

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Istituzioni e mercati, diritti e tutele
Indirizzo: “Diritto Processuale Civile”

Ciclo XXVIII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/F1
Settore Scientifico disciplinare: IUS 15

AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA E ARBITRATO: UN CONNUBIO POSSIBILE?

Presentata da: Teresa Cinzia Comberati

Coordinatore Dottorato
Chiar.mo Prof.
Giulio Illuminati

Relatore
Chiar.ma Prof.ssa
Elena Zucconi Galli Fonseca

Esame finale anno 2016

INDICE

Introduzione.

CAPITOLO I

LA CLASS ACTION IN ITALIA.

1. Premessa.
2. La class action e le prospettive di riforma.
3. L'art. 140-*bis* cod. cons.: l'attuale ambito di applicazione.
4. La legittimazione ad agire.
5. Gli atti introduttivi del giudizio.
6. La fase di ammissibilità dell'azione di classe.

CAPITOLO II

IL CLASS ACTION ARBITRATION NEGLI STATI UNITI D'AMERICA.

1. Premessa.

1. La questione dell'arbitrabilità.

Segue. L'iter giurisprudenziale della Corte Suprema nell'ultimo decennio.

2.1 La sentenza Bazzle.

2.2 La sentenza Stolt Nielsen e la sentenza AT&T Mobility.

2.3 La sentenza AT&T Mobility LLC v. Vincent Concepcion.

2. Conclusioni

CAPITOLO III

LA DEVOLUZIONE AGLI ARBITRI DELL'AZIONE DI CLASSE: PROBLEMI E PROSPETTIVE.

1. Premessa.

2. La compromettibilità dei diritti: qualche precisazione.

3. La compromettibilità dei diritti dei consumatori: il problema della vessatorietà della clausola arbitrale.

3.1 Il quadro normativo di riferimento e le possibili vie interpretative.

4. La deferibilità agli arbitri: la legittimazione ad agire.

5. L'interpretazione della clausola compromissoria.

6. L'invalidità della clausola compromissoria.

6.1 Segue. Il ruolo dell'arbitro.

CAPITOLO IV

LO SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO ARBITRALE COLLETTIVO

1. La nomina arbitrale.

Segue. La clausola compromissoria.

Segue. La dichiarazione di adesione alla domanda dell'attore.

2. Indisponibilità e ruolo del pubblico ministero.

Segue. Le posizioni della dottrina.

Azione di classe ed arbitrato: possibili vie interpretative.

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

Il presente lavoro di ricerca muove dall'esigenza di verificare l'ammissibilità del *class action*¹ *arbitration*² nell'ordinamento italiano, istituto molto diffuso negli stati Uniti d'America.

¹ La *class action* è un importante meccanismo, introdotto anche nell'ordinamento italiano sotto il nome di azione collettiva risarcitoria, che consente ad uno o più rappresentanti di attivare un procedimento giudiziale che vedrà coinvolti una moltitudine di soggetti, al fine di ottenere il risarcimento dei danni provocati dal compimento di illeciti seriali.

² L'arbitrato è un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie disciplinato dall'ottavo titolo del quarto libro del codice di procedura civile. l'istituto ha subito una serie di progressive innovazioni legislative che ne hanno riformato la disciplina; in particolare, la legge 9 febbraio 1983 n. 28 (Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato) e la legge 5 gennaio 1994 n. 25 (Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale), e la riforma intervenuta nel 2006 con il d.lgs 2 febbraio 2006, n. 40. Non è questa la sede per approfondire le dibattute tematiche relativa all'arbitrato; la bibliografia in materia arbitrale è vastissima. Si segnalano, di seguito, le più significative opere a carattere generale successive alla riforma dell'arbitrato del 1994: RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 1994; LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, 1994; BRUGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994; BERNARDINI, DE NOVA, NOBILI, PUNZI, *La riforma dell'arbitrato: legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Milano, 1994; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1994; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994; ORICCHIO, *L'arbitrato*, Napoli, 1994; PICARDI, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1994; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995; PUNZI, *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1995; TARZIA, LUZZATTO, E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 1995; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997; MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1997; BARTOLINI, DALCONTE, *Codice dell'arbitrato*, Piacenza, 1997; BERNARDINI, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, I Agg., Milano, 1997; GAJA, *L'arbitrato in materia internazionale tra la legge n. 25 e la riforma del diritto internazionale privato. La riforma del diritto internazionale privato*, Napoli, 1997; AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997; BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998; BERNARDINI - GIARDINA, *Il codice dell'arbitrato*, Milano, 2000; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova,

Per quanto concerne l'articolazione della presente trattazione, va precisato che la ricerca si propone, in primo luogo, di sondare l'efficacia dell'istituto della *class action* in Italia, così come disciplinato dall'art. 140-*bis* cod. consumo.

A tal fine, saranno esaminate le fonti normative, la produzione dottrinale e giurisprudenziale.

Lo scopo sarà quello di ricostruirne la disciplina relativa all'istituto, individuarne le caratteristiche e anche i profili di maggiore criticità.

Successivamente, la tesi affronterà l'analisi dell'istituto del *class action arbitration* negli Stati Uniti, allo scopo di scandagliarne le concrete possibilità applicative.

L'analisi delle questioni teorico-pratiche che si pongono all'attenzione del dibattito dottrinale sarà diretto a prospettare soluzioni alternative al giudizio ordinario davanti ai giudici statali.

Il presente lavoro di ricerca ha avuto come obiettivo, inoltre, quello di dare risposta all'esigenza di disporre specifiche modalità di risoluzione delle controversie nel settore consumieristico.

Pertanto, la scelta di analizzare la concreta applicabilità dell'istituto nasce dall'esigenza di verificare se, effettivamente, lo

2000; VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2001.

stesso risponda alla duplice finalità di miglioramento della gestione del pesante contenzioso giudiziale e, al contempo, sia in grado di garantire il rispetto dei principi e delle garanzie sottesi alla tutela dei diritti dei consumatori.

Esigenze che, nel nostro ordinamento, volendo prescindere dalle naturali difficoltà di adattamento della disciplina, fanno auspicare che l'istituto possa trovare spazio, a patto che venga modificata la disciplina di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.

In primo luogo, per quel che riguarda il meccanismo dell'*opt-in*.

Ciò con una serie di accorgimenti che, come meglio si esaminerà in seguito, ne farebbero un metodo ibrido di estensione della decisione nei riguardi dei terzi.

CAPITOLO I

LA CLASS ACTION IN ITALIA.

Sommario. 1. Premessa. – 2. La class action e le prospettive di riforma. – 3. L'art. 140-*bis* cod. cons.: l'attuale ambito di applicazione. – 4. La legittimazione ad agire. – 5. Gli atti introduttivi del giudizio. – 6. La fase di ammissibilità dell'azione di classe.

1. Premessa

Prima di entrare nel merito della concreta applicabilità del class action alle forme del giudizio arbitrale sembra doveroso affrontare alcuni temi che concernono l'attuale quadro normativo di riferimento nel nostro ordinamento.

Come anticipato, infatti, nelle pagine che introducono il presente lavoro di ricerca, la trattazione sarà volta ad analizzare l'art. 140-*bis* cod. cons. che disciplina l'azione di classe in Italia.

Ciò allo scopo di verificare se le regole e soprattutto i principi in essa enucleati possano adattarsi alle forme dello strumento dell'arbitrato.

L'istituto, novellato dall'art. 49, comma 1°, l. n. 99 del 2009, ha sostituito "azione collettiva risarcitoria" prevista dal precedente testo dello stesso articolo³, inserendosi all'interno di un quadro giuridico nel quale si collocano altri strumenti con funzione inibitoria previsti dagli articoli 37, 139 e 140 cod.cons.⁴.

L'inserimento di una norma a tutela degli interessi collettivi e meta-individuali rappresenta senza dubbio una novità all'interno di un processo civile, quale quello italiano, che tradizionalmente si connota per la tutela dei diritti e degli interessi dei singoli.

Come vedremo nelle pagine che seguono, l'istituto in parola rappresenta una scelta innovativa che si discosta dai tradizionali metodi di tutela collettiva risarcitoria, tipici dei paesi di *civil law*, per abbracciare un modello diverso, simile alla *class action* statunitense.

³ L'art. 2, comma 447, della legge n. 204 del 2007 stabiliva una *vacatio* di centottanta giorni; in seguito il legislatore ha prorogato l'entrata in vigore dell'art. 140-bis, sino all'intervento della riforma (a riguardo v. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro It.*, 2009, p. 388 ss. e PUNZI, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 253 ss.). Sulla precedente disciplina si segnalano: *Le azioni seriali*, a cura di MENCHINI, in *Quaderni de «Il giusto processo civile»*, Napoli 2008, p. 11 ss.; *La conciliazione collettiva*, a cura di GITTI e GIUSSANI, Milano 2009, 3 ss; *Class action! (?)*, in *Analisi giuridica dell'impresa*, a cura di LENER e RESCIGNO, Bologna 2008; BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino 2008; GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria. La c.d. class action italiana*, Padova 2008; GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008; *Azione collettiva risarcitoria (Class action)*, a cura di CESARO, BOCCHINI, Milano 2008.

⁴ PAGNI, *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di BARBA, Napoli, 2000, 127 ss.

La disciplina dell'azione di classe veniva introdotta, infatti, nell'ordinamento italiano con l. 24 dicembre 2007, n. 244⁵.

L'originaria versione dell'art. 140-bis, rubricato «Azione collettiva risarcitoria», non entrò mai in vigore ed in pochi anni la norma è stata radicalmente modificata⁶.

La riforma intervenuta con l. 23 luglio 2009, n. 99⁷, ha, pertanto, novellato l'art. 140-bis cod. cons., introducendo uno

⁵ L'art. 140-bis del D.Lgs. 6 Settembre, n. 206, introdotto dalla l. 24 Dicembre 2007 n. 244, art. 2, comma 446, così recitava al comma 1°: «le associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti»

⁶ AA.VV., *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di DEMARCHI, Bologna, 2010; CERRATO, *Un debutto stonato per la nuova class action italiana*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, p. 619 ss.; COSTANTINO-CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione di classe*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 985 ss.; COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., c. 388 ss.; D'ALFONSO, sub art. 140 bis, *commento*, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da DE CRISTOFARO-ZACCARIA, Milano, 2010, p. 957 ss.; DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1992.

⁷ G.U. n. 176 del 31/07/2009.

strumento di tutela a carattere risarcitorio e non più prettamente accertativo del diritto al risarcimento⁸.

Si è, dunque, passati da un modello di tutela inibitoria ad una tutela di natura risarcitoria, prevedendo quale oggetto gli interessi individuali omogenei (e non più i soli interessi collettivi) che possono essere azionati direttamente dai singoli e non più esclusivamente da parte degli enti esponenziali.

Viene, dunque, riconosciuta la possibilità da parte del singolo consumatore, in quanto adeguatamente rappresentativo della classe, di promuovere esso stesso le azioni di natura risarcitoria, divenendo rappresentante dell'intera categoria, esattamente come avviene nel modello di *class action* di ispirazione nordamericana.

La *class action*, introdotta con la riforma del 2009 rappresenta, infatti, uno strumento di tutela collettiva, posto a presidio di veri e propri diritti soggettivi seriali ovvero, con terminologia più precisa, isomorfi, intendendosi per essi quei diritti soggettivi che presentano la medesima configurazione e conformazione⁹.

⁸ Questo nuovo tipo di azioni, non incontrando più il limite della sola pronuncia generica al risarcimento, consentono di giungere ad una sentenza di condanna al risarcimento del danno che viene liquidato nel suo concreto ammontare.

⁹ DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit. p. 1932 ss.; AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito*, 2008, p. 940 ss

L'ultimo passo compiuto dal legislatore con il recentissimo d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27¹⁰, è stato infine quello di estendere la tutela risarcitoria approntata dall'azione di classe, non solo ai diritti individuali omogenei, ma anche agli interessi collettivi dei consumatori, così come era previsto prima della riforma operata nel 2009.

La nuova formulazione dell'art. 140 *bis*, 1° comma, cod. cons. all'esito dell'ultima novella del 2012, recita infatti: «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2° nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo».

Si è così assistito ad una repentina evoluzione dell'istituto in questione: le varie novelle apportate alla disciplina della *class action* hanno fatto sì che l'istituto subisse una radicale trasformazione nel corso di pochissimi anni.

In particolare e volendo sintetizzare, se dapprima l'azione risarcitoria collettiva poteva essere proposta esclusivamente da parte degli enti esponenziali di categoria e per la tutela di interessi di natura

¹⁰ Riforma apportata con decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”. Detto decreto è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 19 del 24 gennaio 2012 (suppl. ord. n. 18); lo stesso decreto è stato convertito con la legge 24 marzo 2012, n. 27, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 71 del 24 marzo 2012 (suppl. ord. n. 53).

eminentemente collettiva, con la riforma del 2009 è stato previsto un vero e proprio accertamento completo sia nell'*an* che nel *quantum* della pretesa risarcitoria, attivabile in via autonoma da parte del singolo per la tutela dei soli diritti individuali omogenei; infine, con l'ultima riforma del 2012, il legislatore ha esteso la possibilità da parte del singolo componente la classe di agire anche per la tutela di interessi a natura eminentemente collettiva¹¹.

¹¹ Si è inteso, in questo modo, avvicinare il nostro modello di azione di classe al famoso istituto del *class action* statunitense, che conosce una massiccia applicazione soprattutto avuto riguardo alla tutela di interessi di natura collettiva da parte dei singoli. Come si vedrà in seguito tale equiparazione non ha sortito l'effetto sperato, anzi è avvenuta con scarsissimi risultati.

2. La class action e le prospettive di riforma.

Come anticipato, fin da subito la *class action*, così come introdotta all'art. 140-bis cod. cons., è apparsa agli interpreti uno strumento poco incisivo.

Basti guardare ai numeri per rendersi conto che, in tutti questi anni, la giurisprudenza sul punto ha ottenuto scarsi risultati, dal momento che, delle decine di azioni di classe incardinate, solo in una si è giunti ad una sentenza (parzialmente) positiva¹².

Come vedremo nelle pagine che seguono, troppe le criticità che emergono dalla legge per rendere questo strumento accessibile e veramente efficace.

In una siffatta situazione, è evidente come sia auspicabile un incisivo intervento legislativo.

Invero, è in attesa di essere approvato al Senato il disegno di legge 1950/XVII, «Disposizioni in materia di azione di classe», recante «Modifiche al codice di procedura civile e abrogazione dell'articolo 140», approvato alla Camera nel giugno del 2015.

¹² Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, n. 2195, in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com; con la predetta sentenza è stato riconosciuto il risarcimento del danno da vacanza rovinata a 130 turisti in viaggio a Zanzibar. La pronuncia risulta interessante per le modalità di partecipazione in giudizio degli aderenti all'azione di classe, con particolare riguardo all'ammissione della costituzione in giudizio di terzi interventori.

Dalla lettura della legge approvata all'unanimità alla Camera emerge il tentativo di discostarsi dall'attuale strumento di tutela collettiva risarcitoria dei consumatori, attraverso un rafforzamento dell'istituto, anche se, in linea di massima, la struttura sembra ripercorre la falsariga dell'art 140-*bis* cod. cons.

Tuttavia, la riforma risulta interessante in quanto l'azione di classe (nonché quella inibitoria) dovrebbe perdere la connotazione di strumento speciale per la tutela dei consumatori e, trasmigrando nel *corpus* del codice di procedura civile, dovrebbe essere applicabile a qualunque tipo di illecito plurioffensivo¹³.

¹³ Art. 840-bis. (Ambito di applicazione) I diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo. A tale fine, un'associazione o un comitato che hanno come scopo la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore delle condotte lesive per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. L'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente a fatti cagionati nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. In ogni caso, resta fermo il diritto all'azione individuale, salvo quanto previsto all'articolo 840- undecies, ottavo comma. Non è ammesso l'intervento dei terzi ai sensi dell'articolo 105. Nel caso in cui, a seguito di accordi transattivi o conciliativi intercorsi tra le parti, vengano a mancare in tutto le parti attrici, il tribunale assegna agli aderenti un termine, non inferiore a quarantacinque giorni e non superiore a novanta giorni, per la prosecuzione della causa, che deve avvenire con la costituzione in giudizio di almeno uno degli aderenti mediante il ministero di un difensore. Nel caso in cui, decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo, non avvenga la prosecuzione del procedimento, il tribunale ne dichiara l'estinzione. A seguito dell'estinzione, resta comunque salvo il diritto all'azione individuale dei soggetti aderenti oppure l'avvio di una nuova azione di classe.

La nuova collocazione nel codice di procedura civile, dovrebbe, infatti, avere il merito di eliminare ogni riferimento ai consumatori ed agli utenti; pertanto, sarà sempre esperibile in relazione a "diritti individuali omogenei" (ma non ad "interessi collettivi"), da ciascun componente della classe, nonché dalle associazioni o comitati il cui scopo sia quello di tutelare i suddetti diritti.

Da ciò, se la riforma dovesse entrare in vigore mantenendo il testo così come approvato alla Camera, sarà espunta dalla disciplina riguardante l'azione di classe l'indicazione tassativa delle situazioni soggettive attualmente tutelate dall'art. 140 bis ¹⁴.

I destinatari dell'azione saranno le imprese e gli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, non sarà ammesso l'intervento di terzo e saranno sempre possibili transazioni tra le parti e gli aderenti all'azione.

La rinuncia al diritto fatto valere in giudizio o la transazione conclusa tra le parti non pregiudicherà i diritti di quanti abbiano aderito all'azione nella fase iniziale. Questi ultimi, anche se le parti venissero meno, avranno, infatti, la possibilità di riassumere la causa entro un termine assegnato dal tribunale. Se non lo faranno, il

¹⁴ L'art. 140 bis cod. cons. consente oggi l'azione in caso di danni derivanti dalla violazione di diritti contrattuali o di diritti comunque spettanti al consumatore finale del prodotto o all'utente del servizio, da comportamenti anticoncorrenziali o da pratiche commerciali scorrette.

tribunale dichiarerà l'estinzione del procedimento e i soggetti aderenti potranno eventualmente agire individualmente.

Inoltre, per mero scrupolo di esaustività si fa presente che la riforma prevede l'inserimento di una disposizione *ad hoc* che introduce un'azione inibitoria collettiva esperibile da chiunque per ottenere un ordine, assistito da misure coercitive, di cessazione o di non reiterazione di condotte illecite commissive o omissive, a prescindere dalla loro dannosità¹⁵.

La novella, pertanto, dovrebbe inserire tra i procedimenti speciali previsti dal codice di procedura civile una *class action* caratterizzata da una procedura che presenta tre fasi (decisione

¹⁵ Art. 840-sexiesdecies. (Azione inibitoria collettiva) Chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva. L'azione può essere esperita nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente a fatti commessi nello svolgimento delle loro rispettive attività. La domanda si propone con le forme del processo ordinario alla sezione specializzata in materia di impresa. Si applica l'articolo 840-quinquies. Il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici. Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614-bis, anche fuori dei casi ivi previsti. Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, anche d'ufficio, ordinare che la parte soccombente adotti le misure più opportune ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate. Il giudice, su istanza di parte, condanna la parte soccombente a dare diffusione del provvedimento, nei modi e nei tempi definiti nello stesso, mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati. Quando l'azione inibitoria collettiva è proposta congiuntamente all'azione di classe, il giudice dispone la separazione delle cause. Sono fatte salve le disposizioni previste in materia dalle leggi speciali».

sull'ammissibilità dell'azione, sul merito e liquidazione delle somme dovute agli aderenti) ed un modello di adesione che ritengo di poter definire "ibrido", in quanto consente, a differenza dell'attuale disciplina, l'adesione del *class member* in un momento successivo alla sentenza.

