

IMPUGNAZIONE LODO PER NULLITA'

EX S. U. 12.2.2019 N. 4135

Corte di Cassazione, sez. Unite Civili, sentenza n. 4135/19; depositata il 12 febbraio

1. **Le Sezioni Unite respingono e non raccolgono**, la “lancia” che la Prima Sezione della Suprema Corte, aveva spezzato in favore dei ricorrenti, tramite l’Ordinanza Interlocutoria di rinvio n° 20472 del 2 Agosto 2018 (Nazzicone Rel.)⁽ⁱ⁾.
2. **La sentenza (Lamorgese Rel.) interviene dopo un ampio dibattito**, sia sulla portata della Novella del 2006, sia sulla natura (definita *ibrida*) dell’art. 829 III° c.p.c. [cfr. § 10 della Sentenza].
3. **Il dibattito era sorto** a ragione del fatto che, la Riforma aveva ribaltato l’ambito di impugnazione del Lodo per motivi di diritto: passando da un regime, ove tale facoltà doveva considerarsi implicita (salvo eccezione espressa), a un regime dove tale possibilità è consentita *solo se* ove venga espressamente prevista dalle parti, o (*in corner*) dalla legge.
4. **Il nous del problema** si annida(va) intorno al valore che si poteva attribuire *o meno* a una clausola pattuita ante-riforma (che ovviamente tale “facoltà” non conteneva, perché era la legge a prevederla *by default*) nel tempo successivo all’entrata in vigore della Novella stessa.
5. **Il “silenzio” allora mantenuto dalle parti**, in sede di redazione della clausola compromissoria, poteva conservare la stessa efficacia nel *nuovo mondo*: oppure, in base al nuovo testo dell’art. 829 III°, veniva a privare la parte di una facoltà di cui allora disponeva?
6. **La legge del 2006**, conteneva una norma transitoria (art. 27) suddivisa in quattro commi: di cui il terzo si riferiva alla “convenzioni” arbitrali “stipulate” dopo l’entrata in vigore della Riforma stessa e il quarto ai “procedimenti” arbitrali nei quali “*la domanda*” veniva depositata dopo tale momento.
7. **In tale situazione, il quesito** che rimaneva sul piatto era legato al fatto **se**, tale norma (*transitoria*) e specialmente il suo quarto comma, avesse portata *solo* processuale (o meno)⁽ⁱⁱ⁾.
8. **Nel 2008**, tempo in cui è avvenuta l’impugnazione del Lodo, avanti la Corte di Bologna, la norma transitoria veniva interpretata in “*modo letterale*” (e *pressoché* compatto⁽ⁱⁱⁱ⁾) dalle Corti di merito in senso unicamente processualistico, in base al brocardo “*tempus regit processum*”.
9. **Interpretazione che comportava, come ogni “domanda”**, successiva al 2 Marzo 2006, venisse a sottostare alle nuove regole e quindi, per i casi in cui le clausole compromissorie non avessero previsto espressamente la impugnabilità del Lodo per errore di legge, tale facoltà si considerasse esclusa (e ciò *ovviamente* anche per le clausole stipulate ante riforma).
10. **Ma dal 2012** il vento veniva a cambiare, tanto che **le Sezioni semplici**, a partire dalla Prima (con la pronuncia 19 Aprile n° 6148, Cristiano Rel.), mettendo in evidenza sia la **natura contrattuale della pattuizione arbitrale sia quella di irretroattività della legge sostanziale, iniziano a sostenere che** (in mancanza di espresse deroghe legislative) **le clausole pattuite ante Riforma conservassero intatta la loro efficacia**, anche nel tempo successivo all’entrata in vigore del nuovo testo dell’art. 829 III° c.p.c.; per cui, veniva riconosciuto, come anche in presenza di un “*silenzio*” delle parti, nell’ambito della clausola (circa la impugnabilità del Lodo per errore di diritto), tale facoltà dovesse considerarsi come *preservata*, intatta e liberamente esercitabile dalla parte impugnante.
11. **Successivamente**, a far data da “*quel mese di Aprile*” (dall’anno 2012), sono intervenute svariate sentenze: sia delle sezioni semplici, che hanno sostenuto opposte tesi tra di loro^(iv), sia delle SS UU, con le tre pronunce (quasi) gemelle del 2016^(v) (che hanno confermato le conclusioni della Sentenza 6148/12 e successive conformi), sia anche della Corte Costituzionale^(vi) (sollecitata dalla Corte d’Appello di Milano^(vii), che nel frattempo, aveva sollevato un dubbio di costituzionalità in merito alla

interpretazione fornita dal *diritto vivente* delle SS UU), che nel Gennaio 2018 confermava il *dictum* dei massimi giudici di legittimità.

