

La Corte costituzionale e il tempus regit... A proposito di lodi arbitrali e regole di impugnazione*

Elettra Currao **
(14 marzo 2018)

Sommario: 1. Il giudizio *de quo* e la questione rilevante – 2. Il quadro normativo prima e dopo la riforma del 2006 - 3. L'interpretazione della disposizione transitoria della Corte di Cassazione a Sezioni Unite – 4. L'ordinanza di rimessione e i profili di incostituzionalità sollevati dalla Corte d'Appello di Milano – 5. Gli aspetti critici dell'interpretazione della Corte di Cassazione – 6. Il *decisum* della Corte Costituzionale – 7. Il non-*decisum* della Corte Costituzionale – 8. Conclusioni: cosa la Corte avrebbe potuto dire e *perché* non l'ha detto.

Con la sentenza n. 13 del 2018 la Corte Costituzionale si è pronunciata su una delicata questione di diritto transitorio relativa al regime di impugnazione di lodi arbitrali nazionali. Più precisamente, il sindacato della Corte Costituzionale ha avuto a oggetto l'interpretazione del regime di diritto intertemporale previsto dall'art. 27, co. 4, del D. Lgs. 40/2006, che era stata al centro di dubbi e criticità interpretative, sorti tra giudici di merito e di legittimità e culminati nelle tre pronunce parallele della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (nn. 9341, 9284 e 9285 del 9 maggio 2016).

Col presente contributo ci si propone di analizzare la pronuncia della Corte Costituzionale, soffermandosi sulle principali questioni sollevate, e di valutare se, e in quale misura, i problemi esistenti sul tappeto siano stati risolti.

Nella prima parte del contributo vengono espone le criticità emerse nelle pronunce della giurisprudenza di merito e di legittimità nell'applicazione della nuova disciplina regolante gli arbitrati (con particolare attenzione al regime transitorio) e vengono, quindi, esaminati gli effetti che le tre pronunce parallele delle Sezioni Unite hanno avuto sull'assetto giurisprudenziale e normativo preesistente, anche alla luce del novellato art. 374 c.p.c. Trattasi di una ricostruzione essenziale per cogliere la portata della decisione del Giudice delle leggi.

Nella seconda parte, vengono formulate alcune considerazioni in merito alla portata della sentenza della Corte Costituzionale, a ciò che *dice*, a ciò che *avrebbe potuto dire* e a ciò che *ha detto non dicendo*. Infine, verranno sottolineati gli importanti effetti sistemici della pronuncia in termini di impatto ordinamentale.

1. Il giudizio *de quo* e la questione rilevante

Il giudizio di legittimità sorge nell'ambito dell'impugnazione di un lodo arbitrale nazionale promossa innanzi alla Corte d'Appello di Milano in data 27 aprile 2015.

La controversia su cui il Collegio arbitrale, e poi la Corte d'Appello adita, sono stati chiamati a pronunciarsi aveva a oggetto la validità, o meno, di sei contratti di *interest rate swap* (IRS) stipulati in unica soluzione con contratto normativo, in data 10 ottobre 2003. Con domanda di arbitrato promossa in data 12 luglio 2011, la società istante (poi impugnante) ha adito il Collegio arbitrale chiedendo l'accertamento e la dichiarazione della responsabilità precontrattuale dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di trasparenza, diligenza e correttezza di cui all'art. 21, co. 1, lettere b) e d) TUF, e, conseguentemente, la dichiarazione della nullità, risoluzione e/o annullamento del contratto *de quo*, e dei negozi attuativi di cui agli IRS.

* Scritto sottoposto a *referee*.

Avverso l'integrale rigetto del Collegio Arbitrale, la società soccombente ha proposto impugnazione del lodo emesso, deducendone l'illegittimità per violazione delle regole di diritto ai sensi dell'art. 829, co. 3, c.p.c.

Il resistente, ritualmente costituitosi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione, sostenendo che la riformulazione dell'art. 829, co. 3, c.p.c., operata dall'art. 24 del D. Lgs. 40/2006, e la disposizione transitoria di cui all'art. 27, co. 4, non consentissero più l'impugnazione del lodo arbitrale per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. Tutt'al più, ciò sarebbe stato possibile solo ove i contraenti, alla luce del mutato regime di cui all'art. 24 del D. Lgs. 40/2006, avessero espressamente convenuto detta possibilità nella clausola compromissoria (cosa che, nel caso di specie, non si era verificata).

L'impugnante si è opposto a tale tesi, appellandosi al principio d'irretroattività della legge di cui all'art. 11 delle Preleggi. A suo avviso, un'applicazione della norma transitoria a una clausola compromissoria stipulata prima della sua introduzione avrebbe pregiudicato, irrimediabilmente, la volontà contrattuale, nonché l'autonomia delle parti, costituzionalmente garantita dall'art. 41 Cost.

Il punto critico era, dunque, l'interpretazione della norma transitoria di cui all'art. 27 D. Lgs. 40/2006, secondo la quale "le disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto".

Nel corso del giudizio d'impugnazione, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite è intervenuta con tre sentenze gemelle (nn. 9341, 9284 e 9285 del 9 maggio 2016) con le quali ha ritenuto non applicabile la nuova disciplina alle convenzioni di arbitrato e/o clausole compromissorie stipulate antecedentemente all'entrata in vigore del D. Lgs. 40/2006.

La Corte d'Appello ha riconosciuto valenza di "diritto vivente" a dette pronunce, nonostante le stesse adottassero un'interpretazione sostanzialmente *abrogans* della disposizione transitoria, e ha, pertanto, ritenuto che non restasse altra via, anche alla luce della particolare vincolatività delle pronunce a Sezioni Unite (ancor più rafforzata a seguito della recente riformulazione dell'art. 374 c.p.c., di cui si dirà più avanti), che rimettere la questione di legittimità alla Corte Costituzionale. La rimessione è stata ritenuta necessaria anche per l'esistenza di forti oscillazioni giurisprudenziali esistenti su una materia molto delicata sia per il suo carattere processuale sia per gli effetti sul sensibile riparto tra giurisdizione pubblica e privata.

2. Il quadro normativo prima e dopo la riforma del 2006

Il novellato art. 829, co. 3, c.p.c., per effetto della modifica introdotta dall'art. 24 del D. Lgs. 40/2006, ammette l'impugnazione per violazione delle regole di diritto solo se "espressamente disposta dalle parti o dalla legge" e segna, così, una totale inversione di rotta rispetto alla previgente disciplina¹.

In senso diametralmente opposto, infatti, il precedente art. 829, co. 2, c.p.c. (oggi co. 3) ammetteva in via generale l'impugnazione per violazione delle regole di diritto "salvo che

¹ L'art. 24 del D. Lgs. 40/2006 ha aggiunto tre nuovi motivi di nullità ai nove già previsti dall'art. 829, co. 1, c.p.c., ovvero "10) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri; 11) se il lodo contiene disposizioni contraddittorie; 12) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato". Inoltre, ha così riformulato il precedente co. 2: "La parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo". Infine, al co. 3 (*ante* riforma co. 2) ha previsto che l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia "è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge".

le parti li avessero autorizzati [ndr gli arbitri] a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile”.

La legge di riforma ha previsto, inoltre, una disciplina transitoria *ad hoc* per tutte le clausole compromissorie e/o le convenzioni di arbitrato stipulate anteriormente al 2006, ma i cui procedimenti arbitrali siano stati promossi in epoca successiva alla sua entrata in vigore. A tal riguardo, l'art. 27, co. 4, prevede l'applicazione della nuova disciplina (e del novellato art. 829, co. 3, c.p.c.) “ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto”.