Evidente appare, pertanto, l'intento della riforma di agevolare quanto più possibile la formazione e l'aggregazione della classe, introducendo un meccanismo di adesione a doppia fase che racchiude elementi più tradizionali con altri tipici degli ordinamenti giuridici di *common law*.

La prima fase procederà e, di conseguenza, si concluderà, così come avviene attualmente, con il giudizio di ammissibilità di cui all'art. 140-*bis* cod cons.: la *class action* sarà sempre proposta con citazione, ma non più davanti tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma davanti al tribunale delle imprese; l'atto di citazione, inoltre, sarà sempre notificato all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

L'atto sarà pubblicato nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal ministero della Giustizia¹⁶ ed entro 30 giorni dalla prima udienza il tribunale deciderà sull'ammissibilità; l'azione sarà dichiarata inammissibile se:

- manifestamente infondata. Non sarà possibile una nuova proposizione in presenza di circostanze diverse o nuove ragioni di fatto o di diritto;
- carente del requisito dell'omogeneità dei diritti;
- l'attore è in conflitto di interessi nei confronti del convenuto;
- proposta da associazioni o comitati non adeguatamente rappresentativi degli interessi fatti valere.

Altra novità interessante è che, a differenza di quanto (non) previsto dall'attuale disciplina, la riforma chiarisce che l'ordinanza di ammissibilità (oltre che impugnabile in Corte d'appello) sarà ricorribile in Cassazione¹⁷ (viene così risolto il quesito che ha fatto porre la questione dinanzi alle Sezioni unite)¹⁸.

¹⁶ Pare efficace la scelta di rendere conoscibile l'atto di citazione mediante la sua pubblicazione sul portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia, favorendo così l'opt-in da parte dei titolari di diritti omogenei rispetto a quelli azionati dall'attore.

¹⁷Art. 840-ter. (Forma e ammissibilità della domanda) La domanda per l'azione di classe si propone con atto di citazione davanti alla sezione specializzata

Conclusasi la fase del giudizio di ammissibilità che, come detto, è strutturato sulla falsariga di quello dell'attuale art. 140-*bis* cod. cons. e sul quale non mancano criticità che verranno puntualmente esaminate nel corso della presente trattazione, si aprirà il primo dei due momenti per effettuare l'adesione, che potrà avvenire: 1) nella fase immediatamente successiva all'ordinanza che ammette l'azione;

in materia di impresa. L'atto di citazione è notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità. L'atto di citazione è pubblicato, a cura della cancelleria ed entro quindici giorni dall'iscrizione a ruolo della causa, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia, in modo da assicurare l'agevole reperibilità delle informazioni in esso contenute. Entro il termine di trenta giorni dalla prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda. La domanda è dichiarata inammissibile: a) quando è manifestamente infondata; b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840- bis; c) quando l'attore versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del convenuto; d) quando l'associazione o il comitato non sono adeguatamente rappresentativi degli interessi fatti valere in giudizio. L'ordinanza che decide sull'ammissibilità è pubblicata, a cura della cancelleria, nell'area pubblica del portale telematico di cui al secondo comma, entro quindici giorni dalla pronuncia. Quando l'inammissibilità è dichiarata a norma del quarto comma, lettera a), l'attore può riproporre l'azione di classe quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengono dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto. L'ordinanza che decide sull'ammissibilità dell'azione di classe è reclamabile dalle parti davanti alla corte di appello nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o dalla sua notificazione, se anteriore. Il ricorso deve essere notificato al pubblico ministero. Sul reclamo la corte di appello decide con ordinanza in camera di consiglio entro quaranta giorni dal deposito del ricorso. In caso di accertamento dell'ammissibilità della domanda, la corte di appello trasmette gli atti al tribunale originariamente adito per la prosecuzione della causa. Avverso l'ordinanza emessa dalla corte di appello è ammesso il ricorso per cassazione. Il reclamo e il ricorso per cassazione avverso le ordinanze ammissive non sospendono il procedimento davanti al tribunale.

¹⁸ La terza sezione ha infatti messo in discussione quanto stabilito dalla sentenza n. 9772/2012 sez. I del 14/6/2012

pertanto, coloro che aderiscono in questa fase, pur non assumendo la qualità di parte, possono ricevere tutte le informazioni dalla cancelleria e possono, qualora le parti decidano di transigere, riassumere il procedimento¹⁹; 2) nella fase successiva alla sentenza²⁰ che definisce il giudizio.

¹⁹ Art. 840-quinquies. (Procedimento) Con l'ordinanza con cui ammette l'azione di classe, il tribunale fissa un termine per l'adesione all'azione medesima da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei e provvede secondo quanto previsto dall'articolo 840-sexies, primo comma, lettera c). Si applica in quanto compatibile l'articolo 840-septies. L'aderente non assume la qualità di parte e ha diritto ad accedere al fascicolo informatico e a ricevere tutte le comunicazioni a cura della cancelleria. I diritti di coloro che aderiscono a norma del presente comma sono accertati secondo le disposizioni di cui all'articolo 840- octies, successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe. Il tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio. Quando è nominato un consulente tecnico, l'obbligo di pagare le spese, l'acconto e il compenso a quest'ultimo spettanti sono posti a carico del convenuto; l'inottemperanza all'obbligo di cui al presente comma non costituisce motivo di mancata accettazione o di rinuncia all'incarico. Ai fini dell'accertamento della responsabilità del convenuto il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici.

²⁰ Art. 840-sexies. (Sentenza) Con la sentenza che accoglie l'azione di classe, il tribunale: a) provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dall'attore, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'associazione o da un comitato; b) accerta che il convenuto, con la condotta addebitatagli dall'attore, ha leso diritti individuali omogenei; c) definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b), specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti di cui alla lettera e); d) stabilisce la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti individuali di cui alla lettera b); e) dichiara aperta la procedura di adesione e fissa il termine perentorio, non superiore a centottanta giorni, per l'adesione all'azione di classe da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei di cui alla lettera b) nonché per l'eventuale integrazione degli atti e per il compimento delle attività da parte di coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-quinquies, primo comma; il termine decorre dalla data di pubblicazione della

sentenza nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma; f) nomina il giudice delegato per la procedura di adesione; g) nomina il rappresentante comune degli aderenti tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare; quando ne fa richiesta, può essere nominato l'avvocato della parte la cui azione è stata accolta; h) determina l'importo da versare a cura di ciascun aderente a titolo di fondo spese e stabilisce le relative modalità. La sentenza è pubblicata nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma, entro quindici giorni dal deposito. Il rappresentante comune è pubblico ufficiale. Il giudice delegato può, dopo averlo sentito, revocare il rappresentante comune in ogni tempo con decreto. Il giudice delegato può in ogni tempo disporre l'integrazione delle somme da versare a cura di ciascun aderente a titolo di fondo spese. Il mancato versamento delle somme rende inefficace l'adesione; l'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio. Art. 840-septies. (Modalità di adesione all'azione di classe) L'adesione all'azione di classe si propone mediante inserimento della relativa domanda nel fascicolo informatico, avvalendosi di un'area del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-ter, secondo comma. La domanda di cui al primo comma, a pena di inammissibilità, deve contenere: a) l'indicazione del tribunale e i dati relativi all'azione di classe a cui il soggetto chiede di aderire; b) i dati identificativi dell'aderente; c) l'indirizzo di posta elettronica certificata dell'aderente; d) la determinazione della cosa oggetto della domanda; e) l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda di adesione; f) l'indice dei documenti probatori eventualmente prodotti; g) la seguente attestazione: "Consapevole della responsabilità penale prevista dalle disposizioni in materia di dichiarazioni sostitutive, attesto che i dati e i fatti esposti nella domanda e nei documenti prodotti sono veritieri"; h) il conferimento al rappresentante comune, già nominato o che sarà nominato dal giudice, del potere di rappresentare l'aderente e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi al diritto individuale omogeneo esposto nella domanda di adesione; i) i dati necessari per l'accredito delle somme che verranno eventualmente riconosciute a suo favore; l) la dichiarazione di aver provveduto al versamento del fondo spese di cui all'articolo 840-sexies, primo comma, lettera h). L'aderente può produrre, con le modalità di cui al secondo comma, dichiarazioni di terzi, capaci di testimoniare, rilasciate ad un avvocato che attesta l'identità del dichiarante secondo le disposizioni dell'articolo 252; l'avvocato che procede a norma del presente comma è considerato pubblico ufficiale ad ogni effetto. La domanda è valida: a) quando è presentata a norma dell'articolo 65 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni; oppure b) quando è sottoscritta e inserita nel fascicolo informatico unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità dell'aderente. I documenti probatori sono prodotti mediante inserimento nel fascicolo informatico. La domanda di adesione produce gli effetti della domanda giudiziale e può essere presentata anche senza il

Tale ultimo caso rappresenterebbe, qualora ovviamente la legge dovesse passare indenne al Senato, una delle rilevanti novità della riforma.

Il tribunale, infatti, con la sentenza che accoglie l'azione potrebbe, non solo accertare la responsabilità del convenuto e conseguentemente provvedere in ordine alle domande risarcitorie e restitutorie proposte dall'attore, ma potrebbe definire anche i caratteri dei diritti individuali omogenei che consentono l'inserimento nella classe di altri aderenti, individuando la documentazione che dovrà essere prodotta ed assegnando un termine non superiore a 180 giorni per l'adesione.

Il giudice con la sentenza, dunque, dovrebbe indicare le condizioni che devono sussistere affinché il titolare del diritto omogeneo possa aderire all'azione di classe che, pertanto, avverrà allorquando ciascun soggetto sarà in grado di ipotizzare se e in che misura gli sarà riconosciuto il diritto.

ministero di un difensore. L'adesione diventa inefficace in caso di revoca del potere di rappresentanza conferito al rappresentante comune a norma del secondo comma, lettera h). L'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio. La revoca è opponibile all'impresa o all'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità da quando è inserita nel fascicolo informatico. La domanda di adesione interrompe la prescrizione; il nuovo periodo di prescrizione decorre dalla data in cui è stata proposta la domanda di adesione. Quando l'azione di classe è stata proposta a norma dell'articolo 840-quater, l'aderente deve dimostrare di non aver potuto far valere i propri diritti entro i termini previsti.

Le adesioni che interverranno dopo la sentenza di accoglimento dovrebbero essere gestite da un giudice delegato e da un rappresentante degli aderenti.

Tale ultimo soggetto dovrebbe predisporre il c.d. progetto «dei diritti individuali omogenei degli aderenti»,²¹ a seguito del quale sia gli aderenti che il convenuto potranno presentare osservazioni e difese.

²¹ Art. 840-octies. (Progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti) Entro il termine perentorio di novanta giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 840-sexies, primo comma, lettera e), il convenuto deve depositare una memoria contenente le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti da ciascun aderente a fondamento della domanda ed eccependo i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei diritti fatti valere dagli aderenti. I fatti dedotti dall'aderente e non specificatamente contestati dal convenuto nel termine di cui al presente comma si considerano ammessi. Il rappresentante comune degli aderenti, entro novanta giorni dalla scadenza del termine di cui al primo comma, predispone il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, rassegnando per ciascuno le sue motivate conclusioni, e lo deposita; il progetto è comunicato agli aderenti e al convenuto. Il rappresentante comune può chiedere al tribunale di nominare uno o più esperti di particolare competenza tecnica che lo assistano per la valutazione dei fatti posti dagli aderenti a fondamento delle domande. Il convenuto e gli aderenti, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al secondo comma, possono depositare osservazioni scritte e documenti integrativi. Nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale. Il rappresentante comune, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al terzo comma, apporta le eventuali variazioni al progetto dei diritti individuali omogenei e lo deposita nel fascicolo informatico. Il giudice delegato, con decreto succintamente motivato, quando accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione, condanna il convenuto al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo ed è comunicato al convenuto, agli aderenti, al rappresentante comune e ai difensori di cui all'articolo 840- novies. A favore dell'aderente non possono essere liquidate le spese legali sostenute per la presentazione della domanda di adesione o per la partecipazione al procedimento di cui al presente articolo.

In caso di accoglimento delle pretese azionate con le adesioni, il giudice delegato condannerà, con decreto che costituisce titolo esecutivo, il convenuto alla corresponsione delle somme in favore degli aderenti.

Sul piano degli scopi che teoricamente persegue l'azione di classe e tenuto conto delle discipline che negli anni si sono susseguite con riguardo alla tutela collettiva, una tale ipotesi non appare negativa, se si ammette che la *ratio* della tutela dell'azione in questione è il rafforzamento delle posizioni soggettive degli individui deboli appartenenti alla categoria sottostante l'aumento del loro grado di accesso alla giustizia.

Per ciò che qui maggiormente interessa, ritengo si possa, quindi parlare di un'estensione *ultra partes* degli effetti della sentenza civile secondo la tecnica del c.d. giudicato *secundum eventum litis*.

Tale tecnica, che intende superare la concezione dell'efficacia unicamente *intra partes* espressa dall'art. 2909 c.c., trova la sua base normativa nell'art. 1306 c.c., il quale limita appunto ai soli effetti favorevoli l'estensione di un giudicato ottenuto da un terzo nei confronti di un medesimo convenuto per un medesimo fatto.

Il singolo danneggiato dovrebbe così potersi avvalere del provvedimento generico di condanna, rimanendo onerato, nella

successiva fase del giudizio, solo della dimostrazione della esistenza del danno individualmente subito, del suo nesso eziologico con il fatto dedotto e della quantificazione del *quantum debeatur* individuale, potendosi difatti avvalere di una sentenza di condanna sull'illiceità della condotta della controparte e sulla risarcibilità dei danni da questa provocati.

Inoltre, nel solco di una tendenza che vorrebbe equiparare il modello di azione di classe italiana al più famoso *class action* statunitense, la legge di riforma prevede una sorta di compenso premiale per il rappresentante degli aderenti e per l'avvocato dell'attore posto a carico della parte soccombente²².

²² Art. 840-novies. (Spese del procedimento) Con il decreto di cui all'articolo 840-octies, il tribunale condanna altresì il convenuto a corrispondere direttamente al rappresentante comune, a titolo di compenso, un importo ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione. Il compenso è stabilito in considerazione del numero dei componenti la classe in misura progressiva: a) da 1 a 500, nella misura del 9 per cento; b) da 501 a 1.000, nella misura del 6 per cento; c) da 1.001 a 10.000, nella misura del 3 per cento; d) da 10.001 a 100.000, nella misura del 2,5 per cento; e) da 100.001 a 500.000, nella misura dell'1,5 per cento; f) da 500.001 a 1.000.000, nella misura dell'1 per cento; g) oltre 1.000.000, nella misura dello 0,5 per cento. Le percentuali di cui al primo comma sono calcolate sull'importo complessivo dovuto a tutti gli aderenti. Sono altresì dovute le spese sostenute e documentate. L'autorità giudiziaria può aumentare o ridurre l'ammontare del compenso liquidato a norma del primo comma in misura non superiore al 50 per cento, sulla base dei seguenti criteri: a) complessità dell'incarico; b) ricorso all'opera di coadiutori; c) qualità dell'opera prestata; d) sollecitudine con cui sono state condotte le attività; e) numero degli aderenti. Per quanto non previsto dal primo e dal secondo comma, si applicano le disposizioni in materia di spese di giustizia. Con il medesimo decreto, il tribunale condanna altresì il convenuto a corrispondere direttamente all'avvocato che ha difeso l'attore fino alla

Sono previste regole speciali per l'impugnazione della sentenza²³ e del decreto²⁴, nonché per l'esecuzione forzata c.d.

pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-sexies un importo ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione. Il predetto importo, riconosciuto a titolo di compenso premiale, è liquidato a norma del primo comma. Quando l'attore è stato difeso da più avvocati, il compenso è ripartito in proporzione all'attività effettivamente prestata. Le disposizioni di cui al sesto comma si applicano anche ai difensori che hanno difeso gli attori delle cause riunite risultati vittoriosi.

²³Art. 840-decies. (Impugnazione della sentenza) Gli atti di impugnazione della sentenza di cui all'articolo 840-sexies e i provvedimenti che definiscono i giudizi di impugnazione sono pubblicati nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma. Ai fini dell'impugnazione della sentenza non si applica l'articolo 325 e il termine di cui all'articolo 327 è ridotto della metà. Entro due mesi dalla scadenza del termine di cui al periodo precedente senza che sia intervenuta impugnazione, coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-quinquies, primo comma, possono proporre atto di impugnazione.

²⁴Art. 840-undecies. (Impugnazione del decreto) Contro il decreto di cui all'articolo 840-octies può essere proposta opposizione con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale. Il ricorso può essere proposto dal convenuto, dal rappresentante comune e dagli avvocati di cui all'articolo 840-novies, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento. Il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto. Esso deve contenere: a) l'indicazione del tribunale competente; b) le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito; c) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'opposizione, con le relative conclusioni; d) a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio. Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro quaranta giorni dal deposito. Il giudice delegato non può far parte del collegio. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere comunicato ai controinteressati entro cinque giorni dal deposito del decreto. Il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto. L'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabilito per la costituzione della parte resistente, con le modalità per questa previste. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto indicarli o produrli prima, per causa ad essa non imputabile. Entro trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti, il tribunale provvede con decreto motivato, con il quale

collettiva²⁵ e per la gestione della fase di adempimento spontaneo²⁶ e di quella conciliativa²⁷.

conferma, modifica o revoca il provvedimento impugnato. L'aderente può proporre azione individuale a condizione che la domanda di adesione sia stata revocata prima che il decreto sia divenuto definitivo.

²⁵ Art. 840-terdecies. (Esecuzione forzata collettiva) L'esecuzione forzata del decreto di cui all'articolo 840-octies, limitatamente alle somme liquidate in favore dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei e che non hanno revocato al rappresentante comune il potere di rappresentanza conferito a norma dell'articolo 840-septies, secondo comma, lettera h), è promossa esclusivamente dal rappresentante comune, che compie tutti gli atti nell'interesse degli aderenti, ivi compresi quelli relativi agli eventuali giudizi di opposizione. La revoca è opponibile all'impresa o all'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità da quando è inserita nel fascicolo informatico e non può essere parziale. Devono essere trattenute e depositate nei modi stabiliti dal giudice dell'esecuzione le somme ricavate per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora divenuti definitivi. Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano relativamente ai crediti riconosciuti, con il decreto di cui all'articolo 840-octies, in favore del rappresentante comune e degli avvocati di cui all'articolo 840-novies. Il compenso dovuto al rappresentante comune è liquidato dal giudice in misura non superiore a un decimo della somma ricavata, tenuto conto dei criteri di cui all'articolo 840-novies, secondo comma. Il credito del rappresentante comune liquidato a norma del presente articolo nonché quello liquidato a norma dell'articolo 840-novies, commi primo e secondo, hanno privilegio sui beni oggetto dell'esecuzione. Il rappresentante comune non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che per i procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale.

²⁶ Art. 840-duodecies. (Adempimento spontaneo) Quando il debitore provvede spontaneamente al pagamento delle somme stabilite con il decreto di cui all'articolo 840-octies, le somme sono versate su un conto corrente bancario o postale intestato alla procedura aperta con la sentenza di cui all'articolo 840-sexies e vincolato all'ordine del giudice. Il rappresentante comune deposita con la massima sollecitudine il piano di riparto e il giudice delegato ordina il pagamento delle somme spettanti a ciascun aderente. Il rappresentante comune, il debitore e gli avvocati di cui all'articolo 840-novies possono proporre opposizione a norma dell'articolo 840-undecies. Il rappresentante comune deposita la documentazione comprovante i pagamenti effettuati. Per il compimento dell'attività di cui al presente articolo, al rappresentante comune non spetta alcun ulteriore compenso.

