicato a suo tempo, in punto di diritto ordinario, dalle Sezioni Unite è brevemente riesaminato con proposta di un percorso alternativo e più adeguato per giungere al medesimo esito.

I termini della questione e la soluzione delle Sezioni Unite sul modo di applicare l'art. 829, 3° comma, c.p.c.

Con un paio di pagine semplicemente scritte, nonché fondate sulla istituzionale o se si vuole elementare accezione del principio di eguaglianza (trattamento eguale di situazioni uguali, diverso di situazioni diverse), la Consulta chiude i giochi, dopo le Sezioni Unite del 2016 (n. 9284 e 9341 del 9 maggio 2016 e n. 9285 della stessa data, tutte con identico estensore¹), su questione ormai ad esaurimento visto lo scorrere impietoso degli anni.

La questione - nei suoi termini operativi o per così dire puramente applicativi del diritto vigente complessivamente considerato (ed è in questi termini assai

concreti, sfrondate le raffinatezze ricostruttive delle Sezioni Unite o altre possibili, come pure la impegnata pensosità della ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Milano², che la Consulta la recepisce) - è la seguente.

Posto che con la riforma del 2006 (D.Lgs. n. 40/2006) l'art. 829, 3° comma, c.p.c., ove si prevede "a contrario" la inimpugnabilità del lodo rituale per violazione di legge sostanziale salvo che la legge o la convenzione arbitrale ("le parti") non dispongano altrimenti, ha preso il luogo dell'art. 829, 2° comma, previgente, ove si prevedeva la regola esattamente inversa della impugnabilità per violazione di legge sostanziale salvo che la convenzione arbitrale non disponesse diversamente, e posto che l'art. 27, 4° comma,

¹ Vedi la prima in *Giur. It.*, 2016, 1451 e segg. con nota adesiva di Consolo-Bertoldi, *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto degli arbitri negli arbitrati basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica.*

² Fin troppo pensosa per Bertoldi-Consolo-Porcelli, nella ap-

profondita annotazione da leggersi in *Giur. It.*, 2017, 1182 e segg., *Sussulti alla sindacabilità del lodo per errori di diritto ammessa dalle Sezioni Unite (per arbitrati fondati su convenzioni anteriori al 2 marzo 2006)*; gli AA. preconizzavano la agevole soluzione della questione in senso negativo da parte della Corte costituzionale.

D.Lgs. n. 40/2006 dispone che il nuovo 3° comma art. 829 si applica ai procedimenti arbitrari nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo d.lgs., può nondimeno considerarsi impugnabile per violazione di legge sostanziale un lodo rituale reso in un procedimento arbitrale avviato dopo l'entrata in vigore del decreto ma sulla base di convenzione arbitrale stipulata in precedenza, la quale fosse silente sulla impugnabilità?

Le Sezioni Unite, dopo alterne vicende nella giurisprudenza di merito e di legittimità³, hanno risposto negativamente.

La Corte d'appello di Milano con la pensosa ordinanza di rimessione dice doversi arrendere a tale contraria *regula iuris*, quale autorevolissimo diritto vivente non suscettibile di correzione ermeneutica costituzionalmente orientata bensì solo di dubbio di costituzionalità, e tale dubbio prospetta, con particolare insistenza nel senso dell'accoglimento. Anzitutto in relazione all'art. 3 Cost.: "la norma che scaturisce dall'intervento delle Sezioni Unite" introdurrebbe una infustificata disparità di trattamento perché "verrebbe applicato un diverso regime processuale a seconda che la clausola compromissoria sia stata stipulata prima o dopo" la data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 40/2006 "nonostante la circostanza che la nuova disciplina non incide in alcun modo sulla validità e sul contenuto della clausola compromissoria su cui l'arbitrato risulta fondato".

Il favorevole responso della Consulta: la soluzione delle Sezioni Unite è conforme a Costituzione

La Corte costituzionale, con sentenza n. 10/2007, quale risponde - come a mio sommo avviso avrebbe risposto -: nessuna violazione dell'art. 3 per la (apparente) disparità di trattamento è più che giustificata dalla diversità di situazione.

Coloro che hanno stipulato una clausola compromissoria nella vigenza del vecchio testo dell'art. 829, secondo comma⁴, cod. proc. civ., che prevedeva l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole del diritto, salvo che le parti non avessero autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile, sono in una situazione sostanzialmente diversa rispetto ai contraenti che, dopo il 2 marzo del 2006, vigente la nuova regola posta dall'art. 24 del d.lgs. 40 del 2006, debbono esprimere una specifica volontà per realizzare il medesimo obiettivo dell'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto. Il punto di riferimento ai fini della

valutazione sulla identità delle fattispecie non può, infatti, essere individuato solo nella data di proposizione dell'arbitrato, in quanto così facendo si astrarrebbe la domanda dal suo contesto, trascurando il quadro normativo in cui la volontà delle parti si è formata e il ruolo che questa assume nell'arbitrato, come suo indefettibile fondamento".