12. **Il caso di specie** prende forma e si svolge nel bel mezzo di questo dibattito, ma attenzione: il contratto e la clausola son del 2005, il Lodo del 2007, l'impugnazione del 2008 e la sentenza d'Appello di Bologna del 2017!
13. **Tutto quindi si svolge prima** che il ricorrente possa essere stato edotto delle evoluzioni compiute dai massimi giudici, che si iniziano a esprimere ben quattro anni dopo quello in cui viene interposta l'impugnazione del Lodo.
14. **In questa situazione, sotto un profilo generale**, viene da dire che, **la fenomenologia dei fatti** e la scansione temporale della evoluzione giurisprudenziale, nei termini sopra riassunta, almeno *d'istinto*, portano quantomeno a comprendere, se non fin a giustificare (come ha fatto la Ordinanza interlocutoria) l'atteggiamento (*bollato* dalle SS UU come) "*riunziatario*" del ricorrente che, in tale situazione :
 - i. **nel 2008** non aveva proceduto a censurare il Lodo (del 2007) per errore di diritto e
 - ii. **nel 2014** (durante i 9 anni !! di attesa della sentenza della sentenza) *per correre ai ripari* aveva fatto istanza alla Corte d'Appello (di Bologna), onde "venire messo nuovamente in termini", al fine di poter svolgere quella censura che la (*originaria*) "*interpretazione letterale*" della norma transitoria (a differenza di quella "*costituzionalmente orientata*" individuata, *infine*, dalle SS UU - solo- nel successivo 2016), non le aveva a suo tempo (e a suo dire), consentito.
15. **Ma vediamo i fatti da vicino.**
16. **Nel 2017**, la Corte di Bologna respinge l'impugnazione, riconducendo la *causa petendi* nell'ambito di un asserito "*prospective overruling*^(viii)", consistente (a detta di tale Corte), in un improvviso e non prevedibile mutamento di indirizzo, operato dalle SS UU del 2016, rispetto alla compatta giurisprudenza delle Corti di Merito, che nel caso di specie non veniva riconosciuto esistente, anche perché non ha comportato decadenze, ma semmai ha ampliato i "termini" di impugnazione.
17. **A metà 2018**, la Prima Sezione della Cassazione, investita del ricorso su tale pronuncia, cerca di suggerire alle Sezioni Unite una soluzione di "*giustizia sostanziale*", mettendo in risalto il fatto che la imperante interpretazione "*letterale*" della norma transitoria, data dalle Corti di Merito al tempo dell'impugnazione (in assenza di alcun precedente di legittimità^(ix)), aveva costituito un effettivo ostacolo per ogni più ampia censura del Lodo e che -questo punto- potrebbe sembrare "*incongruo sanzionare con la decadenza colui che abbia prestato ossequio alla lettera e premiare chi -secondo quello che, all'epoca, sarebbe stato qualificabile, piuttosto, come "abuso del processo"- avesse proposto un ricorso pur manifestamente, all'epoca, inammissibile*".
18. **Accordato in piena Estate '18 il rinvio e fissata al 15 Gennaio 2019** l'udienza di discussione, i punti di diritto sottoposti al giudizio delle SS UU, si sono concentrati sulla applicabilità del principio del *prospective overruling*:
 - i. con riferimento a norme sostanziali; *nonché*
 - ii. rispetto a quanto interpretato, nel frattempo, dalla giurisprudenza di merito *nonché* alla concedibilità, nel caso, di una rimessione in termini per la parte incolpevolmente incorsa in decadenza.
19. **Le SS UU**, con una sentenza davvero molto elaborata, **mostrano totale chiusura** all'approccio "sostanzialistico" percorso dalla Prima Sezione e risponde in negativo ai due quesiti posti.
20. **La premessa maggiore** che aveva animato la Sezione remittente, legato alla "*scusabilità*" di un affidamento circa la rilevanza dell'interpretazione "letterale" della norma proposto dalle corti di merito, viene apertamente sconfessato dalla "nomofilachia" classica, a mente della funzione

“nomopoietica” distribuita tra tutti i soggetti dell’ordinamento, [e] continuamente alimentata dal dibattito processuale del giudice con e tra le parti.