Il quadro normativo pre e post riforma può, dunque, così riassumersi:

a) Per le convenzioni di arbitrato e/o clausole compromissorie stipulate antecedentemente la riforma del 2006 e attivate prima dell'entrata in vigore della nuova legge, si continua ad applicare il vecchio regime di cui all'art. 829, co. 3, c.p.c., anche in sede di impugnazione. Di conseguenza, le parti possono impugnare il lodo emesso anche per violazione di regole di diritto, *anche se ciò non sia stato espressamente previsto* al momento della stipula.

b) Per le convenzioni di arbitrato e/o clausole compromissorie stipulate antecedentemente la riforma del 2006, ma attivate dopo l'entrata in vigore della nuova legge, deve applicarsi la disposizione transitoria di cui all'art. 27, co. 4, del D. Lgs. 40/2006 e, pertanto, la violazione delle regole di diritto è eccezionale solo se *espressamente prevista dai contraenti* o dalla legge al momento della stipula o successivamente (purché, in ogni caso, prima della proposizione della domanda di arbitrato).

c) Per le convenzioni di arbitrato e/o clausole compromissorie stipulate dopo l'entrata in vigore della riforma del 2006 trova piena applicazione la nuova disciplina *ratione temporis*, non avendo alcuna valenza, per dette ipotesi, la disposizione transitoria.

Dai lavori preparatori della riforma emerge chiaramente la *ratio* del nuovo regime di impugnazione dei lodi arbitrali. Come ampiamente dedotto nell'ordinanza di rimessione², il legislatore riformatore ha inteso proporre un nuovo assetto di impugnazione dei lodi arbitrali, limitando l'alveo delle possibili censure formulabili in sede di impugnazione.

Del resto, è lo stesso legislatore delegato che tra i principi direttivi della legge delega n. 80/2005 aveva indicato quello di “razionalizzare le ipotesi attualmente esistenti di impugnazione per nullità conformemente ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico”.

Proprio per evitare profili di incompatibilità con i principi fondamentali e diritti fondamentali dell'ordinamento giuridico, tra cui, presumibilmente, quelli di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. nonché di autonomia contrattuale ex art. 41 Cost., il legislatore delegato ha, dunque, previsto la possibilità per le parti di derogare al nuovo regime di impugnabilità del lodo. In questo modo, dunque, i contraenti possono, con espressa previsione contrattuale, ammettere l'impugnazione del lodo anche per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia.

Nonostante il chiaro quadro normativo delineato dal legislatore riformatore, l'art. 27, co. 4, nonché il novellato art. 829, co. 3, c.p.c. hanno destato criticità applicative tra le corti di merito e la Corte di Cassazione, dando vita a plurimi contrasti interpretativi. Ciò, in particolare, si è registrato con riferimento alle clausole compromissorie e/o convenzioni di arbitrato stipulate antecedentemente all'entrata in vigore del D. Lgs. 40/2006 in esecuzione alle quali la domanda di arbitrato sia proposta solo successivamente al 2006.

In questo incerto contesto giurisprudenziale, le tre pronunce gemelle della Corte di Cassazione a Sezioni Unite hanno rappresentato un vero e proprio scacco matto a quel filone giurisprudenziale volto ad applicare il novellato art. 829, co. 3, c.p.c. a tutti i giudizi arbitrali promossi dopo il 2006, anche se fondati su clausole compromissorie e/o

² Ordinanza n. 61/2017, Corte d'Appello di Milano, sez. I civile, Rel. Presidente A. Santosuoso.

convenzioni d'arbitrato stipulate in epoca antecedente.

3. L'interpretazione della disposizione transitoria della Corte di Cassazione a Sezioni Unite

In base a uno degli orientamenti formati in senso alla Corte di Cassazione³ (prima tra tutte la sentenza n. 6148/2012⁴), poi confermato dalle tre sentenze gemelle delle Sezioni Unite del maggio 2016, si riteneva non doversi applicare la disposizione transitoria di cui all'art. 27, co. 4, del D. Lgs. 40/2006 alle convenzioni di arbitrato e/o clausole compromissorie stipulate antecedentemente all'entrata in vigore della riforma, qual che fosse la data di promozione della domanda di arbitrato. Ciò in quanto, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, l'unico dato temporale di cui deve tenersi conto, onde evitare un pregiudizio irrimediabile per le parti, è quello della stipula della convenzione di arbitrato e/o clausola compromissoria.

Sul piano formale, ciò che consente alla Corte di Cassazione di escludere l'applicabilità della nuova disciplina anche alle clausole compromissorie e/o convenzioni di arbitrato stipulate ante 2006 (seppur attivate, tramite domanda di arbitrato, dopo detta data) e di superare l'ostacolo letterale di cui all'art. 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006, è un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 829, co. 3, c.p.c. e, in particolare, del concetto di "legge". A detta delle Sezioni Unite, la legge cui fa riferimento il testo riformato può essere solo quella vigente al momento della stipula della convenzione di arbitrato, perché "solo la legge vigente in quel momento [...] può ascrivere al silenzio delle parti un significato normativamente predeterminato"⁵.

Su un piano sostanziale, invece, un'applicazione, per così dire, retroattiva della nuova disciplina, anche ai rapporti contrattuali sorti in epoca antecedente l'intervento riformatore, comporterebbe un ingiustificato pregiudizio per i diritti fondamentali dei contraenti. Si tratterebbe, dunque, di una soluzione contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento.

I parametri di contrarietà individuati dalla Corte possono così riassumersi:

1. Il principio di irretroattività della legge di cui all'art. 11 delle Preleggi: è illegittima qualsiasi soluzione che, salvo espressa previsione di legge, applichi retroattivamente la legge, così modificando il regime sostanziale vigente al momento della stipula dell'atto negoziale. Nel caso di specie, dunque, un'applicazione retroattiva del nuovo regime di

3 Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del D. Lgs. 40/2006 era sorto un vivace dibattito tra le Sezioni semplici in tema di impugnazione di lodo arbitrale post riforma: alcune pronunce si dichiaravano favorevoli all'applicazione della nuova disciplina anche alle convenzioni e/o clausole compromissorie stipulate antecedentemente all'intervento riformatore; altre, invece, contrarie. Detto contrasto, dunque, è stato definitivamente composto con l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite. Le Sezioni semplici, pronunciatisi in favore del primo orientamento, ritenevano che «il novellato art. 829 cod. proc. civ. si applica [-sse], come indicato nel D. Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 4, ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato [fosse] stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, a nulla rilevando, secondo il chiarissimo disposto della norma transitoria, il riferimento temporale relativo alla clausola compromissoria» (in questi termini, Corte di Cassazione, sez. VI civile, ord. n. 21205/2013). Analogamente la Corte di Cassazione si è pronunciata in una recente decisione, ove, ribadendo l'inequivocabilità dell'applicazione della disciplina transitoria anche ai rapporti sorti antecedentemente l'intervento riformatore, ha ritenuto che «non [fossero] ravvisabili ragioni superiori tali da giustificare una diversa interpretazione della norma così chiaramente formulata, tanto più che "l'intangibilità" e l'immutabilità di un determinato regime di impugnativa correlato a un dato occasionale, come l'epoca di stipulazione della clausola, non risulta assistito da alcuna garanzia costituzionale» (Cass. sez. I, 25 settembre 2015, n. 19075).