²⁷ Art. 840-quaterdecies. (Accordi di natura transattiva) Il tribunale, fino alla precisazione delle conclusioni, formula ove possibile, avuto riguardo al valore della

Certamente, non si tratta di una riforma dirimpente che, come detto ricalca il modello procedurale previsto dall'art. 140-*bis* c.p.c.

A tal proposto e nell'attesa che si compia l'*iter* legislativo, ritengo di dover proseguire l'indagine sull'ammissibilità del *class arbitration* nel nostro ordinamento, esaminando i punti salienti

controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta del giudice è inserita nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma, ed è comunicata all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente. L'accordo transattivo o conciliativo concluso tra le parti è inserito nell'area pubblica ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente, il quale può dichiarare di voler accedere all'accordo medesimo mediante dichiarazione inserita nel fascicolo informatico. Dopo la pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-sexies, il rappresentante comune, nell'interesse degli aderenti, può stipulare con l'impresa o con l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità uno schema di accordo di natura transattiva. Lo schema è inserito nell'area pubblica di cui all'articolo 840-ter ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente. Entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al terzo comma, ciascun aderente può inserire nel fascicolo informatico le proprie motivate contestazioni allo schema di accordo. Nei confronti degli aderenti che non formulano contestazioni a norma del presente comma, lo schema di accordo si considera non contestato. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui al quarto comma, il giudice delegato, avuto riguardo agli interessi degli aderenti, può autorizzare il rappresentante comune a stipulare l'accordo transattivo. Il provvedimento del giudice delegato è inserito nell'area pubblica di cui all'articolo 840-ter ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente nonché all'attore. Entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al sesto comma, l'aderente che ha formulato le contestazioni di cui al quarto comma può privare il rappresentante comune della facoltà di stipulare l'accordo transattivo a cui le medesime contestazioni si riferiscono. L'accordo transattivo autorizzato dal giudice delegato e stipulato dal rappresentante comune costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma. Il rappresentante comune certifica l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo transattivo. L'attore può aderire all'accordo transattivo entro il termine di cui al settimo comma; in tal caso, l'accordo transattivo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale anche in suo favore.

dell'attuale disciplina dell'azione di classe così come prevista dall'odierna normativa.

3. L'art. 140-*bis* cod. cons.: l'attuale ambito di applicazione.

Prima di intraprendere l'analisi del particolare procedimento che caratterizza l'azione di classe in Italia, ritengo necessario chiarire alcuni concetti che verranno ripresi, quando, *de iure condendo*, la presente trattazione valuterà il possibile inserimento dell'istituto del *class arbitration* nel nostro ordinamento.

Il legislatore, come anticipato, a differenza dei sistemi di *common law*, ha previsto l'istituto dell'azione di classe, inserendo la relativa norma nel codice del consumo e limitando, in tal modo, il meccanismo processuale della tutela risarcitoria alla sola categoria dei consumatori.

Al riguardo, la disposizione di cui all'art. 140-*bis* cod. con. contempla la tutela di diritti soggettivi seriali e quella degli interessi collettivi.

Nello specifico sono tutelati:

“a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e articoli 1342 del codice civile;

b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”.

Come precedentemente anticipato, la riforma del 2009 ha introdotto nel nostro ordinamento la categoria dei diritti individuali omogenei, riconoscendo tutela ai diritti di natura soggettiva seriale, solo in quanto il singolo individuo (*class representative*), al quale viene riconosciuta legittimazione attiva all'azione, risulti adeguatamente rappresentativo degli interessi dell'intera classe.

Tali situazioni giuridiche sono, dunque, «*attribuite ai membri della classe, in cui i diritti sono diversi e distinti tra loro, ma dipendono tutti da una comune questione di fatto o di diritto capace di rendere possibile un provvedimento giudiziale di contenuto uniforme e i cui elementi caratterizzanti, ai fini della tutela collettiva, sono i requisiti dell'origine comune e dell'omogeneità, come preminenza delle questioni comuni o collettive su quelle individuali*»²⁸.

²⁸ SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod.cons.*, in www.judicium.it; nello stesso senso, COMOGLIO, *Aspetto processuali della tutela del*

La suddetta norma, precedentemente alla modifica del 2012, faceva riferimento all’“identità dei diritti”²⁹.

Ciò rappresentava uno dei principali ostacoli alla piena affermazione dell’istituto in parola, dal momento che la tensione tra “omogeneità” ed “identità” dei diritti condizionava fortemente l’ambito di applicazione dell’azione di classe³⁰.

consumatore, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 320; AMADEI, *L’azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in www.juditiium.it; CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1218.

²⁹ Il comma 2° dell’art. 140 bis cod. con. disponeva espressamente che «i diritti contrattuali di cui una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali»; ed ancora il comma 6, che disciplina il c.d. “filtro” di ammissibilità, e cioè le verifiche preliminari che il giudice deve compiere per ammettere l’esperibilità di un’azione di classe, disponeva che la domanda fosse dichiarata inammissibile «quando il giudice non ravvisa l’identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2».

³⁰ Per una lettura restrittiva della norma, in caso di interpretazione letterale riguardo ai “diritti identici” COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009*, cit., p. 390; secondo SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit., nota n. 3, sulla base di un’interpretazione ermeneutica, il riferimento ai diritti identici poteva essere interpretato «come una concreta possibilità attribuita al giudice di ripartire la classe attrice in più sottoclassi, sul modello della *class action* americana. In tale ordinamento, infatti, nel caso in cui il giudice accerti che tra gruppi di componenti della classe, pur in presenza di domande simili, vi siano interessi discordanti –naturalmente ove in ogni caso singolarmente e complessivamente si rispettino i requisiti della commonality e della numerosity– potrà ordinare la divisione in subclasses, ognuna con un proprio class representative, in modo da evitare possibili conflitti di interesse».

Pertanto, in dottrina si cercò di dare alla norma una interpretazione “elastica” che potesse consentire l’azione di classe ad un numero maggiore di situazioni; nello specifico, la dottrina maggioritaria ritenne, attraverso un’interpretazione teleologica, strettamente connessa alla natura dei diritti omogenei³¹, che i due concetti potessero essere letti in maniera coincidente.

Alla luce della suddetta interpretazione, infatti, i diritti omogenei ed identici, fatti valere con l’azione di classe, avrebbero

³¹ SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit.; MENCHINI-MOTTO, *Art. 140 bis*, in www.judicum.it, secondo cui “identità” ed “omogeneità” erano due termini da leggere non in contrapposizione tra loro «ma congiuntamente, come se si trattasse di un’endiadi». In giurisprudenza: Corte d’Appello di Torino, sez. I, 23.01.2011, in *Foro italiano*, 2011, 12, I, 3422, secondo cui «l’identità dei diritti individuali tutelabili non deve essere, infatti, intesa secondo un improponibile senso letterale, ma piuttosto armonizzata (a superamento di un solo apparente contrasto) con la previsione di omogeneità di tali diritti, contenuta nel primo comma dell’art. 140-bis D.Lgs. 206/2005 e quindi verificata in relazione al *petitum* (da intendere come oggetto di tutela e quindi di pronuncia richiesta: non già di entità del danno eventualmente subito da ogni correntista, siccome mera circostanza influente sull’identità, nel senso detto, dei diritti azionati) ed alla causa petendi (quale ragione giuridica a fondamento degli stessi): qui indubbiamente ricorrente, per la tutela risarcitoria richiesta in dipendenza della lamentata violazione, individuata nell’applicazione della commissione di scoperto di conto dopo il 15 agosto 2009». Tra le decisioni che si allontanano dalla rigorosa interpretazione offerta dalla tendenza giurisprudenziale principale, si distingue altresì: Corte d’Appello di Roma, 27.01.2012, in *Corr. giur.*, 2013, 1, 103, ove si spiega che “il risultato di economia processuale al quale il successo dell’azione è condizionato può essere raggiunto solo a condizione che gli elementi di identità siano del tutto prevalenti rispetto ai profili individuali concernenti la singola posizione”. Non si esclude, dunque, in tale arresto, che elementi di diversità fra le posizioni dei vari aderenti possano risultare compatibili con l’azione di classe, purché gli stessi non siano talmente diffusi da impedire l’unitaria trattazione della controversia.

necessitato solo di essere la diretta conseguenza dello stesso fatto produttivo³².

Tale legame, naturalmente inteso come interesse alla rimozione degli effetti dannosi di una stessa condotta illecita, permetteva di qualificare il concetto di "omogeneità" come analogia che lega le diverse pretese individuali ed il concetto di "identità" come rapporto intercorrente tra un'unica condotta illecita e le diverse tipologie di danno da questa prodotte³³.

La dimostrazione che questa lettura fosse quella da privilegiare, è data proprio dal fatto che il legislatore, a seguito della riforma intervenuta nel 2012, ha modificato il testo dell'art. 140-*bis* cod. cons., sostituendo il riferimento alla identità con quello alla omogeneità dei diritti.

Con l'espressione "diritti omogenei", si intende, infatti, quella serie di situazioni giuridiche soggettive caratterizzate dalla comunanza della maggior parte degli elementi costitutivi e non di tutti; è proprio la comunanza di detti elementi, e non più la loro integrale identità, a fondare l'interesse della classe ad una trattazione congiunta della causa.

³² SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit.

³³ SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit.; COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., p. 390.

4. La legittimazione ad agire

Per quel che riguarda la legittimazione ad agire, il legislatore italiano, a seguito della novella dell'art. 140 bis cod. cons.³⁴, sembra superare il modello tradizionalmente diffuso nei Paesi europei per il quale la tutela collettiva è garantita attraverso le associazioni di categoria, introducendo una soluzione tipicamente anglosassone.

Ed, infatti, attribuendo legittimazione ad agire a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori a «ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui da mandato o comitati cui partecipa»³⁵, così come previsto dal comma 1° dell'articolo in commento, ricalca il modello di legittimazione previsto dalla *rule 23* della *Federal Rules of Civile Procedure* degli Stati Uniti d'America³⁶.

³⁴ Il legislatore, nella precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria, in coerenza con la scelta del modello "europeista" di tutela collettiva risarcitoria, aveva attribuito la legittimazione ad agire ad enti esponenziali di tutela degli interessi dei consumatori, e dunque alle "associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 139 -Codice del Consumo- e gli altri soggetti di cui al comma 2", e cioè come recitava il comma 2 alle "associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere"

³⁵ Si veda in tal senso BOVA, in CONSOLO, BOVA, BUZZELLI, *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 7; CONSOLO, *Class action fuori dagli USA?*, cit., p. 644 e di GIUSSANI., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, cit., p. 244.

³⁶ Stabilisce la *rule 23 della Federal Rules of civile procedure* degli Stati Uniti d'America: "One or more members of a lass may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4)

La riforma è stata salutata con favore, in quanto, l'attribuzione alle sole associazioni dei consumatori aveva costituito uno degli aspetti maggiormente discussi della precedente formulazione della disposizione³⁷.

Si assiste, quindi, ad un'estensione della legittimazione ad agire³⁸, che pertanto, appartenendo a ciascun membro del gruppo,

the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class".

Si attribuisce la legittimazione ad agire per l'esercizio della *class action* ad uno o più membri della classe riconoscendo al soggetto cui attribuire la gestione della proposta azione o c.d. *class representative*, individuato a seguito della fase di *certification*; «una sorta di rappresentanza paraorganica della stessa, fenomeno che l'osservatore straniero fatica a collocare nelle categorie giuridiche tradizionali, che potrebbero non solo non agevolare la comprensione, ma risultare in certo modo fuorvianti» così SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit.

³⁷ Tra i diversi studiosi che espressero perplessità ad una legittimazione ristretta alle sole associazioni dei consumatori CAPONI., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, cit., p. 282, tale ristretta limitazione poteva giustificarsi secondo l'A. solo «nelle ipotesi in cui si tratti di anticipare la soglia della tutela giurisdizionale civile, per proteggere un bene che ha unicamente una dimensione collettiva, una dimensione effettivamente superindividuale»; mentre, secondo CONSOLO, in CONSOLO, BOVA, BUZZELLI, *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 174, il quale rileva come «netta è la percezione che il singolo danneggiato, per la natura stessa delle cose economiche e psicologiche, non può essere - in Italia certo non più che altrove - un appena credibile attore collettivo».

³⁸ Secondo GUISSANI «conferire la legittimazione ai singoli individui sembra presentare una forte controindicazione pratica: l'azione collettiva si introduce perché si suppone che le vittime della condotta illecita non dispongano delle risorse per agire in via individuale; dato però che per agire in via collettiva occorrono risorse ancora maggiori, non si capisce facilmente perché le vittime dovrebbero assumersi oneri ancora più gravosi. Nell'esperienza americana la risposta si rinviene nella disciplina delle spese: il difensore tecnico del gruppo può contare su di un consistente incremento degli onorari in caso di accoglimento della domanda, ed è in

diviene di tipo rappresentativo, allorché il diritto individuale omogeneo riconducibile ad una determinata classe unitaria viene azionato da colui che si afferma esserne titolare; quest'ultimo può anche avvalersi di associazioni cui conferisce specifico mandato (necessariamente, in forma scritta) o di comitati cui partecipa, appositamente costituiti.

Ogni singolo membro della classe ha, dunque, la possibilità, qualora ne ricorrano i presupposti, di intraprendere un giudizio collettivo, di cui rimarrà l'unico attore.

A tale ultimo riguardo, si evidenzia, infatti, come l'azione di classe pur coinvolgendo i diritti individuali omogenei di più consumatori, non racchiude in sé una pluralità di azioni, tanto che la legge non prevede che la domanda sia proposta da un numero minimo di consumatori; il giudizio, che può essere azionato da un solo soggetto, in qualità di proponente, si realizzerà in una fase successiva, mediante il sistema delle adesioni.

realtà di fatto lui ad assumere l'iniziativa giurisdizionale ed il relativo rischio economico, avvalendosi del mandato di uno o più membri del gruppo interessato; questa finzione assicura un'efficiente allocazione delle risorse giurisdizionali, perché la scelta di promuovere il contenzioso viene – anche se indirettamente – affidata al soggetto posto nella posizione migliore per valutarne la probabilità di successo, e tale soggetto viene premiato strettamente in ragione dell'accuratezza della sua previsione».

E' necessario, invece, che il proponente, da un lato, non versi in una situazione di conflitto di interessi e, dall'altro lato, sia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe; se così non è, il tribunale dichiara inammissibile l'azione³⁹.

Tale previsione ha lo scopo di impedire lo svolgimento di cause strumentali o frutto di collusione tra l'attore e il convenuto e di assicurare la serietà della difesa processuale del gruppo, in considerazione, da un lato, del ruolo particolarmente delicato che è attribuito dalla legge a colui che ha introdotto il giudizio e, dall'altro lato, del fatto che può esserci un unico e solo processo di classe.

³⁹ Art. 140-bis, comma 6°.

5. Gli atti introduttivi del giudizio

L'atto introduttivo del processo di classe è disciplinato dal comma 5° dell'art. 140-*bis* cod. cons., in quale prevede che «la domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità».

Attraverso il riferimento all'atto di citazione, il legislatore ha introdotto una formulazione che chiarisce la disciplina applicabile al rito dell'azione di classe⁴⁰.

Si comprende, pertanto, che il processo si svolgerà secondo le norme del rito ordinario di cognizione, in accordo con il codice di procedura.

Il medesimo atto deve essere notificato al pubblico ministero, che è parte nella fase di ammissibilità. Tale ultima previsione si rivelerà di fondamentale importanza, nel corso della trattazione che ci occupa, proprio in previsione di una possibile ammissibilità nel nostro ordinamento dell'istituto del *class action arbitration*.

Conseguentemente, si applicherà la disciplina dei termini a comparire e, in particolare, il convenuto avrà l'obbligo di prendere

⁴⁰ Art. 163 c.p.c. Contenuto della citazione: Nella formulazione precedente alla riforma del 2009, alcun riferimento era previsto con riguardo all'atto introduttivo.

posizione sui fatti e le eccezioni di controparte, presentando eventuali richieste di interventi di terzi.

Tuttavia, le considerazioni che precedono risultano necessarie in quanto, viste le peculiarità del processo di classe, che prevede una prima fase di ammissibilità della domanda, sembra evidente come, l'applicazione delle norme riguardanti il giudizio ordinario di cognizione susciti qualche riflessione con particolare riguardo all'individuazione dell'oggetto del giudizio ed alla posizione della parte convenuta.

Per quel che concerne il primo degli aspetti individuati, già dopo la prima formulazione dell'art. 140-*bis* c.p.c, in dottrina si era parlato di “un *petitum* in progressione”⁴¹, dal momento che questo veniva, come del resto tuttora viene, definitivamente stabilito in una fase successiva alla proposizione della domanda.

Tutto ciò assume importanza dal punto di vista sistematico, in quanto l'ordinamento italiano non conosce, o meglio, non conosceva, prima dell'introduzione dell'art. 140-*bis* cod. cons., un fenomeno processuale che è altra cosa rispetto al potere di azione individuale e

⁴¹ Così CONSOLO, *L'art. 140-bis, nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco «Opera Aperta»* in *Foto it.*, 2008, pp. 205-206;

per il quale la *res iudicata deducta*⁴² viene fissata successivamente all'introduzione della domanda a seguito delle adesioni.

Quanto, invece, alla posizione della parte convenuta, in accordo con la disposizione di cui all'art. 167 c.p.c., è evidente come questa dovrà svolgere le sue difese, già in un momento precede al vaglio da parte del giudice sull'ammissibilità dell'azione, prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda e non solo al fine di ottenere una declaratoria di inammissibilità⁴³.

⁴² MENCHINI-MOTTO, *Art. 140 bis*, in www.judicium.it, cit. i quali così definiscono il diritto soggettivo oggetto dell'accertamento. Secondo gli autori, inoltre, la domanda giudiziale definirebbe solo il diritto "soggettivo-architipo"; pertanto, «l'azione proposta dall'attore di classe è espressione, non già di un ordinario potere di azione individuale a tutela di un diritto soggettivo, ma di un innovativo e finora sconosciuto al nostro ordinamento, peculiare potere di azione di classe, previsto e qualificato dall'art. 140-bis, che è definito come potere di azione di classe».

⁴³ In questo senso SANTANGELI-PARISI, cit.; MENCHINI-MOTTO, *Art. 140 bis*, cit., secondo cui «con la comparsa di risposta, devono essere svolte le difese che concernono non tanto l'esistenza dei singoli diritto soggettivi degli appartenenti alla classe, quanto soprattutto gli elementi oggetto di valutazione ai fini della decisione di ammissibilità».

6. La fase di ammissibilità dell'azione di classe.

Nel procedere ad analizzare la fase che di ammissibilità dell'azione di classe, ritengo opportuno svolgere alcune considerazioni in merito alle valutazioni che in giudice si trova ad affrontare.

E' evidente che le sorti della futura azione di classe dipendono da questa fase filtro di cui ancora, a mio sommo avviso, la giurisprudenza non è riuscita a tracciare la giusta linea interpretativa.

Le considerazioni che di seguito si svolgeranno rivestono importanza centrale anche nella prospettiva di un *class arbitration*, in quanto, ritengo, senza anticipare ciò che verrà chiarito più avanti, che, visti gli scopi preminenti che l'azione di classe si propone di perseguire, non si possa prescindere da questa fase in sede di arbitrato, come recentemente è stato avanzato in dottrina⁴⁴.

