

ANNO LXIX (Seconda Serie) - N. 4-5

Luglio-Ottobre 2014

RIVISTA
DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA

G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA

E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO - V. COLESANTI
L.P. COMOGLIO - C. CONSOLO - G. COSTANTINO
C. FERRI - R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA - S. MENCHINI
G. MONTELEONE - R. ORIANI - N. PICARDI - A. SALETTI
B. SASSANI - F. TOMMASEO - N. TROCKER - R. VACCARELLA**

www.edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer
Italia

CEDAM

ARBITRATO E AZIONE DI CLASSE

SOMMARIO: 1. La *class action in arbitration* nella recente esperienza giurisprudenziale americana. – 2. La *representative litigation* tra *class action* e azione di classe: esperienze a confronto. – 3. La devoluzione agli arbitri dell'azione di classe *ex art. 140 bis c.cons.* Problemi e prospettive: (i) la posizione del *class member* sottoscrittore della clausola compromissoria (non azionata direttamente, ma) analoga a quella dell'attore. – 4. (Segue) (ii) lo svolgimento del giudizio arbitrale collettivo (la nomina arbitrale e la dichiarazione di adesione alla domanda dell'attore; il vaglio di ammissibilità dell'azione di classe e la partecipazione del p.m.).

1. – Nell'ultimo decennio alcune importanti pronunce della Suprema Corte degli Stati Uniti hanno posto nuovamente all'attenzione degli interpreti (e non solo di quelli americani) (1) la questione della procedibilità della *class action* nel giudizio arbitrale e, particolarmente, dei limiti all'attività interpretativa del patto compromissorio da parte dell'arbitro investito della decisione sulle domande aggregate.

Invero, è da lungo tempo che la giurisprudenza statunitense è chiamata a risolvere – sia a livello statale che federale – le problematiche connesse alla competenza arbitrale sulle controversie nascenti in forma collettiva, contribuendo alla formazione di una serie di orientamenti interpretativi che, malgrado talune inevitabili oscillazioni, si vanno ormai consolidando in principi fortemente radicati nell'ordinamento processuale americano (2). Tuttavia, a differenza di quanto accade in altri

(1) La letteratura in argomento è davvero molto vasta. Sia consentito, quindi, di richiamare soltanto alcuni dei contributi più rappresentativi anche a livello internazionale come S.I. Strong, *Does Class Arbitration "Change the Nature" of Arbitration?* Stolt-Nielsen, AT&T, and a Return to First Principles, *Harvard negotiation law rev.* 2012; W.W. Park, *La jurisprudence américaine en matière de class arbitration: entre débat politique et technique juridique*, in *Rev. arb.* 2012, 1 ss., in part. 20 ss. Recentemente, nella letteratura italiana, F. Benatti, *La fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della "class action" statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 500 ss.

(2) Le principali pronunce in tema di *class action arbitration* risalgono, infatti, alla prima metà degli anni ottanta con l'intervento della *Supreme Court* dello Stato della California [*Keating v. Superior Court of Alameda County*, 31 Cal. 3d 584, 645 (1982)] e, successivamente, con quello della stessa *Supreme Court* federale [*Southland Corp. v. Keating*, 104 S. Ct. 852 (1984)]. Cfr. E.P. Allor, *Keating v. Superior Court: Oppressive Arbitration Clauses in Adhesion Contracts*, 71 *Cal. L. Rev.* 1239 (1983); R.A. Conway, *Federal Preemption of Arbitration – Southland Corp. v. Keating*, 1984 *J. Disp. Resol.* (1984).

ordinamenti, i principali interrogativi non investono direttamente la questione della ammissibilità di una devoluzione agli arbitri della *class action* (3), quanto piuttosto, come si è detto, la questione della incidenza dell'attività ermeneutica dell'arbitro sulla definizione della *portata precettiva del patto compromissorio* e, in particolare, sulla individuazione delle controversie arbitrabili e degli *strumenti di tutela azionabili in sede arbitrale*. Vi è, allora, subito da evidenziare come il dibattito statunitense si sia concentrato soprattutto sulla individuazione di un giusto rapporto di equilibrio tra il contenuto formale del patto compromissorio, elaborato e voluto dalle parti, e l'opera di interpretazione del patto (*rectius*: del suo ambito di applicazione) da parte dell'arbitro che sia stato investito della controversia.

Di talché, volendo offrire una sommaria ricostruzione del percorso seguito dalla giurisprudenza federale (e costantemente arricchito dai numerosi interventi delle Corti statali), sembra corretto prendere avvio dal primo rilevante tentativo della Suprema Corte di risolvere la tensione tra i due estremi del problema in favore di una netta valorizzazione dell'autonomia dell'opera interpretativa dell'arbitro. Nella prospettiva della Corte, tuttavia, una tale valorizzazione non opera a discapito di una scrupolosa osservanza del dettato contrattuale e della volontà ivi espressa dalle parti, quanto piuttosto a discapito della giurisdizione statale e di una sua eventuale ingerenza nella soluzione di questioni che, riguardando direttamente l'interpretazione del contratto, sono state devolute dalle parti al giudizio esclusivo dell'arbitro. Ed è così che, nel suo primo importante arresto (4), la giurisprudenza federale ha inteso chiarire che, in presenza di una clausola compromissoria oggettivamente e soggettivamente «ampia» (5), il ruolo dell'arbitro deve necessariamente assumere l'onere esclusivo della interpretazione della volontà delle parti, in ordine non solo alla determinazione delle *controversie* da sottrarre alla giurisdizione statale, ma anche alla definizione della *procedura* da seguire per la soluzione di ciascu-

(3) L'ordinamento americano accoglie la possibilità di devolvere in arbitri le controversie collettive in forma di *class action* sia attraverso i riconoscimenti giurisprudenziali sia attraverso la positivizzazione di regole specifiche per i c.d. *class arbitrations* (v. *infra* il successivo paragrafo 3).

(4) *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003).

(5) L'ampiezza del patto arbitrale, a cui si riferisce la Corte nel caso *Bazzle*, attiene (i) sia al piano soggettivo della clausola compromissoria, e quindi all'assegnazione all'arbitro di un consistente novero di poteri cognitori [la Corte, con riferimento alla vicenda dedotta in giudizio dalle parti (e relativa all'interpretazione della clausola compromissoria contenuta nel contratto concluso tra una società che offriva servizi finanziari e gli utenti che lamentavano i danni conseguenti al mancato adempimento di taluni obblighi informativi), parla espressamente di «*broad authority the contracts (...) bestow upon the arbitrator*», come risultato di una clausola arbitrale che assegnava all'arbitro «*'all powers' including certain equitable powers 'provided by the law and the contract'*»], (ii) sia sul piano oggettivo, e quindi per il tramite della devoluzione all'arbitro della totalità delle controversie derivanti dal contratto (ovvero anche dal rapporto regolato nel contratto) a cui il patto compromissorio accede (significativo, in tal senso, è il richiamo operato dalla Corte al dettato letterale della clausola compromissoria laddove vien fatto riferimento, per l'appunto, a una cognizione arbitrale comprensiva di «*all disputes, claims, or controversies arising from or relating to this contract or the relationships which result from this contract*»).

na controversia devoluta alla cognizione arbitrale (6). E ciò – si noti – in luogo di un vaglio giudiziale che in questi casi deve restare circoscritto alla determinazione – per il tramite di un’analoga attività interpretativa – di talune limitate «*gateway matters*», sulle quali la volontà delle parti non abbia chiaramente rimesso all’arbitro l’individuazione di una specifica soluzione (7).

Per tale via – si osserva – l’arbitro deve concorrere in via esclusiva a definire l’effettiva portata precettiva della clausola anche nei casi in cui l’«*arbitration clause*» sia «*silent on class arbitration*», non potendosi affatto ricavare una sorta di preclusione automatica della compromettibilità dell’azione collettiva (*rectius*: della cognizione delle controversie devolute agli arbitri nelle forme di un giudizio collettivo) dall’assenza nel patto compromissorio di ogni riferimento esplicito alla possibile celebrazione del giudizio arbitrale in forma collettiva. In particolare, l’*opinion* di maggioranza della Corte, in aperto contrasto con la *dissenting opinion* di minoranza (redatta dall’allora *Chief Justice* della Corte), ha sostenuto, con una spiccata coerenza logica ed argomentativa, che l’assenza di un chiaro indicatore formale della volontà delle parti non può condurre ad un’affermazione certa sulla conoscibilità della lite nelle forme della *class action arbitration*. Il semplice silenzio della clausola, infatti, non può precludere *ex se* la legittimità del ricorso a quel tipo di arbitrato che le parti non abbiano espressamente escluso dall’ambito applicativo del patto compromissorio, così come, d’altra parte, non può neppure legittimare *ex se* un automatico ricorso a quel tipo di arbitrato che le parti stesse non abbiano puntualmente menzionato nel patto. Ciò che la Corte stigmatizza è, quindi, una conclusione che sia incline ad impedire la formazione del giudizio collettivo sul presupposto che la clausola compromissoria, accedendo al singolo contratto concluso dal professionista con il singolo consumatore, non potrebbe mai esplicitare i propri effetti oltre le parti che l’hanno sottoscritta. La decisione della Suprema Corte evidenzia, piuttosto, come il meccanismo di nomina dell’arbitro, pur restando formalmente radicato nel rapporto tra i sottoscrittori del contratto cui accede la clausola

(6) In proposito v. anche *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943 (1995); *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U.S. 468, 474-476 (1989); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 626 (1985).