4 In questi termini la Prima sezione civile della Corte di Cassazione "le modifiche apportate all'art. 829 c.p.c. dalla legge di riforma sono volte a delimitare l'ambito dell'impugnazione del lodo [...] laddove le convenzioni concluse prima del 2.3.06 continuano ad essere regolate dalla legge previgente, che prevedeva l'impugnabilità del lodo per violazione della legge sostanziale, a meno che le parti non avessero stabilito diversamente. Tali clausole, ancorché difformi dal nuovo modello negoziale, devono pertanto essere interpretate secondo la normativa codicistica anteriore; ne consegue che, in difetto di una disposizione che ne sancisca la nullità o che obblighi le parti ad adeguarle al nuovo modello, la loro salvezza deve ritenersi insita nel sistema pur in difetto di un'esplicita previsione della norma transitoria".

5 In questi termini, Cassazione a Sezioni Unite, 9 maggio 2016, n. 9285.

impugnabilità dei lodi arbitrali comporterebbe, a detta della Suprema Corte, una violazione del principio di irretroattività della legge.

II. L'affidamento delle parti contraenti su un determinato assetto contrattuale: l'applicazione della nuova disciplina attribuirebbe al silenzio delle parti, serbato al momento della stipula della clausola compromissoria e/o della convenzione di arbitrato, un significato diametralmente opposto rispetto a quello originariamente voluto. La nuova disciplina, di fatto, interpreterebbe il silenzio delle parti come volontà di escludere l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto. Ciò, dunque, priverebbe le parti di una facoltà di contestazione cui le stesse avevano riposto affidamento.

III. La necessità di assicurare una tutela giurisdizione piena ed effettiva ai contraenti: limitare il regime di impugnabilità del lodo arbitrale comporterebbe, ad avviso della Suprema Corte, un *vulnus* all'effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. Difatti, le doglianze che, in base al vecchio regime, potevano formularsi avverso il lodo arbitrale, dopo il 2006 sarebbero inammissibili, con conseguente restrizione dei rimedi giurisdizionali a disposizione dei contraenti.

IV. La certezza del diritto: l'applicazione retroattiva della nuova disciplina rappresenterebbe un pericolo per la certezza dei rapporti giuridici, in quanto sottoporrebbe le parti contraenti a mutamenti normativi imprevedibili.

V. Principio di uguaglianza tra i contraenti che hanno stipulato la clausola compromissoria e/o la convenzione di arbitrato sotto la vigenza del medesimo regime normativo, ma che hanno avviato il procedimento arbitrale in due momenti diversi (gli uni prima e gli altri dopo l'entrata in vigore della riforma del 2006). L'applicazione retroattiva della nuova disciplina comporterebbe una violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., in quanto, situazioni sostanzialmente uguali verrebbero sottoposte a discipline differenziate.

In conclusione, può affermarsi che la soluzione consacrata nelle tre sentenze gemelle a Sezioni Unite adotta un'interpretazione che sembra non tener conto della disposizione transitoria di cui all'art. 27, co. 4, del D. Lgs. 40/2006, ritenendo applicabile, indiscriminatamente, a tutte le convenzioni di arbitrato e/o clausole compromissorie stipulate prima del 2006 l'art. 829, co. 2, c.p.c. vecchia formulazione (oggi co. 3).

Tale risultato, a detta della Suprema Corte, è l'unico in grado di garantire un'applicazione della norma conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento, nonché ai diritti fondamentali delle parti contraenti.

4. L'ordinanza di rimessione e i profili di incostituzionalità sollevati dalla Corte d'Appello di Milano

In un così incerto contesto normativo e giurisprudenziale, la Corte d'Appello di Milano ha rimesso la questione al vaglio della Corte Costituzionale⁶.

Il *petitum* formulato dalla Corte rimettente risente del "peso istituzionale" del nuovo assetto definito dal novellato art. 374 c.p.c. e dell'impossibilità, di fatto, di decidere difformemente a quanto statuito dalle Sezioni Unite.

La Corte d'Appello, coerentemente, non sottopone al vaglio del Supremo Collegio la legittimità o meno della disposizione transitoria in sé e per sé considerata (profilo che, invece, avrebbe potuto – e forse dovuto – rimettere la Corte di Cassazione, così da eliminare definitivamente dall'ordinamento la disposizione transitoria di cui all'art. 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006), ma ha sottoposto al vaglio di legittimità la norma di cui al combinato disposto ex artt. 829, co. 3, c.p.c. e 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006 "entrambe come interpretate dal «diritto vivente» [ndr sottolineatura aggiunta] costituito dalle sentenze della Corte di

⁶ Ordinanza n. 61/2017, Corte d'Appello di Milano, sez. I civile, Rel. Presidente A. Santosuosso.

cassazione, Sezioni unite, numeri 9341, 9284 e 9285 del 9 maggio 2016”.

In primo luogo, ad avviso della Corte rimettente, la norma risultante dal diritto vivente delle Sezioni Unite violerebbe il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in sé e per sé considerato e in rapporto col principio del *tempus regit processum*. Al contrario, stante la natura processuale della riforma intervenuta (tesi sostenuta dalla Corte rimettente ma non accolta, seppur implicitamente, dalla Corte Costituzionale), il legislatore riformatore, con la disposizione transitoria, avrebbe correttamente posto sullo stesso piano situazioni processualmente identiche (indipendentemente dal momento della stipula della convenzione di arbitrato e/o della clausola compromissoria, le quali atterrebbero esclusivamente alla dimensione sostanziale). Ciò in quanto, affinché possa correttamente valutarsi il rispetto del principio di uguaglianza, sarebbe necessario, innanzitutto, valutare quale sia la dimensione su cui incide la nuova disciplina (se sostanziale o processuale). Una volta, dunque, chiarita la natura processuale della norma, sarebbe necessario individuare, quali termini di raffronto (sulla base dei quali valutare eventuali disparità di trattamento), situazioni giuridiche afferenti alla sola dimensione processuale e quindi quelle di chi promuove domanda di arbitrato dopo il 2006. Solo così, ad avviso della Corte rimettente, verrebbe assicurata un'omogeneità nel sindacato ex art. 3 Cost., imprescindibile condizione per evitare esiti giuridicamente non condivisibili.

In secondo luogo, la norma risultante dall'intervento delle Sezioni Unite sarebbe in contrasto con l'art. 41 Cost. e col principio della autonomia contrattuale delle parti. Difatti, la soluzione adottata dalla Corte Suprema non lascerebbe alcuna possibilità alle parti di scegliere liberamente se derogare al regime legale, ridefinendo il contenuto della clausola, o se fare acquiescenza al mutato regime normativo, lasciando immutato il contenuto negoziale.

Infine, l'intervento delle Sezioni Unite comporterebbe, sempre secondo i rimettenti, un'interpretazione *contra legem*, che ha l'effetto sostanziale di abrogare la disposizione transitoria di cui all'art. 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006, che, come intepretata dalla Corte di Cassazione, finisce a non regolare più alcunché.

Alla luce di ciò, la Corte d'Appello di Milano rimette alla Corte Costituzionale la questione di legittimità della norma di cui al combinato disposto degli artt. 829, co. 3, c.p.c. e art. 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006, come interpretati dal «diritto vivente», per contrarietà agli articoli 3 e 41 della Costituzione.

5. Gli aspetti critici dell'interpretazione della Corte di Cassazione

Già dalle argomentazioni formulate dalla Corte di Cassazione per giustificare la soluzione adottata, è possibile cogliere evidenti criticità sul piano sia politico-istituzionale, sia più propriamente giuridico.

È opportuno precisare che tutti i suddetti profili critici sono stati ampiamente analizzati dalla Corte rimettente. Pertanto, ci si propone, in questa sede, di approfondirli ulteriormente, onde comprendere l'epilogo giuridico-sistematico della pronuncia in commento.