Non ci piove insomma che la genesi invariabilmente volontaria e privata dell'arbitrato risiede in una scelta compromissoria nella quale l'opzione sull'*an* è, entro certi limiti, inscindibilmente connessa con l'opzione sul *quomodo*: scegliamo non l'arbitrato *tout court* ma l'arbitrato qual è configurato dalla legge nel momento in cui lo scegliamo. Dal che anche l'erroneità dell'assunto del remittente secondo il quale "la nuova disciplina non incide in alcun modo sul contenuto della clausola compromissoria su cui l'arbitrato risulta fondato".

È ovvio che così impostato il discorso proverebbe troppo: non ogni modifica normativa al processo arbitrale, la cui applicabilità sopravvenga alla stipula della convenzione compromissoria, stravolge la sostanza e la giustificazione di quest'ultima (ché altrimenti tanto varrebbe dire che ognuna di quelle modifiche normative procedurali deve necessariamente trovare applicazione, secondo un adeguato diritto intertemporale apposito ed indipendente da qualsivoglia canone generale, ai soli arbitrati basati su convenzione successiva alla entrata in vigore della nuova norma). Ma la modifica al regime impugnatorio che rende "impugnabile" per violazione di legge "salvo deroghe pattizie" il lodo che prima era invece, "salvo deroghe pattizie, impugnabile", è troppo decisiva ed incidente sulla scelta compromissoria per poter essere ignorata. Cosa vogliono (hanno voluto) le parti: un giudizio giuridico affidato solo agli arbitri o un giudizio giuridico affidato in prima battuta agli arbitri e poi al controllo integrativo-correctivo del giudice statale?

In altri termini: se l'*ubi consistam* della scelta compromissoria è la scelta di un "giudizio privato" esso non può che comprendere, non ogni contingente e transeunte specificazione normativa del processo arbitrale o post arbitrale, ma sì quella che determina l'autentico quoziente di "privatezza" del giudizio, se cioè prima del passaggio in giudicato possa o meno scontarsi l'intromissione formativa⁵ in quel giudizio - o almeno nel suo segmento in diritto, posto che quello in fatto è impermeabile - del giudice "non privato".

E perciò, se non ci si vuole avventurare in complicati itinerari puramente civilistici, risolutori o adeguatori della originaria volontà compromissoria per fatto (normativo) imprevedibile e sopravvenuto⁶, non può che considerarsi giustificata, in relazione al principio

Vicende ampiamente ricostruite nella nota di Bertoldi-Consoncelli, *op. cit.*

Il riferimento al vecchio testo dell'art. 829, "terzo comma" è *apsus* della Corte cost.

Ed è chiaro che questa intromissione formativa si ha non solo in positivo quanto al rescissorio (ove consentito), ma anche in negativo quanto al rescindente.

⁶ Simili scenari evocavo, piuttosto blandamente, in *Chi ha paura dell'arbitrato internazionale?*, in *Riv. Arb.*, 1998, 721 e segg. spec. 727, in relazione all'art. 838 c.p.c. allora introdotto dalla novella del 1994 ed al problema della sua applicazione nel tempo, che ha conosciuto dinamiche parzialmente analoghe a quelle ora in questione.

di egual trattamento lodo per stipulato) primato dell'art.

Le Sezioni Unite orientate

La Corte ordinaria con rigore ed equità ed è additiva.

E siccome mestiere di spirito per di "diritti sottoposti" nute attri rimessione Consulta percorso più corra assai sono

Alla Corte "diritto" della per sostanza iniziato e compromesso di eg

E la Corte do più li riportati. li, ed era proccio sempre l' perché s' stinguere dalle Sezioni tivazione su ciò do campo, e e la inter

⁷ Tesi sulla *arbitrato, sentenze e*

⁸ Dico lì che la sost nuova e di senza cond ne della Corte.

⁹ Ad alia Corte si fo

di eguaglianza correttamente inteso, le diversità di trattamento normativo, quanto alla sindacabilità del lodo per violazione di legge sostanziale, tra chi abbia stipulato un accordo compromissorio (silente sul punto) prima della entrata in vigore e chi lo abbia stipulato dopo l'entrata in vigore del nuovo 3° comma dell'art. 829.