(7) Le «*gateway matters*» richiamate dalla Corte identificano una pluralità ben circoscritta di situazioni in cui la giurisprudenza federale ha ammesso, da tempo, che la soluzione di questioni inerenti all’interpretazione del contratto – e, quindi, della clausola compromissoria che vi accede («*a particular arbitration-related matter*») – compete all’autorità giudiziaria soltanto «*in the absence of ‘clea[r] and unmistakabl[e]’ evidence to the contrary*» secondo il tenore letterale della clausola stessa [*AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U.S. 643, 649 (1986); *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79, 83 (2002)]; si possono ricordare, al riguardo, le questioni inerenti alla validità del patto compromissorio (*Howsam cit.*) o all’applicabilità del medesimo «*to a certain type of controversy*» come «*a corporate merger*» [*John Wiles & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543, 546-547 (1964)] ovvero «*a labor-management layoff controversy*» [*AT&T Technologies cit.*, 651 s.].

compromissoria (spettando, come nel caso esaminato dalla Corte, al professionista «with consent of [the] named customer»), non debba tuttavia ostacolare lo svolgimento del processo arbitrale in forma collettiva «insofar as the other class members agree to proceed in class arbitration [and] they consent as well». Spetta, dunque, al prudente apprezzamento dell'arbitro la valutazione dell'esatta portata della clausola compromissoria e, in particolare, della sua effettiva estensione oggettiva con riferimento sia al novero delle controversie arbitrabili («whether they [the parties] agreed to arbitrate a matter») sia alla procedura che le parti abbiano inteso seguire per la definizione delle controversie devolute alla cognizione arbitrale («what kind of arbitration proceeding the parties agreed to»).

Ma un'attenta considerazione di questo primo approdo giurisprudenziale sembra suggerire, a mio parere, un altro dato ricostruttivo, che tende ad assumere un rilievo particolarmente significativo nel contesto dei rapporti c.d. «consumeristici», nei quali principalmente si esplica lo strumento processuale della *class action*; e che tende, anzi, ad assumere un'importanza considerevole – come si dirà – anche per la soluzione delle questioni problematiche in tema di devoluzione agli arbitri dell'azione di classe *ex art. 140-bis c.cons.* Dalla sentenza resa sul caso *Bazzle* traspare, infatti, che l'opera interpretativa dell'arbitro, imponendo una sorta di adeguamento della portata precettiva del patto compromissorio alle peculiarità del caso concreto, potrebbe opportunamente contribuire a far prevalere un'esigenza di tutela della parte contraente «debole» – la quale frequentemente rinviene nella *class action (arbitration)* un'adeguata (talvolta, anzi, l'unica) (8) forma di tutela della

(8) Che l'azione di classe costituisca uno strumento indispensabile nelle controversie c.d. «consumeristiche» (o, comunque, contraddistinte da un elevato grado di disparità tra i contraenti) è un dato ricostruttivo sul quale non si è mai sollevato alcun dubbio; e ciò non solo alla luce dei risultati raggiunti negli ordinamenti (di *common law*) che per primi hanno sperimentato ed elaborato un sistema di tutela collettiva o rappresentativa [S.C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to Modern Class Action*, New Haven and London 1987, *passim*; Id., *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, 77 *Colum. L. Rev.* 866 (1977); J.C. Coffee Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 *Colum. L. Rev.* 370 (2000); v., per il dibattito italiano, C. Consolo, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 609 ss., in part. 615; N. Trocker, *Il processo civile e le controversie soggettivamente complesse. Class actions negli USA – e in Europa?*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, II, Napoli 2009, 1257 ss.], ma anche in ragione di quegli studi – economici e sociologici, prim'ancora che giuridici – in cui è stata evidenziata la netta preponderanza, nei rapporti con contraenti c.d. «non qualificati», di fattori come (i) lo squilibrio del potere economico-contrattuale tra le parti, (ii) l'ampia diffusività dei danni lamentati come conseguenza di nuove tecniche contrattuali applicate ai vari settori economici (offerta di beni o servizi serializzati, contrattualizzazione standardizzata, massificazione dell'accesso all'offerta, ecc.), (iii) la marcata sproporzione tra la modesta entità dei pregiudizi lamentati da ciascun *class member* e gli elevati costi di accesso alle forme tradizionali di tutela giurisdizionale [J.C. Coffee Jr., *The Regulation of the Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class*

propria posizione soggettiva – senza trascurare, tuttavia, una scrupolosa osservanza del contenuto formale della clausola e, quindi, in definitiva, della volontà ivi manifestata dalle parti. Il tenore letterale del patto compromissorio non deve sottrarre alle parti – così pare di poter leggere nelle «pieghe» della sentenza – quelle forme di tutela arbitrale che, senza essere state espressamente escluse nel patto (o, per altro verso, dalla legge) (9), possono rientrare nel novero di quelle modalità di soluzione delle controversie che l'ordinamento mette a disposizione dei singoli – e, quindi, anche delle parti del patto compromissorio – per la tutela dei diritti soggettivi in sede arbitrale. Insomma: se un dato strumento processuale è previsto dalla legge come rimedio generale per la tutela di determinate posizioni soggettive e se, d'altra parte, né la legge né il patto compromissorio escludono formalmente la sua applicabilità in sede arbitrale, sembrano difettare ragioni sostanziali per escluderne l'applicazione sulla scorta di una lettura rigorosa e formalistica della convenzione arbitrale. Tanto più, poi, se lo strumento processuale rappresenta una forma di tutela che assume spiccata importanza – per certi versi finanche un'assoluta centralità – nel contesto di una determinata tipologia di rapporti, così come accade proprio per la *class action* nel contesto dei rapporti che sorgono in relazione a contratti (per lo più «standardizzati») tra il professionista e il consumatore.

Ciò che allora va appurato in questi casi è che, da un lato, il patto compromissorio non escluda *espressamente* la possibilità per le parti di ricorrere ad un dato strumento processuale e, dall'altro lato, che l'esercizio di tale strumento sia *compatibile* con le regole di funzionamento del processo arbitrale e, prim'ancora, coi limiti all'efficacia soggettiva della convenzione arbitrale e con le regole di nomina dell'arbitro (o del collegio arbitrale); ma non pare coerente – secondo il rigoroso percorso argomentativo svolto dalla Corte – escludere la ricorribilità ad un dato strumento processuale per il sol fatto che il tenore letterale del patto compromissorio non consenta espressamente l'attivazione in sede arbitrale di tale strumento, oltretutto di una determinata forma di tutela del diritto soggettivo di una delle parti.

Del resto, la fermezza delle conclusioni raggiunte dalla Corte in *Bazzle* non ha mancato di suscitare reazioni critiche da parte della dottrina statunitense, la quale –

Action, 54 *Univ. Chi. L. Rev.* 877 (1989); O.W. Fiss, *The Political Theory of the Class Action*, 53 *Wash & Lee Rev.* 21 (1996); G.C. Hazard Jr. - J.L. Gedit - S. Sowle, *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, 146 *U. Pa. L. Rev.* 1849 (1998)]. Fattori, questi, che possono essere ricondotti ad un più proporzionato rapporto di equilibrio soltanto attraverso una tecnica processuale che consolidi gli interessi omogenei dei singoli in quelli di un'intera classe, così da frazionare i costi dell'accesso alla tutela giurisdizionale (o a quella arbitrale) e amplificare gli effetti dissuasivi e preventivi verso comportamenti scorretti o, comunque, lesivi degli interessi di ciascun singolo (potenziale) esponente di una classe [J. Bronsteen - O.W. Fiss, *The Class Action Rule*, 78 *Notre Dame L. Rev.* 1419 (2003); R.A. Nagareda, *Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action*, 115 *Har. L. Rev.* 747 (2002); nel dibattito italiano, v. soprattutto A. Giussani, *Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica*, in *Resp. civ. prev.* 2002, 315 ss.].

(9) Si pensi, ad esempio, al divieto dell'art. 818 c.p.c. in materia di provvedimenti cautelari.

come si accennerà anche in seguito – ha dissentito più o meno apertamente dai criteri accolti e applicati dalla giurisprudenza federale. Si è così lamentato, di volta in volta, un eccessivo ampliamento dei poteri arbitrali in tema di devoluzione della *class action* (10), una marginalizzazione dell'accesso alla tutela dei diritti soggettivi per il tramite del procedimento arbitrale (11) e, addirittura, una sorta di snaturamento delle funzioni stesse dell'arbitrato in rapporto alla tutela collettiva dei consumatori (12). Ma tali rilievi non paiono veramente decisivi se si considera che la Corte è giunta ad affermare l'ammissibilità della *class action arbitration* (nonostante il silenzio della clausola *in parte qua*) sulla scorta di un'attenta valorizzazione del patto compromissorio e della formula impiegata dalle parti; tanto più che – come si è detto – il *favor* giurisprudenziale verso l'accesso alla tutela collettiva in forma arbitrale si è formato in un contesto dogmatico e politico-legislativo che, pur risultando oggi parzialmente recessivo (13), resta dominato dalla convinzione che la *class action* – sia essa esperita dinanzi all'autorità giurisdizionale ovvero ad un collegio arbitrale – rappresenti lo strumento adeguato per la salvaguardia di quelle posizioni soggettive (contrattuali e non contrattuali) che, in assenza di una tutela in forma collettiva, rimarrebbero sostanzialmente sguarnite di qualsiasi protezione efficace (*id est*: non meramente nominalistica) da parte dell'ordinamento. Laddove, infatti, assumono rilevanza conflitti tra professionisti e consumatori in ordine alla produzione di beni di largo consumo o all'esecuzione di servizi seriali sulla base di contratti standard o per adesione – ove cioè limitatissimi (se non addirittura nulli) sono i poteri del contraente debole di concorrere a definire il contenuto del regolamento contrattuale e modesta è l'entità dei pregiudizi che questi può poi lamentare nei confronti del professionista in caso di inadempimento – la tutela risarcitoria collettiva supplisce efficacemente all'eccessiva onerosità (ed anzi, può ben dirsi, all'assoluta impraticabilità) di una tutela individuale i cui costi iniziali esorbitano certamente le potenzialità del singolo consumatore (14).

Tuttavia, successivamente alla pronuncia sul caso *Bazzle*, la valorizzazione

(10) In questo senso S.I. Strong, *Does Class Arbitration "Change the Nature" of Arbitration?*, cit., 206 ss.

(11) R. Waldron, *Resolving a Split: May Courts Order Consolidation of Arbitration Proceedings Absent Express Agreement by the Parties?*, 2005 *J. Disp. Resol.* 177, 191 (2005); J.R. Bunch, *To Be Announced: Silence from the United States Supreme Court and Disagreement among Lower Courts Suggest an Uncertain Future for Class-wide Arbitration*, 2004 *J. Disp. Resol.* 259, 264 (2004).