Ad avviso di chi scrive, l'espedito formalistico utilizzato dalla Suprema Corte non è in grado di superare l'ostacolo derivante dal chiaro tenore letterale della disposizione transitoria di cui all'art. 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006. La soluzione fornita dalle Sezioni Unite non riesce, dunque, a nascondere il risultato di sostanziale abrogazione della disposizione transitoria. Ciò comporta non poche criticità al livello sistemico, che di seguito si illustrano. In primo luogo, stante la triplice pronuncia a Sezioni Unite, è indubitabile il valore di diritto vivente⁷ da attribuire a dette sentenze (come ampiamente rilevato dalla Corte rimettente e

⁷ Espressione utilizzata per individuare un approdo interpretativo stabilizzato nella giurisprudenza, che assume il valore

confermato dalla Corte Costituzionale). Queste ultime si pongono all'interprete come "fatto nuovo" e rappresentano un ostacolo insuperabile per i giudici di merito che vogliono discostarsi dalla soluzione interpretativa adottata dalle Sezioni Unite.

Ciò trova ulteriore conferma nella riforma dell'art. 374, co. 3, c.p.c. (introdotta dal medesimo decreto legislativo n. 40/2006, che ha riformulato anche l'art. 829, co. 3, c.p.c.). La nuova disposizione, nell'ottica di dare sostanziale vincolatività alle pronunce a Sezioni Unite⁸, impone alle Sezioni semplici l'obbligo di rimettere la questione al supremo collegio qualora intendano discostarsi dall'orientamento espresso dalle Sezioni Unite⁹.

Ciò, del resto, emerge ancora più chiaramente ove si consideri che nel primo schema di decreto legislativo, il riformando co. 3 dell'art. 374 c.p.c., esplicitava, a chiare lettere, la subordinazione delle Sezioni semplici ai precedenti delle Sezioni Unite, prevedendo che "il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite vincola le Sezioni semplici". Seppur detta esplicita formulazione sia stata poi soppressa nel corso dell'iter di approvazione¹⁰, anche il più "temperato" tenore letterale del co. 3 non modifica la portata sostanziale della norma: è indubbio, difatti, che non sia più contemplata la possibilità per le singole sezioni di pronunciarsi in senso difforme a quanto statuito dalle Sezioni Unite¹¹. *A fortiori*, tale nuovo

di *communis opinio* tra gli operatori del diritto. La Corte Costituzionale utilizzò, per la prima volta, tale nozione con la sentenza n. 276, 11 dicembre 1974, precisandone la portata e gli elementi qualificanti nelle successive pronunce. A tal riguardo, la Corte Costituzionale ha precisato che, perché possa dirsi sussistente un diritto vivente, è necessario che l'orientamento sia connotato dai «caratteri di costanza e ripetizione» (Corte Costituzionale, sent. n. 242/2008). Sulla base di tali premesse, la Corte ha, dunque, escluso la valenza di diritto vivente nei casi in cui l'orientamento, seppur consolidato e dominante, sia stato disatteso in alcune pronunce o quando sia oggetto di contrasto tra le Sezioni semplici non ancora composte dalle Sezioni Unite. Al contrario, nessun dubbio circa l'esistenza di diritto vivente qualora sia intervenuta una pronuncia a Sezioni Unite alla luce del ruolo nomofilattico alle stesse riconosciuto (sent. 147/2008). In plurime occasioni, la Corte ha rivendicato l'esclusività del proprio potere-dovere di procedere alla ricognizione della giurisprudenza esistente, onde confermare la natura o meno di diritto vivente di un determinato indirizzo interpretativo (*ex pluris*, sentenza 11 maggio 1992, n. 210; sentenza 27 maggio 1996, n. 171; sentenza 10 maggio 1999, n. 156). Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda L. SALVATO, *Profili di diritto vivente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 2015, disponibile on line https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf.

8 Come ampiamente segnalato dalla Corte rimettente, tale novella legislativa è volta a rafforzare la funzione istituzionale che l'art. 65, r.d. 12/1941, attribuisce alla Suprema Corte. La disposizione così espressamente prevede: "la Corte Suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge".

9 La legge 23 giugno 2017, n. 103, con l'introduzione del nuovo comma 1**bis** all'art. 618 c.p.p., ha previsto l'obbligo per le Sezioni semplici di rimettere la questione alle Sezioni Unite penali qualora intendano discostarsi da un precedente principio di diritto dalle stesse enunciato. Invero, con il progetto definitivo del codice di procedura penale, si era già tentato di introdurre una norma analoga con l'art. 610**bis**. Tuttavia, molte furono le perplessità circa tale meccanismo, cosicché la proposta non venne approvata in sede di Commissione Parlamentare. Per maggiori approfondimenti si veda G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile on line <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5829-verso-il-sistema-del-precedente-sezioni-unite-e-principio-di-diritto>. Analogo sistema è, inoltre, rinvenibile nel processo amministrativo, ove l'art. 99 c.p.a. prevede, espressamente, l'obbligo per le Sezioni semplici di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria qualora intendano discostarsi da un principio di diritto dalla stessa enunciato.

10 La clausola di apertura del co. 3 è stata soppressa a seguito del dissenso manifestato sul punto dalla Commissione Giustizia della Camera che ha negato il suo parere nel caso di mancata soppressione di tale espressa previsione di vincolatività (come riportato in F. CARPI – M. TARUFFO, *Commentario breve al Codice di procedura civile (art. 374 c.p.c.)*, Padova, 2015, p. 1519).

11 V'è in dottrina chi ha ritenuto che tale modifica non rappresenti una vera innovazione sostanziale (ma solo processuale) all'interno dell'ordinamento, ben potendo le Sezioni semplici non decidere conformemente al principio di diritto: "il vincolo delle Sezioni semplici ha contenuto meramente processuale: esse non sono *obbligate* ad emettere una pronuncia di contenuto conforme; ben diversamente, è loro impedito di emettere una pronuncia di contenuto difforme, dovendo esse convogliare il loro dissenso in un'ordinanza, che, investendo le Sezioni unite espliciti le ragioni del dissenso rispetto al precedente delle Sezioni unite e indichi i motivi che inducono al superamento dello stesso" (in questi termini, F.P. LUISO, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 821). Invero, tale argomentazione è superabile ove si consideri che la novella ha un'incidenza diretta sul piano sostanziale: la disposizione legislativa lascia ben poca discrezionalità alle Sezioni semplici, le quali sono, in ogni caso, obbligate alla rimessione alle SS.UU. (pur con ordinanza motivata ove si esplicitino le ragioni del dissenso al fine di mutare l'indirizzo fatto proprio dalle SS.UU.) F. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, pp. 826 e ss. Il cambiamento ha effetti talmente dirompenti nel rapporto tra Sezioni semplici e Sezioni Unite, al punto che alcuni Autori hanno ritenuto, criticamente, che un simile

sistema, proprio perché posto a presidio della funzione nomofilattica della Suprema Corte, impedisce al singolo giudice di merito di discostarsi dall'orientamento espresso dalle Sezioni Unite. Diversamente, l'esito non può che essere scontato: la sentenza difforme della Corte di merito verrà impugnata dinnanzi alle Sezioni semplici, le quali, solo qualora lo ritengano opportuno (e nell'ipotesi più ottimistica), possono rimettere la questione alle Sezioni Unite. A queste ultime spetta, in ogni caso, l'ultima parola.

Ciò posto, è evidente il peso sistematico di tali pronunce, soprattutto laddove si consideri la loro valenza di sostanziale abrogazione di una disposizione normativa. Seguendo il sistema delineato dal nuovo art. 374 c.p.c. le Sezioni Unite, con ben tre pronunce contestuali, indirizzano l'interprete verso una soluzione "obbligata" sostanzialmente *contra legem*, fatta salva, in ogni caso, la possibilità di sollevare questione di costituzionalità (come del resto ha fatto la Corte d'Appello di Milano).