21. **Le SS UU sconfessano l’affidamento a un significato “letterale” di una norma** (a cui peraltro *“conseguirebbe un’unica risposta decisionale considerata esatta, quindi prevedibile in un senso proprio”*), **opponendola alla “complessità dei processi interpretativi”** e alla relativa funzione di *“creazione normativa” (nomopoiesi)* appunto affidata al giudice quale *“strumento percettivo e ricettivo ...della voluntas legis... secondo le variabili dello spazio e del tempo nel quale il momento esecutivo si realizza”*.
22. **Una tesi, questa, che, pur rappresentando un notevole sforzo intellettuale** nel giustificare un’azione giurisprudenziale lodevole, volta a conservare *“aggiornato”* il valore del testo normativo al (sempre più) rapido evolvere degli usi e costumi ed (anche) esigenze, della generalità degli individui, certamente non aiuta a orientare (preventivamente) e con necessaria certezza l’interprete che, in un simile scenario (a ben vedere) deve assumere scelte compiute senza possibilità di ritorno.
23. **E le S.U., non si fermano qui**, anzi **“affondano la lama”**, evidenziando come tale *“interprete”* (nella fattispecie professionista che assiste la parte in giudizio, abbia (pur sempre) *l’obbligo di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di problemi interpretativi complessi, di attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale, indicando strade interpretative nuove, portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti e anche della giustizia della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà con il diritto sovranazionale, ecc.*
24. Vista dalla parte di chi quelle scelte deve compiere, il compito appare sicuramente ingrato e altamente rischioso.
25. **In più, l’enfasi** in cui si pongono e con cui si esprimono le SS UU per respingere in modo netto la (pur comprensibile *“apertura”* scelta dalla Prima Sezione, oltre ad essere del tutto fumosa e ipotetica - nonché- fortemente allarmante, per colui che quella scelta -per professione- deve operare a veder bene, appare essere stata del tutto sovrabbondante (e inutile), nel caso di specie.
26. **Il j’accuse lanciato dalle SU** si poggia sul fatto che il ricorrente (e il suo Avvocato), nell’anno 2008, non avesse(ro) *ancora* tenuto conto di un orientamento di legittimità sorto solo quattro anni dopo (2012) e, come tale, confermato, solo dopo quattro *ulteriori* anni (2016) dal *diritto vivente* stesso.
27. La circostanza è inquietante, soprattutto se si presta fede e osservanza a quel fenomeno di continua evoluzione interpretativa (e/o attività nomopoietica che si voglia), che consente (e/o consentirebbe) al giudice di selezionare tra *“i plausibili significati traibili dal testo”* di legge quello più *“attuale”* rispetto alle ricordate *“variabili dello spazio e del tempo in cui il momento esecutivo si realizza”*.
28. Ma, sempre a veder bene, nulla di tutto questo era necessario nel caso di specie; con la logica conseguenza che tutte queste digressioni non possono che nuocere ai fini di una più ordinata applicazione delle norme.
29. **Infatti, a osservare per bene, non sussisteva, né è mai sussistito uno scostamento, tra un’interpretazione “letterale” e una “costituzionalmente orientata”, che potesse condurre a una soluzione differente del dilemma.**
30. **La soluzione era stata** (da sempre) **una sola** ed era quella che dava la corretta qualificazione, sia della norma in questione e sia della pattuizione (privata) intervenuta tra le parti, in applicazione dei principi che regolano i fenomeni giuridici e l’applicazione delle diverse disposizioni di legge che si susseguono nel tempo.
31. La Prima sezione rimettente, è vero che, nell’Agosto 2018, *aveva lanciato un po’ il cuore oltre l’ostacolo*, cercando di ampliare il concetto di *overruling* (legato ai mutamenti imprevedibili di un giudice di legittimità), con riferimento, sia alle pronunce di merito, sia a norme di natura sostanziale;

ma per respingere tale orientamento “*di favore*” ed anche “*di metodo*” (considerato che non sempre sono disponibili, come non erano nel caso di specie, precedenti di legittimità su cui orientarsi con maggiore certezza), non era necessario tutto l’apparato messo in scena.