Tale filtro, posto, infatti, nella logica del legislatore, a tutela di esigenze di ordine pubblico, come, peraltro, dimostrato dal coinvolgimento obbligatorio del P.M., cui va notificato l'atto introduttivo, con possibilità di intervento sino alla pronuncia

⁴⁴ BRIGUGLIO, *Class action arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini*, in www.judicium.it, par. 3, p. 10

dell'ordinanza sull'ammissibilità⁴⁵, è strettamente connesso alle finalità dell'azione di classe.

Gli obiettivi di prevenire il compimento degli illeciti seriali, di concentrare in un unico processo le domande risarcitorie derivanti dal medesimo evento lesivo e di garantire un'adeguata tutela giurisdizionale ai diritti ed agli interessi caratterizzati da modeste dimensioni economiche⁴⁶, rendono comprensive all'interprete le condizioni di ammissibilità, previste al comma 4° dell'art. 140-*bis* cod. cons.⁴⁷:

⁴⁵ Secondo SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in *www.judicium.it*, cit. «il primo requisito costituisce un filtro sommario sul merito volto ad eliminare il rischio che lo strumento possa essere utilizzato per finalità diverse dalla preminente tutela dei diritti individuali omogenei. Compito del giudice nel riscontro del requisito della non manifesta infondatezza dell'azione sarà quello di accertare attraverso un esame sommario l'esistenza di un ragionevole dubbio sull'accoglimento dell'azione proposta e dunque del danno lamentato, in modo da escludere che esso sia del tutto inverosimile o inventato, non ammettendo l'azione di classe solo nel caso in cui tale requisito risultasse carente» Come è stato rilevato in dottrina CONSOLO, *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, in CONSOLO-BONA-BUZZELLI, cit., p. 156 «codesta manifesta infondatezza crediamo debba riguardare più che altro una prognosi in iure, ossia sulle tesi giuridiche poste a base della antiggiuridicità rimproverata all'impresa, piuttosto che una minuta delibazione fattuale sui contegni tenuti, che mal si addice a questo tipo di fattispecie azionabili».

⁴⁶ DONZELLI, *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corr. Giur.*, 2013, p.103.

⁴⁷ Ai sensi del quale: «all'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti

1) la non manifesta infondatezza della domanda; 2) l'insussistenza di conflitti di interesse fra l'attore e la classe di consumatori e di utenti⁴⁸; 3) la capacità dell'attore di curare gli interessi della classe; 4) l'omogeneità dei diritti tutelabili alla stregua di tale azione.

Inoltre, credo che, nell'impianto dell'azione di classe, anche l'esigenza di evitare processi temerari ed estremamente pregiudizievoli per l'immagine commerciale delle imprese abbia determinato la previsione del filtro d'ammissibilità⁴⁹.

Per tali ragioni, ritengo che l'arbitro dovrà svolgere le stesse valutazioni che oggi il giudice svolge in questa particolare fase del procedimento prevista al comma 6° dell'art. 140-*bis* cod. cons.⁵⁰

individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

⁴⁸ Secondo SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in *www.judicium.it*, cit. «l'accertamento dell'assenza di conflitti di interessi, suscita invece qualche perplessità. Posto, infatti, che non debba presentarsi una convergenza di interessi tra l'attore e controparte, tale esame necessiterà probabilmente un'estensione della valutazione anche alla persona del legale che assiste l'attore nella gestione dell'azione di classe, con il rischio in tal caso di una duplicazione di criteri di accertamento quando il giudice dovrà riscontrare il requisito dell'adeguata rappresentanza».

⁴⁹ SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in *www.judicium.it*, cit.

⁵⁰ «All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un

Ma come ho anticipato nell'introdurre il presente paragrafo, in giurisprudenza non si sono ancora formate prassi interpretative consolidate che ricostruiscano i criteri sulla base dei quali il giudice debba muoversi in questa particolare fase.

La dottrina più attenta, infatti, si è posta il problema «di capire se l'oggetto di tale giudizio di ammissibilità debba intendersi «vincolato» alle questioni espressamente menzionate dal comma sesto dell'art. 140-*bis*, ovvero se, in questa fase, possano essere considerate altre questioni "preliminari"»⁵¹.

E così, se si parte dalla considerazione che l'azione rappresenta il diritto ad ottenere una pronuncia sul merito, attraverso la proposizione della domanda che, se idonea, costituisce il primo atto di esercizio dell'azione intesa come situazione giuridica composita⁵², si comprende come nel giudizio di ammissibilità dell'azione di classe, il giudice non possa non valutare tale idoneità attraverso la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione che si concretizzano nella

conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe".

⁵¹ LUPOI, *Fumata nera per la prima class action all'italiana*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 336, nota a Trib. Torino, 27 maggio 2010, ord. e App. Torino, 27 ottobre 2010.

⁵² MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2013, p. 68; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 112.

possibilità giuridica, nell'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*, e nella legittimazione ad agire.

Proseguendo in questa direzione sembrerebbe, infatti che, nel giudizio di classe, come in tutti in giudizi, si dovrebbe verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, in particolare per quanto attiene la legittimazione e l'interesse ad agire del proponente.

Più precisamente, se con il vaglio di non manifesta infondatezza della domanda il giudice procede ad una verifica circa un'evidente carenza dei presupposti minimi di accoglibilità di tale domanda⁵³, ciò che conseguentemente si chiede all'organo giudicante è di verificare la

⁵³LUPOI, *Fumata nera*, cit. p. 336 secondo cui «rispetto alla decisione sul *fumus boni iuris* nei procedimenti cautelari (in cui, in sostanza, si verifica la probabile esistenza del diritto controverso, sul presupposto che siano veri i fatti dedotti a fondamento dello stesso), in questo ambito, l'analisi del giudice sembra doversi fermare ad un apprezzamento ancora più sommario, relativo cioè alla evidente inidoneità dei fatti come dedotti ad integrare una fattispecie meritevole di tutela», lo stesso autore alla nota n. 10 richiama: SANTANGELI PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in *www.judicium.it*, cit., n. 116, secondo cui il requisito della manifesta infondatezza «costituisce un filtro sommario sul merito volto ad evitare che lo strumento possa essere utilizzato per finalità diverse dalla preminente tutela dei diritti individuali omogenei»; GIUSSANI, *La prima «uscita» della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi penalizzanti*, in *Guida dir.*, 2010, pp. 27 e 16, secondo cui il vaglio della non manifesta infondatezza si presta «solo a impedire l'esame nel merito di domande platealmente infondate»; App. Torino, 27 ottobre 2010, ord., cit., nella quale si legge che l'esame del giudice circa la non manifesta infondatezza deve «ragionevolmente escludere non soltanto lo scontato, ma anche il pressoché certo, rigetto della domanda»; MOTTO, *Art. 140 bis*, in *www.judicium*, cit., per il quale: «la valutazione di ammissibilità dovrà concludersi positivamente sol che la domanda non appaia infondata in modo manifesto; il che segna altresì il grado di approfondimento della valutazione giudiziale dei fatti da cui dipende la fondatezza della domanda».

sussistenza della qualifica di «consumatore o di utente» in capo al proponente dell'azione, come presupposto fondamentale di ammissibilità dell'azione stessa e successivamente l'analisi dell'interesse ad agire dello stesso proponente.

In giurisprudenza, infatti, è stato rilevato come l'interesse ad agire e la legittimazione di classe non siano condizioni che differiscono dal punto di vista ontologico dalle medesime condizioni riconducibili alle azioni ordinarie individuali⁵⁴.

L'azione di colui che si propone come rappresentante della classe deve, in primo luogo, possedere i requisiti previsti per tutte le azioni individuali: l'attore, pertanto, deve essere titolare, in proprio, del diritto individuale omogeneo che caratterizza la classe in base delle regole ordinarie sulla legittimazione.

Tali considerazioni sono state fatte proprie dalla dottrina più acuta, secondo cui «l'azione di classe di cui all'attuale art. 140-bis, a differenza dal rimedio processuale in precedenza approvato dal legislatore (e mai entrato in vigore), non mira a tutelare diritti collettivi o diffusi ovvero interessi superindividuali, quanto piuttosto diritti omogenei che, riferiti a titolari diversi ed essendo l'uno autonomo rispetto all'altro, abbiano un elemento in comune

⁵⁴ Trib. Torino, 27 maggio 2010, ord., cit.

(normalmente la *causa petendi* o una medesima questione di fatto e di diritto), tanto da poter essere ritenuti «identici» sul piano della loro tutela in sede non individuale ma di gruppo»⁵⁵.

Ritengo di dover aderire a questa impostazione per la quale, pertanto, «sia il proponente che gli aderenti all'azione di classe fanno valere diritti individuali perfetti, tutelabili anche in via autonoma, i quali non perdono tale «individualità» solo per il fatto di essere fatti valere in una sede collettiva»⁵⁶.

⁵⁵LUPOI, *Fumata nera*, cit. p. 337.

⁵⁶LUPOI, *Fumata nera*, cit. p. 337.

CAPITOLO II

IL CLASS ACTION ARBITRATION NEGLI STATI UNITI D'AMERICA.

Sommario. 1. Premessa. – 2. La questione dell'arbitrabilità. –
Segue. L'iter giurisprudenziale della Corte Suprema nell'ultimo
decennio. – 2.1 La sentenza Bazzle. – 2.2 La sentenza Stolt Nielsen. –
2.3 La sentenza AT&T Mobility LLC v. Vincent Concepcion. – 3.
Note conclusive.

1. Premessa

Il ricorso all'arbitrato di classe è una prassi ormai consolidata negli Stati Uniti d'America, che permette di estendere i vantaggi del particolare metodo alternativo di risoluzione delle controversie alla c.d. *class action*, prevista dalla *Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure*.

L'ambito applicativo della *class action arbitration*, dunque, è quello della tutela risarcitoria dei diritti contrattuali nascenti dall'inadempimento del contraente forte, in presenza di un fatto lesivo dei diritti di molti.

L'introduzione dell'arbitrato negli Stati Uniti d'America ha radici che risalgono allo scorso secolo; più precisamente, nel 1925 il Congresso emanò il Federal Arbitration Act (FAA) che, regolamentando l'arbitrato concernente la dispute aventi ad oggetto contratti commerciali, disposero che le clausole arbitrali fossero vincolanti per le parti che le avevano sottoscritte al pari di qualsiasi altra clausola contrattuale.

Evidente era lo scopo deflattivo del Congresso che in questa prospettiva si proponeva di snellire i procedimenti aventi ad oggetto la risoluzione delle controversie commerciali ed alleggerire il carico di lavoro delle corti federali e statali.

Nel corso degli anni, però, l'istituto non ha trovato sempre larga diffusione; le maggiori resistenze riguardavano la tesi secondo cui l'arbitrato privasse il ricorrente del diritto ad azionare il giudizio ordinario per la tutela dei diritti.

Inoltre, non essendo il *class arbitration* previsto dal FAA, vi furono molte incertezze riguardo all'adattabilità del *class action* alle forme procedurali dell'arbitrato.

A tale situazione di stallo contribuì, certamente il silenzio della Suprema Corte che portò le corti statali a prendere posizione con sentenze che risultano sul tema alquanto divergenti.

E così, se da un lato le corti californiane si mostravano favorevoli alla *class arbitration* sulla base di considerazioni di efficienza ed economia processuale⁵⁷, dall'altro alcune corti hanno ritenuto l'istituto inammissibile in assenza di espressa indicazione delle parti⁵⁸.

A causa di tale incertezza, solo nel 2003 con il caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*⁵⁹, la Corte Suprema iniziò a prendere posizione sul *class action arbitration*, l'applicazione del quale fino a quel momento risultò piuttosto controversa.

In realtà, se da una parte la Corte Suprema, nell'ambito di una domanda di deferimento della controversia ad arbitrato, affermò la competenza degli arbitri a statuire sulla possibilità di avviare un *class arbitration*, ove il patto compromissorio nulla dicesse al riguardo, dall'altra parte con la medesima sentenza, contribuì a complicare la situazione: portò all'inserimento nei contratti con i consumatori delle c.d. class-waiver, inducendo le istituzioni arbitrali a modificare i loro regolamenti⁶⁰.

⁵⁷ *Keating v. Superior Court*, 31 Cal. 3d 584, 610 (1982).

⁵⁸ *Champ v. Sieger Trading Co., Inc.*, 55 F.3d 269 (7th Cir. 1995).

⁵⁹ *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003).

⁶⁰ A seguito della predetta sentenza infatti, la American Arbitral Association (AAA) emanò le Supplementary Rules of Class Arbitration⁶⁰, sulla base delle disposizioni contenute nelle Federal Rules of Civil Procedure: *American Arbitration Association, Supplementary Rules for Class Arbitrations*, 2003.

Successivamente, l'attenzione delle corti si spostò, dunque, sulla questione della validità delle suddette clausole che cominciarono a diffondersi nella prassi contrattuale.

Da qui, l'importante *iter* giurisprudenziale che sarà meglio analizzato nel corso della presente trattazione.

Senza voler anticipare ciò di cui tratterà nelle pagine che seguono, basti ricordare che la giurisprudenza delle corti californiane, sulla scia del precedente arresto giurisprudenziale della Suprema Corte, che dimostrava un certo *favor* verso l'arbitrato di classe, iniziò ad affermare che «il patto di rinuncia alla *class arbitration* contenuto in contratti per adesione avesse l'effetto di esonerare i potenziali convenuti da responsabilità per fatto proprio, effetto inammissibile alla luce della dottrina dell'*unconscionability*»⁶¹.

⁶¹ WINKLER, *Il caso "Amex" e i sentieri occidentali della "class arbitration" in America*, in *Int'l Lis*, 2014, p. 28, di cui si riporta integralmente la nota n. 16: «the waiver becomes in practice the exemption of the party from responsibility for [its] own fraud, or willful injury to the person or property of another». *Discover Bank v. Superior Court of Los Angeles*, 36 Cal.4th 148, 162-163 (2005). Cfr. anche la decisione d'appello *Szetela v. Discover Bank*, 97 Cal.App.4th 1094, 1101 (2002), la quale ha rilevato che la class-waiver impugnata «serves as a disincentive for Discover to avoid the type of conduct that might lead to class action litigation in the first place. By imposing this clause on its customers, Discover has essentially granted itself a license to push the boundaries of good business practice to their furthest limits, fully aware that relatively few, if any, customers will seek legal remedies, and that any remedies obtained will only pertain to that single customer without collateral estoppel effect. The potential for millions of customers to be overcharged without an effective method of redress cannot be ignored. Therefore, the provision violates the fundamental notion of fairness». Per un commento

La Corte Suprema, però, smentiva tale interpretazione. Ed infatti, tornata sul punto con due successive decisioni⁶², assumeva una posizione diametricamente opposta al proprio precedente del 2003, concentrando la propria attenzione sul principio di autonomia negoziale.

Pertanto, nel 2010, con il primo delle due importanti pronunce affermò come, in presenza di una clausola compromissoria silente, ritenere che le parti abbiano voluto una *class arbitration* sia «*fundamentally at war with this principle*»⁶³.

Come evidenziato in dottrina «la Corte svela quindi la sua intima convinzione sul tema: non è possibile dire che le parti, scegliendo l'arbitrato, abbiano implicitamente voluto anche la *class arbitration*, semplicemente perché *class arbitration changes the nature of arbitration*»⁶⁴.

La Corte Suprema nel 2011, riprendendo le considerazioni svolte nella sentenza *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp*, ritengo giunga a "sferrare il colpo di grazia" alla *class arbitration*: nel successivo caso *AT&T v. Concepcion*, infatti, esclude

articolato v. *M. Nelson, Discover Bank v. Superior Court: The Unconscionability of Classwide Arbitration Waivers* i

⁶² *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.*, 559 U.S. 662 (2010) e *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 U.S. 1740, 1751 (2011).

⁶³ *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.*, cit. 684

⁶⁴ WINKLER, *Il caso "Amex"*, cit., p. 29

la possibilità di ritenere ammissibile un arbitrato di classe in caso di clausola silente e sancisce definitivamente come l'unica strada percorribile in tali casi sia quella del semplice arbitrato che definisce rapido, informale e sicuro, rispetto al *class arbitration*⁶⁵.

⁶⁵ AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 U.S. 1740, 1751 (2011).

2. La questione dell'arbitrabilità.

In termini di comparazione, credo, pertanto, che il punto nodale dell'analisi debba convergere sulla questione dell'arbitrabilità.

Ed infatti, l'interrogativo che ha posto i maggiori dubbi agli interpreti ha riguardato la competenza a giudicare in caso di clausola silente.

Al riguardo, nonostante la Suprema Corte abbia modulato i suoi approdi sulla base di quanto previsto dalla sezione 4 del *Federal Arbitration Act* (FAA), la giurisprudenza nel corso degli anni non è stata sempre pacifica sul punto.

Da qui gli interessanti arresti giurisprudenziali di cui si darà conto nel paragrafo che segue.

Segue. L'iter giurisprudenziale della Corte Suprema nell'ultimo decennio.

Occorre a questo punto soffermarsi sull'interessante *iter* giurisprudenziale della Corte Suprema nell'ultimo decennio, concernente i limiti all'attività interpretativa del patto compromissorio.

Diversamente da quanto accade in altri ordinamenti, negli Stati Uniti, i dubbi che riguardano il *class arbitration* non concernono la questione relativa all'ammissibilità della devoluzione agli arbitri dell'azione di classe e, dunque, la possibilità di avviare un arbitrato nelle forme del *class action*⁶⁶, quanto invece il ruolo dell'arbitro nell'ambito dell'interpretazione della clausola compromissoria silente.

La Corte Suprema americana, infatti, nel corso degli ultimi anni è intervenuta sul punto con una serie di pronunce che hanno indotto gli interpreti ad un acceso dibattito riguardante l'individuazione di un punto di incontro tra il contenuto formale della clausola arbitrale, così come predisposta dalle parti nell'ambito della loro autonomia

⁶⁶ Così GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 987, nota n. 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».

contrattuale, e l'attività ermeneutica che l'arbitro è chiamato a svolgere sulla stessa qualora sia stato investito della controversia⁶⁷.

Senza dubbio gli importanti arresti della Suprema Corte degli Stati Uniti hanno suscitato interesse sulla questione della procedibilità e nonostante le oscillazioni degli ultimi anni la stessa è giunta ad un orientamento ormai consolidato, attraverso un percorso che, costantemente arricchito dagli interventi delle corti statali, ha solo in un primo momento valorizzato l'autonomia dell'opera interpretativa dell'arbitro a discapito della giurisdizione statale⁶⁸.

⁶⁷ Sul punto, GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, cit. nota n. 1, il quale evidenzia «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.».

⁶⁸ GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, cit., p. 988.

2.1 La sentenza Bazzle.

Come anticipato nella prima parte del presente capitolo, la principale motivazione per la quale la giurisprudenza americana ha oscillato in tema di arbitrato di classe, è riferibile alla “reticenza” sul punto della Corte Suprema americana che è intervenuta per la prima volta sulla questione solo nel 2003⁶⁹.

In questo importante arresto, la Corte ha chiarito il ruolo che assolve l’arbitro in presenza di una clausola compromissoria che prevede genericamente il ricorso all’arbitrato ma non specifica se nelle forme dell’azione di classe. E, dunque, una clausola “ampia” sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo⁷⁰.

⁶⁹ CASONI, *Le prospettive della class action arbitration alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema americana*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 538, la dottrina della kompetenz-kompetenz prevede che gli arbitri siano competenti a decidere sulla propria competenza, essendo ad essi riservata in prima battuta l’interpretazione del contratto e, come nel caso di specie, la valutazione su eventuali domande esorbitanti dai limiti della clausola compromissoria.

⁷⁰ Secondo GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, cit., p. 988, nota n. 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

In questa importante sentenza viene chiarito che è esclusivamente l'arbitro a dover valutare e stabilire la portata precettiva della clausola silente.