Le Sezioni Unite per altro ragionavano senza alcun cenno ad interpretazione costituzionalmente orientata

La Consulta, come a tutti noto, non crea norme ordinarie salvo il caso in cui la *quaestio* le sia posta con riguardo alla legge "nella parte in cui non prevede" ed essa risponda con pronuncia di accoglimento additiva.

E siccome non era questo il caso, non era neppure mestiere della Consulta (ove non colta da accademico spirito perfezionista) chiedersi se alla regola concreta di "diritto vivente" che la Corte d'appello di Milano le sottoponeva le Sezioni Unite fossero davvero pervenute attraverso il percorso descritto dalla ordinanza di rimessione e sintetizzato dalla stessa motivazione della Consulta (vedremo fra breve che non è così) o altro percorso, e se quest'ultimo fosse l'unico possibile o il più corretto sul piano ermeneutico (dirò alla fine, assai sommessamente, che non è così).

Alla Consulta spettava solo dichiarare se la regola di "diritto vivente" sancita dalle Sezioni Unite, nel senso della perdurante sindacabilità per violazione di legge sostanziale di un lodo reso in procedimento arbitrale iniziato dopo il 2 marzo 2006 ma sulla base di accordo compromissorio stipulato prima, vulnerasse il principio di eguaglianza.

E la Corte costituzionale ha risposto di no, nel modo più lineare mediante i passaggi motivazionali sopra riportati. Tali passaggi sarebbero stati da soli bastevoli, ed erano semplicemente ispirati al medesimo approccio iniziale di buon senso (il buon senso è pur sempre l'anima vivificante del principio di eguaglianza perché senza buon senso non si riesce neppure a distinguere ciò che è uguale e ciò che è diverso) palesato dalle Sezioni Unite, ma non desunti dall'apparato motivazionale approntato da queste. Le quali (ed anche su ciò dovrà fra breve tornarsi) tutto avevano tratto in campo, nella ricostruzione della *regula iuris* ordinaria, tranne che la Costituzione, il principio di eguaglianza e la interpretazione costituzionalmente orientata.

La Consulta insomma non assente ad una interpretazione costituzionalmente orientata delle Sezioni Unite, ma semplicemente considera conforme all'art. 3 Cost una "nomale" interpretazione (*rectius* la *regula iuris* riveniente da una "normale" operazione ermeneutica) delle Sezioni Unite.

E neppure una parola nella motivazione della Corte Costituzionale vi è in senso esplicitamente adesivo alle tesi della avvocatura erariale, secondo cui "la diversa interpretazione sostenuta dal remittente si porrebbe anzi in aperto contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost." determinando "un irragionevole disparità di trattamento"⁷.

Il che lascia aperto - senza indicazioni motivazionali "persuasive" da parte della Corte cost. - il problema che è di ordine generale e logico: se dichiarata non fondata in relazione all'art. 3 Cost. la questione di costituzionalità di X interpretata nel senso A, perché ritenuta giustificata la disparità di trattamento che XA comporta, il legislatore ordinario o l'interprete della legge ordinaria resti libero di modificare XA in Y o in XB, di guisa che quella disparità di trattamento sia eliminata, senza esporre per ciò solo XB o Y al conflitto con l'art. 3 Cost.

Sebbene la risposta possa apparire tendenzialmente negativa, riterei che uno spazio di libertà logica vi sia⁸. E più in generale a me pare perfino scontato che un margine di discrezionalità del legislatore ordinario e del suo interprete, orientati da scelte valoriali di ordine anche non costituzionale, vi sia senz'altro nello stabilire ciò che è uguale e ciò che è diverso, e cosa trattare paritariamente e come e cosa trattare diversamente e come.

Ciò riporta, proprio in materia di processo arbitrale, a quel cui prima si accennava: non ogni modifica normativa del processo arbitrale, pur incidendo sul *quomodo* dell'arbitrato, implica una diversità di situazione - fra chi poteva aver contezza di quel *quomodo* al momento genetico della stipula dell'accordo compromissorio e chi non poteva averne contezza - tale e così rilevante da imporre in nome del principio di eguaglianza che la modifica processuale si applichi o non si applichi sempre e solo a seconda della data di stipula dell'accordo compromissorio e non dalla data di inizio del processo arbitrale, e che il legislatore ordinario non sia costituzionalmente libero di seguire i principi generali della applicazione della legge processuale nel tempo o di apportare una disciplina transitoria apposita caso per caso⁹.

⁷ Tesi sostenuta in dottrina da Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, 570, Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 562, ed altri.

⁸ Dico libertà logica, perché sul piano giuridico mi pare ovvio che la sospetta incostituzionalità di XB o di Y darebbe luogo a nuova e diversa questione da risolvere se del caso in Corte cost., senza condizionamenti preclusivi rispetto alla precedente soluzione della Consulta (altra cosa essendo la sua valenza di precedente).