In secondo luogo, le argomentazioni addotte dalla Suprema Corte sembrano essere censure – indirettamente – riferite alla scelta compiuta dal Legislatore, col rischio per il giudice di legittimità di valicare i limiti del possibile sindacato giurisdizionale, spingendosi sino a valutazioni di opportunità politico-legislativa.

È innegabile, difatti, la volontà del legislatore di applicare la nuova disciplina anche alle convenzioni di arbitrato e/o clausole compromissorie stipulate antecedentemente all'intervento riformatore e di avvalersi della facoltà di derogare alla norma di cui all'art. 11 Preleggi, stante la natura non costituzionale del principio in essa sotteso¹².

Tale scelta è, oltretutto, ragionevole ove si consideri la natura di norma processuale dell'art. 829, co. 3, c.p.c. Ciò in quanto, aderendo alle più autorevoli voci in dottrina, seppur nella consapevolezza che non sia possibile tracciare un netto *discrimen* tra le due tipologie di disposizioni¹³, la norma processuale è la legge *del giudizio*, in contrapposizione a quella sostanziale, che è la legge *del rapporto*¹⁴.

Orbene, è indubbia la diretta incidenza sul giudizio di impugnazione dell'art. 829, co. 3, c.p.c.: esso regola l'*an* e il *quomodo* delle censure deducibili avverso il lodo. Stante la

meccanismo paventi il rischio di relegare il ruolo delle Sezioni semplici a "organi di bassa cucina" (in questi termini si è espresso S. CHIARLONI, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 818. Per ulteriori approfondimenti CARPI – TARUFFO, *Commentario breve al Codice di procedura civile (art. 374 c.p.c.)*, Padova, 2015, pp. 1518 e ss.

12 Nell'ordinamento italiano, fatte salve le norme penali incriminatrici (in riferimento alle quali il divieto di irretroattività ha rango costituzionale ex art. 25, co. 2, Cost. e non si presta, dunque, ad alcuna deroga), il principio di irretroattività può essere derogato dalla legge ordinaria, purché la scelta del legislatore sia conforme al parametro di ragionevolezza. Analogo discorso, tuttavia, non vale per l'interprete, il quale non può sottrarsi a detto principio, qualora il legislatore non abbia voluto espressamente derogarvi. In questi termini, R. Caponi, *Tempus regit processum. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 450. Si tratta di un principio costantemente affermato dalla Corte Costituzionale "Il principio generale della irretroattività delle leggi - attualmente enunciato nell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale - rappresenta un'antica conquista della nostra civiltà giuridica. Esso però non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale; né vi è stato elevato dalla vigente Costituzione, se non per la materia penale" in questi termini, Corte Costituzionale, 8 luglio 1957, n. 118; si vedano, *ex pluris*, Corte cost. 8 luglio 1957, n. 118, in *Giur. Cost.*, 1957, 1067; Corte cost. 9 marzo 1959, n. 9, *ivi*, 1959, 237; Corte cost. sen. n. 199 del 1986 e sen. n. 385 del 1995.

13 La distinzione tra norme processuali e norme sostanziali non è sempre agevole. Invero, il tema è attualmente oggetto di vivace dibattito (il riferimento è al caso Taricco) tra la Corte di giustizia europea e la Corte Costituzionale in merito alla natura processuale o sostanziale dell'istituto della prescrizione e, conseguentemente, delle disposizioni che la regolano. Ciononostante, entrambe le Corti sono concordi nel ritenere che la natura della norma non possa desumersi da dati meramente formali (quale, ad esempio, il *nomen iuris* o la collocazione sistematica), ma debba valutarsi alla luce di precisi elementi sostanziali. La difficoltà nell'esatta individuazione di una linea di *discrimen* tra norme sostanziali e procedurali emerge anche tra le più autorevoli elaborazioni dottrinali, che, ciononostante, ne sottolineano l'importanza in quanto "non si tratta di un problema di mera rifinitura concettuale o esattezza linguistica, ma di un vero e proprio problema esegetico, applicativo: qualificare come processuale o non una norma significa principalmente assoggettarla o escluderla dalla disciplina dell'art. 27 Preleggi sull'efficacia della legge processuale nel tempo [...] irrilevante così è la collocazione della norma perché troppi e troppo noti e vistosi sono gli esempi di articoli di schietto tenore procedurale [...] continui in fonti diverse dal codice di rito [...] infruttuoso è poi il ragionare sulla processualità in sé, quasi metafisica natura della norma" S. LA CHINA, *Norma (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 412 – 413.

14 S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966, p. 50.

natura processuale, dunque, tale disposizione non soggiace al divieto di irretroattività.

Tali conclusioni portano, dunque, a ritenere che l'art. 27, co. 4, del D. Lgs. 40/2006 abbia natura dichiarativa: il legislatore ha, infatti, precisato un risultato già di per sé desumibile dall'applicazione dei principi generali. Trattandosi di norma di natura processuale, come ampiamente rilevato dalla Corte rimettente (tesi poi sconfessata dalla Corte Costituzionale), il legislatore ha dato attuazione al principio *tempus regit processum*, precisando che la disciplina processuale applicabile è quella vigente al momento in cui viene azionato il diritto in sede giurisdizionale (o para giurisdizionale, come avviene nel caso dell'avvio del procedimento arbitrale)¹⁵.

Altrettanto chiaro è che la Suprema Corte non condivide tale scelta, ritenendola contraria a principi e diritti fondamentali, come illustrato nel precedente paragrafo.

Da un punto di vista più strettamente giuridico, invece, le argomentazioni formulate dalla Suprema Corte a sostegno della propria soluzione possono essere così criticate:

I. Il principio di irretroattività della legge di cui all'art. 11 delle Preleggi: detto principio, per consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, non ha mai assunto nel nostro ordinamento dignità di norma costituzionale (salvo per l'ambito penalistico)¹⁶. Ciò posto, il legislatore ordinario ben può derogare a detto principio con legge ordinaria, senza che ciò comporti alcun *vulnus* ai principi e diritti fondamentali.

II. L'autonomia contrattuale dei contraenti prevale sul principio di affidamento: le parti sono libere di avviare una nuova fase di contrattazione per ridefinire il contenuto delle clausole contrattuali, così da stabilire un regime di impugnabilità del lodo arbitrale derogatorio rispetto alla legge. Invero, il nuovo regime, lungi dal violare il principio di affidamento delle parti (come ritenuto dalla Corte di Cassazione), valorizza significativamente il ruolo dei contraenti nella definizione delle sorti del lodo arbitrale emanando, ben potendo costoro adeguare l'assetto contrattuale al nuovo regime impugnatorio. Ammettere una soluzione contraria significherebbe far soccombere, sempre e in ogni caso, lo *ius superveniens* rispetto al principio di affidamento dei contraenti. Vero è che la salvaguardia di detto principio è una delle principali prerogative dell'ordinamento, soprattutto alla luce della crescente valorizzazione dell'autonomia contrattuale (di cui l'istituto dell'arbitrato ne è prova evidente), ma ciò non significa che esso debba ritenersi, per ciò solo, inderogabile e incomprimibile¹⁷. Al contrario, la tutela di detto principio non può assicurarsi ove le scelte del legislatore rispettino il canone di ragionevolezza¹⁸.