(12) Un accenno in I.S. Szalai, *The New ADR: Aggregate Dispute Resolution and Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 41 *Cal. W.L. Rev.* 1, 27 (2004).

(13) Cfr., in particolare, R.H. Klonoff, *The Decline of Class Actions*, 90 *Wash. U. L. Rev.* 729 (2013), ove le ragioni del declino della *class action* sono ricondotte, oltre che ad un tendenziale (ma diffuso) inasprimento delle Corti nella valutazione dei requisiti di ammissibilità delle azioni collettive, all'emergere di una giurisprudenza federale che – come si preciserà tra breve nel testo – tende a ridurre sensibilmente i margini di applicabilità della *class action arbitration*.

(14) V. i richiami contenuti nella nota 8.

dell'opera ermeneutica dell'arbitro ha subito un marcato ridimensionamento ad opera della stessa Corte federale. In particolare, ciò che ha determinato il profondo *revirement* giurisprudenziale è stato individuato nell'apprezzamento – attraverso due importanti arresti del 2010 e del 2011 – di altrettanti dati ricostruttivi della tutela arbitrale collettiva che erano stati in precedenza nettamente sottovalutati. Da un lato, la Corte ha ritenuto indispensabile riaffermare i caratteri dell'arbitrato bilaterale e prevenirne così una sorta di snaturamento per effetto dell'opera interpretativa dell'arbitro sull'*arbitration clause silent on class arbitration* (15). Dall'altro lato, la Corte si è impegnata ad arginare quelle interpretazioni – invalse soprattutto nella giurisprudenza di alcune Corti statali – che tendono a valorizzare l'accesso del consumatore alla *class action* (anche in forma arbitrale) alla stregua di una garanzia minima insopprimibile; una garanzia tale da far presumere addirittura la vessatorietà della previsione contrattuale che ne escluda l'attivazione in sede arbitrale (16).

Sono state così circoscritte – come si è opportunamente segnalato (17) – le conseguenze più radicali del precedente arresto della Corte e, specialmente, l'affermazione di una prassi che risultava a dir poco contraddittoria dopo l'intervento sul caso *Bazzle*. Se, infatti, da un lato, si è assistito ad un significativo incremento del ricorso (*rectius*: della ammissione) alla *class action arbitration*, dall'altro lato, è stato possibile constatare una tendenza diffusa alla radicale revisione delle condizioni contrattuali imposte ai consumatori, al fine di orientarle alla formulazione di clausole compromissorie escludenti la devoluzione agli arbitri della *class action* (c.d. *class action waivers*) (18). Nondimeno, gli arresti della Corte, se sono parsi indubbiamente ispirati da una netta valorizzazione della «*matter of consent*» (in ossequio, del resto, alle regole contenute nel *Federal Arbitration Act*) (19), hanno eccessivamente marginalizzato, io credo, l'opera interpretativa dell'arbitro e, in tal

(15) *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662 (2010).

(16) *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 321 (2011).

(17) V., anche per i richiami giurisprudenziali, G. Casoni, *Recenti sviluppi sulla class action arbitration negli Stati Uniti*, in *Riv. arb.* 2011, 118 ss.; Id., *Le prospettive della class action arbitration alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema americana*, in *Obbl. contr.* 2012, 537 ss.

(18) Per un'analisi del dibattito dottrinale e giurisprudenziale precedente l'intervento della Suprema Corte sul caso *Stolt-Nielsen*, v. B.A. Rice, *Enforceable or Not? Class Action Waivers in Mandatory Arbitration Clauses and the Need for a Judicial Standard*, 45 *Hous. L. Rev.* 215 (2008).

(19) Il riferimento è alla *Section 2* del *Federal Arbitration Act* del 1925 (43 Stat. 883) – atto, poi, codificato nel 1947 (61 Stat. 669) – ove è stabilito che «*a written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction (...) shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract*» (9 U.S.C. §2). Cfr., in generale, W.A. Sturges - I.O. Murphy, *Some Confusing Matters Relating to Arbitration Under the United States Arbitration Act*, 17 *Law & Contemp. Prob.* 580, 580 s., n. 1 (1952), ove anche numerosi riferimenti bibliografici.

modo, le potenzialità sottese alla manifestazione di volontà espressa dalle parti nel patto compromissorio.

Ed infatti, nella pronuncia sul caso *Stolt-Nielsen*, allorché la Corte evidenzia le profonde disparità esistenti tra arbitrato bilaterale e *class action arbitration* (20), è certamente possibile cogliere un elemento di criticità, che rende alquanto problematica la possibilità di devolvere all'arbitro una *class action* – così come sostenuto dalla Corte in *Bazzle* – sul mero presupposto di un'opera di interpretazione della convenzione arbitrale. Eppure, malgrado le differenze illustrate dalla Corte tra le due tipologie di arbitrato, non sembra inesatto osservare che, poiché l'opera di interpretazione della volontà delle parti costituisce una delle fondamentali prerogative dell'arbitro investito della decisione della controversia, non si può allora non riconoscere all'arbitro uno spazio di operatività in rapporto all'esatta definizione delle *controversie* e delle *forme di tutela* che sono devolute alla sua decisione; e ciò, chiaramente, soltanto a condizione che un tale potere sia esercitato entro quei limiti – imposti principalmente dalla legislazione sostanziale in tema di interpretazione del contratto – che impediscono una estensione (o una riduzione) dell'ambito di applicazione del patto compromissorio che sia in contrasto con la volontà espressa dalle parti. Ebbene, in forza di una tale conclusione, non mi sembra allora che si finisca per violare i limiti oggettivi del patto compromissorio – quanto meno di un patto compromissorio avente ad oggetto, come accade nella maggior parte dei casi, la devoluzione della totalità delle controversie derivanti da un contratto – se si ammette che la controversia devoluta agli arbitri sia intrapresa da un *class representative* e, poi, decisa – unitamente alle istanze di tutela promosse dai *class members* aderenti – secondo le forme della *class action*. Vale a dire: secondo una forma di tutela di cui non solo l'ordinamento (ora anche quello italiano) *non preclude* espressamente una attivazione in sede arbitrale, ma di cui – a mio parere – va altresì

(20) La Suprema Corte, sul presupposto che «*class-action arbitration changes the nature of arbitration*», ha individuato una serie di elementi che imporrebbero una netta separazione tra arbitrato bilaterale e *class action* in arbitrato. Laddove, infatti, il semplice «*bilateral arbitration*» consente alle parti di conseguire «*lower costs, greater efficiency and speed, and the ability to choose expert adjudicators to resolve specialized disputes*» [così *Stolt-Nielsen*, 559 U.S., at 675; ma v. anche *Mitsubishi Motors*, 473 U.S., at 628; *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 31 (1991); *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105, 123 (2001); *14 Penn Plaza LLC v. Pyett*, 556 U.S. 247 (2009) ove, tuttavia, i vantaggi dell'arbitrato bilaterale non sono affermati in contrasto rispetto al *class action arbitration*], la devoluzione all'arbitro di una *class action* riduce i benefici dell'arbitrato bilaterale con riguardo sia ai costi e alla durata del procedimento sia con riguardo alla sua complessità e pubblicità [«*an arbitrator (...) resolves many disputes between hundreds or perhaps even thousands of parties*»; «*the presumption of privacy and confidentiality that applies in many bilateral arbitrations 'shall not apply in class arbitrations'*»; «*the commercial stakes of class-action arbitration are comparable to those of class-action litigation*»]. In senso critico rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Corte v., oltre alle considerazioni svolte nel successivo paragrafo 3, le precisazioni di S.I. Strong, *Does Class Arbitration «Change the Nature» of Arbitration?*, cit., 246 ss.

riconosciuta la non idoneità a mutare l'ambito della tutela che le parti hanno voluto devolvere alla cognizione arbitrale.

Si sono così anticipate alcune osservazioni che si svolgeranno nelle prossime pagine, allorché si prenderà in esame la situazione dell'ordinamento italiano (21), ma si tratta – a ben vedere – di osservazioni che assumono una certa rilevanza anche nel contesto del dibattito statunitense. È, infatti, nell'individuazione di un discrimine tra un'interpretazione letterale del contenuto formale del patto compromissorio e un intervento ermeneutico che, pur osservando la dichiarazione di volontà contenuta nel patto, ne massimizzi la portata a tutela degli interessi delle parti che si rinviene la possibile soluzione al problema delle *arbitration clauses silent on class arbitration*. Un discrimine, quest'ultimo, che non può certo rinvenirsi – come è dato desumere dalla sentenza resa dalla Corte sul caso *Conception* (22) – in una sorta di illegittimità delle clausole compromissorie che escludono espressamente la ricorribilità alle forme della *class action arbitration* (c.d. *class arbitration waivers*). La presunzione di vessatorietà e la conseguente disapplicazione di tali clausole – suggerite a più riprese dalla giurisprudenza della Corte Suprema della California nei casi di contratto per adesione (c.d. *Discover Bank rule*) (23) – costituiscono, infatti, una illegittima coercizione della volontà delle parti, le quali, per il solo fatto di avere escluso la devoluzione all'arbitro della *class action*, non possono ritenersi artefici di un consenso viziato e, dunque, di una convenzione arbitrale (anche solo parzialmente) invalida. Ma, d'altra parte, va ribadito che, se è vero che in questi casi l'ammissione di una *class action arbitration* finirebbe per porsi in con-

(21) Cfr. il successivo paragrafo 3.

(22) Cfr. la precedente nota 16.