Secondo la Suprema Corte, infatti, non si potrebbe ricavare una di preclusione automatica della compromettibilità dell'azione collettiva dall'assenza nel patto compromissorio di ogni riferimento esplicito alla possibile celebrazione del giudizio arbitrale in forma collettiva.

In particolare, ciò che viene chiarito è l'importanza che assume l'arbitro nell'interpretazione della clausola compromissoria che, qualora sia silente, non potrebbe *tout court* precludere l'avvio di un arbitrato di classe, delegittimando in automatico il ricorso allo stesso.

Appare, pertanto, evidente il *favor* della Corte nei confronti del *class arbitration*, soprattutto laddove la stessa ridimensiona il carattere bilaterale dell'arbitrato, chiarendo che in presenza di una clausola che preveda la possibilità di devolvere ad arbitri le controversie tra le parti, nonostante la stessa acceda al singolo

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»).

rapporto contrattuale, ciò non può rappresentare il deterrente atto ad ostacolare lo svolgimento del processo arbitrale in forma collettiva.

La Corte, infatti, giunge ad affermare l'ammissibilità della *class action arbitration* (nonostante il silenzio della clausola) sulla scorta di un'attenta valorizzazione del patto compromissorio e della formula impiegata dalle parti.

La sentenza *Bazze* suscitava un ampio dibattito nella dottrina statunitense, la quale criticava la decisione con riferimento agli ampi poteri che la stessa avrebbe conferito agli arbitrali in tema di devoluzione della *class action*⁷¹.

Secondo alcuni autori, infatti, la Corte con la predetta pronuncia avrebbe addirittura snaturato le funzioni stesse dell'arbitrato in rapporto alla tutela collettiva dei consumatori⁷².

Nonostante le critiche, la decisione ebbe il merito di incrementare il numero degli arbitrati di classe in virtù degli ampi poteri discrezionali attribuito agli arbitri.

⁷¹ STRONG, *Does Class Arbitration "Change the Nature" of Arbitration?*, cit., 206 ss.

⁷² WALDRON, *Resolving a Split: May Courts Order Consolidation of Arbitration Proceedings Absent Express Agreement by the Parties?* in *J. Disp. Resol.* 2005, p. 177-191; BUNCH, *To Be Announced: Silence from the United States Supreme Court and Disagreement among Lower Courts Suggest an Uncertain Future for Class-wide Arbitration*, in *J. Disp. Resol.* 2004, p. 259-264; SZALAI, *The New ADR: Aggregate Dispute Resolution and Green Tree Financial Corp. v. Bazze*, in *Cal. W.L. Rev.*, 2004, p. 27.

Per contro, tra le grandi società commerciali si diffuse la prassi di escludere espressamente l'arbitrato di classe nella clausola compromissoria, al fine di evitare i rischi connessi ad un'eventuale azione di classe.

Inoltre, il caso *Bazzle* ha rappresentato un punto di riferimento per successivi interventi normativi da parte della American Arbitration Association (AAA).

L'istituzione arbitrale, infatti, dopo la pronuncia *Bazzle*, emanava le *Supplementary Rules for class arbitration*⁷³, che impongono agli arbitri un accertamento preliminare riguardo al contenuto della clausola compromissoria (*il clause construction award*) ed alla volontà delle parti di devolvere ad arbitri future azioni di classe.

Qualora tale accertamento abbia riscontro positivo, potrà essere avviato l'arbitrato di classe che sarà disciplinato dalla Rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure e, dunque, caratterizzato da una fase di filtro sull'ammissibilità e dell'eventuale giudizio sul merito.

⁷³ Le *Supplementary Rules for Class Arbitration* sono consultabili in www.adr.org. Si veda anche la nota programmatica pubblicata dalla American Arbitration Association il 14.7.2003, in accompagnamento alle *Supplementary Rules*, in www.adr.org/Classarbitrationpolicy. La nota precisa che la AAA amministra l'arbitrato in forma collettiva anche quando la clausola arbitrale non contiene una espressa devoluzione dell'arbitrato di classe.

2.2 La sentenza Stolt Nielsen.

Tuttavia, a seguito della pronuncia Bazzle, in cui la valorizzazione dell'attività interpretativa dell'arbitro, ha trovato la sua maggiore esaltazione, si è assistito ad un ridimensionamento della stessa.

Attraverso due importantissime pronunce, infatti la Suprema Corte ha messo in evidenza alcune peculiarità del *class arbitration* che aveva sottovalutato nel precedente importante arresto⁷⁴.

Dopo la sentenza Bazzle, si era assistito ad un “proliferare”, nella giurisprudenza delle corti statali, di pronunce dalle quali emergeva la tendenza a valorizzare l'accesso del consumatore all'azione di classe nelle forme dell'arbitrato, che ha addirittura portato a ritenere vessatoria la clausola che ne escludesse l'attivazione.

In questa direzione, sono state arginate le conseguenze invalse a seguito della sentenza Bazzle che, se da un lato hanno incrementato un significativo ricorso al *class action arbitration*, allo stesso tempo hanno fatto sì che venissero radicalmente modificate le condizioni contrattuali dei consumatori, attraverso la formulazione di clausole

⁷⁴ *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, cit..

compromissorie escludenti la devoluzione agli arbitri della *class action*.

Tuttavia, pare, però, che l'orientamento seguito dalla Corte, in entrambe le pronunce, abbia eccessivamente marginalizzato l'attività ermeneutica dell'arbitro.

E così, nella prima delle due pronunce, la Corte ha ridimensionato il ruolo dell'organo arbitrale, per quel che concerne la portata precettiva della clausola silente, enfatizzando i caratteri dell'arbitrato bilaterale.

Nella pronuncia sul caso Stolt-Nielsen, la Corte ha evidenziato, infatti, le profonde disparità esistenti tra arbitrato bilaterale e *class action arbitration*⁷⁵, mettendo in evidenza i vantaggi dell'arbitrato bilaterale a scapito della tutela che potenzialmente offre il *class arbitration*.

Secondo la Corte, infatti, il discrimine tra i due strumenti di tutela si concretizzerebbe in una violazione dei limiti oggettivi del patto compromissorio, scaturente dagli ampi poteri interpretativi dell'arbitro.

In particolare, non sarebbe ragionevole desumere un accordo tacito a favore dell'arbitrato di classe dal semplice fatto che le parti

⁷⁵ La Suprema Corte, sul presupposto che «*class-action arbitration changes the nature of arbitration*».

abbiano stipulato una convenzione arbitrale; questo perché l'arbitrato di classe ha una natura diversa rispetto all'arbitrato comune, soprattutto in relazione ai costi ed alla durata del giudizio.

2.3 La sentenza AT&T Mobility LLC v. Vincent Concepcion

Ad un anno esatto dalla sentenza Stolt-Nielsen, la Corte Suprema americana ha confermato la propria giurisprudenza in merito alle sostanziali divergenze fra arbitrato di classe ed arbitrato bilaterale con la pronuncia AT&T Mobility⁷⁶.

Questa volta, il ragionamento della Corte si è focalizzato sulla validità delle clausole che escludono espressamente la devoluzione di azioni di classe ad arbitri (note come *class action waivers*).

Sul punto, ricordiamo che la pratica di inserire clausole limitative dell'arbitrato di classe si è diffusa fra le società commerciali a seguito della pronuncia Bazzle, proprio al fine di evitare che da una clausola arbitrale «*silent on class arbitration*» potesse scaturire un procedimento arbitrale.

Tali pattuizioni, peraltro, sono state oggetto di critica da parte dei giudici californiani, i quali iniziarono a ritenerle inefficaci.

Le suddette decisioni trovavano la loro giustificazione sulla base del principio di diritto enucleato dalla c.d. *Discover Bank* della Corte Suprema della California, secondo cui qualora la clausola che esclude l'arbitrato di classe è contenuta in un contratto per adesione e si caratterizza per il modico valore della controversia, è da ritenere che

⁷⁶ AT&T Mobility v. Concepcion, 563 U.S. (2011), 27.4.2011.

il contraente forte l'abbia inserita nel predetto contratto al fine di trarre profitto su larga scala.

Quindi, in presenza di tali presupposti, la clausola che esclude l'arbitrato di classe viene disapplicata ed i consumatori lesi sono autorizzati a ricorrere comunque alla *class action arbitration*.

Ciò premesso, nel caso in esame, non solo viene affrontata la questione concernente la vessatorietà o meno della clausola arbitrale che esclude la proponibilità di un arbitrato di classe, ma anche il delicato problema dell'applicabilità delle leggi statali rispetto a quelle federali.

E così, infatti, se a seguito dei primi due gradi di giudizio veniva statuirono che sulla base della *Discover Bank rule* la clausola limitativa dell'arbitrato di classe fosse vessatoria, la Corte Suprema federale veniva chiamata a decidere se la predetta legge dello Stato della California fosse in conflitto con il *Federal Arbitration Act*.

Sul punto, la Corte Suprema ha, pertanto, osservato che la *Discover Bank rule*, autorizzando l'arbitrato di classe senza che le parti vi avessero acconsentito ed anzi in presenza di una pattuizione di senso opposto (il class action waiver), è in contrasto con il FAA.

A supporto di questa tesi, la Corte ha richiamato le argomentazioni già svolte nel precedente *Stolt-Nielsen* sulle

differenze strutturali fra arbitrato di classe ed arbitrato individuale, evidenziando in modo particolare come le regole procedurali dell'arbitrato di classe richiedano una maggiore formalità per tutelare adeguatamente gli *absent class members*, a scapito della celerità, della segretezza e dei costi del giudizio arbitrale.

Sotto altro profilo, i giudici della Corte federale hanno osservato come le regole procedurali dell'arbitrato mal si conciliano con le controversie di classe, in considerazione dei limiti imposti alle parti circa la possibilità di appellare la decisione a fronte del valore della controversia assai elevato.

Infatti, sebbene le regole procedurali sull'arbitrato di classe prevedano il diritto di impugnare la decisione preliminare dell'arbitro sulla ammissibilità della azione di classe, motivi di gravame sono comunque circoscritti ai limiti disposti dalla Section 10 del FAA, per casi di particolare gravità quali il dolo o la colpa grave dell'arbitro.

Per tutti questi motivi, la Corte Suprema ha stabilito come la *Discover Bank rule* sia di ostacolo al perseguimento delle finalità tipiche dell'arbitrato e, pertanto, debba essere disapplicata a favore del FAA, secondo la dottrina della *federal pre-emption*⁷⁷.

⁷⁷ Per la quale la legge federale prevale sulla legge statale.

3. Conclusioni.

Alla luce delle ultime due decisioni della Corte Suprema statunitense in materia di *class action arbitration*, ritengo, dunque, di poter affermare che, nonostante l'efficienza dello strumento che sembra tagliato per la risoluzione delle controversie che coinvolgono più consumatori, l'arbitrato di classe, che ha trovato massiccia applicazione a seguito della pronuncia Bazzle e dalla successiva emanazione delle Supplementary Rules for Class Arbitration, attualmente fatichi a trovare una collocazione.

La Corte Suprema, infatti, enfatizzando le peculiarità dell'arbitrato bilaterale a scapito dell'arbitrato di classe, ha ribadito la necessità di un'interpretazione rigida che esalti la volontà delle parti attraverso il formalismo della clausola arbitrale.

Sembra, pertanto, che la giurisprudenza statunitense si sia attestata su precise linee guida in base alle quali l'arbitrato di classe potrà essere sempre ammesso qualora si fondi su un chiaro accordo e potrà essere autorizzato, anche in caso di clausola silente a patto che «si dimostri la concreta volontà delle parti di devolvere eventuali azioni di classe ad arbitri, mediante elementi induttivi ulteriori rispetto alla mera stipulazione di un patto arbitrale»⁷⁸.

⁷⁸ CASONI, *Le prospettive della class action arbitration*, cit., p. 540

Alle suddette considerazioni si aggiunga, inoltre, che sulla scorta dell'ultimo arresto della Corte Suprema (AT&T Mobility LLC v. Vincent Concepcion), esaminato nella presente trattazione⁷⁹, il quale ha ritenuto valide le clausole limitative dell'arbitrato di classe c.d. *class action waivers*, credo che le grandi società statunitensi potrebbero ritenere vantaggioso l'inserimento di queste ultime nei contratti per adesione, con gravi ripercussioni per le sorti del nostro *class action arbitration*.

⁷⁹ A tal proposito, si veda anche *American Express v. Italian Colors Restaurant*, 133 S.Ct. 2304, 2307 (2013).

CAPITOLO III

LA DEVOLUZIONE AGLI ARBITRI DELL'AZIONE DI CLASSE: PROBLEMI E PROSPETTIVE.

Sommario. 1. Premessa. – 2. La compromettibilità dei diritti: qualche precisazione. – 3. La compromettibilità dei diritti dei consumatori: il problema della vessatorietà della clausola arbitrale. – 3.1 Il quadro normativo di riferimento e le possibili vie interpretative. – 4. La deferibilità agli arbitri: la legittimazione ad agire. – 5. L'interpretazione della clausola compromissoria. – 6. L'invalidità della clausola compromissoria. – 6.1 Segue. Il ruolo dell'arbitro.

1.Premessa

La questione concernente la possibilità di prevedere l'applicabilità dell'istituto del *class action arbitration* riveste senza dubbio un'importanza peculiare anche negli ordinamenti europei.

Ciò sembra essere la naturale conseguenza della crescente affermazione che negli ultimi anni lo strumento dell'azione di classe ha avuto anche in quei Paesi, come il nostro, che risultano refrattari a

modelli processuali strutturati secondo regole processuali difformi rispetto ai classici meccanismi.

Tuttavia, nell'ordinamento italiano, come ampiamente analizzato, l'introduzione dell'istituto ha imposto sin da subito un'ampia riflessione sull'ambito di applicazione che, se da un lato non ha toccato con particolare attenzione la questione relativa all'arbitrato di classe, dall'altro ha fatto emergere tutte la lacunosità e tutte le perplessità della normativa in vigore a tutela dei diritti collettivi.

Da qui le problematiche relative alla possibilità di prevedere l'avvio di un'azione di classe nelle forme dell'arbitrato che, certamente costituisce argomento estremamente interessante per l'interprete, ma che allo stesso tempo rappresenta un'analisi "spigolosa" dal momento che il nostro ordinamento il fenomeno della *class arbitration* è completamente sconosciuto dal punto di vista giuridico⁸⁰.

Prevedere, infatti, che le forme dell'arbitrato possano provare ad adattarsi alle peculiarità del giudizio di classe, contraddistinto da categorie processuali innovative, risulta compito arduo, attesa

⁸⁰ Per riferimenti in tal senso, si veda GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, cit., p. 987; PAGLIETTI, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009, p. 9 ss.

l'immatùrità di cui ancora difetta il procedimento previsto dall'art. 140-*bis* cod. cons.

Al riguardo, basti osservare la marginalità dei risultati raggiunti dall'azione di classe nella recente esperienza italiana rispetto alla all'ampiezza della casistica giurisprudenziale di altri ordinamenti giuridici, caratterizzati dalla precisione della disciplina positiva e dall'intensità della riflessione scientifica.

Nel nostro ordinamento, infatti, si è assistito ad un intervento legislativo avviato soltanto da pochi anni e che in pochi anni ha subito una serie di importanti modifiche, senza contare che, come si è detto nella prima parte della trattazione, la materia sarà ancora oggetto di ampia riforma.

Pertanto, l'ingresso nell'ordinamento di un istituto così innovativo come il *class action arbitration* sicuramente richiede di essere studiato dagli interpreti ed adeguato alle peculiari esigenze di tutela degli interessi sovraindividuali.

L'affermazione dell'istituto è destinata a scontare il tempo necessario all'affinamento interpretativo e alla formazione di una prassi consolidata che chiarisca in primo luogo gli aspetti più problematici e rilevanti dell'azione di classe prevista dall'art. 140-*bis* cod. cons.

Tralasciando, infatti, per un attimo la possibilità di introduzione del *class arbitration* nel nostro ordinamento, l'aspetto che ha destato maggiore preoccupazione all'interprete ad oggi ha riguardato la constatazione che l'attuale disciplina presenta caratteristiche che paiono creare un vero e proprio disincentivo all'emersione e alla diffusione della stessa «azione di classe», disincentivi che si riverberano inevitabilmente sulle possibilità di successo dell'arbitrato di classe.

Basti pensare all'ambito di applicabilità marcatamente settoriale⁸¹ e l'auspicio che il Senato approvi il testo normativo analizzato nel primo capito della presente tesi che, prevedendo la trasmigrazione dell'azione di classe nel *corpus* del codice di procedura civile, dovrebbe essere applicabile a qualunque tipo di illecito plurioffensivo.

A ciò si aggiunga, la configurazione di un meccanismo di adesione (c.d. «opt-in») che, a mio sommo avviso, limita fortemente l'aggregazione «classe» e, dunque, soprattutto gli effetti della sentenza⁸². A questo riguardo, si ricordi che la riforma ferma da

⁸¹ Nell'ordinamento statunitense è prevista la condanna ai c.d. *punitive damages*: MCGOVERN, *Punitive Damages and Class Actions*, in *Louisiana Law Review*, 2010, p. 435.

⁸² Così CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 6; ID., *Tutela giurisdizionale per «adesione» ossia senza*

più di un anno al Senato prevede l'introduzione di un meccanismo che dovrebbe favorire l'estensione degli effetti positivi della sentenza.

Meccanismo che potremmo definire "ibrido", in quanto, consentendo l'adesione nella fase successiva alla sentenza che definisce il giudizio, dovrebbe cristallizzare le peculiarità del modello dell'opt-in insieme a quelle dell'opt-out.

Pertanto, è agevole notare come ancora siamo lontani dalla previsione di uno strumento efficace ed efficiente; l'introduzione nell'ordinamento di un'«azione di classe» non rappresenta, infatti, un dato sufficiente al fine di garantire una forma di tutela funzionale⁸³.

domanda giudiziale dei singoli consumatori, in *Resp. civ. prev.* 2008, p. 1701 ss.; CONSOLO-ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 129 ss.; CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 823; 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 *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 707 ss.

⁸³ Sulle lacune dell'azione di classe prevista dall'art. 140-bis cod. cons. cfr. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli 2011, p. 39 ss.; GIUSSANI, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1177 ss.); tale senso anche GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, cit., p. 1001, nota n. 40, secondo cui «a voler trascurare la complessità e la farraginosità dell'iter che ha condotto all'emersione della nuova disciplina, è innegabile che l'efficienza di un testo normativo come quello sull'«azione di classe» dipenda, anzitutto, dalla sua organicità e, vieppiù, 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

Certamente l'«immaturità» della disciplina di cui all'art. 140-*bis* cod. cons., che ha contribuito ad una sorta di diffidenza verso un modello processuale nuovo ed "insolito", poiché lontano dalle logiche e dalle dinamiche del tradizionale tessuto processuale italiano, esige una compiuta riflessione dottrinale ed una giurisprudenza consolidata che consenta la formazione di prassi riguardanti le varie fasi procedurali.⁸⁴

Profilo, quest'ultimo, tutt'altro che secondario nella prospettiva dell'introduzione di un *class arbitration*, attesa l'importanza di rendere funzionali i poteri di direzione e coordinamento del procedimento alle esigenze di un contraddittorio a struttura plurilaterale.

Per tali ragioni, nel presente capitolo si condurrà un'analisi in merito alla concreta possibilità di devolvere agli arbitri un giudizio collettivo, sgomberando dapprima il campo dai dubbi legati alla compromettibilità dei diritti dei consumatori (argomento che potrei definire teorico-introdotivo, dal momento che la compromettibilità dei

telecomunicazioni, di servizi pubblici: v. CONSOLO-ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 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».