III. Il principio del *tempus regit processum*: seguendo l'interpretazione della Corte di Cassazione, la legge applicabile al procedimento, e ai successivi gradi di giudizio,

15 "Le leggi processuali sono quelle che regolano il procedimento ne' giudizi penali sono eminentemente di ordine pubblico, e quindi senza declinare dal principio dell'irretroattività, all'istante della loro pubblicazione si vanno ad impossessare del giudizio nello stato in cui lo trovano, e regolano senza distinzione di sorta i giudizi pendenti e futuri" E. QUINTO, *Del principio dell'irretroattività in materia criminale*, Torino, 1865, p. 17. La ratio di tale principio può individuarsi nella necessità di garantire che la decisione finale del giudizio sia "attuale" e tenga conto di tutti i mutamenti normativi intervenuti nel corso del processo.

La dottrina più garantistica propone, con riferimento all'ambito penalistico, un superamento della distinzione tra norma processuale e norma sostanziale. Ciò in quanto si ritiene che l'immediata applicabilità delle norme processuali sopravvenute, anche ai giudizi in corso, pregiudicherebbe i diritti fondamentali dell'imputato e, in particolare, il suo affidamento a un dato assetto processuale. A tal riguardo è stata elaborata la teoria della c.d. "norma reale", ove l'aspetto sostanziale si fonde con quello processuale, stante l'imprescindibile interconnessione tra le due dimensioni nell'accertamento del reato e nella conseguente applicazione della sanzione penale. Per maggiori approfondimenti, M. GALLO, *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, pp. 18 e ss.

16 Si veda nota n. 8

17 "L'affidamento è un dato, per così dire, istituzionale, dell'ordinamento [anche se] non direttamente riconducibile, in modo specifico, ad alcuna norma della Costituzione scritta [...] per ammettere la tutela dell'affidamento nei confronti del legislatore occorre pertanto ipotizzare l'esistenza di un principio costituzionale non scritto di integrazione della Costituzione formale". In questi termini F. MERUSI, *Buona fede e tutela dell'affidamento nella programmazione economica*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 740.

18 S. TARULLO, *La Consulta e la riforma dell'accesso ai concorsi pubblici: lo ius superveniens tra solidarietà ed efficienza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. V, 2001, p. 4153.

dovrebbe individuarsi nel momento di stipula della convenzione di arbitrato e/o della clausola compromissoria, a nulla rilevando il tempo in cui le parti propongono domanda di arbitrato. Seguendo tale ricostruzione si giunge a esiti paradossali, in quanto la legge processuale applicabile dovrebbe essere individuata retroagendo a un momento in cui per le parti il ricorso all'autorità giurisdizionale si prospettava, solamente, come eventuale (subordinato, come ovvio, al sorgere di una controversia). Tale soluzione sembra confondere piani tra loro ontologicamente distinti: quello sostanziale, che soggiace al principio del *tempus regit actum* (in questo caso inteso come atto sostanziale), e quello processuale, per il quale vige il differente brocardo del *tempus regit processum*.

IV. Il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.: come ampiamente dedotto dalla Corte rimettente, seguendo un'argomentazione condivisa in questa sede, la soluzione interpretativa adottata dalla Corte di Cassazione viola il principio di uguaglianza, in quanto comporta l'applicazione di due distinti regimi normativi a situazioni processualmente analoghe, determinando un'irragionevole disparità di trattamento. Tale risultato deriva dall'erronea individuazione dei termini di paragone ai fini della valutazione circa la sussistenza o meno di una violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. È indubbio che i termini oggetto di raffronto debbano essere omogenei e, dunque, vadano individuati in base alla natura della norma (sostanziale o processuale) oggetto di sindacato circa la conformità o meno col principio di uguaglianza. Ciononostante, i termini di raffronto utilizzati dalla Corte di Cassazione, ossia il momento della stipula della clausola compromissoria e/o della convenzione di arbitrato, attenendo alla sola dimensione sostanziale, appaiono del tutto eterogenei rispetto alla riforma di cui al D. Lgs. 40/2006, la quale incide, esclusivamente, sulla dimensione processuale (ossia il regime di impugnazione del lodo arbitrale). Tale iniziale eterogeneità conduce a risultati paradossali: sono soggetti a regimi processuali distinti coloro che, avendo promosso domanda di arbitrato successivamente all'entrata in vigore della riforma del 2006, si trovano nella medesima situazione processuale, e ciò – unicamente -per aver stipulato la clausola compromissoria e/o la convenzione di arbitrato prima e dopo la riforma del 2006. Così facendo, la Corte di Cassazione assicura la parità di trattamento tra situazioni eterogenee, negandola del tutto a chi si trovi nella medesima situazione processuale. Ciò, del resto, è il risultato dell'erroneo assunto per cui la nuova disciplina inciderebbe unicamente sul piano sostanziale.

Al contrario, operando l'art. 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006 unicamente sul piano processuale, i termini di raffronto avrebbero dovuto essere individuati nelle sole situazioni processuali di chi avesse proposto domanda di arbitrato dopo il 2006, indipendentemente dalla data di stipula della clausola compromissoria e/o convenzione di arbitrato.

6. Il *decisum* della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale ritiene non fondata la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'Appello con un *iter* logico e argomentativo – di cui a breve si dirà - che lascia, tuttavia, oscuri alcuni dei profili sollevati nell'ordinanza di rimessione.

In primo luogo, la Corte Costituzionale non ritiene condivisibile l'assunto della Corte d'Appello in base al quale la soluzione interpretativa avallata dalla Corte di Cassazione sarebbe in contrasto col principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Invero, il Giudice delle Leggi ritiene che, alla luce dell'incidenza della riforma sulla sola dimensione sostanziale, le posizioni giuridiche sostanzialmente analoghe, e pertanto da sottoporre al medesimo regime giuridico, siano unicamente quelle di chi abbia stipulato la convenzione d'arbitrato e/o la clausola compromissoria prima del 2006, indipendentemente dalla data di proposizione della domanda di arbitrato.

Ben può accadere, invece, che chi ha stipulato la clausola compromissoria prima del 2006 e abbia avviato il procedimento arbitrale dopo detta data sia sottoposto a un regime processuale diverso da chi abbia avviato il procedimento arbitrale nel medesimo momento, ma in virtù di una clausola compromissoria e/o convenzione d'arbitrato stipulata successivamente al 2006. In tale ultima ipotesi non è violato il principio di uguaglianza proprio perché "coloro che hanno stipulato una clausola compromissoria nella vigenza del vecchio testo dell'art. 829, co. 3, c.p.c., sono in una situazione obiettivamente diversa rispetto ai contraenti che dopo il 2006 [...] debbono esprimere una specifica volontà per realizzare il medesimo obiettivo".

Invero, la Corte non sembra soffermarsi sulla necessità di individuare termini di raffronto omogenei nel giudizio di conformità col principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. Ancora una volta, nonostante l'incidenza sul solo piano processuale della nuova disciplina (interviene unicamente sul regime impugnatorio del lodo arbitrale) i termini di paragone posti a fondamento del giudizio di cui all'art. 3 Cost. sembrano essere del tutto eterogenei.

In secondo luogo, la Corte Costituzionale ritiene non sussistente alcun profilo di incompatibilità col principio di autonomia privata derivante dalla soluzione interpretativa della Corte di Cassazione. Al contrario, ad avviso della Corte Costituzionale, è proprio tale interpretazione che consente un'effettiva valorizzazione dell'autonomia contrattuale, la quale, così interpretando, continua a essere momento fondamentale della disciplina dell'arbitrato.

Tale è il tenore della decisione della Corte Costituzionale che, a ben vedere (come si espone nel paragrafo che segue), cela numerose – e nuove – incertezze interpretative.