(23) La *Discover Bank rule* – così come formulata dalla Suprema Corte della California [*Discover Bank v. Superior Court*, 36 Cal. 4th 148, 113 P. 3d 1100 (2005)] – sancisce, infatti, il carattere vessatorio e, dunque, illegittimo di quelle clausole compromissorie che tendono a limitare l'accesso alla *class action arbitration* nei casi in cui ricorrono alcuni parametri indicativi di uno squilibrio tra le parti circa l'allocatione del potere contrattuale (c.d. *unconscionability doctrine*). In particolare, sul presupposto che la legge statale legittimi il giudice a rifiutare o limitare l'*enforcement* di un contratto «*unconscionable at the time it was made*» [Cal. Civ. Code Ann. §1670.5(a)], la giurisprudenza californiana ha individuato come indici della «*unconscionability*» del contratto sia l'aspetto procedurale dell'«*oppression*» or «*surprise*» *due to unequal bargaining power*» sia l'aspetto sostanziale degli «*overly harsh*» or «*one-sided*» *results*» [*Armendariz v. Foundation Health Pyschcare Servs., Inc.*, 24 Cal. 4th 83, 114, 6 P. 3d 669, 690 (2000)]. E sulla scorta di tali indici, è stata affermata la natura *unconscionable* anche dei *class arbitration waivers* ove previsti in «*consumer contract[s] of adhesion in a setting in which disputes between the contracting parties predictably involve small amounts of damages, and when it is alleged that the party with the superior bagaining power has carried out a scheme to deliberately cheat large numbers of consumers out of individually small sums of money*» [così *Discover Bank*, 36 Cal. 4th, at 148, 113 P. 3d, at 1100; ma v. anche, con specifico riguardo ai patti compromissori, *Cohen v. DirecTV, Inc.*, 142 Cal. App. 4th 1442, 1451-1453, 48 Cal. Rptr. 3d 813, 819-821 (2006); *Klusman v. Cross Country Bank*, 134 Cal. App. 4th 1283, 1297, 36 Cal. Rptr. 3d 728, 738-739 (2005); *Aral v. EarthLink, Inc.*, 134 Cal. App. 4th 544, 556-557, 36 Cal. Rptr. 3d 229, 237-239 (2005)].

trasto – come osserva sempre la Suprema Corte – con le regole federali in materia arbitrale (24), è pur vero che la legittimità di un *class action waiver* (ovverosia di un'esclusione pattizia della *class action arbitration*) non sembra neppure giustificabile – come pare, invece, suggerire la stessa Corte – alla stregua soltanto delle differenze strutturali che intercorrono tra la *class action in arbitration* e l'arbitrato bilaterale. E questo perché (i) ammettere una *class action* in arbitrato nonostante la pattuizione di un'*arbitration clause silent on class arbitration* ovvero (ii) disapplicare un patto compromissorio nella parte in cui esprime un *class action waiver* non significa necessariamente, io credo, compiere una valutazione basata – come afferma, invece, la Corte – «*on policy judgments rather than the arbitration agreement itself or some background principle of contract law that would affect its interpretation*» (25). Ma può esprimere, piuttosto, la scelta di assicurare alle parti la possibilità di accedere ad una forma di tutela che si colloca nel contesto di quelle iniziative cognitorie di cui le parti sono pienamente libere di avvalersi anche in sede arbitrale, ove ne ricorrano i presupposti di legge. Una forma di tutela che appare *sottesa* – come si dirà – alla scelta delle parti di devolvere agli arbitri le controversie derivanti dal contratto e che non sembra, quindi, necessitare di una formale esplicitazione nel patto compromissorio, esigendosi piuttosto l'assenza di un'espressa esclusione pattizia al fine di assicurarne una legittima attivazione (26).

2. – Ma oltre che per il dibattito sviluppatosi negli Stati Uniti, la questione della *class action arbitration* sembra rivestire un interesse peculiare, io credo, anche per l'interprete europeo, solo che si consideri come lo strumento dell'azione di classe si sia ormai pienamente affermato anche in quegli ordinamenti che erano (e restano) strutturati secondo regole processuali difformi rispetto ai classici meccanismi di funzionamento della *class action* statunitense. E una tale considerazione vale indubbiamente anche per l'ordinamento italiano, nel quale la recente emersione *iure positivo* dell'istituto ha imposto sin da subito penetranti interrogativi sul suo ambito di applicazione, pur lasciando soltanto sullo sfondo la questione peculiare della sua arbitrabilità.

(24) Osserva, infatti, la Corte che l'applicazione della *Discover Bank rule* disattende i principi della legge federale in tema di validità ed efficacia del patto compromissorio, in quanto impedisce l'applicazione della volontà che le parti hanno manifestato attraverso il *class arbitration waiver* e la conseguente preclusione allo svolgimento di una *class action in arbitration* (*AT&T Mobility LLC*, 563 U.S., at 332).

(25) *AT&T Mobility LLC*, 563 U.S., at 338.

(26) Mi pare, del resto, che un'adeguata valorizzazione di tali elementi possa scongiurare anche il pericolo di un atteggiamento dell'interprete troppo incline a «piegare» la volontà espressa nella convenzione arbitrale all'opportunità di perseguire determinate *policies* pubbliche. Non sembra, dunque, collidere con le conclusioni che si sono raggiunte nel testo (e che saranno riprese nelle prossime pagine) il principio recentemente affermato dalla Suprema Corte federale con riferimento alla sproporzione tra l'elevato «*plaintiff's cost of individually arbitrating a federal statutory claim*» e il modesto (talvolta nullo) «*potential recovery*» che consegue alla conclusione del giudizio arbitrale [*American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 570 U.S. (2013)].

Ed infatti, la dottrina italiana che più si è avvicinata al tema è quella che si è soffermata – anche alla luce di analoghe esperienze straniere (27) – sui limiti di efficacia della tutela arbitrale nei confronti del consumatore, sviluppando la riflessione soprattutto nel contesto della disciplina delle clausole vessatorie nella contrattazione c.d. per adesione. È qui, infatti, che per il tramite, dapprima, di una presunzione di inefficacia (art. 1469 *bis*, comma 3°, n. 18, c.c.) e, successivamente, di nullità relativa delle «clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di (...) sancire a carico del consumatore (...) deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria» (art. 33, comma 2°, lett. *t*, c.cons.), l'ordinamento italiano si è adeguato – nel solco tracciato dalla disciplina sulle «condizioni generali di contratto» (artt. 1341-1342 c.c.) – alle restrizioni imposte dalla legislazione europea sulla devoluzione all'arbitro delle controversie tra professionisti e consumatori (28); restrizioni che hanno riguardato soprattutto la creazione di meccanismi volti ad assicurare che il coinvolgimento del consumatore nel procedimento arbitrale si realizzi non solo in forma consapevole, ma anche necessariamente rispettosa della garanzie processuali minime offerte dall'ordinamento. In questo senso, la legislazione europea non solo ha previsto una vessatorietà automatica delle clausole compromissorie per arbitrato *ad hoc*, ma ha acconsentito altresì ad una presunzione (*iusuris tantum*) del carattere vessatorio di quelle clausole arbitrali che, malgrado l'esplicito rinvio alle forme di legge per la determinazione della disciplina procedimentale del giudizio, manifestano uno squilibrio contrattuale in danno del contraente debole (29). Di qui, la laconica previsione contenuta nell'art. 1469 *bis* cit. – e testualmente ripresa nell'art. 33 cit. – per prevenire (anche) la pattuizione di clausole compromissorie a danno del consumatore e assicurare che l'accesso al giudizio arbitrale non solo costituisca per il contraente debole un'evenienza supportata da garanzie processuali adeguate, ma rifletta altresì un'equilibrata formazione del regolamento contrattuale (30).

(27) Cfr. R. Marengo, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.* 2006, 57 ss., in part. 66 ss. e, più recentemente, T. Galletto, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di G. Alpa e V. Vigoriti, Torino, 733 ss. (ove ampi riferimenti bibliografici).

(28) Il richiamo è, naturalmente, alla Dir. n. 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

(29) Cfr. M. Dean, *Unfair Contract Terms: the European Approach*, 56 *Mod. Law Rev.* 581 (1993); W.W. Park, *Bridging the Gap in Forum Selection: Harmonizing Arbitration and Court Selection*, 8 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 19, 39 s. (1998).

(30) Sulla inclusione del patto compromissorio nel novero delle «clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di (...) sancire a carico del consumatore (...) deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria», v. N. Trocker, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori: quale ruolo per il giudice ordinario?*, in *Aa.Vv., Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 845 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *Commento all'art. 806 c.p.c.*, in *Aa.Vv., Arbitrato*, 2ª ed., diretto da F. Carpi, Bologna 2007, 56 ss.; in part. 95; F. Tommaseo, *Commento all'art. 1469 bis c.c.*, in *Aa.Vv., Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti,

Ma è certo che l'avvio di un'azione di classe nelle forme dell'arbitrato costituisce un'eventualità tutt'affatto diversa ed estremamente più problematica. E ciò non solo perché il nostro ordinamento trascura completamente questo fenomeno, omettendo così di risolvere le numerose questioni applicative che esso quasi inevitabilmente comporta (e comprimendo al contempo le possibilità di affermazione di un efficace strumento di soluzione delle contese consumeristiche) (31), ma anche perché il rapporto tra arbitrato e azione di classe coinvolge molte delle fragilità che contraddistinguono la novellata disciplina codicistica (nonché le *vexatae questiones*) in tema di incidenza del patto compromissorio e del giudizio arbitrale sui «terzi»; fragilità che appaiono, invero, ancora più evidenti laddove le forme dell'arbitrato debbono provare ad adattarsi alle peculiarità del giudizio di classe, contraddistinto da categorie processuali innovative che, pur essendo state ormai codificate dal legislatore, difettano ancora di una tradizione consolidata e di una prassi applicativa coesa e coerente.

Invero, i risultati raggiunti dall'azione di classe nella recente esperienza italiana appaiono piuttosto modesti, solo che li si raffronti alla precisione della disciplina positiva, all'ampiezza della casistica giurisprudenziale e all'intensità della riflessione scientifica che caratterizzano gli ordinamenti giuridici che da più lungo tempo conoscono e sperimentano un simile strumento processuale.