32. In tale situazione, bastava riferirsi, non tanto al precedente di legittimità del 2012, ma alla scelta “coraggiosa” effettuata dalla parte (e dal suo Avvocato), peraltro in tempo coevo a quello del caso in esame (anno 2008), il quale, in modo più attento alla natura (e alla lettera) delle norme, aveva impugnato il Lodo avanti alla Corte di Appello di Venezia, **anche** per motivi di diritto, contestando espressamente il fatto che la norma transitoria (art. 27 4° c. D.lgs. 40/06) potesse avere portata unicamente processuale; e, di conseguenza, il riformato art. 829 III° c.p.c., nel suo nuovo dettato, potesse applicarsi, alla data di entrata in vigore, a tutte le impugnazioni di Lodi, ancorchè nascenti da clausole arbitrali stipulate in data anteriore.
33. **Il punto dirimente**, non stava tanto nella interpretazione più o meno “*letterale*” della norma transitoria, quanto piuttosto nella corretta definizione ed identificazione della *natura* della clausola compromissoria stessa, quale *contratto inter partes* (a dirla con Chiovenda) “*a effetto processuale*”.
34. Ma un conto è la natura: profilo riferito al momento genetico della norma e un conto è l’effetto, profilo riferito al momento funzionale che da essa prende forma.
35. E, **se** la natura della clausola è contrattuale e, **se** l’elemento giuridico di valutazione è un contratto, la sua “validità” e stabilità, dovrà essere valutata con riferimento al tempo in cui esso viene concluso^(k); e in forza del sacrosanto principio di irretroattività della legge, tale momento non può venire riferito a un tempo successivo: altrimenti “certezza del diritto” ... *addio!*
36. Certamente il legislatore può (e poteva) intervenire sul momento funzionale del contratto e su quegli effetti che non si erano ancora prodotti al momento dell’introduzione di una nuova legge^(ki).
37. Ma la norma transitoria nulla ha detto a tale proposito: considerato che, sotto questo profilo, si è limitata a disciplinare solo il processo che promana(va) dalla “domanda” successiva all’entrata in vigore della novella 2006 (comma quarto art. 27 D.lgs. 5/03): nulla ha detto (al comma terzo) a proposito degli effetti che naturalmente (e *necessariamente*) continuavano a produrre le clausole compromissorie, dapprima stipulate secondo il precedente regime.
38. In tale situazione, concentrandosi, come invero hanno fatto le SS UU, sulla qualificazione, sia del patto compromissorio, sia della norma dell’art 829 III° c.p.c., esse potevano arrestare lì il loro “*dictum viventem*” e sottolineare, come aveva fatto la Sentenza 6148/12, che nessun affidamento si poteva riporre sulla lettera del quarto comma dell’art 27 d.lgs. 40/06 circa la caducazione degli effetti nascenti da un contratto; il quale era legittimamente sorto in base a una precedente legge e che non era stato toccato, nella sua dimensione funzionale, da quella successiva.
39. Delle due l’una.
40. O si riconosceva che, sia la clausola compromissoria, sia l’art 829 III° c. c.p.c. avessero una natura esclusivamente processuale (ad esempio, considerando che l’aspetto funzionale prevale su quello strutturale), ma sarebbe stata una vera e propria forzatura (che avrebbe rischiato di creare ancora maggiore incertezza e confusione): oppure, si guardavano le cose come stavano.
41. E quindi, con molta semplicità, si riconosceva, come aveva già fatto la stessa Sentenza 6148/12, che la norma transitoria non aveva e non poteva avere la capacità di intervenire su effetti contrattuali derivanti da contratti legittimamente stipulati in base a normative (all’epoca) vigenti.
42. Già le SS UU del 2016 (Nappi Est.) avevano intuito l’importanza di focalizzarsi sull’esame del nuovo testo dell’art. 829 III° c.p.c., piuttosto che su quello della norma transitoria; norma, tra l’altro, che la quale non era intervenuta sugli effetti portati dalle previgenti clausole contrattuali, in quanto si era fermata e concentrata sulla “domanda” successiva alla sua entrata in vigore.

43. E se si osserva attentamente il testo del nuovo art. 829 3° c.p.c., si nota che esso riferisce l'eccezione alla nuova regola della privazione della facoltà di impugnazione del Lodo a due ipotesi: la prima riferita alla legge (che evidentemente non può essere la medesima norma in questione, neppure sotto forma di un precedente testo in vigore) e la seconda riferita alla volontà delle parti.
44. E questa seconda eccezione (a differenza di quanto evidenziato dalle SS UU del 2016 stesse) appare quella più appropriata nella fattispecie, in quanto in modo "filologico" rinvia alla pattuizione stipulata dalle parti con l'originaria clausola compromissoria- che detta i limiti di impugnabilità del Lodo e che continua a produrre i propri effetti, in assenza di ulteriori interventi del Legislatore.
45. A veder bene, *dunque*, persino il previgente *dictum* delle SSUU, del 2016, abbisognerebbe di una *limatina*, per renderlo perfettamente coerente con le premesse del sistema e "lo sforzo creativo" sollecitato dalla sentenza in commento infonde coraggio nell'evidenziarlo; sarà utile tenerlo presente, qualora se ne presenti l'occasione prima che un giudice (più attento) lo venga a scoprire.