⁹ Ad altro rispetto si consideri ad esempio come la Suprema Corte si fosse a suo tempo trovata di fronte alla questione della

non manifesta infondatezza, rispetto al principio di eguaglianza stabilito nell'art. 3 Cost., della applicazione nel tempo dell'art. 838 c.p.c. (quando esso vigevo) introdotto dalla novella del 1994, applicazione nel tempo che era segnata, secondo il diritto transitorio, non dalla data di stipula della convenzione arbitrale (se anteriore alla entrata in vigore), bensì dalla data di inizio del procedimento arbitrale: se iniziato questo dopo la data di entrata in vigore, il lodo con caratteristiche di "internazionalità" era di regola inimpugnabile per violazione di legge sostanziale, diversamente se il procedimento era già iniziato al momento della entrata in vigore. Ebbene in quella occasione, nonostante l'omofonia di

Qualche espressione sovrabbondante nella motivazione della Consulta

Giusto a quest'ultimo proposito va forse letto un successivo passaggio motivazionale per così dire secondario ed ancillare (rispetto alle semplici espressioni prima riportate) della pronuncia annotata, desunto questa volta espressamente dalla motivazione delle Sezioni Unite.

"Va, poi, riconosciuta la natura sostanziale e non meramente processuale della regola posta dal novellato art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., a nulla rilevando che all'arbitrato sia attribuita natura giurisdizionale, poiché, come rilevato dalle sezioni unite della Corte di cassazione nelle richiamate sentenze, 'la natura processuale dell'attività degli arbitri non esclude che sia pur sempre la convenzione di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi' (Corte di cassazione, sezioni unite, 9 maggio 2016, nn. 9341, 9285 e 9284)".

"Quanto, poi, alla ritenuta violazione del principio *tempus regit processum*, la censura deve, pure, ritenersi infondata, considerato che, come rilevato dalle sezioni unite, 'la presenza di un'esplicita disciplina transitoria priva di rilevanza esclusiva il riferimento alla natura processuale degli atti per risolvere le questioni di diritto intertemporale' (Corte di cassazione, sezioni unite, 9 maggio 2016, n. 9341, 9285 e 9284) e che, quindi, l'interpretazione offerta dalle citate pronunce della Corte di cassazione appare pienamente conforme alla disciplina transitoria, regolata dall'art. 27, comma 4, del d.lgs. n. 40 del 2006".

In realtà, ed ovviamente, il principio *tempus regit processum* non è affatto un principio costituzionale né è elemento cogente del giusto processo (l'art. 111 Cost. non era neppure evocato nell'ordinanza di rimessione), e la sua violazione non rilevava certo direttamente nel giudizio di costituzionalità, bensì vi rilevava - come sintomo della disparità di trattamento sottoposta al vaglio *ex art. 3 Cost.* - la divergenza rispetto a quel principio della *regula iuris* di diritto vivente stabilita dalla Cassazione. Ed assai poca rilevanza aveva per la Consulta la natura sostanziale o per lo meno non meramente processuale della disposizione posta dal novellato art. 829, 3° comma; o che le Sezioni Unite avessero (giustamente), vista la presenza di una "esplicita disciplina transitoria", escluso quella rilevanza anche ai fini della risposta da dare sulla questione sottoposta ed in punto di ricostruzione della legge ordinaria; o che "l'interpretazione offerta" dalle Sezioni Unite fosse o meno "pienamente conforme alla disciplina transitoria, regolata dall'art. 27, c. 4° del d.lgs. n. 40 del 2006".

Oltretutto - e questo è altro ancora fra gli elementi di (tutto sommato) veniale discrepanza fra l'autentico

inter motivazionale delle Sezioni Unite e quello che sembra loro attribuito per quanto emerge dalla lettura della sentenza della Consulta - l'applicazione letterale della cennata disposizione transitoria era proprio nel senso della insindacabilità del lodo per violazione di legge auspicata dal giudice remittente, e le Sezioni Unite non quella correggevano (ma anzi la lasciavano intatta) per pervenire nel caso concreto (equivalente a quello del giudizio milanese *a quo*) alla regola della insindacabilità, bensì lavoravano interpretativamente sul solo art. 829, 3° comma; sicché il tema e l'oggetto del giudizio di costituzionalità non andava affatto imperniato (a dispetto di ciò che risulta dalla ordinanza di rimessione e dalla sentenza della Consulta) sulla legittimità costituzionale di un diritto vivente "interpretativo" della disposizione transitoria (neppure in combinato disposto con l'art. 829, 3° comma).