7. Il non-*decisum* della Corte Costituzionale

Tra i profili irrisolti – o quanto meno solo apparentemente risolti - vi è quello relativo alla ritenuta non violazione del principio di uguaglianza. Ciò in quanto, la Corte Costituzionale sostiene che la situazione di coloro i quali abbiano stipulato una clausola compromissoria prima del 2006 e abbiano promosso domanda di arbitrato dopo il 2006 debba essere considerata sostanzialmente analoga a quella di coloro i quali abbiano promosso domanda prima del 2006, e pertanto debba essere regolata dal medesimo regime normativo. Ciò in quanto, a detta della Corte, va riconosciuto alla novellata disposizione di cui all'art. 829, co. 3, c.p.c. natura sostanziale e non processuale. Non può, dunque, accadere che soggetti che abbiano stipulato detta clausola antecedentemente al 2006, ma abbiano attivato l'arbitrato, gli uni, antecedentemente alla riforma, e gli altri, successivamente alla sua entrata in vigore, siano sottoposti a regimi di impugnazione differenziati. Detto risultato, sempre ad avviso della Corte, violerebbe il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.

Non è, tuttavia, chiaro, come la Corte sia arrivata a detta conclusione, dal momento che è possibile individuare, nella nuova disciplina, indici sintomatici della natura essenzialmente processuale dell'intervento riformatore¹⁹. A tal riguardo non si può tacere su un aspetto fondamentale: ciò che muta è il solo regime impugnatorio del lodo arbitrale avverso il quale non sono più ulteriormente deducibili censure relative alla violazione delle regole di diritto. La nuova disciplina incide, dunque, su un aspetto essenzialmente processuale che ha riguardo ai modi concreti di svolgimento del processo e ai vizi censurabili. Invero, se si

¹⁹ "Una visione più comprensiva e realistica della questione induce a ravvisare la qualità di processuali (civili) nelle norme che disciplinano la prestazione da parte dell'ordinamento della tutela giurisdizionale (civile) organizzando le forme (varie procedure, di cognizione, esecutive, camerali, cautelari) le condizioni tecniche di avvio (giurisdizione e competenza, necessità oppur no dell'azione di parte, del titolo esecutivo, capacità e rappresentanza), i modi concreti di svolgimento (la procedura in senso proprio, ovvero la forma dei giudizi) tipi ed effetti dei provvedimenti non solo finali" S. LA CHINA, *Ivi*, p. 413.

ritiene che la nuova disciplina intervenga solo sul piano processuale (come sembra evidente ad avviso di chi scrive), i termini della comparazione, ai fini della verifica circa la violazione o meno del principio di uguaglianza, non possono che essere le sole situazioni processuali. Solo così, difatti, si riesce ad assicurare un'omogeneità tra i termini di paragone utilizzati ai fini del vaglio di cui all'art. 3 Cost. Al contrario, utilizzare, per la valutazione della conformità o meno della nuova disciplina processuale rispetto al principio di uguaglianza, il momento della stipula della clausola compromissoria e/o convenzione di arbitrato, quali elementi di raffronto, comporta un'insuperabile eterogeneità nel giudizio di cui all'art. 3 Cost., conducendo a esiti che non appaiono condivisibili.

Potrebbe osservarsi che nella ricostruzione operata dal Giudice delle Leggi non sia chiara la distinzione tra il piano processuale e quello sostanziale. A rigor di logica, invero, le situazioni analoghe, che devono essere assoggettate alla medesima disciplina, sono unicamente quelle di coloro i quali propongano la domanda di arbitrato successivamente all'entrata in vigore della riforma: solo così si riesce ad assicurare la piena omogeneità dei termini di raffronto.

A nulla, invece, dovrebbe rilevare, ai fini della valutazione di cui all'art. 3 Cost., la data della stipula della convenzione di arbitrato e della clausola compromissoria, momenti che riguardano entrambi la sola dimensione sostanziale. Ciò del resto trova conferma nel fatto che i riflessi della riforma sulla convenzione di arbitrato e sulla clausola compromissoria (che attengono, invece, alla dimensione sostanziale) sono solo indiretti: i contraenti possono liberamente rinegoziarne il contenuto nel caso in cui vogliano sottoporre il lodo arbitrale a un regime impugnatorio diverso rispetto a quello stabilito dalla legge. Di conseguenza, data l'incidenza sul solo piano sostanziale, detto momento non può essere utilizzato quale elemento di *discrimen* ai fini dell'applicazione di una disciplina che incide, esclusivamente, sul regime processuale.

Oltre detta criticità, v'è da rilevare un altro aspetto problematico della pronuncia in esame. La Corte Costituzionale fa salva l'interpretazione della Corte di Cassazione e, dunque, ritiene doversi escludere l'applicazione della nuova disciplina introdotta col D. Lgs. 40/2006 anche alle convenzioni di arbitrato e/o clausole compromissorie stipulate antecedentemente a detta data. Allo stesso tempo, però, ritiene che l'interpretazione offerta dalle pronunce delle Sezioni Unite sia conforme alla disciplina transitoria di cui all'art. 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006, che testualmente dispone l'applicazione della nuova disciplina "ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data in vigore del presente decreto". Premesso che, tale disposizione è certamente da riferire ai procedimenti avviati dopo l'intervento riformatore, ma in virtù di convenzioni d'arbitrato e/o clausole compromissorie stipulate antecedentemente (diversamente interpretata, sarebbe totalmente priva di significato giuridico) la Corte Costituzionale sembra con tale statuizione cadere in contraddizione.

La Corte di Cassazione, ritenendo non applicabile retroattivamente la nuova disciplina, adotta un'interpretazione sostanzialmente *abrogans* della disposizione transitoria. Alla luce di ciò, non è chiaro come la Corte Costituzionale, pur salvando l'interpretazione della Suprema Corte, non ritenga opportuno dichiarare l'illegittimità della disposizione transitoria, stante l'evidente incompatibilità col diritto vivente della Corte di Cassazione. Certo è che la contemporanea vigenza di dette norme (seppur l'una sotto forma di diritto vivente, l'altra come disposizione transitoria) pone inevitabili problemi di coerenza interna dell'ordinamento.

Orbene, dalla pronuncia della Corte Costituzionale emerge un ulteriore profilo critico.

La Corte, nel confermare che nel caso di specie ricorre un'ipotesi di diritto vivente, aggiunge che ciò non esclude che il giudice *a quo* possa decidere se uniformarsi o meno "restando però libero, nel secondo caso, di assumere il "diritto vivente" ad oggetto delle

proprie censure”, principio ripreso da due precedenti pronunce, che la Corte espressamente richiama (sentenze nn. 91/2004 e 117/2012)²⁰.

La Corte, tuttavia, sembra non considerare un dato assai significativo, ossia che la prima tra le pronunce citate (cui la seconda fa un mero rinvio, senza nulla aggiungere), è stata resa nella vigenza del precedente regime, cioè prima che l’art. 374 c.p.c. venisse riformulato col D. Lgs. 40/2006.

Come si è ampiamente detto, il nuovo testo dell’art. 374 c.p.c. impedisce alle Sezioni semplici di pronunciarsi in senso difforme a un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite. Nel caso in cui la Sezione semplice non intenda conformarsi a quanto statuito dal Supremo Collegio, è tenuta a rimettere la questione alle Sezioni Unite, così da sollecitare un *revirement*. Detto limite deve, *a fortiori*, ritenersi operante anche per il giudice di merito. Alla luce di ciò, come interpretare il favore espresso dalla Corte Costituzionale nell’ammettere la possibilità per il giudice di merito di discostarsi dal principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite? Cosa resta del sistema delineato all’art. 374 c.p.c. se si ammette la facoltà (che è da intendersi come “effettiva” e non come mera possibilità di pronunciarsi in modo difforme) per il giudice di merito di non uniformarsi ai principi di diritto enunciati delle Sezioni Unite?