⁸⁴ Rilevano tale esigenza, RORDORF, *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. cons.: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.* 2010, V, c. 183 ss.; MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*, in *Corr. giur.* 2011, p. 1112 ss.

diritti in oggetto sembra rappresentare uno dei punti a favore del *class arbitration*) ed alla vessatorietà della clausola arbitrale nei contratti tra consumatore e professionista; l'indagine proseguirà, poi, proprio con riferimento alla struttura plurilaterale dell'azione di classe caratterizzata da una legittimazione ad agire che sembra valorizzare il carattere disponibile della controversia fatta valere dal *class representative*; da 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.

2. La compromettibilità dei diritti: qualche precisazione.

Come anticipato, al fine di introdurre l'argomento della possibile ammissibilità dell'arbitrato di classe nel nostro ordinamento, sembra doveroso, non solo sgomberare il campo da alcune questioni che ritengo rappresentative della ritrosia manifestata negli anni verso lo strumento dell'arbitrato nelle controversie che coinvolgono i consumatori, ma anche soffermarsi sulla generale compromettibilità dei diritti, attraverso l'*excursus* dell'evoluzione normativa nell'ordinamento italiano.

Sul punto, ritengo, di dover preliminarmente chiarire che non sussistono dubbi circa la compromettibilità dei diritti di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.; ciò è desumibile dal contenuto dell'art. 806 c.p.c. che, a seguito della riforma intervenuta con d. lgs 2 febbraio 2006, n. 40, sancisce la possibilità, salvo espresso divieto di legge, per le parti di devolvere ad arbitri controversie che non abbiano per oggetto diritti indisponibili.

Prima della riforma, l'articolo stabiliva che ogni controversia fosse deferibile agli arbitri salvo «quelle riguardanti questioni di stato, di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione».

Si adottava quindi la tecnica dell'esclusione per evitare la prolissità di un'indagine nominale, ma la tecnica non era esaustiva tanto che intorno all'area della compromettibilità rimaneva un velo di incertezza soprattutto in relazione all'ultima parte dell'articolo in questione, laddove si faceva riferimento alla "transigibilità" dei diritti.

La suddetta norma si caratterizzava, pertanto, per la sua indeterminatezza che, nonostante l'esclusione testuale di alcune controversie, comunque non consentiva di delimitare con esattezza l'area dei diritti compromettibili.

Ci si trovava di fronte ad una norma la cui efficienza si scontrava nella pratica con un contesto indefinito ma soprattutto mutevole.

Sul piano teorico, tale indeterminatezza portò parte della dottrina a sovrapporre la disciplina concernente la transazione con quella dell'arbitrato, ritenendo che tra i due istituti vi fosse un'omogeneità ontologica e funzionale.

Sulla base del combinato disposto degli art. 806 c.p.c., 1966 c.c., 1972 c.c, venivano estesi all'arbitrato tutti i limiti tradizionali dell'autonomia privata: i principi di ordine pubblico, i canoni di buon

costume, i dettami delle norme imperative, quelle appunto che rendono taluni diritti indisponibili per legge⁸⁵.

Veniva evidenziato in dottrina⁸⁶ che la sfera delle materie sottoponibili ad arbitrato rimaneva indefinita. Il dato era facilmente percepibile se inquadrato alla luce dell'evoluzione che l'arbitrato ha attraversato negli anni recenti, verso una progressiva processualizzazione di ciascuna delle sue manifestazioni: rituali, irrituali, di diritto, di equità.

A tali mutazioni non aveva corrisposto un adattamento dello spazio di applicazione e delle concrete possibilità operative dello stesso.

L'intreccio normativo che delimitava l'ambito di applicazione dell'arbitrato risaliva agli anni '40 ed era divenuto obsoleto rispetto ad un fenomeno che nel tempo ha assunto un elevato grado di raffinatezza e di efficacia.

⁸⁵DE NOVA, *Nullità del contratto ed arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 406; CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 276; ID., *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Milano, p. 360 ss.; FESTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1435 ss.; ID., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 135 ss. Per l'ampia disamina dell'articolo menzionato si rimanda a GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 126 ss.; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 128 ss.

⁸⁶BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999, p. 125.

Si era evidenziato come proprio lo stesso inquadramento normativo della compromettibilità fosse inadatto all'arbitrato poiché «ispirava a circoscrivere e delimitare, nell'alveo della disponibilità dei diritti, il ricorso ad una attività che si esprime in forme e contenuti cognitivi e dichiarativi»⁸⁷.

Tutto ciò portava ad un'evidente discrasia: «sebbene all'arbitrato fosse riconosciuta natura eminentemente decisoria e risolutiva, l'impostazione ordinamentale continuava a misurare i limiti dell'istituto sulla sua natura dogmatica, quella contrattuale, piuttosto che sull'effettiva consistenza del fenomeno arbitrale, sui suoi profili funzionali, sulla portata degli effetti che esso produce»⁸⁸.

Oggi l'unico limite sancito dall'art. 806 c.p.c. riguarda il campo dei diritti indisponibili: la riforma, infatti, ha sancito la necessaria sussistenza della disponibilità del diritto litigioso⁸⁹.

L'eliminazione di qualsiasi riferimento alle controversie che non possono formare oggetto di transazione, espressamente menzionate nel previgente testo dell'art. 806 c.p.c. tra le controversie

⁸⁷ BERLINGUER, op.loc.cit.

⁸⁸ BERLINGUER, op.loc.cit.

⁸⁹ Il concetto di disponibilità, è stato spesso posto in relazione e all'intervento del p.m., tanto che parte della dottrina se ha sovente limitato la portata. Tale argomento però sarà oggetto del prossimo capitolo, quando si cercherà di adattare la disciplina procedimentale dell'azione di classe prevista dall'art. 140 bis cod. cons. alle forme dell'arbitrato.

non compromettibili, consente di superare alcuni dubbi interpretativi originati dalla necessità di coordinare la disciplina della compromettibilità con quella ricavabile dall'art. 1972 c.c. e di evitare per il futuro qualsiasi confusione tra l'indisponibilità del diritto, che costituisce un limite del patto compromissorio, e l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico controverso, che costituisce invece un limite per il giudizio degli arbitri⁹⁰.

Una volta tracciate le premesse dogmatiche che caratterizzano la concezione dell'arbitrato, dobbiamo occuparci della dimensione operativa e valutare nel merito le possibilità di impiego dello stesso per quel che concerne le controversie che coinvolgono i diritti dei consumatori.

⁹⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c. p. c.*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, cit., p. 16 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 6 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 37; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit. p. 306 ss.; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 92 ss.; PUNZI, *Ancora sulla delega in materia di arbitrato*, cit., p. 967 ss.; BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in www.judicium.it, par. 2.

3. La compromettibilità dei diritti dei consumatori: il problema della vessatorietà della clausola arbitrale.

Se si prova a considerare lo sviluppo di un'azione di classe nel contesto del giudizio arbitrale, emergono subito una serie di interrogativi.

Un primo aspetto sul quale occorre soffermarsi riguarda il problema della vessatorietà della clausola arbitrale.

Ed infatti, la dottrina italiana⁹¹ si è a lungo soffermata sull'argomento della predetta abusività; argomento che inevitabilmente coinvolge i limiti all'applicabilità dello strumento arbitrale e, dunque, l'ambito di operatività della clausola che lo prevede, nelle controversie che coinvolgono i diritti dei consumatori.

Come si vedrà nelle pagine che seguono, la riflessione dottrinale circa la vessatorietà delle clausole contenute nei contratti per adesione ha certamente contribuito a generare quello stato di incertezza che, a differenza di quanto si registra negli Stati Uniti d'America, ha limitato l'utilizzo dello strumento dell'arbitrato,

⁹¹ MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.* 2006, 57 ss., in part. 66 ss.; GALLETTO, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA e VIGORITI, Torino, 733 ss.

precludendone i vantaggi nell'ambito della contrattazione "consumieristica"⁹².

Al riguardo, un primo punto da cui bisogna partire è la constatazione che probabilmente il nostro ordinamento si scontra irreparabilmente con una tradizionale forte prudenza attraverso la quale si è cercato di coordinare i potenziali vantaggi dell'arbitrato con l'esigenza di rafforzare le garanzie processuali nelle controversie tra consumatori e produttori⁹³.

Tale prudenza però non ha fatto altro che alimentare la convinzione secondo cui, in tale ambito, rivolgersi all'arbitrato anziché al giudice si tradurrebbe in un'automatica lesione dei diritti di difesa del contraente debole.

⁹² GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, in *Riv. arb.*, 2011, 127 ss

⁹³ MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.* 2006, p. 66.

3.1 Il quadro normativo di riferimento e le possibili vie interpretative.

In un ambito in cui il quadro normativo nazionale di riferimento si intreccia con la disciplina europea, la ragione preminente per la quale l'arbitrato non ha trovato terreno fertile nei contratti tra consumatori e professionisti risiede nella circostanza che il legislatore, nel recepire con la l. 6 febbraio 1995, n. 52 la direttiva europea n. 93/13/CEE⁹⁴, ha creato non poche incertezze e discrasie⁹⁵.

Da qui l'indeterminatezza della disposizione di cui all'art. 1469 bis, n. 18 c.c. che, a fronte di una direttiva europea che prevede un'abusività della clausola compromissoria con riferimento a quella forma di arbitrato "non disciplinato da disposizioni giuridiche"⁹⁶, attribuisce carattere di vessatorietà alle clausole che sanciscono "a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di imporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria".

⁹⁴ Dir. n. 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

⁹⁵ ZOPPIÈ, *Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi dai consumatori*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2012, p. 107.

⁹⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, p. 93, la quale osserva «l'interpretazione letterale della disposizione prova troppo: dovrebbe infatti ritenersi abusiva solo la clausola arbitrale che rinvii all'arbitrato irrituale e sempre che non si ritenga, com'è preferibile, che questa forma di arbitrato trovi la sua disciplina nella legge (art. 808 ter c.p.c.)».

La previsione contenuta nell'art. 1469 bis, n. 18 c.c. veniva integralmente trasposta nell'art. 33, comma 2, lett. t cod. cons., a scapito di qualsiasi riferimento all'arbitrato.

L'ordinamento italiano si sarebbe così adeguato alla suindicata direttiva europea; adeguamento che, a mio sommo avviso, non ha in alcun modo ottenuto i risultati sperati dal legislatore europeo, ma che anzi ha causato solo delle ritrosie nei confronti di uno strumento la cui previsione nella formazione del regolamento contrattuale, se realizzata in modo consapevole ed equilibrata, ritengo possa (e comunque avrebbe potuto già da tempo) assicurare le garanzie processuali minime necessarie alla sua massima efficienza⁹⁷.

Il problema che si pone, pertanto, è quello di stabilire se la mancata previsione nella nostra disciplina di quanto previsto dalla direttiva europea 93/13/CEE imponga di considerare *tout court* vessatoria la clausola compromissoria inserita nei contratti tra

⁹⁷ TROCKER, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori: quale ruolo per il giudice ordinario?*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 845 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento*, p. 56 ss. in part. 95; TOMMASEO, *Commento all'art. 1469 bis c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di ALPA e PATTI, Milano 2003, 617 ss., in part. 622; contra, però, 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.

consumatori e professionisti, oppure, quanto previsto dalla predetta direttiva possa valere quale monito per escluderne la vessatorietà.

E così, ad un primo orientamento⁹⁸ secondo cui nella locuzione «deroghe alla competenza giudiziaria» dovrebbero ricomprendersi tutte le deroghe alla giurisdizione, tanto che la clausola compromissoria contenuta nei contratti con i consumatori sarebbe nulla, se ne contrappone un altro per il quale⁹⁹, il fatto che il legislatore non abbia ritenuto di dover inserire la clausola arbitrale tra quelle ritenute vessatorie sarebbe la chiara dimostrazione di un *favor* verso l'arbitrato; secondo tale interpretazione le parti deciderebbero di devolvere la controversia agli arbitri, non in deroga alla competenza, ma in forza della possibilità riconosciuta dall'ordinamento di rinunciare alla domanda giudiziale.

⁹⁸ CIAN, *Il nuovo capo XIV bis del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 424 ss.; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 174; CECERE, *Sub art. 1469 bis, comma 3°*, in *La Nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di BARENGHI, Napoli, 1996, p. 87 ss.; LUCCHINI-GUASTALLA, *Commento all'art. 1469 bis*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 460 ss.; DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 26 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, cit., p. 228 ss.; VIGORITI, *Note su arbitrato e tutela di interessi minori nell'esperienza italiana e comparativa*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 445 ss.

⁹⁹ STANZIONE, *Clausole compromissorie, arbitrato e tutela dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, p. 1172.

Ritengo, però, che la corretta via interpretativa stia (come sempre) in mezzo; vi è, infatti, un terzo filone interpretativo¹⁰⁰ che, a mio sommesso avviso, valuta compiutamente alcuni elementi che consentono di non ritenere, automaticamente ed in via presuntiva, abusiva la clausola arbitrale inserita nei contratti con i consumatori.

E così, sulla base del presupposto secondo cui non esisterebbe una vessatorietà in astratto, l'abusività della clausola andrebbe «valutata a seconda del caso»; infatti, sempre secondo tale impostazione, «se l'arbitrato presenta sufficienti garanzie di tutela del consumatore, la previsione arbitrale deve ritenersi pienamente valida»¹⁰¹.

In pratica, ai fini dell'accertamento della vessatorietà, assume rilievo l'equilibrio normativo tra i diritti ed i doveri assunti dalle parti del contratto¹⁰².

Conseguentemente, assumerà rilevanza nel giudizio sulla vessatorietà lo squilibrio tra le posizioni attive e passive delle parti¹⁰³.

¹⁰⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, p. 94; BITONTI, *Class action arbitration: il no della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America*, in *Foro Padano*, 2014, p. 26; ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619 ss.; BARTOLOMUCCI, *Commento all'art. 140, Codice del Consumo*, coordinato da ALPA-ROSSI-CARLEO, Napoli, 2005, p. 819 ss.

¹⁰¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 94

¹⁰² BITONTI, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰³ BITONTI, *op. cit.*, p. 26.

Bisognerà pertanto valutare (e di conseguenza evitare, ai fini della configurabilità dello strumento della *class arbitration* nel nostro ordinamento), se l'inserimento di una clausola arbitrale in un contratto tra un professionista e un consumatore comporti uno squilibrio nei rapporti contrattuali, a scapito della parte contrattualmente debole¹⁰⁴.

In dottrina¹⁰⁵ è stato osservato, inoltre, come tale equilibrio contrattuale, che risponde all'esigenza di garantire l'effettiva consapevolezza da parte del consumatore nelle fasi della contrattazione, rappresenti la sintesi dei principi enucleati nella direttiva 2013/11/UE¹⁰⁶ del 23 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

In questa prospettiva, alla quale ritengo di dover aderire, al fine di attestare l'assenza di "significativo squilibrio", la clausola compromissoria da inserire nei contratti dovrà necessariamente ricalcare il paradigma della c.d. clausola compromissoria unilaterale, così come previsto dal Regolamento Consob di cui D. lgs. del 8

¹⁰⁴ BITONTI, op. cit., p. 26.

¹⁰⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., p. 94

¹⁰⁶ G. U. l. 165 del 18 giugno 2013, p. 64, DIRETTIVA 2013/11/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), recepita nel nostro ordinamento con D. lgs. 6 agosto 2015, n. 130, Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), in G.U. n.191 del 19-8-2015).

ottobre 2007, n. 179¹⁰⁷ ed essere, pertanto vincolante nei confronti del solo professionista, salvo il caso in cui la stessa non sia frutto di una trattativa privata tra le parti¹⁰⁸.

¹⁰⁷ "Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262", in G.U. n. 253 del 30.10.2007; il Capo I, rubricato "Procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob e sistema di indennizzo", prevede all'art. 6 «la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta».

¹⁰⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., p. 94, secondo l'autrice «la clausola compromissoria inserita nel contratto di consumo sarà da considerarsi vessatoria se l'arbitrato, che deve essere obbligatoriamente amministrato, non presenti le seguenti caratteristiche:

a) imparzialità ed indipendenza sia dell'ente amministratore sia dell'arbitro, attraverso la garanzia di professionalità e di un mandato di durata sufficiente ed irrevocabile, per evitare pressioni; in casi particolari poi è necessario che il tribunale arbitrale sia espressione paritetica delle categorie da cui provengono le parti;

b) trasparenza, intesa come conoscibilità e conseguente affidamento sulle regole procedurali (lingua, oralità o scrittura, criteri di giudizio, efficacia della decisione); intesa altresì come accesso pubblico ai dati sull'attività e suoi risultati dell'ente;

c) equità e contraddittorio; in particolare va assicurata la necessità che "le parti abbiano la possibilità, entro un periodo di tempo ragionevole, di esprimere la loro opinione, di ottenere dall'organismo *Adr* le argomentazioni, le prove, i documenti e i fatti presentati dall'altra parte, le eventuali dichiarazioni rilasciate e opinioni espresse da esperti e di poter esprimere osservazioni in merito" (testualmente la direttiva citata);

d) effettività della tutela, attraverso un arbitrato gratuito o con costi minimi e predeterminati per il consumatore; di breve durata; caratterizzato da un ruolo attivo del tribunale arbitrale per la ricerca della verità materiale, con la possibilità e non l'obbligo di un difensore; solo in alcuni casi deve essere consentito all'ente di rifiutare la gestione della lite;

e) rispetto delle norme sostanziali inderogabili dell'ordinamento in cui hanno residenza le parti»; secondo l'autrice inoltre «l'allegazione del regolamento arbitrale al contratto contenente la clausola arbitrale soddisferà il necessario dovere di

De iure condendo, anticipando ciò che verrà approfondito nelle pagine che seguono, si comprende come, mettendo assieme tutti gli elementi fino ad ora analizzati, nell'ottica di un eventuale arbitrato di classe, ritengo che sia possibile strutturare la clausola compromissoria da inserire nei contratti, sulla falsariga del modello ipotizzato per l'arbitrato individuale tra consumatore e professionista.

Ed infatti, sarebbe certamente possibile (come si vedrà in seguito), in primo luogo deferire agli arbitri l'azione di classe, con tutte le implicazioni derivanti dal procedimento individuato all'art. 140-*bis* cod. cons.; e secondariamente, al fine di evitare il significativo squilibrio tra le parti contraenti, imporre al vincolo derivante dalla clausola compromissoria solo al contraente forte, lasciando al consumatore la possibilità di far valere il proprio diritto nelle sedi giurisdizionali ordinarie «salvo il caso in cui egli aderisca a *class arbitration* avviata da altri»¹⁰⁹.

informazione del consumatore e consentirà l'avvio di un processo privato rispettoso dell'esigenza di tutela differenziata».

¹⁰⁹ BRIGUGLIO, *Class action arbitration in Italia*, in www.judicium.it, cit., nota n. 33, par. 3.

4. La deferibilità agli arbitri: la legittimazione ad agire.

Sgomberato il campo dalle questioni riguardanti i profili generali della possibile devoluzione agli arbitri delle controversie riguardanti i diritti dei consumatori, ritengo di poter affrontare la questione concernente la possibilità di avviare un arbitrato di classe, partendo da uno degli aspetti caratterizzanti la struttura dell'azione di classe e cioè la legittimazione ad agire¹¹⁰.

Ed infatti, con la riforma del 2009, che ha introdotto la legittimazione ad agire in forma collettiva, anche il singolo consumatore può intraprendere l'azione *ex art. 140-bis* cod. cons. in qualità di *class representative*, senza più imporre – come accadeva in passato – l'assistenza di una associazione rappresentativa degli interessi della classe.