... talune delle quali hanno però una valenza euristica non trascurabile

In realtà fra le appena riportate espressioni sovrabbondanti della motivazione della Consulta, ricalcate su quelle (li pertinenti) della motivazione delle Sezioni Unite, una sola mi pare indirettamente significativa nell'economia del sindacato di costituzionalità. Ed è quella secondo cui a fronte della "attribuita natura giurisdizionale all'arbitrato" (così la Corte cost.) e comunque della "natura processuale dell'attività degli arbitri" (così le Sezioni Unite riprese dalla Corte Cost.) vi è che è "pur sempre la convenzione di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi" (così sempre le Sezioni Unite riportate dalla Corte cost.).

Notazione questa che - al di là della valenza metodologica generale: non vi è equiparazione *quoad effectum* fra lodo e sentenza del giudice (con tutto ciò che ne segue) che possa far dimenticare, all'occorrenza, la scaturigine privata dell'arbitrato da un atto di autonomia negoziale - enfatizza proprio quanto prima si osservava. L'*ubi consistam* della determinazione negoziale compromissoria, che è fondamento del processo arbitrale, è rappresentato anche dalla definizione del sindacato impugnatorio del lodo e cioè di quanto insindacabile o al contrario sindacabile le parti vogliano rendere il giudizio giuridico dell'arbitro sul merito della controversia. Così è sempre stato nel quadro ordinamentale di riferimento sia nel vigore del vecchio 829, 2° comma, sia nel vigore del nuovo 829, 3° comma, dandosi solo, a norma dell'uno o dell'altro, rilievo ed effetto diverso al silenzio compromissorio e, inversamente, alla volizione esplicita.

Ed è proprio perciò che si rende plausibile e giustificabile (a differenza che per altre modifiche nor-

temi, la Cassazione non ebbe difficoltà, quanto alla individuazione delle situazioni diverse che giustificassero la disparità di trattamento, a considerare la sola diversità tra chi avesse avviato un arbitrato "internazionale" prima o dopo la entrata in vigore, del tutto trascurando la diversità fra chi avesse stipulato un accordo

compromissorio prima o dopo quella data. E ciò in virtù di altri contenuti peculiari della (allora nuova) disciplina all'arbitrato internazionale (si vedano, fra le altre, Cass., 30 novembre 2007, n. 25018 e Cass., 6 ottobre 2008, n. 24633).

mative incidenti sul processo arbitrale) la disparità di trattamento, nella applicazione delle regole concrete sulla impugnabilità/inimpugnabilità, fra chi ha stipulato il compromesso prima e chi ha stipulato il compromesso dopo la modifica normativa.

Ed è in base a ciò che si supera altresì agevolmente - come la Consulta supera e però con affermazioni un tantino ellittiche - anche la ipotizzata (per vero senza troppa convinzione) incostituzionalità per contrasto con l'art. 41 Cost. e con la garanzia di tutela della privata autonomia.

Fra prima e dopo il 2006 non vi è alcuna differenza riguardo al peso che il legislatore attribuisce alla autonomia compromissoria sulla delineazione del sindacato impugnatorio del lodo, ma vi è solo l'inversione del criterio sulla rilevanza del silenzio¹⁰. Correlativamente la "norma che scaturisce dall'intervento delle Sezioni Unite" non conculca la libertà contrattuale, ma serve soltanto a determinare (ragionevolmente) gli effetti di essa a seconda del momento in cui è stata esercitata, e dunque - come conclude la Consulta - tutela proprio quell'autonomia delle parti che, invece, il giudice remittente ritiene violata.

Un'alternativa motivazionale (sempre indipendente dalla Costituzione) alla soluzione delle Sezioni Unite

Convieni ora brevemente tornare sull'iter motivazione delle Sezioni Unite, il quale lascia - in punto di ricostruzione della situazione normativa ordinaria e senza che ne sia coinvolto l'ormai archiviato profilo di costituzionalità - qualche perplessità. Se ne vuol dire qui - trattandosi delle Sezioni Unite - solo per amor di completezza ed a futura memoria, o forse velleitariamente.

È noto il principio di diritto delle due sentenze autenticamente gemelle, nn. 9284 e 9341/2016 (l'altra, la n. 9285/2016, non essendolo affatto o al più eterozigote o forse solo sorella):

"In applicazione della disciplina transitoria dettata dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, l'art. 829 c.p.c., comma 3, come riformulato dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 24, si applica nei giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto, ma la legge cui lo stesso art. 829 c.p.c., comma 3, rinvia, per stabilire se è ammessa l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, è quella vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato".