È indubbio che la marginalità dell'esperienza italiana nel panorama internazionale dipenda principalmente dal fatto che la prima affermazione della legittimazione ad un'«azione collettiva risarcitoria» sia merito di un'opera legislativa che è stata avviata – non senza frustrazioni e ripensamenti (32) – soltanto pochi anni or-

Milano 2003, 617 ss., in part. 622 (*contra*, però, M. Bove, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, I, 403 ss., in part. 429). Con specifico riguardo all'arbitrato rituale, v. anche Trib. Roma 28 ottobre 2000, in *Contratti* 2001, 441 ss.; Trib. Roma 8 maggio 1998, in *Giust. civ.* 1999, I, 265 ss.

(31) V., anche per gli ampi riferimenti bibliografici, R.H. Klonoff, *The Decline of Class Actions*, cit., 815 s., nonché S. Issacharoff, *Settled Expectations in a World of Unsettled Law: Choice of Law After the Class Action Fairness Act*, 106 *Colum. L. Rev.* 1839, 1861 (2006), secondo cui «[i]t is well understood that aggregation is the key to the viability of many claims routinely brought as class actions, particularly what are termed the negative value claims, in which the transaction costs of prosecuting individual actions make enforcement impossible absent aggregation» e, per l'ordinamento italiano, V. Zeno-Zencovich, M.C. Paglietti, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano 2009, 9 ss., 58 ss.

(32) È noto il lungo e tormentato *iter* che ha caratterizzato la promulgazione e, soprattutto, l'entrata in vigore della disciplina positiva sull'«azione collettiva risarcitoria» (e, poi, sulla c.d. «azione di classe») di cui all'art. 140 *bis* c.cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206). La tortuosità del percorso legislativo che ha condotto all'emersione dell'istituto *de quo* è ben rappresentata dal fatto che, malgrado l'introduzione di uno primo strumento processuale atto ad instaurare il giudizio collettivo risarcitorio (art. 2, comma 446°, l. 24 dicembre 2007, n. 244), esso non ha mai trovato concreta applicazione a causa di una sequela di rinvii legislativi che ne hanno costantemente procrastinato la data di entrata in vigore fino alla sua definitiva sostituzione [v., per tutti, G. Costanti-

sono e che sembra aver posto le premesse per una prima stabilizzazione soltanto dopo l'ultima novellazione del 2012 (33). Del pari, è indubbio che l'ingresso nell'ordinamento di un istituto processuale così innovativo come l'«azione di classe» abbia richiesto di essere studiato e recepito dagli interpreti e dagli operatori, oltre che adeguato alle peculiari esigenze di tutela degli interessi sovraindividuali. Ciò verosimilmente imporrà – come, in effetti, sta già imponendo – un'affermazione soltanto graduale dell'istituto, destinata a scontare il tempo necessario al suo affinamento interpretativo e alla formazione di prassi consolidate che chiariscano gli aspetti più problematici e rilevanti di un procedimento complesso, aumentando così il suo grado di praticabilità ed efficienza.

Eppure non si può fare a meno di considerare che la nuova disciplina presenta una serie di caratteri che paiono creare, se non proprio un disincentivo, per lo meno un certo grado di resistenza all'emersione e alla diffusione dell'«azione di classe» nel nostro ordinamento. Non è certo questa la sede per esaminare aspetti di tale complessità, ma si può sottolineare come le potenzialità dell'«azione di classe» italiana siano state (e continuano ad essere) fortemente limitate dalla previsione di un ambito di applicabilità marcatamente settoriale (34) e dalla configurazione di un

no, *Note sulle tecniche di tutela collettiva (e disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in questa *Rivista* 2004, 1012 ss.; Id., *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.* 2007, V, 140 ss.; C. Consolo, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, in *Corriere giur.* 2008, 5 ss.].

(33) Si deve all'art. 49, comma 1°, l. 23 luglio 2009, n. 99 la trasformazione dell'«azione collettiva risarcitoria» in un'«azione di classe» con decorrenza dal 1° gennaio 2010; una trasformazione che ha riguardato non solo l'aspetto nominalistico dell'istituto, ma anche (e soprattutto) l'ampliamento del suo ambito di applicazione alle lesioni dei «diritti individuali omogenei» di una pluralità di consumatori o di utenti, come è stato precisato, infine, dall'art. 6, comma 1°, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (v. C. Consolo, B. Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova 2012, 15 ss., 37 ss.).

(34) A differenza di quanto accade nel sistema americano, dove l'ambito di rilevanza della *class action* assicura tutela ad un novero di situazioni soggettive marcatamente più ampio rispetto a quello di molti ordinamenti di *civil law* [basti pensare all'inclusione del diritto al risarcimento per ogni tipo di danno aquiliano o alla condanna ai c.d. *punitive damages*: F.I. McGovern, *Punitive Damages and Class Actions*, 70 *Lous. L. Rev.* 435 (2010)], l'introduzione dell'azione di classe nel nostro ordinamento, come traspare già dalla scelta della *sedes materiae*, manifesta l'intento del legislatore di arricchire precipuamente il novero degli strumenti posti a salvaguardia delle situazioni giuridiche del *consumatore (o utente)* nell'ambito soprattutto della contrattazione *per adesione o standardizzata*. Ma giova ricordare che l'esatta definizione dell'ambito (soggettivo) di applicazione dell'art. 140 bis c.cons. è emersa gradualmente nell'ordinamento, e precisamente per il tramite di: (i) una valorizzazione del rapporto di semplice «omogeneità» – in luogo della precedente «identità» – tra la situazione soggettiva fatta valere dal *class representative* e quelle azionate adesivamente dagli altri *class members* (S. Menchini, in S. Menchini, A. Motto, *L'azione di classe dell'art. 140-bis cod. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2010 1415 ss., in part. 1420, ove il richiamo a «valutazioni di tipo comune», e all'inesistenza o marginalità dei «temi personali», co-

meccanismo di adesione (c.d. «*opt-in*») che è piuttosto refrattario alla formazione della «classe» o, per lo meno, alla estensione degli effetti della sentenza al maggior numero possibile di titolari di diritti «omogenei» (35).

Un effetto ancor più disincentivante, d'altra parte, è quello prodotto dall'assenza di una regolamentazione di dettaglio che disciplini quegli aspetti – in special modo quelli processuali – che non sono stati adeguatamente esplicitati nella *lex generalis*. La disciplina consumeristica, infatti, se allinea il catalogo degli strumenti posti a tutela di interessi sovraindividuali a quello comune alla maggior parte degli ordinamenti stranieri (36), trascura invece quelle regole di raccordo che sono assolutamente indispensabili per creare – al di là della previsione di singoli

me presupposti per la decisione del giudice investito dell'azione di classe), (ii) un ampliamento dei diritti risarcitori e restitutori di origine contrattuale, non più limitata alla previsione di illegittime clausole predisposte dal professionista *ex art.* 1342 c.c., ma estesa anche alla eventualità di inique condizioni generali di contratto *ex art.* 1341 c.c. (nel senso di ritenere applicabile in via analogica l'art. 1341 c.c. già prima della novella del 2009, v. R. Caponi, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 819 ss., in part. 825 ss.), (iii) una riduzione delle iniziative risarcitorie o restitutorie conseguenti ad illeciti extracontrattuali alle pratiche commerciali scorrette e ai comportamenti anticoncorrenziali (I. Pagni, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.* 2010, 349 ss., in part. 353).

(35) Sul punto, senza alcuna ambizione di esaustività, v. C. Consolo, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria*, cit., 6; Id., *Tutela giurisdizionale per «adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, in *Resp. civ. prev.* 2008, 1701 ss., in part. 1711 ss.; R. Caponi, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., 823; G. Ruffini, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, in questa *Rivista* 2008, 707 ss., in part. 717; da ultimo, anche per un ampio resoconto del dibattito in materia, v. C. Consolo, B. Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 129 ss.

(36) Non è certo questa la sede per tentare una ricognizione anche solo sommaria delle situazioni esistenti nei vari ordinamenti di *common law* e di *civil law* con riguardo alle scelte adottate in tema di «azioni collettive»; ma pare opportuno segnalare una sorta di tendenza di fondo, rappresentata dal fatto che negli ordinamenti in cui è stato introdotto uno strumento processuale paragonabile a quello dell'«azione di classe» si è manifestata, seppure in misura differente nei vari sistemi, una comune esigenza di adattamento dei caratteri propri della *class action* statunitense – assurta a vero modello paradigmatico dell'istituto – alle peculiarità di ciascun ordinamento processuale. Il che non stupisce affatto, se solo si considera l'antica tradizione della *representative suit* del diritto anglosassone e la codificazione risalente all'inizio del secolo scorso della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*. Cfr., in generale, R. Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal System. A comparative Perspective*, Oxford 2004, *passim*, nonché A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, 132 ss.; A. Giorgietti, V. Vallefucio, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo*, Milano 2008, *passim*. Con riferimento alle scelte specifiche compiute in taluni ordinamenti, v. invece C. Consolo, D. Rizzardo, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 891 ss.

strumenti – un vero e proprio «sistema» di tutela giurisdizionale. Ne è un esempio evidentissimo, a me pare, la lacunosa regolamentazione dei rapporti tra l'«azione di classe» e l'azione cautelare di cui al «contiguo» art. 140 c.cons. (37), nonché tra tali giudizi e la pendenza di procedimenti amministrativi dinanzi alle autorità di vigilanza (38). Emergono, infatti, frequenti discrasie e carenze di coordinamento, accanto a lacune normative, soprattutto sul piano della idoneità delle decisioni cautelari – per lo più di ordine inibitorio o ripristinatorio – ad estendere la loro efficacia al(l'eventuale) giudizio collettivo vertente sulle medesime situazioni soggettive (39).