Tale aspetto, che rappresenta uno dei profili di maggiore efficienza della *class action* americana, ha valorizzato il carattere disponibile della controversia fatta valere dal *class representative*, incrementandone, allo stesso tempo, le potenzialità¹¹¹.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Trib. Torino, ord. 4 giugno 2010, in *Foro it.* 2010, I, c. 2523 ss., con nota di LIBERTINI-MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2010, p. 882 ss.; App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, in *Foro it.* 2010, I, c. 3530 ss. con nota di ZUFFI, *La Corte d'appello di Torino conferma*

Mentre in passato, infatti, l'azione di classe assumeva un carattere che potremmo definire "spersonalizzato", che senz'altro valorizzava l'aspetto della tutela dell'interesse collettivo¹¹², l'introduzione di una legittimazione del singolo consumatore «sembra esaltare la portata dispositiva del diritto fatto valere dal *class representative* e renderne, in tal modo, pienamente ammissibile la compromettibilità»¹¹³.

La circostanza, infatti, che il singolo possa intraprendere l'iniziativa giurisdizionale sembra legittimare la possibilità per lo stesso consumatore di sottoscrivere un accordo che preveda la devoluzione ad arbitri di un'eventuale controversia che potrebbe in ogni caso azionare nelle sedi ordinarie, autonomamente ovvero attraverso l'azione di classe *ex art. 140-bis cod.cons.*,

Lo strumento, inoltre, non risulterebbe neppure in contrasto con il meccanismo delle adesioni, in quanto la scelta del *class member* di aderire all'arbitrato di classe non avrebbe bisogno di essere suffragata

l'inammissibilità della prima azione di classe, in *Corriere giur.* 2011, p. 519 ss.; Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, in *Resp. civ. prev.* 2011, p. 1096 ss.

¹¹² CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.* 2009, V, c. 383 ss.; DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 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».

¹¹³ GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, cit., p. 1003.

da tutte le formalità riguardanti la costituzione dell'organo arbitrale, non essendo lo stesso parte del giudizio; l'aderente, infatti, deciderebbe di aderire ad una preesistente iniziativa già delineata nei suoi termini essenziali, scegliendo di prenotare gli effetti che il lodo esplicherà nei confronti del suo diritto risarcitorio.

A ciò si aggiunga che, concordemente a quanto osservato in dottrina¹¹⁴, la suddetta considerazione non sembra contrastare con la competenza funzionale *ratione materiae* del giudice ordinario prevista dal comma 4° dell'art. 140-*bis* cod. cons.

Ed infatti, la suddetta previsione, non riguarda né la disponibilità del diritto, né la compromettibilità della controversia dal momento che, la stessa rappresenta un criterio di ripartizione della competenza tra i giudici ordinari¹¹⁵.

¹¹⁴ GABOARDI, op. cit.

¹¹⁵ Sulla transigibilità delle controversie devolute alla competenza funzionale del giudice ordinario, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 405 s.; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Verde, Torino 2005, p. 102).

5. L'interpretazione della clausola compromissoria.

E fin qui, *nulla quaestio*, l'astratta compromettibilità, farebbe sorgere solo ed unicamente a questo punto, il problema, in termini americani della clausola compromissoria *silent on class arbitration*.

Infatti, una volta appurato che la clausola compromissoria può avere rilevanza anche con riguardo all'azione di classe ex art. 140-*bis* cod. cons., conviene subito interrogarsi sulle implicazioni della mancata previsione della devoluzione all'arbitro di tale tipologia di procedimento.

Senz'altro l'argomento, al centro dell'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale statunitense, soffre delle implicazioni derivanti dal tradizionale "comune sentire" per il quale esaltare la portata precettiva della "clausola silente", sottraendo così al giudice la possibilità di decidere una controversia che abbia ad oggetto diritti dei consumatori, potrebbe considerarsi affermazione che sfocia nella vessatoria dal punto di vista della tutela effettiva del consumatore e della classe di appartenenza.

In realtà, la questione sembra di facile soluzione se analizzata *sic e simpliciter* dal punto di vista del nostro ordinamento giuridico.

Ritengo, infatti, che la soluzione debba essere ricercata attraverso l'analisi degli aspetti sia giuridici che logici della questione,

partendo dalla constatazione per cui è certo che l'assenza di indicazioni da parte del legislatore possa essere colmata in via interpretativa.

Oggi, infatti, la possibilità di dare impulso ad una azione di classe nelle forme procedurali dell'arbitrato, qualora la clausola sia silente, sembra avallata dal tenore dell'art. 808 *quater* c.p.c., laddove prevede che «la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie derivanti o comunque connesse»¹¹⁶.

Partendo da questo presupposto, *de iure condendo*, la norma, che potrei definire a funzione bivalente, potrebbe essere posta a presidio, da una lato, del consumatore, che intenda in qualità di *class representative* avviare un'azione di classe nelle forme dell'arbitrato e, dall'altra, dell'arbitro, a supporto della sua opera ermeneutica sulla portata precettiva della clausola compromissoria.

Più precisamente, posta la compromettibilità dei diritti di cui all'art. 140-*bis* cod. cons. e la possibilità di inserire nei contratti che coinvolgono diritti risarcitori dei consumatori clausole arbitrale che siano l'espressione dell'equilibrio contrattuale di cui sopra, la circostanza che dalla lettera dell'art. 808 *quater* c.p.c. emerga il

¹¹⁶ In questo senso, GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, cit., p. 1004; sulla norma v. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 57; LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 30; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808-quater c.p.c.*, cit., 190 ss.

riferimento alla presunzione che le parti abbiano inteso devolvere ad arbitri, nel silenzio del patto compromissorio, l'inezienza delle controversie nascenti dal contratto, sembra il *quid pluris* in grado di incentivare l'aggregazione e la formazione della classe, ma soprattutto legittimare il ruolo dell'arbitro riconoscendo alla stesso ampi poteri interpretativi riguardo alla clausola compromissoria accedente a quel determinato contratto.

Tale ultimo assunto trova la sua ragion d'essere nella considerazione che, se si combina il precetto normativo summenzionato con il rilievo che l'arbitrato costituisce una forma di tutela autonoma ed alternativa a quella ordinaria, che promana dall'autonomia che l'ordinamento riconosce alle parti¹¹⁷, sembra potersi riconoscere all'arbitro un ampio potere di interpretazione e 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.

Ritengo infatti, che il predetto potere attribuito all'arbitro sia frutto della tendenziale e progressiva equivalenza di funzioni e di

¹¹⁷ L'autonomia delle parti, infatti, è ciò che caratterizza il procedimento arbitrale rispetto al giudizio ordinario di cognizione. Tale caratteristica trova la sua massima espressione nel compromesso, contratto con il quale le parti scelgono di devolvere la controversia agli arbitri.

contenuti che il legislatore ha riconosciuto all'arbitrato rispetto al procedimento ordinario di cognizione, da cui ha mutuato la forma, gli schemi e le caratteristiche più significative per attribuire allo stesso massima autonomia e indipendenza.

In buona sostanza, il legislatore ha riconosciuto che i due sistemi si pongono tra loro in rapporto di alternatività.

E qui, mi siano consentite alcune considerazioni sulla natura e la funzione dell'arbitrato espresse in un mio precedente scritto¹¹⁸.

«L'ormai assodata funzione sostitutiva dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione ordinaria, quale strumento alternativo che si accosta al giudizio civile di cognizione, fa sì che l'unica differenza di rilievo rispetto al modello procedimentale offerto dalle regole ordinarie si riduca alla diversità del soggetto chiamato a compiere il giudizio.

Ciò che si vuole chiarire, per quel che maggiormente rileva in questa sede, è che, al di là del potere dispositivo delle parti, l'arbitrato rimane pur sempre un processo, ciò in quanto il processo « può realizzarsi anche all'interno di altri fenomeni»¹¹⁹. Ed infatti, se è vero che l'accordo compromissorio persegue il diretto scopo di sottrarre

¹¹⁸ Nel testo sono integralmente riportate alcune considerazioni svolte in relazione alla natura del procedimento arbitrale, COMBERIATI, *Procedimento arbitrale e applicabilità della disciplina riguardante la procura ad litem*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, p. 816-818.

¹¹⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., p. 28.

alla giurisdizione civile ordinaria la composizione delle liti, affidandola agli arbitri, l'essenza dell'istituto risiede proprio nella volontà di sostituire la potestà giurisdizionale dello Stato¹²⁰. Senz'altro le parti, ricorrendo — per comune scelta — all'ausilio dei privati, operano una deroga alla giurisdizione¹²¹, ma ciò attraverso la scelta di uno strumento alternativo, dotato di proprie e peculiari regole procedurali che in parte sostituiscono, ma in parte recepiscono, il modello normativo offerto dal giudizio ordinario, del quale impongono in ogni caso il rispetto dei principi più sacri ed inviolabili (in primis il contraddittorio)¹²². L'esigenza del rispetto dell'ordine pubblico processuale conferma come l'*iter* di attività che forma il giudizio arbitrale rappresenti un «processo» che viene in rilievo proprio in relazione all'imprescindibilità dei suddetti principi,

¹²⁰ REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1964, p. 33 ss.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, pp. 178 e 179; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 1995, p. 35.

¹²¹In dottrina si parla di deroga alla giurisdizione: REDENTI, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino 1959, p. 89; FAZZALARI, voce *Arbitrato*, cit., p. 398 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 39.

¹²²CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., p. 887; ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 828; ID., *Principio del contraddittorio e nullità della sentenza arbitrale*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 22; FAZZALARI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 105; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 478; CECHELLA, *La disciplina*, cit., p. 219 ss.; MARENGO, *Lo svolgimento del processo*, cit., p. 301; ID., *Processo arbitrale*, cit., p. 131; OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, cit., p. 80; CORSINI, *Domanda di arbitrato: comunicazione ed effetti sostanziali*, in *Foro pad.*, 1996, p. 53. Principio che oggi trova la sua consacrazione nell'art. 829, comma 1°, n. 9, a norma del quale è ammessa l'impugnazione per nullità del lodo « se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio ».

nonostante lo stesso trovi la sua origine in un atto di autonomia privata. Non è un caso del resto che, l'antica, ma quanto mai attuale, diatriba tra le correnti giurisdizionalistiche¹²³ e contrattualistiche sulla natura dell'arbitrato trovi la sua soluzione proprio all'interno della «concezione bifasica» dell'istituto¹²⁴ che rappresenta la sintesi tra il momento contrattuale e quello effettuale¹²⁵; laddove, il primo si pone quale condizione di esistenza e di ammissibilità dell'istituto¹²⁶ ed il secondo quale presupposto per il suo “emanciparsi dalla matrice di

¹²³LEVONI, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano, 1985, p. 78; MONTELEONE, *Il nuovo regime giuridico dei lodi arbitrali rituali*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 552; LATTANZI, *L'impugnativa per nullità dell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, p. 55; SCHITTEROTTO, *Dell'arbitrato*, Torino, 1988, p. 62 ss.; NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizionale*, Milano, 1990, p. 25; RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato interno*, Padova, 1991, p. 25; TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 459; ID., *Conflitti tra lodi arbitrale e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 631 ss.; VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria ordinaria*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 273; BOVE, *Note*, cit., p. 735; E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge di riforma 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 635 ss.; ID., *Sull'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, *Riv. trim. proc. civ.*, 1994, p. 809; ID., *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Sull'arbitrato*, cit., p. 699; VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 14 ss.; CAVALLINI, *Giovanni Verde e l'arbitrato*, in *Sull'arbitrato*, cit., p. 179 ss.

¹²⁴BERLINGUER,, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 32; RUFFINIMARINELLI, *Le Sezioni unite*, cit., p. 56; BIAVATI, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in *Sull'arbitrato*, cit., p. 57 ss.

¹²⁵BERLINGUER, op. loc. cit.

¹²⁶Sull'ampio problema della costituzionalità dell'arbitrato: D'ANGELI, *L'arbitrato convenzionale e imposto. Facoltativo ed inverso*, Torino, 1996, p. 57; FAZZALARI, *Contro l'arbitrato obbligatorio*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 215 ss.

contratto per assumere una dimensione di tipicità processuale all'interno del sistema della giustizia dello Stato»¹²⁷»¹²⁸.

Ciò detto, risulta evidente che, se si intende l'arbitrato in questi termini e si considera che «l'azione di classe rappresenta una forma di tutela essenziale per la salvaguardia delle posizioni deboli e che per tali ragioni rientra nel novero delle garanzie minime del consumatore, garanzie che l'ordinamento mette a sua disposizione»¹²⁹, non si comprende la ragione per la quale queste debbano ritenersi sottratte, allorché il consumatore abbia scelto coscientemente di rinunciare alla tutela ordinaria.

¹²⁷ BERLINGUER, op. cit., p. 33.

¹²⁸ COMBERIATI, op. cit., p. 816-818.

¹²⁹ GABOARDI, *Arbitrato*, cit., p. 1005.

6. L'invalidità della clausola compromissoria.

Da qui, e tenuto conto delle suddette considerazioni sull'arbitrato, ritengo che la clausola arbitrale silente non possa in alcun modo condurre all'esclusione della possibilità di poter avviare il nostro *class arbitration*.

Tale ultima considerazione è supportata da tutta una serie di constatazioni che partono dalla considerazione secondo cui, ai fini dell'ammissibilità dell'azione di classe nelle forme dell'arbitrato, il ruolo dell'arbitro assume importanza centrale, laddove lo stesso ha l'obbligo di interpretare rigorosamente la clausola compromissoria, valorizzando tutti gli elementi indicativi della volontà delle parti.

Ricollegandomi alle considerazioni svolte nel precedente paragrafo sulla portata della disposizione di cui all'art. 808 *quater* c.p.c., al fine di dimostrare la compiutezza di un sistema normativo che certamente potrebbe accogliere, senza particolari problemi, l'introduzione della tutela collettiva oggetto della presente trattazione, un'altra norma che potrei definire bilaterale dal punto di vista funzionale è l'art. 817 c.p.c.¹³⁰.

¹³⁰ L'art. 817 c.p.c: «se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza. Questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento. La

Appare interessante, invero, nel contesto interpretativo generale, analizzare il tenore letterale di una norma contenuta nel nostro codice di procedura civile e riguardante la cognizione arbitrale sulla invalidità dell'accordo compromissorio che costituisce il presupposto della stessa investitura.

Ritengo, infatti, che in un ipotetico arbitrato di classe, in cui la clausola sia silente quanto alla possibilità di devolvere alla cognizione arbitrale l'azione di classe, l'articolo in questione abbia la funzione preminente di tutelare il convenuto che ha la possibilità di sollevare l'eccezione di incompetenza sulla quale l'arbitro dovrà pronunciarsi, rivolgendo la sua valutazione sulla validità o meno della clausola arbitrale.

Ma ho parlato di doppia valenza funzionale, in quanto ritengo che, l'art. 817 c.p.c. rappresenti proprio il limite che l'ordinamento potrebbe riconoscere, nel futuro *class arbitration*, al potere che l'art. 808 *quater* c.p.c. riconosce all'arbitro sull'interpretazione della portata

parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile. La parte, che non eccepisce nel corso del procedimento arbitrale che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione d'arbitrato, non può, per questo motivo, impugnare il lodo»

del patto compromissorio. E ciò a tutela (ad eccezione di parte) del convenuto (professionista).

In passato, autorevole dottrina¹³¹ aveva negato la possibilità di considerare come presupposti processuali l'esistenza o la validità dell'accordo compromissorio.

La natura privatistica dell'arbitrato e soprattutto del compromesso induceva a ritenere come meramente privati i presupposti del giudizio arbitrale e conseguentemente ogni questione inerente ad essi.

Ciò portava ad escludere la possibilità per gli arbitri di conoscere dette questioni, tanto che in giurisprudenza si era sostenuto che, anteriormente alla costituzione del collegio arbitrale, la competenza a decidere della validità della convenzione spettasse ai giudici civili¹³².

Parte della dottrina aveva, inoltre, affermato che la cognizione degli arbitri sulla propria legittimazione a decidere dovesse arrestarsi

¹³¹ SATTÀ, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., p. 24 ss.

¹³² Cass. 7 aprile 1997, n. 3001; Cass. 8 luglio 1996, n.6205, in *Riv. arb.*, 1997, p. 325; Cass. 27 luglio 1957, n. 3167, in *Riv. dir .proc*, 1958, p. 244; Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur.it.*, 1951, I, 1, p. 154.

qualora il vizio di nullità incidesse specificatamente sulla clausola compromissoria¹³³.

Inoltre, attraverso il richiamo al vecchio testo dell'art. 819 c.p.c. autorevole dottrina¹³⁴ aveva sostenuto che la validità della convenzione arbitrale fosse una sorta di questione "pregiudizialissima" sottratta al giudizio degli arbitri, tale da determinare la necessaria sospensione del procedimento arbitrale e la rimessione all'autorità giudiziari quale unica competente a conoscerne.

Al riguardo, non appariva convincente il richiamo all'art. 819 c.p.c., non essendo la questione di invalidità del patto compromissorio ontologicamente sottratta per legge alla cognizione arbitrale¹³⁵ ed il potere di conoscerne da parte degli arbitri appariva soluzione più consona allo spirito del sistema, essendo l'accordo il presupposto della loro investitura.

Tale accordo, pur non essendo ancora produttivo di effetti propri della domanda giudiziale, si sarebbe già formato e perfezionato al momento della stipulazione¹³⁶, così costituendo, non solo il

¹³³ CARNELUTTI, Clausola compromissoria e competenza degli arbitri, cit., p. 332; BIAMONTI, Arbitrato, cit., p. 928; ZACCHEO, Contratto e clausole compromissoria, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 428; SALVANESCHI, sub. art. 808 c.p.c., in TARZIA-LUZZATTO-RICCI, cit., p. 32.

¹³⁴ REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 467.

¹³⁵ ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 855; LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 42-43;

¹³⁶ COLASANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso*, cit., p. 248.

presupposto della proponibilità della domanda arbitrale, ma anche del potere degli arbitri di giudicare sulla legittimità della propria investitura.

Inoltre, in dottrina e in giurisprudenza era diffusa l'opinione per la quale, anche agli arbitri come ai giudici ordinari spettasse il potere di giudicare sulla propria competenza. Da ciò deriva il potere di giudicare dell'invalidità del patto compromissorio, che di quella competenza costituisce il primo presupposto¹³⁷.

Tali considerazioni sono oggi accolte nel testo dell'art. 817 c.p.c. che riconduce esplicitamente nel concetto di "incompetenza" anche la contestazione dell'esistenza di una valida convenzione arbitrale.

Gli arbitri decidono sulla loro competenza, verificando in concreto la loro legittimazione.

Pertanto, la norma, enunciando «se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza», codifica il principio della *kompetenz-kompetenz*.

¹³⁷ COLASANTI, op.cit., p. 250 ss.

L'arbitro dovrà verificare se la convenzione arbitrale sia valida o meno, e, qualora non lo sia, ciò comporterà il venir meno della *potestas judicandi* e il subentrare della giurisdizione ordinaria.

6.1 Segue. Il ruolo dell'arbitro.

In buona sostanza, se si combina il precetto normativo sopra menzionato con la considerazione che, ai fini dell'ammissibilità dell'azione di classe nelle forme dell'arbitrato, l'arbitro avrebbe l'obbligo di interpretare rigorosamente la clausola compromissoria, proprio in ragione del silenzio serbato da quest'ultima, è evidente come l'attività ermeneutica dello stesso, soggetta a tutta una serie di valutazioni, potrebbe rappresentare la chiave di volta che consente di ammetterne o escluderne le possibilità operative a tutela della parte che potrebbe subire maggiore pregiudizio.

In dottrina, infatti è stato osservato come la questione rivesta centrale importanza in quanto «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»¹³⁸.