Il percorso seguito dalle Sezioni Unite è stato il seguente:

a) la norma transitoria (art. 27, 4° comma, D.Lgs. n. 40/2006) è fin troppo chiara e non tollera opzioni interpretative; non è sulla "interpretazione" di questa che può e deve risolversi in concreto "il contrasto giurisprudenziale denunciato dalla prima sezione" (v. al punto 2.2, primo e secondo periodo, della motivazione).

b) Le Sezioni Unite, dunque, neppure si pongono un problema di interpretazione ultra-letterale, e men che meno di interpretazione costituzionalmente orientata dalla disposizione transitoria; a norma del cui tenore letterale il nuovo art. 829, 3° comma, c.p.c. si applica senz'altro e non può che applicarsi solo ed a tutti (senza distinzione alcuna) i processi arbitrali iniziati dopo il 2 marzo 2006¹¹.

c) Occorre tuttavia interpretare ed applicare correttamente caso per caso proprio il nuovo art. 829, 3° comma (ancor qui la Costituzione e la interpretazione costituzionalmente orientata non fa neppure capolino nel ragionamento delle Sezioni Unite). Occorre cioè constatare che alla nuova regola generale, secondo cui l'impugnazione del lodo per violazione delle norme di diritto relative al merito della controversia è oggi esclusa, si contrappone - proprio secondo quel disposto - il caso in cui l'impugnazione è invece "ammessa" perché "espressamente disposta dalle parti o dalla legge". Ed occorre chiedersi "quale sia la legge la cui espressa previsione può rendere ammissibile l'impugnazione del lodo arbitrale anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia" (v. par. 2.2, quarto periodo della motivazione).

d) A questo punto le Sezioni Unite tracciano la "carta di identità" di tale "previsione di legge espressa" (v. il seguito del par. 2.2) con riguardo al caso concreto (quello cioè di un lodo venuto fuori da processo arbitrale iniziato nel vigore del nuovo art. 829, 3° comma ma sulla base di convenzione compromissoria stipulata nel vigore del vecchio art. 829, 2° comma):

(i) "Deve innanzitutto trattarsi ovviamente di una legge diversa dallo stesso art. 829 c.p.c., comma 3, che esclude certamente l'impugnabilità del lodo arbitrale per violazione delle norme di diritto sostanziali, ma ammette che a questa esclusione possano derogare altra norma di legge o la volontà delle parti".

(ii) "Deve trattarsi in secondo luogo di una legge che disciplini la convenzione di arbitrato, perché è quella convenzione a definire, anche per volontà delle parti, i limiti di impugnabilità del lodo".

(iii) "Deve trattarsi infine della legge vigente nel momento in cui la convenzione di arbitrato viene sti-

¹⁰ "Anche nel regime precedente alla riforma del 2006" - nota la Consulta - "l'autonomia negoziale si poneva come momento fondamentale della disciplina dell'arbitrato, in quanto la legge consentiva l'impugnazione del lodo, per violazione delle regole di diritto, salva diversa volontà delle parti. Il mutamento di disciplina, che restringe i motivi di impugnazione del lodo arbitrale non può, quindi, essere considerato come fondato sulla scelta di attribuire un maggiore rilievo all'autonomia delle stesse parti, visto che essa era pienamente salvaguardata anche nel vigore della

precedente normativa".

¹¹ E neppure le Sezioni Unite opinano nel senso che al solo art. 829, 3° comma, siccome norma anche o ampiamente "sostanziale" incisiva sulla determinazione compromissoria, si applichi in realtà, analogicamente, il 3° comma (quello relativo alla applicazione nel tempo delle modifiche concernenti il capo I sulla convenzione di arbitrato) piuttosto che il 4° comma dell'art. 27, D.Lgs. n. 40/2006.

pulata, perché è solo la legge vigente in quel momento che può ascrivere al silenzio delle parti un significato normativamente predeterminato”.

Senonché “nel caso di arbitrato societario” la conclusione concreta attinta dalle Sezioni Unite, con la sentenza soltanto sorella o gemella eterozigote n. 9285/2016, al termine del percorso così tracciato è perfettamente coerente con lo stesso, il quale è anzi addirittura sovrabbondante al raggiungimento di un esito comunque più che ovvio.