Contributo dell'Avv. [Stefano Alberto Piccardo](#)
 Coordinatore del [Dipartimento Commerciale-Societario](#)
 Componente del [Dipartimento Internazionale](#)

Marzo 2019

© riproduzione riservata ARBITRANDO

ⁱ Cass. 2.8.2018 n. 20472, pubblicata su *Giur. It.* 2018, 11, 2449, con nota F. Godio e M. Stella.

ⁱⁱ Cfr. Cass. 11.12.2015 n. 25039 Genovese Rel.
 con riferimento al "principio" "del tempo del processo rispetto al quale diventano recessivi o sfalsati di piano, sia il principio della irretroattività della legge civile sia quello dell'immodificabilità degli accordi contrattuali"

ⁱⁱⁱ App. Milano 7.1.2016 inedita,
 App. Venezia 30.11.2015 in *Giur. Imprese*
 App. Milano 14.7.2015 su *DB It.*
 App. Torino 21.2.2012 inedita e riformata da SS UU 7.5.2016 n. 9285
 App. Milano 18.4.2012, su *Il Caso.it* Raineri Rel.
 Contra
 App. Trieste 17.11.2016 in *Giur. Imprese*
 Che ammette l'impugnazione ex art. 36 D.Lgs. 5/03

^{iv} Conformi a C. 19.4.2016 m. 6148 si vedano, tutte su *Pluris*:
 C. 3.6.2014 n. 12379
 C. 18.6.2014 n. 13898
 C. 19.1.2015 n. 745 e 748
 C. 8.8.2015 n. 22007 Nazzicone Rel.
 C. 21.12.2015 n. 25662 Di Virgilio Rel.
 C. 17.2.2016 n. 3151
 Contra C. 20.2.2012 n. 2400 Rodorf Rel.

tra l'altro relativa alla impugnativa di delibere di esclusione del socio di SCARL, in relazione al quale, sulla base del modulo identificato dalle SS UU del 2016 (presiedute dal medesimo relatore), l'impugnazione per errore di diritto sarebbe stato più che ammissibile, considerato che il "modulo" identificato dalle SS UU stesse faceva salva la impugnazione

per errore di diritto “ove prevista dalla legge”: che in tale caso sarebbe stata proprio l’art. 36 D.Lgs. 5/03!

C. 17.9.2013 n. 21205

C. 28.7.2015 n. 15841

C. 11.12.2015 n. 25039 Genovese Rel.

C. 23.2.2016 n. 3841

- v C. SS UU 9.5.2016 n. 9341, in *Giur. It.*, 2016, 6, 1449, nota Di Majo
C. SS UU 9.5.2016 n. 9285 in *Pluris*
C. SS UU 9.5.2016 n. 9284 in *Giur. It.*, 2016, 6, 1449
- vi C. Cost. 30.1.2018 n. 13 in *Foro It.* 2018 p. 707 e *Giur. It.*, 2018, p. 697 nota Briguglio
- vii App. Mi 3.3.2017, App. Mi 30.11.2016, in *Giur. It.*, 2017, p. 1178 M. Bertoldi Consolo Porcelli
- viii In tema di *overruling*, cfr.
Cass. 12.2.2019 n. 4122 relativa a impugnazione ex art. 702 quater c.c. in *Pluris*
SS UU 8.11.2018 n. 28575, *id.*
Cass. SS UU 25.10.2013 n. 24153 in tema di Arbitrato, in *Pluris*
Cass. SS UU 11.7.2011 n. 15144 Morelli Rel., in *Corr. Giur.*, 10, 11, 1392, nota Cavalla Consolo De Cristofaro;
Foro It. 2011, 1, 3343 nota R. Caponi; *Giur. It.* 2012, 649; *Riv. Dir. Proc.* 2012 2012, 1072 nota Vanz;
- ix Vedi nota iii).
- x Cass. SS UU 10.12.2001 n. 15608 Preden Est., in *Giur. It.* 2002, 2, 1715.
- xi In tema di intervento legislativo su effetti contrattuali ancora “incompiuti”
C. Cost. 2.11.2000 n. 459, *Giust. Civ.* 01,17 nota Auletta
C. Cost. 15.1.2003 n. 11
C. Cost. 11, 45 in tema di arbitrato pubblico
Cass. 27.4.2011 n. 9394, in *Foro It.* 2011, 2070, in tema di arbitrato
Cass. 3.6.2010 n. 13464, in tema di arbitrato
Cass. 16.1.2006 n. 1689 in *Corr. Giur.* 2006, 2652
Cass. 29.10.2005 n. 21101, in tema di fidejussione omnibus
Cass. 25.2.2005 n. 4093, in tema di fidejussione omnibus
Cass. 18.9.2003 n. 13739, in tema di interessi ultra legali in *Contratti* 2004, nota Carnevali.