Ipotizzando che sia davvero questa la soluzione che la Corte Costituzionale lasci aperta, si pensi ai possibili scenari: la decisione emessa dal giudice di merito, difforme dal principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, potrà essere impugnata davanti alle Sezioni semplici, che, qualora ritengano di doversi uniformare al principio di diritto, casseranno la sentenza con rinvio; nel caso, inverso, dovranno rimettere, ai sensi dell’art. 374 c.p.c. la questione alle Sezioni Unite, a cui, in ogni caso, spetterà l’ultima parola.

Il sistema così delineato, ad avviso di chi scrive, lungi dall’assicurare una maggiore uniformità (come era nelle intenzioni del Legislatore del 2006), sembra dar luogo a un’eccessiva frammentarietà, con immediate ricadute in punto di certezza del diritto ed economicità, comportando, oltretutto, un inutile dispendio di risorse.

8. Conclusioni: cosa la Corte avrebbe potuto dire e perché non l’ha detto

Delineato così il quadro di riferimento, v’è da chiedersi cosa la Corte avrebbe potuto dire e per quali ragioni – presumibilmente – non l’abbia fatto.

La questione, come sollevata dalla Corte rimettente, lasciava spazio a limitati esiti. Invero, superato il vaglio della rilevanza per il giudizio *de quo* e della non manifesta infondatezza, la Corte avrebbe potuto:

1) dichiarare incostituzionale la disposizione transitoria di cui all’art. 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006, in quanto contraria agli artt. 3 e 41 Cost., dando così seguito alla tesi propugnata dalle Sezioni Unite.

2) dichiarare incostituzionale la norma di cui al combinato disposto degli artt. 27, co. 4, D. Lgs. 40/2006 e 829, co. 3, c.p.c. (novellato dall’art. 24 D. Lgs. 40/2006), come interpretati dal diritto vivente, risultante dalle tre sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni Unite nn. 9341, 9284 e 9285 del 9 maggio 2016, accogliendo così la tesi prospettata dalla Corte rimettente.

Ciononostante, la Corte Costituzionale ha preferito una soluzione interpretativa, che, pur

²⁰ In questi termini la Corte Costituzionale nella sent. 91/2004 “Deve, in primo luogo, essere respinta l’eccezione di inammissibilità presentata dall’Avvocatura dello Stato sul rilievo che il remittente avrebbe dovuto egli stesso attribuire alla norma impugnata il significato ritenuto più idoneo a superare i prospettati dubbi di legittimità costituzionale. Si deve, infatti, osservare che, in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri del “diritto vivente”, la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice remittente”. La seconda pronuncia citata (sent. 117/2012) rinvia, apoditticamente, a quanto già statuito nella sent. 91/2004 (come poc’anzi riportata).

non dichiarando l'illegittimità della disposizione, avalla la tesi prospettata dalle Sezioni Unite.

Si è già avuto modo di esplicitare le perplessità derivanti dall'intrinseca e insuperabile contraddittorietà di un simile esito. V'è, dunque, da interrogarsi sulle ragioni di una simile pronuncia.

Quello che spetta alla Corte Costituzionale è sicuramente un arduo compito, in quanto ciascuna pronuncia è in grado incidere sull'equilibrio dell'intero ordinamento. Per questo, è interesse della Corte elaborare soluzioni che assicurino unità e non contraddittorietà²¹. Ciò impone al Giudice delle Leggi di considerare gli effetti che possono scaturire nell'ordinamento da una determinata pronuncia²². In altri termini, la Corte Costituzionale tiene conto della reazione dell'ordinamento all'eventuale e drastica eliminazione della disposizione oggetto del sindacato di costituzionalità²³.

Per ciò che riguarda il presente contributo, può ipotizzarsi, dunque, che tali valutazioni siano state oggetto di attenta analisi da parte della Corte Costituzionale (ciò, del resto, spiegherebbe la scelta di adottare la forma della sentenza). Per tale ragione, il Giudice delle Leggi sembra aver preferito una decisione che consentisse di salvare tanto l'interpretazione delle Sezioni Unite, quanto la volontà, *expressis verbis*, del Legislatore di applicare retroattivamente la nuova disciplina.

Ciò, del resto, nonostante la Corte avesse il potere pronunciarsi anche oltre il *petitum* cristallizzato nell'ordinanza di rimessione. Invero, a norma dell'art. 27, co. 1, secondo periodo, della legge n. 87/1953, la Corte costituzionale, avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità della disposizione transitoria, in sé e per sé considerata, senza considerare, dunque, l'interpretazione di questa risultante dal diritto vivente delle Sezioni Unite²⁴.

Rimane ancora aperta, tuttavia, la questione circa l'esatta interpretazione del nuovo regime di cui all'art. 374 c.p.c. e del valore vincolante da riconoscere alle pronunce delle Sezioni Unite, nonché dei - residui - margini di intervento tanto dei giudici di merito, quanto delle Sezioni semplici.

Stante l'assai delicata incidenza della disposizione di cui all'art. 374 c.p.c. sull'intero ordinamentale e il suo valore di principio cardine nel dialogo tra le Corti, l'auspicio è quello di un prossimo intervento, ulteriormente chiarificatore, della Corte Costituzionale.

** Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore.

21 Emblematiche le osservazioni sul punto di G. D'AMICO "Viene da chiedersi perché il Costituente abbia adoperato, in relazione alla Corte Costituzionale, il termine "decisione" e non quello di "sentenza" o di "pronuncia". A ben vedere, dietro questa scelta terminologica si celano ragioni attinenti alla stessa configurazione del ruolo della Corte [...] L'utilizzo del sostantivo "decisione" impone un'ulteriore riflessione. Il verbo "decidere" deriva infatti da "*de-caedere*" cioè letteralmente "tagliar via" [...] le potenzialità della scissione variano a seconda di *chi* decide, del *modo* [...] del *come* [...] dei *destinatari* della decisione [...] del *momento* in cui si decide; in altre parole, la decisione può risultare diversamente "modulata" a seconda dei soggetti nei cui confronti si decide. G. D'AMICO, *Struttura ed effetti delle decisioni*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune e i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, pp. 210-211.

22 Si tratta di ciò che alcuni Autori hanno definito il c.d. "impatto ordinamentale", il quale, nella sua accezione più ampia, è da intendersi sia come "impatto normativo", riferito agli effetti temporali e normativi delle decisioni della Corte, che come impatto "politico-istituzionale" e "economico-sociale". Tra i contributi più significativi sul tema dell'impatto ordinamentale, si segnala E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *Gruppo di Pisa Rivista on line*, disponibile al seguente link https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Elisa_Cavasino__L_impatto_ordinamentale_del_decisum_come_fattore_di_decisione_nelle_pronunce_della_corte_costituzionale.pdf.

23 C. PANZERA, *Sulla "combinazione" delle tecniche decisorie: uno strumento peculiare del (solo) giudice costituzionale*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune e i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, pp. 417 e ss. Si segnala al riguardo la sentenza della Corte Costituzionale n. 10, 11 febbraio 2015.

24 Circa la possibilità di ammettere l'ipotesi che, anche a una sentenza interpretativa di rigetto, possa seguire una declaratoria di incostituzionalità, si veda il contributo di R. PERRONE, *Sentenze interpretative di rigetto e illegittimità consequenziale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2010, pp. 939 e ss.