La “espressa previsione di legge” - nel senso della impugnabilità del lodo per violazione di legge sostanziale sia pure limitatamente a determinato oggetto o a determinate questioni¹² - scritta nell’art. 36 del D.Lgs. n. 5/2006 sull’arbitrato societario non solo e non tanto corrisponde in pieno a tutti e tre i connotati della carta identitaria tracciata dalle Sezioni Unite, ma soprattutto è rimasta in pieno vigore quale *lex specialis* pur dopo il cambio della guardia, nel 2006, fra le disposizioni generali di cui all’art. 829, 2° comma, c. p.c. (vecchio) e 829, 3° comma (nuovo). Perciò basterebbe dire che un lodo societario (e cioè un lodo cui possa applicarsi il D.Lgs. n. 5/2003) - del tutto indifferentemente dalla data di inizio del procedimento e dalla data di stipula della convenzione arbitrale - è sempre impugnabile per violazione di legge sostanziale (quanto alla decisione di questioni pregiudiziali non compromettibili o se avente ad oggetto delibera societaria) semplicemente in base ad un rapporto di specialità (e non di un “rinvio” ex art. 829, 3° comma, nuovo ad altra legge), rapporto di specialità non di certo venuto meno nel passaggio successorio dell’una all’altra disposizione generale¹³ (ma solo modificatosi quanto alla portata della deroga).

Viceversa, nel caso di arbitrato di diritto comune e non societario, le due sentenze nn. 9284 e 9341/2016 individuano la “espressa previsione di legge” proprio nel vecchio art. 829, 2° comma, c.p.c., e cioè nella disposizione ormai superata che all’epoca della stipula dell’accordo compromissorio diceva impugnabile il lodo per violazione di legge nel silenzio delle parti (v. il punto 2.3 della motivazione).

Ma questa individuazione solutoria¹⁴ - che chiude il cerchio con riguardo al caso concreto¹⁵ ed ha poi dato luogo alla questione di costituzionalità - è incoerente con la “carta di identità” tracciata dalle stesse Sezioni

Unite ed in particolare con il connotato (negativo) *sub (i)*.

È chiaro - o a me pare - che se la “previsione espressa” derogatoria rispetto alla regola scritta nel nuovo art. 829, 3° comma (impugnabilità) deve essere ovviamente e necessariamente diversa dallo stesso art. 829, 3° comma, essa può ben coincidere con altra disposizione di legge speciale come l’art. 36, D.Lgs. n. 5/2003 in materia di arbitrato societario; non può invece coincidere con la disposizione generale scritta nel vecchio art. 829, 2° comma, che è proprio la regola generale che il nuovo art. 829, 3° comma ha integralmente sostituito, con effetto nel tempo disciplinato da quella norma transitoria che le Sezioni Unite dicono di voler lasciare intonsa ed applicabile secondo la lettera. Altrimenti il legislatore prenderebbe in giro se medesimo e la sua disposizione transitoria così limpida ed univoca.

Detto diversamente: il vecchio art. 829, 2° comma ed il nuovo art. 829, 3° comma non sono disposizioni che regolano fattispecie diverse, l’uno la convenzione arbitrale e l’altro il giudizio di impugnazione, e che possano dunque avere entrambi applicazione contemporanea. Sono disposizioni che regolano identica fattispecie (coinvolgente, nei termini che si sono spiegati in precedenza e che la Corte costituzionale ha tenuto in debito conto, entrambi i profili). La loro successione applicativa ai casi concreti è regolata invariabilmente dalla disposizione transitoria ex art. 27, 4° comma, D.Lgs. n. 40/2006, e la inapplicabilità del primo perché sostituito dal secondo (a tutti gli arbitrati che cominciano dopo il 2 marzo 2006) non può trasformarsi in applicabilità surrettizia attraverso il secondo.

Sarebbe stato preferibile - a mio sommo avviso - un diverso segmento finale del percorso argomentativo delle Sezioni Unite, imperniato, piuttosto che sul termine “legge”, sul termine “parti” per come contenuto nel nuovo art. 829, 3° comma (“l’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti”) e giocato sulla interpretazione-ricostruzione in concreto della originaria volontà compromissoria.

Questa sì è una ed una sola ed è - salvo casi particolarissimi - da confinarsi con riguardo fra l’altro alla situazione di diritto vigente al momento in cui la volontà si è formata, anche se quella situazione di diritto

¹² Nella specie si trattava proprio di un lodo avente ad oggetto la validità di una delibera e perciò sempre impugnabile per quel motivo in forza dell’apposita previsione ex art. 36, D.Lgs. n. 5/2003.

¹³ Nella sent. n. 9285/2016 le Sezioni Unite non si esprimono esattamente in questi termini e preferiscono adottare formalmente il medesimo principio di diritto concepito sulla base della “carta di identità” dell’“altra disposizione di legge” cui l’art. 829, 3° comma può rinviare; sol che lo modificano, rispetto alle altre due pronunce gemelle omozigote, per quel tanto che era necessario, e cioè mediante l’indicazione di quell’“altra legge”.