In definitiva, costituisce un dato ricostruttivo fondamentale *in parte qua* quello secondo cui l'introduzione nell'ordinamento di un'«azione di classe» non sia sufficiente, di per sé, a creare un *sistema di tutela giurisdizionale collettiva*, la cui affermazione esige, accanto al progredire della riflessione dottrinale e al diffondersi di prassi giurisprudenziali, l'affinarsi di una disciplina positiva più matura ed esaustiva, fatta non solo di principi generali ma anche di norme di coordinamento e attuazione (40). È pur vero che un minor grado di analiticità della normativa assicura, in genere, spazi di adattamento alle specificità del caso singolo e alla formazione di orientamenti giurisprudenziali più rispondenti alle esigenze di tutela dei privati, tuttavia un maggiore livello di precisione è auspicabile ogni qualvolta possa dirsi utile ad assicurare l'efficace e coerente applicazione di una normativa che

(37) I. Pagni, *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in *Analisi giur. econ.* 2008, 127 ss.

(38) D. D'Adamo, *La class action pubblica*, in questa *Rivista* 2011, 359 ss.

(39) E. Marinucci, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in questa *Rivista* 2005, 125 ss.

(40) Che la disciplina italiana in tema di «azione di classe» – e, più in generale, di tutela degli interessi collettivi – si contraddistingua per una serie di lacune e di difettosi coordinamenti tra le sue parti è un dato piuttosto condiviso nella dottrina, la quale è anzi incline ad individuare in tali mancanze una delle ragioni dei modesti risultati a cui è approdata finora l'applicazione degli artt. 140-140 bis c.cons. (cfr. R. Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli 2011, 39 ss.; A. Giussani, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in questa *Rivista*, 2012, 1177 ss.). D'altra parte, anche a voler trascurare la complessità e la farraginosità dell'*iter* che ha condotto all'emersione della nuova disciplina (su cui v. *supra* le note 31 e 32), è innegabile che l'efficienza di un testo normativo come quello sull'«azione di classe» dipenda, anzitutto, dalla sua organicità e, viepiù, dalla capacità di inserirsi, nonostante le specificità che lo contraddistinguono, nel contesto di un sistema e, prim'ancora, di una tradizione processuale articolata e complessa. Al contrario, la disciplina in esame sembra scontare tutta la superficialità con cui il legislatore ha provveduto all'inserimento di una normativa così difforme dai principi codicistici del processo civile; una normativa che avrebbe, dunque, necessitato di maggiori regole di coordinamento sia all'interno del «microsistema» dell'«azione di classe» (e delle normative speciali in tema di servizi bancari, assicurativi e di intermediazione finanziaria, di telecomunicazioni, di servizi pubblici: v. C. Consolo, B. Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 94 ss.) che all'interno del «macrosistema» della tutela giurisdizionale, laddove, in particolare, non si sarebbero dovute trascurare le esigenze di regolamentare espressamente l'ipotesi di devoluzione agli arbitri della tutela *de qua*.

esorbita *naturaliter* dalle categorie tradizionali della scienza processualistica italiana (ed europea continentale).

Ed è proprio questa «immaturità» della nostra disciplina che ha contribuito anche alla ritrosia diffusa verso un modello processuale particolarmente innovativo, lontano dai principi e dalle logiche di una tradizione giuridica fortemente radicata, che ha interpretato l'«azione di classe» come l'inserimento di uno strumento processuale certamente utile – fors'anche indispensabile – in un ordinamento moderno, ma inevitabilmente avulso dai caratteri tradizionali del nostro processo civile.

Rebus sic stantibus non sorprende che il numero delle pronunce emesse ogni anno dalle corti italiane in tema di «azione di classe» sia abbastanza limitato (41), né sorprende che sia lenta e difficoltosa la formazione (e il consolidamento) di una prassi nella gestione delle fasi di trattazione e istruzione del giudizio da parte dei tribunali (c.d. «*case management*»); un profilo, quest'ultimo, tutt'altro che secondario in una prospettiva strettamente processuale, tanto più laddove i poteri giudiziari di direzione del procedimento devono essere resi funzionali – come accade, per l'appunto, nell'«azione di classe» – alle esigenze di un contraddittorio a struttura plurilaterale.

3. – Ed è proprio alla luce di questa peculiare struttura plurilaterale dell'azione di classe che conviene, io credo, intraprendere la nostra analisi in merito alla possibilità che la convenzione arbitrale – *in primis*: la clausola compromissoria – consenta la devoluzione all'arbitro di una tale forma di tutela; di qui, poi, ci si potrà soffermare sulle implicazioni nel nostro ordinamento di una mancata esplicitazione nella convenzione arbitrale della opportunità di instaurare (e svolgere) l'azione di classe dinanzi agli arbitri. Solo in conclusione si valuteranno, invece, le problematiche sollevate dalla celebrazione dell'azione di classe nell'alveo di un giudizio arbitrale, con riferimento, in particolare, al coinvolgimento di soggetti formalmente estranei al patto compromissorio, ma sottoscrittori di clausole identiche a quelle azionate dal *class representative* per la tutela di un interesse omogeneo a quello dei componenti della classe.

Orbene, il primo aspetto caratterizzante la struttura soggettivamente complessa dell'azione di classe a cui giova fare riferimento in questa sede è quello concernente la legittimazione ad agire (42). In proposito, va rilevato che l'ampliamento della legittimazione ad agire in forma collettiva, operato dalla riforma del 2009, ha espressamente consentito anche al singolo consumatore di intraprendere l'azione

(41) Cfr. R. Rordorf, *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. cons.: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.* 2010, V, 183 ss.; E. Marinucci, *Il difficile decollo dell'azione di classe*, in *Corriere giur.* 2011, 1112 ss.

(42) Per tutti, v. G. Ruffini, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, cit., 707 ss.

ex art. 140-bis in qualità di *class representative*, senza più imporre – come accadeva in passato – l’assistenza di una associazione rappresentativa degli interessi della classe. Un tale ampliamento, che rappresenta soprattutto l’adeguamento dell’originaria normativa sull’azione di classe ad uno degli aspetti di maggiore efficienza della *class action* americana, ha sensibilmente mutato la fisionomia di tale strumento processuale. E ciò, non solo nel senso che si sono incrementate le potenzialità dell’azione di classe, emancipata ora da un procedimento – talvolta lungo e problematico – di assegnazione dell’incarico e del potere rappresentativo all’associazione (43), ma anche (e, per quanto qui interessa, soprattutto) nel senso che si è valorizzato il carattere *disponibile* della controversia fatta valere dal *class representative*. È chiaro, infatti, che laddove il singolo consumatore (o utente) poteva farsi promotore di un’azione di classe soltanto per il tramite di un’associazione rappresentativa, finiva per assumere una maggiore valorizzazione l’aspetto della tutela di un interesse collettivo e, pertanto, di un’azione, per dir così, «spersonalizzata», in quanto promossa e gestita *ex latere actoris* da una organizzazione rappresentativa di un interesse collettivo (44). Per contro, l’introduzione di una legittimazione (anche) del singolo consumatore o di più consumatori in litisconsorzio facoltativo – quand’anche coadiuvati, come spesso accadrebbe a causa degli ingenti costi del giudizio collettivo, da un’associazione o da un comitato (45) – sembra esaltare la portata dispositiva del diritto fatto valere dal *class representative* e renderne, in tal modo, pienamente ammissibile la compromettibilità. Ben inteso, quand’anche sia l’associazione (o il comitato) rappresentativo dell’interesse collettivo a promuove-

(43) Sulla osservanza dei requisiti generali di legittimazione ad agire (del consumatore o utente) anche nei casi in cui l’azione di classe sia intrapresa per il tramite di un’associazione (o di un comitato) che rappresenti gli interessi di tutta la classe, v. Trib. Torino, ord. 4 giugno 2010, in *Foro it.* 2010, I, 2523 ss. (su cui M. Libertini, M. Maugeri, *Il giudizio di ammissibilità dell’azione di classe*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2010, I, 882 ss.). *Adde* App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, in *Foro it.* 2010, I, 3530 ss. (su cui v. B. Zuffi, *La Corte d’appello di Torino conferma l’inammissibilità della prima azione di classe, riconoscendo al rimedio ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria e respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. «filtro»*, in *Corriere giur.* 2011, 519 ss.); Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, in *Resp. civ. prev.* 2011, 1096 ss.; Trib. Milano, ord. 8 novembre 2011, in C. Consolo, B. Zuffi, *L’azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 475 ss. Per ulteriori richiami cfr. anche G. Costantino, C. Consolo, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull’azione risarcitoria di classe*, in *Corriere giur.* 2010, 985 ss.

(44) Cfr. R. Caponi, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.* 2009, V, 383 ss., in part. 384, ma soprattutto R. Donzelli, *L’azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., 57 ss., il quale sottolinea proprio il maggior grado di effettività raggiunto dalla tutela collettiva con l’estensione della legittimazione ad un «numero indefinito di soggetti, senza creare però delle parti ‘artificiali’, cui imputare interessi diffusi o superindividuali o plurimi».

(45) A. Giussani, *Il nuovo art. 140-bis cod. cons.*, in questa *Rivista* 2010, 595 ss. (ove il riferimento alla differente – e virtuosa – incidenza nell’esperienza americana delle disciplina delle spese e degli onorari del difensore tecnico della classe); C. Consolo, B. Zuffi, *L’azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 111 s., testo e nota 5.

re l'iniziativa *ex art. 140-bis* l'oggetto della controversia si manifesta nella sua piena disponibilità, posto che tale carattere – in assenza di una sua espressa esclusione di legge – contraddistingue il diritto fatto valere a prescindere dalla titolarità del potere di dedurlo in giudizio ovvero dalle modalità attraverso le quali il diritto è concretamente azionato in giudizio (46). Eppure, sembra innegabile che la riappropriazione dell'iniziativa giurisdizionale da parte del singolo finisca per rafforzare la conclusione secondo cui è legittima una previsione contrattuale nella quale il consumatore si accordi per la devoluzione all'arbitro di quella iniziativa che può autonomamente azionare in sede giurisdizionale. E non sembra ostacolare una tale conclusione neppure la previsione *in parte qua* di una competenza funzionale *ratione materiae* del giudice ordinario (ed, anzi, delle sezioni specializzate di tribunale *ex d.lgs. 26 giugno 2003, n. 168: art. 140 bis, comma 4°*, c.cons.), atteso che una tale situazione, ben lungi dal costituire una causa di esclusione della compromettibilità della controversia, definisce un aspetto della ripartizione della «competenza» (non tra giudice ordinario ed arbitro, ma) tra gli uffici dell'autorità giudiziaria ordinaria (47).

Ma una volta appurato che la clausola compromissoria può avere rilevanza anche con riguardo all'azione di classe *ex art. 140-bis*, conviene subito interrogarsi sulle implicazioni – invero più interessanti in quanto più frequenti nella prassi – di una mancata previsione della devoluzione all'arbitro di tale tipologia di procedimento. Una tale situazione appare, invero, di difficile soluzione – come è ben dimostrato anche dal dibattito statunitense – in assenza di un'espressa determinazione da parte del legislatore. Ma se è certo che una tale assenza possa essere colmata in via interpretativa, pare tuttavia che – nel nostro come in altri ordinamenti – ciò possa avvenire soltanto attraverso un'attenta considerazione dei parametri legislativi che concorrono a definire i poteri di interpretazione della clausola compromissoria da parte dell'arbitro. E a me sembra convincente richiamarsi *in parte qua* alla previsione del novellato art. 808-*quater* c.p.c., laddove emerge il riferimento alla presunzione che le parti abbiano inteso devolvere, nonostante l'incertezza del dato formale, l'interrezza delle controversie nascenti dal contratto cui accede la clausola compromissoria (ovvero, più in generale, dal rapporto a cui la convenzione di arbitrato si riferisce) (48).

(46) A. Barletta, *La «disponibilità» dei diritti nel processo ordinario di cognizione e nell'arbitrato*, in questa *Rivista* 2008, 979 ss., in part. 985.

(47) Affermazione, questa, che colliderebbe, peraltro, con la pacifica transigibilità delle controversie devolute alla competenza funzionale (o inderogabile) del giudice ordinario, poiché – come autorevolmente segnalato – si verrebbe a determinare una situazione di evidente contraddittorietà ove si ammettesse che il diritto dedotto in giudizio possa costituire – in quanto disponibile – oggetto di un accordo transattivo, ma non anche oggetto di un patto compromissorio (così C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2^a ed., Padova 2012, 405 s.; G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, in Aa.Vv., *Diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., a cura di G. Verde, Torino 2005, 102). Cfr. anche Cass. 23 febbraio 2006, n. 3989, in *Dir. maritt.* 2006, 1203 ss.

(48) Sul punto v., per tutti, G. Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2^a ed., Torino

Ed infatti, se si combina il precetto normativo ora menzionato con la considerazione – già anticipata in occasione della illustrazione del dibattito americano – che l'azione di classe costituisce una forma di tutela non solo autonoma ed alternativa a quella ordinaria, ma anche espressiva di una esigenza di tutela basilare ed ineludibile in relazione a determinati rapporti (vale a dire: quelli consumeristici), sembra di potersi riconoscere all'arbitro un potere di valorizzazione della portata precettiva della clausola; un potere in forza del quale sia riconosciuta la legittimità del ricorso all'azione di classe in arbitrato nonostante il silenzio del patto compromissorio sul punto.

Come si è già evidenziato, infatti, il silenzio della clausola compromissoria sull'azione di classe non sembra costituire un impedimento assoluto alla concessione dello strumento in sede arbitrale, solo che si consideri:

- da un lato, la essenzialità della tutela collettiva nell'assicurare una salvaguardia efficiente alle situazioni soggettive vantate dal consumatore di prodotti (o dell'utente di servizi) standardizzati ed offerti secondo meccanismi contrattuali per adesione,

- dall'altro lato, la rilevanza esclusiva di una devoluzione all'arbitro delle sole controversie insorte nel settore consumeristico e, quindi, in un ambito di rapporti che può essere ben definito ed identificato dall'interprete.

Vero è, tuttavia, che l'ammissione dell'azione di classe deve conseguire, in questi casi, ad un'interpretazione rigorosa della clausola compromissoria, tenuto conto che il silenzio serbato dalla clausola in merito alla azionabilità del diritto (risarcitorio o restitutorio) nelle forme del giudizio arbitrale collettivo impone all'arbitro di valorizzare ogni elemento della volontà delle parti – emergente dal dettato contrattuale ovvero dal comportamento successivo delle parti – che consenta di comprendere nell'area di operatività della clausola anche l'azione di classe ovvero di escluderne definitivamente l'applicazione in sede arbitrale. Non basta cioè prendere atto che l'azione di classe viene ormai a costituire – anche nel nostro ordinamento – una forma di tutela essenziale per la salvaguardia delle posizioni del contraente debole, così come non basta affermare – come pure sembra ineludibile – che l'azione di classe rientra, per tale ragione, nel novero delle garanzie giudiziarie minime del consumatore, garanzie che l'ordinamento mette a sua disposizione – senza sottrarle all'attivazione in sede arbitrale – fino a quando lo stesso consumatore non scelga di rinunciarvi coscientemente (e legittimamente) in favore di una tutela giurisdizionale individuale (49). È necessario anche tenere in debita considerazione la

2004, 57; S. La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4^a ed., Milano 2011, 30; E. Zucconi Galli Fonseca, *Commento all'art. 808-quater c.p.c.*, in Aa.Vv., *Arbitrato*, 2^a ed., diretto da F. Carpi, cit., 190 ss.

(49) Non è certo questa la sede per esaminare la complessa questione della rinuncia, da parte del consumatore, al potere di avvalersi dell'azione di classe; basterà osservare che, in un contesto normativo nel quale l'accesso alla tutela arbitrale è fatta oggetto di previsioni a tutela della parte contraente più debole (artt. 1341-1342 c.c.; art. 33 c.cons., ecc.), la scelta di non ammettere la

peculiarità dell'azione di classe come strumento processuale funzionale ad instaurare un giudizio soggettivamente complesso, strutturato secondo una logica procedimentale sensibilmente diversa – anche per le implicazioni sul piano dei costi e della durata – rispetto a quella che governa non solo il processo bilaterale, ma anche il processo litisconsortile secondo le forme ordinarie.

Il *punctum dolens* è, in buona sostanza, quello di valutare se, in assenza di una specifica manifestazione di volontà delle parti, la scelta generica di devolvere all'arbitro la decisione di una controversia (determinata o anche soltanto determinabile) possa legittimare *sic et simpliciter* la possibilità di ricorrere, in sede arbitrale, a qualsiasi forma di tutela ammessa (e non espressamente sottratta alla giurisdizione arbitrale) dalla legge processuale. Inutile dire che la questione si pone in termini almeno parzialmente diversi per le parti e per l'arbitro poiché, quand'anche le parti abbiano acconsentito – malgrado il silenzio del patto compromissorio – alla attivazione di una determinata forma di tutela, l'arbitro ben potrebbe escludere la procedibilità del giudizio proprio in considerazione del silenzio serbato dalla convenzione arbitrale sulla adozione di tale forma di cognizione della controversia. Ma, al fondo, la questione resta quella di valutare se la volontà espressa dalle parti nella clausola compromissoria – anche con riguardo alla tipologia di procedimento da seguire per la soluzione delle controversie devolute alla competenza arbitrale – sia salvaguardata:

(i) esclusivamente da una scrupolosa osservanza del dettato letterale della clausola, senza indugiare sulla opportunità di tutelare interessi omogenei a quello fatto valere dal *class representative* in un unico contesto processuale,

(ii) ovvero da uno sforzo interpretativo che, nell'alveo del *dictum* formale voluto dalle parti e degli strumenti processuali previsti dalla legge, ne massimizzi l'effettiva portata precettiva in ragione di un rafforzamento delle esigenze di tutela delle parti stesse e, in specie, della parte contraente «debole».

A me pare che questa seconda alternativa sia quella che, malgrado l'assenza di un'espressa previsione di legge, possa rappresentare la soluzione preferibile per un problema che non può essere esaminato e risolto sulla scorta del solo dato formale contenuto nella previsione pattizia (*id est*: la convenzione arbitrale). E questo perché una tale conclusione finirebbe per trascurare una serie di aspetti che sono invece peculiari e qualificanti della tutela *ex art. 140-bis c.cons.*: dalla rilevanza di situazioni soggettive omogenee alla adesione di tutti i *class members* ad un contratto standard, alla previsione di clausole arbitrali identiche in ciascun contratto.

compromettibilità di un'azione di classe ha come inevitabile implicazione quella di far sì che la previsione di una clausola arbitrale, non potendo che essere funzionale – in tale prospettiva – alla instaurazione di un arbitrato bilaterale, finirebbe per *sottrarre definitivamente* ai consumatori (e agli utenti) lo strumento dell'azione di classe: uno strumento che sarebbe sottratto in sede giurisdizionale per effetto della convenzione arbitrale e che sarebbe precluso anche in sede arbitrale nel caso si ritenga impraticabile la sua devoluzione all'arbitro.

4. – Se poi si prova a considerare lo sviluppo di un'azione di classe nel contesto del giudizio arbitrale, emergono subito una serie di interrogativi che esulano dalle tradizionali questioni in tema di arbitrato con pluralità di parti ed impongono piuttosto di valutare, volta per volta, la praticabilità di un adattamento dei principi processuali in materia di arbitrato alla peculiare struttura dell'azione di classe.

Un primo aspetto sul quale occorre soffermarsi concerne l'adattabilità del procedimento di nomina dell'arbitro (o del collegio arbitrale) alla specifica modalità di formazione del giudizio collettivo. È indubbio che la determinazione del rapporto arbitrale consegua alla proposizione di una domanda di arbitrato da parte di quel consumatore che si proponga come *class representative*, venendosi così ad instaurare anche il procedimento di nomina dell'arbitro (o del collegio arbitrale) che sarà chiamato a conoscere della tutela collettiva. La proposizione della domanda arbitrale e la conseguente devoluzione all'arbitro della controversia tra il singolo consumatore-attore e il professionista-convenuto rinviene, dunque, il proprio fondamento nella clausola compromissoria accedente al singolo contratto dedotto in giudizio dal *class representative*. A seconda del procedimento di selezione dell'arbitro (o del collegio arbitrale) che sia previsto nel patto compromissorio, si viene poi a definire il momento della condivisione della nomina ad opera della controparte, con il conseguente consolidamento di una volontà conforme sull'*unico arbitro* nominato dall'attore ovvero con la partecipazione alla nomina di *due arbitri distinti* (ai quali, poi, compete, in genere, la nomina del terzo arbitro) (50).