¹⁴ In applicazione della disciplina transitoria dettata dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, l’art. 829 c.p.c., comma 3, come riformulato

dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 24, si applica nei giudizi arbitrali promossi dopo l’entrata in vigore del suddetto decreto, ma nel caso di arbitrato societario la legge cui lo stesso art. 829 c.p.c., comma 3, rinvia, per stabilire se è ammessa l’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, è il D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 36, che espressamente ammette l’impugnazione dei lodi per tali motivi”.

¹⁵ “Si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l’antica” sintetizzavano efficacemente, fin dal titolo, Consolo e Bertoldi nel commento alle Sez. Un. cit. retro alla nota 1.

¹⁶ Ed andava a mio avviso, per chiarezza nomofilattica, anch’essa incorporata nel principio di diritto, il quale è invece - nelle cennate due sentenze gemelle - monco.

è mutata e non è più applicabile come legge, restando però un fatto condizionante alla luce del quale intendere ciò che davvero le parti hanno voluto o non voluto.

Perciò di fronte a lodo arbitrale emanato in procedimento avviato dopo il 2 marzo 2006 - sulla base di convenzione arbitrale stipulata in precedenza - si potrebbe (e si poteva) ragionare come segue: il regime impugnatorio di tale lodo è governato *ratione temporis* invariabilmente dall'art. 829, 3° comma, c.p.c. attuale, in forza della nota disposizione transitoria, tuttavia la volontà compromissoria delle parti va ricostruita nel senso che esse lo hanno voluto impugnabile anche per violazione di legge sostanziale applicabile al merito, perché il silenzio da esse serbato al momento in cui hanno compromesso in arbitri aveva, nel contesto giuridico di allora (art. 829, 2° comma, vecchio testo), proprio quell'unico ed inequivoco significato¹⁶.

Questo segmento finale solutorio era riconoscibile in qualche pregresso occasionale esito giurisprudenziale della stessa Suprema Corte e trovava sponda adeguata addirittura in taluni passaggi di rinforzo che le Sezioni Unite formulavano a pro della diversa (nel percorso non nell'esito) soluzione da esse seguita

e che invece meglio si sarebbero attagliati a quella qui prospettata¹⁷.

Certo si trattava di operare sulla ricostruzione della volontà compromissoria concreta, e però con un quoziente di determinazione astratta, generale e ripetibile idoneo con qualche sforzo anche all'utile esercizio della funzione nomofilattica *pro futuro*.

Le Sezioni Unite hanno forse opinato, proprio a quest'ultimo riguardo, diversamente ed hanno per così dire inteso andare sul sicuro dal punto di vista della cogente valenza nomofilattica? Oppure hanno dimenticato o hanno implicitamente ed intrinsecamente non condiviso il diverso segmento solutorio in discorso, che pure avevano davvero a portata di mano?

Come dicevo, tali domande sono per il momento abbastanza oziose. Ma i termini della questione complessiva ed i due possibili metodi di risoluzione per giungere alla medesima *regula iuris* concreta (che la Consulta ha poi benedetto sotto la lente del principio di eguaglianza) stanno qui giustapposti a futura memoria e per il caso che una questione anche su tema tutt'affatto diverso si presenti in termini logico-giuridici analoghi.

¹⁶ Farebbe eccezione - sia secondo il ragionamento qui seguito, sia probabilmente secondo il ragionamento, diverso nella parte finale, seguito dalle Sez. Un. - il caso, ben raro, di un arbitrato iniziato dopo il 2 marzo 2006 e sulla base di accordo compromissorio precedente e silente riguardo alla impugnabilità, ma al quale sarebbero stati applicabili *ratione temporis* gli artt. 832 e 838 in tema di (defunto) arbitrato internazionale. In tal caso il silenzio significherebbe intenzione di inimpugnabilità per violazione di legge sostanziale (ovvero - secondo il metodo delle Sezioni Unite e con le stesse conseguenze - la disposizione di legge cui l'art. 829, 3° comma, nuovo rinvierebbe sarebbe il vecchio 838).

¹⁷ "... il silenzio è comportamento di per sé neutro; è solo il

contesto normativo preesistente che può attribuirgli un particolare significato. Secondo quanto l'art. 1368 c.c., comma 2, dispone per l'interpretazione dei contratti, 'le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso'. E il silenzio è appunto un comportamento ambiguo (Cass., sez. 1, 10 aprile 1975, n. 1326, n. 374846, Cass., sez. 3, 3 giugno 1978, n. 2785, m. 392208), che può assumere un significato convenzionale solo in ragione del contesto anche normativo proprio del luogo e del momento dell'azione (Cass., sez. 3, 15 maggio 1959, n. 1442, m. 880789, Cass., sez. 2, 14 giugno 1997, n. 5363, m. 505200)" (v. sempre il punto 2.2 delle motivazioni delle tre sentenze delle Sez. Un.).