Ed è a questo punto che il procedimento si apre alle adesioni degli altri *class members* nel termine (non superiore a centoventi giorni) decorrente dalla scadenza di quello fissato per l'esecuzione degli oneri pubblicitari (art. 140 *bis*, comma 9°, lett. b, c.cons.). Con l'atto di adesione – sulla cui natura giuridica si è ampiamente dibattuto (51) – il componente della classe non solo non promuove un'autonoma

(50) Il discorso non muta se la clausola arbitrale demanda un terzo la selezione del presidente del collegio arbitrale in caso di mancato accordo degli arbitri nominati dalle parti, trattandosi di una mera modalità alternativa di svolgimento del meccanismo di nomina del collegio che non collide con la natura dell'azione di classe in arbitrato.

(51) Cfr., per un'ampia e dettagliata ricostruzione del dibattito, C. Consolo, B. Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 129 ss., da cui traspare chiaramente la natura tutt'affatto peculiare e originaria dell'atto di adesione, una figura nuova nel contesto degli atti *lato sensu* processuali del giudizio di classe. La qualifica stessa di atto processuale è tutt'altro che pacifica e lineare, solo che si consideri la mancata acquisizione da parte dell'aderente della qualità di parte processuale e della sostanziale inidoneità dell'adesione a produrre effetti direttamente incidenti sullo svolgimento del processo di classe. Ciò che, in definitiva, qualifica l'atto di adesione è, per un verso, la propensione ad assicurare la tutela di diritti omogenei a quello del *class representative* senza tuttavia produrre l'effetto di estendere direttamente l'efficacia soggettiva della sentenza [un effetto che consegue, infatti, alla mera previsione di legge: «l'adesione rimane (...) una forma di esercizio *sui generis* del diritto di azione (quale potere di perseguire in giudizio la tutela giurisdizionale del proprio diritto), che non implica un corrispondente attore e una sua propria domanda»: così C. Consolo, B. Zuffi, *op. cit.*, 137 (il corsivo è dell'Autore)] e, per altro verso, la

istanza di tutela giurisdizionale (52), ma neppure dà luogo ad alcun intervento *stricto sensu* nel processo (evenienza espressamente esclusa, del resto, dall'art. 140 *bis*, comma 10°, c.cons.) (53); l'aderente manifesta soltanto la volontà di appartenere alla «classe» (e, quindi, di essere portatore di un interesse *omogeneo* a quello fatto valere dal *class representative*) e, per tale ragione, di avvalersi delle prerogative attribuite dalla legge a colui che risulta componente legittimo della «classe». Ecco allora che l'adesione all'azione di classe ben può tradursi anche in una adesione alla nomina arbitrale effettuata dal *class representative*: quando, infatti, l'azione di classe sia stata intrapresa con una domanda arbitrale, il *class member*, manifestando la titolarità di un diritto omogeneo a quello fatto valere dall'attore, non solo esprime la volontà di aderire all'iniziativa processuale intrapresa dall'attore, ma manifesta anche la volontà di condividere – e, quindi, di fare propria – la nomina arbitrale da quest'ultimo effettuata. Insomma, con l'atto di adesione il *class member* partecipa (oltre che alla domanda, anche) alla nomina arbitrale effettuata dal *class representative*, senza che venga in alcun modo pregiudicata la volontà espressa nella nomina arbitrale dal medesimo *class representative*. D'altra parte, l'adesione all'azione di classe non sembra creare neppure uno squilibrio sul piano dell'estensione soggettiva della clausola compromissoria, atteso che l'ambito applicativo del giudizio di classe è limitato – come detto – a quelle situazioni soggettive che traggono origine da un diritto al risarcimento del danno (o alle restituzioni) in conseguenza della lesione di un contratto standardizzato. Ed in un simile contesto, è ragionevole presumere che siano identiche – anche nel modo di nomina dell'arbitro – le clausole che provvedono a devolvere agli arbitri le controversie derivanti dal contratto (o dal rapporto afferente al regolamento contrattuale).

La circostanza contemplata nel comma 5° dell'art. 140-*bis* e relativa alla notificazione della citazione all'«ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito», unitamente alla possibilità per il pubblico ministero di intervenire nel giudizio di ammissibilità dell'azione di classe, costituisce un indubbio elemento di criticità all'ammissione di una compromettibilità in arbitri della tutela collettiva. Ciò che, infatti, non sembra essere impedito dal silenzio della clausola compromissoria e neppure dalla struttura soggettivamente complessa del giudizio, sembra essere precluso da una previsione che risulta ispirata (non tanto da esigenze di carattere pubblicistico, quanto piuttosto) dall'esigenza di assicurare al pubblico ministero la

titolarità di prerogative processuali indirette (come la vincolatività del giudicato) che non attribuiscono la qualità di parte (impossibilità di impugnare la sentenza e di condanna alle spese), ma vincolano soltanto ai risultati del giudizio collettivo (su questi aspetti v. *funditus* C. Consolo, *Tutela giurisdizionale per «adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit., 1711 ss.; A. Giussani, *Il nuovo art. 140-bis cod. cons.*, cit., 599 ss.). L. Pelle, *Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons.*, in questa *Rivista*, 2012, 1177 ss.

(52) R. Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., 285 ss.

(53) G. Ruffini, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, cit., 713.

possibilità di acquisire tempestive informazioni su rilievi penali eventualmente sottesi agli addebiti mossi al professionista in sede civile (54). Certo è che, sebbene il coinvolgimento dell'ufficio del pubblico ministero – nei limiti del solo vaglio di ammissibilità dell'azione – costituisca una mera evenienza e non certamente un obbligo, non si può non rammentare come da lungo tempo la dottrina individui proprio nella previsione di una partecipazione al giudizio del pubblico ministero una delle ragioni per sottrarre la materia oggetto della controversia all'area della «disponibilità» e, quindi, della compromettibilità (55). Ma, se ciò è vero, va ricordato nondimeno che si tende a circoscrivere l'area della «non compromettibilità» a quei soli casi in cui l'intervento del pubblico ministero è previsto dalla legge come obbligatorio e a pena di nullità del procedimento instaurato; vale a dire: a quei soli casi in cui la legge, valorizzando esigenze di diritto pubblico (che trascendono, quindi, i diritti in contesa), rende necessario l'intervento del pubblico ministero in quanto l'oggetto della lite finisce per assumere il carattere della «non disponibilità» (56). Ogni qualvolta, invece, l'intervento del pubblico ministero non è posto dalla legge come un intervento necessario a pena di nullità, bensì come un intervento puramente eventuale, si manifesta nella legge un'intenzione tutt'affatto diversa e peculiare per ciascuna delle situazioni positivizzate; vale a dire: l'intenzione di ammettere una partecipazione del pubblico ministero che sia funzionale ad assicurare una sorta di «presidio pubblico» in quelle situazioni nelle quali si manifesta con maggiore probabilità l'evenienza di una fattispecie penalmente rilevante.

Se, dunque, si ritiene superabile – come credo – un simile ostacolo, vale la pena di indugiare ancora un istante sulla circoscritta rilevanza di una partecipazione del pubblico ministero all'azione di classe (una partecipazione che è limitata, come detto, alla sola fase preliminare del procedimento), così come vale la pena di indugiare sulla finalità tutt'affatto peculiare – e, per dir così, avulsa dal merito della cognizione – che persegue una tale partecipazione (destinata, come detto, alla acquisizione di *notitiae criminis*). Tali elementi evidenziano, infatti, da un lato, la possibilità di ammettere la cognizione dell'arbitro anche nella fase di ammissibilità dell'azione di classe per lo meno tutte le volte in cui la notifica della citazione all'ufficio del pubblico ministero non dia luogo ad un conseguente intervento nel giudizio

(54) In questo senso v. R. Caponi, *Il nuovo volto della class action*, cit., 385; v. anche A. Giussani, *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca* 2011, 371 ss., in part. 375.

(55) V., al riguardo, E. Redenti, *Compromesso*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino 1959, 798 e V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, 759.

(56) Sulla riconducibilità nel novero delle controversie non compromettibili delle liti per le quali sia previsto l'intervento obbligatorio (a pena di nullità) del pubblico ministero, v. C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., 401 ss.; F. Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.* 2003, 420; F.P. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in questa *Rivista* 2003, 707 s. *Contra*, nel senso che non possa inferirsi la indisponibilità del diritto controverso dalla mera previsione dell'intervento obbligatorio del pubblico ministero, v. già M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna 1970, 622 ss.

collettivo, e dall'altro lato, la necessità (residuale, ma ineludibile) di rimettere al giudice ordinario il compimento del vaglio di ammissibilità nei casi in cui l'ufficio del pubblico ministero si sia attivato per intervenire nel giudizio pendente.

Diversamente opinando, si dovrebbe sostenere che il vaglio di ammissibilità dell'azione di classe – alla stregua della cognizione su un'istanza cautelare – debba essere sempre rimesso alla competenza esclusiva del giudice ordinario. Ma appare eccessivo – per lo meno a chi scrive – che si debba sottrarre alla cognizione arbitrale la valutazione sulla ammissibilità dell'iniziativa processuale di classe allo scopo di assicurare la possibilità di una partecipazione del pubblico ministero che sarebbe funzionale soltanto all'acquisizione di informazioni su eventuali fatti penalmente rilevanti; tanto più che una tale riduzione del potere decisorio dell'arbitro – dipendendo da una mera evenienza, e cioè dal fatto che il pubblico ministero si risolve concretamente ad intervenire nel processo (*rectius*: nella fase di ammissione dell'azione di classe) – finirebbe per realizzarsi anche in assenza del presupposto che la renderebbe giustificata (ossia: l'esistenza di una *notitia criminis*).

MARCELLO GABOARDI
*Ricercatore a contratto
nell'Università Bocconi*