¹³⁸ GABOARDI, *Arbitrato*, cit., p. 1006, l'autore prosegue «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

Secondo tale interpretazione, la questione rileva, infatti, dal punto di vista della salvaguardia della volontà espressa dalle parti nella clausola compromissoria, che sarebbe garantita non tanto «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», ma «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"».

Tale impostazione, alla quale ritengo di aderire, mette in luce, infatti che, l'ammissibilità o meno del *class arbitration* non potrà assolutamente essere valutata facendo riferimento solo ed esclusivamente al dato formale, dal momento che, proseguendo in questa direzione si «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

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».

i class members ad un contratto standard, alla previsione di clausole arbitrali identiche in ciascun contratto»¹³⁹.

¹³⁹ GABOARDI, *Arbitrato*, cit., p. 1006.

CAPITOLO IV

LO SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO ARBITRALE COLLETTIVO

Sommario. – 1. La nomina arbitrale. – Segue. La clausola compromissoria. – Segue. La dichiarazione di adesione alla domanda dell'attore. – 2. Indisponibilità e ruolo del pubblico ministero. Segue. Le posizioni della dottrina. – 3. Azione di classe ed arbitrato: possibili vie interpretative.

1. La nomina arbitrale.

Al fine di inquadrare correttamente le problematiche sottese al tema che si intende analizzare nella presente sezione, è bene preliminarmente affrontare uno degli aspetti di maggiore interesse e cioè quello relativo alla nomina dell'arbitro o del collegio arbitrale¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Art. 810 c.p.c.: «Quando a norma del compromesso o della clausola compromissoria gli arbitri debbono essere nominati dalle parti, ciascuna di esse, con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, può rendere noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri. La parte, alla quale è rivolto l'invito, deve notificare, nei venti giorni successivi, le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati.

In mancanza, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato tale sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stato stipulato il compromesso o il contratto al quale si riferisce la clausola compromissoria oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma. Il presidente, sentita, quando occorre, l'altra parte, provvede con ordinanza non impugnabile.

Tale analisi si rivelerà di particolare importanza ai fini del presente studio in quanto consentirà di delineare, chiarire e forse anche legittimare, nell'ambito del futuro *class arbitration*, la posizione dell'aderente.

Prima di analizzare nello specifico il tema di cui sopra, credo sia opportuno chiarire, però, alcuni concetti che ritengo fondamentali per il proseguo della trattazione.

Posto, infatti, che la formazione del giudizio collettivo è la naturale conseguenza della proposizione della domanda di arbitrato da parte del *class representative*, è chiaro che, se da una parte la suddetta domanda persegue il diretto scopo di instaurare il giudizio arbitrale, allo stesso tempo sarà lo strumento atto a devolvere all'arbitro l'intera controversia.

In questo avvicinarsi di situazioni caratterizzate da consequenzialità, è importante sottolineare che entrambi i momenti rinvergono il proprio fondamento nella clausola compromissoria¹⁴¹.

La stessa disposizione si applica se la nomina di uno o più arbitri sia dal compromesso o dalla clausola compromissoria demandata all'autorità giudiziaria o se, essendo demandata a un terzo, questi non vi abbia provveduto».

¹⁴¹ In termini generali, la clausola compromissoria per arbitrato rituale è definita dalla legge come quella figura giuridica attraverso la quale «le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato» stabiliscono «che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri» (art. 808, primo comma, prima parte, c.p.c.). In definitiva, si afferma l'idea che nell'ordinamento italiano vigente il significato della locuzione «clausola compromissoria» sia quello di

Segue. La clausola compromissoria

Più precisamente, viste le peculiarità che l'arbitrato di classe verrebbe ad assumere, è evidente come il procedimento che, *de jure condendo*, si va delineando debba enucleare i principi che riguardano la generale disciplina prevista a tutela del consumatore nella formazione del contratto, l'azione di classe prevista dall'art. 140-*bis* cod. cons. e l'arbitrato inteso (si ribadisce) nella sua assodata funzione sostitutiva della giurisdizione ordinaria e, dunque, quale strumento alternativo che si accosta al giudizio civile di cognizione, dotato di proprie e peculiari regole procedurali che in parte sostituiscono, ma in parte recepiscono, il modello normativo offerto dal giudizio ordinario.

E così, come visto nel capitolo precedente, sarà in primo luogo necessario che il contenuto della clausola compromissoria sia conforme alla disciplina prevista al fine di evitare che questa si configuri come vessatoria.

Ed infatti, affinché la clausola possa superare il vaglio di censura previsto dall'art. 33 cod. cons., la stessa deve rappresentare la

accordo arbitrale avente ad oggetto le controversie nascenti da un contratto, sia attuali che future; Si veda in proposito, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 43, secondo cui « la convenzione arbitrale è quel contratto che costituisce in capo alle parti una situazione soggettiva composita, di carattere strumentale, tendente a tutelare un diritto o più diritti sostanziali, che può denominarsi processo arbitrale».

manifestazione di un equilibrio contrattuale tra le parti in mancanza del quale si connoterebbe come abusiva.

Ritengo, al riguardo che, la clausola compromissoria possa superare tale vaglio di non abusività qualora ovviamente abbia i requisiti descritti nel precedente capitolo (paragrafo 3.1. testo e note), sia ove devolva esplicitamente agli arbitri l'azione di classe, sia ove la stessa rimanga silente¹⁴².

Pare, insomma lecito concludere come l'unica condizione alla quale è sottoposta la validità dell'accordo compromissorio sia la necessità che lo stesso preveda la possibilità per il consumatore di scegliere alternativamente, in caso di conflitti, di devolvere ad arbitri

¹⁴² In senso difforme, BRIGUGLIO, *Class action arbitration in Italia*, in *www.judicium.it*, cit. par. 3, l'a. svolge delle interessanti considerazioni per le quali giunge alla conclusione «la clausola "silente" non avrà insomma valenza estensiva rispetto ad un giudizio e ad una forma di tutela che, per come puntualmente disciplinati dall'art. 140 bis (fase di ammissibilità inclusa), non sono ricomprensibili nel generico "tutte le controversie". Occorrerà che sia evidente la volontà dell'impresa da un lato e del consumatore o utente dall'altro di affidare agli arbitri, oltre alle liti puramente bilaterali derivanti dal contratto, anche una eventuale azione del consumatore o utente quale attore di classe e perciò aperta alle adesioni volontarie di altri membri della classe, ed al contempo di accettare effetti della decisione estesi agli eventuali aderenti; quel che gli aderenti accetteranno poi anch'essi, compromissoriamente e pur senza divenire parti del giudizio, con la adesione»; allo stesso tempo l'a. afferma che «nella convenzione arbitrale potranno invece ritenersi implicite da un canto la esclusione della possibilità per il consumatore compromittente della possibilità di agire davanti al AGO ex 140 bis (esclusione idonea – vista la identità sostanziale, anche se non formale, tra la tutela affidata agli arbitri e quella dettagliata dall'art. 140 bis - a conferire il maggior effetto utile possibile alla pattuizione compromissoria esplicita nei termini sopra detti)».

la controversia o azionare la macchina giudiziaria, individualmente o nelle forme di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.; possibilità di scelta che non varrebbe per il contraente forte, in quanto la clausola compromissoria sarebbe vincolante solo per quest'ultimo¹⁴³.

Sulla scia delle suddette considerazioni, l'unico problema che potrebbe presentarsi in una simile circostanza sarebbe quello di verificare l'ampiezza e la portata precettiva della clausola, potere che senz'altro oggi è affidato all'arbitro, atteso anche il contenuto delle norme di cui agli artt. 808-*quater* e 817 c.p.c., che senza dubbio aprono nuovi scenari in tema di arbitrabilità e massimizzano il ruolo dell'organo giudicante.

Ma il ruolo dell'arbitro verrebbe in rilievo relativamente ad un'altra questione connessa alla clausola compromissoria e cioè la possibilità che lo stesso diventi il vero "organizzatore" del procedimento arbitrale di classe, ai sensi e per gli effetti della norma di cui all'art. 816-*bis* c.p.c, e ciò a conferma della completezza di un sistema che ritengo possieda tutti gli elementi atti a garantire lo svolgimento dell'azione di classe nelle forme del procedimento arbitrale nel pieno rispetto dei principi processuali.

¹⁴³ Si rimanda per approfondimenti al paragrafo 3.1, laddove si parla di clausola compromissoria unilaterale, così come previsto dal Regolamento Consob di cui D. lgs. del 8 ottobre 2007, n. 179.

Posto, infatti, che l'autonomia delle parti è ciò che caratterizza il procedimento arbitrale rispetto al giudizio ordinario di cognizione, ciò trova la sua massima espressione (nell'arbitrato comune come nell'eventuale arbitrato di classe) nella clausola compromissoria, con la quale queste scelgono di devolvere la controversia agli arbitri¹⁴⁴.

Le parti, pertanto, ben potrebbero specificare nella stessa clausola compromissoria le regole secondo cui il giudizio arbitrale di classe debba svolgersi e, dunque, anche «ad esempio specificare le modalità di pubblicità concernenti l'iniziativa attorea al fine di sollecitare le adesioni o le stesse modalità formali delle adesioni»¹⁴⁵.

Del resto, che il giudizio arbitrale abbia «salde fondamenta nella scelta contrattuale»¹⁴⁶ è opinione comune, codificata nell'art. 816-*bis* c.p.c.¹⁴⁷, norma che, introdotta a seguito della riforma

¹⁴⁴ Per tutti GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 2.

¹⁴⁵ In senso difforme, BRIGUGLIO, *Class action arbitration in Italia*, in www.judicium.it, cit. par. 3,

¹⁴⁶ CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, 2008, p. 393.

¹⁴⁷ Su tale disposizione v. CARPI, *Libertà e vincoli*, op. cit., p. 400, secondo il quale « il comma 1° dell'art. 816 bis, che è una sorta di pout pourri di ingredienti diversi, a volte utili: dalle regole del processo, al rispetto del diritto di difesa, all'assistenza tecnica, ai poteri dei difensori, al luogo di notificazione del lodo e dell'impugnazione »; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 99; MARENGO, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 793 ss.; MANDRIOLI, *Le ultime riforme del processo civile*, Torino, 2006, p. 409 ss.; BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in www.judicium.it; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE e CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, 2006, p. 74 ss.;

intervenuta con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, prevede al comma 1° la possibilità per le parti di «stabilire nella convenzione arbitrale, o con atto scritto separato, purché anteriore all’inizio del giudizio arbitrale¹⁴⁸, le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento e la lingua dell’arbitrato».

Ma ciò non sempre potrebbe avvenire; le parti, infatti, potrebbero non provvedere a dettare le regole del procedimento. Se ciò dovesse accadere, ecco allora che ritengo come nel futuro *class arbitration* questo potere passi agli arbitri, i quali, in base all’odierno art. 816-*bis*, comma 1°, 2° parte, c.p.c. «hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell’arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare

LUISSO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, *sub art. 816-bis*, p. 284; OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in AA.VV., *Il nuovo processo arbitrale*, Milano, 2006, p. 70 ss.; TRISORIO LUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, p. 57 ss

¹⁴⁸Si discute cosa debba intendersi per « inizio del giudizio arbitrale ». Secondo una prima tesi, il momento ultimo sarebbe dato dall’accettazione degli arbitri: così CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 888; SATTA, *Comm. al cod. proc. civ.*, IV, Padova, 1971, p. 275; SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, Milano, 1988, p. 464; MIRABELLI-GIACOBBE, *Diritto dell’arbitrato. Nozioni generali*, Napoli, 1997, p. 59, rist. agg. alla l. n. 25 del 1994 ed alla l. n. 216 del 1995; secondo un’altra tesi, tale momento dovrebbe essere spostato alla prima riunione degli arbitri alla presenza delle parti: v. ANDRIOLI, *Comm. al cod. proc. civ.*, IV, Napoli, 1964, p. 824; DELLA PIETRA, *L’atto introduttivo e il procedimento arbitrale*, in *Dir. arb.*, a cura di Verde, Torino, 2005, p. 212; ad avviso di una terza tesi l’ultimo momento utile per le parti per fissare le regole del procedimento è costituito dalla notifica dell’atto introduttivo, che segna l’inizio del giudizio arbitrale: v. TRISORIO LUZZI, *La riforma della fase introduttiva*, cit., p. 60.-

il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa»¹⁴⁹.

Certamente, la portata di una tale disposizione, acquisterebbe un ruolo centrale, nel nostro futuro *class arbitration*, proprio in relazione alla fase di ammissibilità, atteso che la norma di cui all'art. 816-*bis* c.p.c, nella sua totalità, sembra adattarsi perfettamente alle peculiarità dell'azione di classe disciplinata dall'art. 140-*bis* cod cons., caratterizzata da un procedimento bifasico che potrebbe arrestarsi qualora non si ravvisino i presupposti di cui al comma 6^o¹⁵⁰.

I termini della questione non cambierebbero neppure nel caso di clausola silente, laddove il ruolo dell'arbitro si caratterizzerebbe, non

¹⁴⁹Secondo Cass., 13 luglio 1994, n. 6579, in Mass. Giust. civ., 1994, p. 957, il principio del contraddittorio è rispettato quando è « consentito alle parti il dialettico svolgimento delle rispettive deduzioni e controdeduzioni e la collaborazione nell'accertamento dei fatti o, in altri termini, di esporre i relativi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo, di presentare entro i termini prefissati, a norma dell'art. 816, comma 3^o, c.p.c., memorie, repliche e documenti, di conoscere in tempo utile le istanze richieste dalle parti »; nello stesso senso Cass., 16 maggio 2000, n. 6288, in Mass. Giust. civ., 2000, p. 1025, secondo cui « nel procedimento arbitrale l'esigenza del rispetto del principio del contraddittorio riceve specificazione nel senso che gli arbitri devono consentire alle parti di esporre i rispettivi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo, di presentare entro un termine prefissato memorie e repliche e di prendere visione in tempo utile delle istanze e delle richieste avversarie ». Sul principio del contraddittorio v. Cass., 27 ottobre 2004, n. 20828, in Foro it., 2005, I, c. 1768; Cass., 23 giugno 2000, n. 8540, in Mass. Giust. civ., 2000, p. 82; Cass., 12 aprile 2001, n. 5498, in Foro it., I, 2001, c. 2524; Cass., 1^o febbraio 2005, n. 1988, in Mass. Foro it., 2005, c. 1355.

¹⁵⁰ Per l'esame dei quali mi sia consentito rimandare al capitolo I.

solo per gli ampi poteri interpretativi sulla portata precettiva della clausola che accede al contratto, ma anche per quelli organizzativi.

In estrema sintesi, non vi è chi non veda come sia possibile che procedimento arbitrale si attagli perfettamente alla particolare procedura del giudizio di classe, trovando proprio nella fase di ammissibilità il punto di maggiore convergenza e, se vogliamo, efficienza.

Mi spiego meglio.

Gli arbitri, infatti, potrebbero trovarsi di fronte ad una clausola compromissoria che:

1) devolvendo esplicitamente alla cognizione arbitrale l'azione di classe, preveda le modalità di svolgimento del giudizio, con particolare riferimento ad esempio alla pubblicità riguardante l'iniziativa attorea e le formalità atte a regolamentare le adesioni; in una tale situazione, gli arbitri si troverebbero a dover effettuare una valutazione, *sic et simpliciter*, rispetto alle condizioni che riguardano: la non manifesta infondatezza della domanda, l'insussistenza di conflitti di interesse fra l'attore e la classe di consumatori e di utenti, la capacità dell'attore di curare gli interessi della classe e l'omogeneità dei diritti tutelabili alla stregua di tale azione. Riprendendo, le considerazioni svolte nella prima parte della trattazione, la valutazione

circa tale idoneità dovrà avvenire attraverso la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione che si concretizzano nella possibilità giuridica, nell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., e nella legittimazione ad agire;

2) devolvendo genericamente il giudizio di classe agli arbitri, non specifici le modalità attraverso cui regolamentare gli aspetti sia prodromici al giudizio, sia la successiva fase; sarà, pertanto, l'organo giudicante a doverlo fare, "organizzando" il procedimento, conseguentemente alla verifica delle condizioni di ammissibilità;

3) sia silente in merito alla possibilità di svolgere il giudizio collettivamente; in questi casi, gli arbitri si troverebbero di fronte ad una clausola "ampia", capace di allargare dal punto di vista sia oggettivo che funzionale la fase di ammissibilità; l'organo giudicante, infatti, sarà chiamato a svolgere una valutazione più ampia rispetto a quanto previsto dal comma 4° dell'art. 140-*bis* cod. cons. Non si tratterebbe, in buona sostanza, di verificare la sussistenza delle condizioni che consentono la certificazione di ammissibilità, così come esaminate, ma gli arbitri svolgerebbero un'incisiva attività che va dall'interpretazione del patto compromissorio in merito alla portata precettiva dello stesso, alla validità della clausola compromissoria, qualora il convenuto lo eccepisca; incisiva attività che, esplicandosi

anche dal punto di vista funzionale (per ciò che attiene l'organizzazione del procedimento del futuro class arbitration), troverebbe la sua base normativa nella disciplina dettata dal codice di procedura civile agli artt. 808 *quater*, 817 e 816 *bis*.

Segue. La dichiarazione di adesione alla domanda dell'attore.

Tralasciando per il momento la questione relativa all'intervento del pubblico ministero a cui sarà dedicata attenzione nel prossimo paragrafo, a questo punto l'analisi procederà in merito all'atto di adesione¹⁵¹.

Se, come abbiamo detto, la proposizione della domanda persegue il diretto scopo di instaurare il giudizio arbitrale, rappresentando il presupposto per l'investitura arbitrale, si potrebbe sostenere che, in quest'ultimo caso, anche la proposizione dell'atto di adesione rappresenti la faccia della stessa medaglia e ciò in quanto, con il medesimo il *class member*, non solo aderisce all'azione di classe, ma anche alla nomina arbitrale effettuata dal promotore¹⁵².

Ed infatti, ferme le considerazioni svolte nella prima parte della trattazione con riferimento alla natura giuridica dell'atto di adesione e

¹⁵¹ L'adesione dei *class members* dovrà avvenire entro centoventi giorni dalla scadenza del termine fissato per l'esecuzione degli oneri pubblicitari (art. 140 bis, comma 9°, lett. b, c.cons.).

¹⁵² GABOARDI, *Arbitrato*, cit., p. 1008, secondo cui «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».

dunque, che con tale atto¹⁵³ l'aderente non acquista né la qualità di parte¹⁵⁴, né di interventore (così come previsto espressamente dalla legge)¹⁵⁵, con lo stesso il *class member* «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”»¹⁵⁶.

Sembra, dunque, che il *class member*, aderendo alla domanda e ed al contenuto formale della stessa, aderisca solo ed esclusivamente alla nomina arbitrale, prenotando gli effetti positivi o negativi della decisione finale.

Una tale conclusione può dedursi giocoforza dalla circostanza che l'adesione non comporterà neppure l'estensione dei limiti

¹⁵³ Sulla natura giuridica dell'atto di adesione CONSOLO-ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 129 ss., spec. P. 137 laddove configurano l'atto di adesione come «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» ma vincola soltanto ai risultati del giudizio collettivo; CONSOLO, *Tutela giurisdizionale per «adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit., p. 1711 ss.; GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 599 ss.; PELLE, *Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1177 ss.

¹⁵⁴ DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 285 ss.

¹⁵⁵ 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., p. 713.

¹⁵⁶ GABOARDI, *Arbitrato*, cit., p. 1008.

oggettivi e soggettivi del patto compromissorio e del giudizio arbitrale, in quanto perfettamente coincidenti con il contenuto che *ab origine* verrebbe ad assumere la clausola compromissoria, sia che essa preveda esplicitamente la devoluzione agli arbitri del giudizio di classe, ovvero sia silente sul punto.

Ritengo, infatti, che ciò possa dedursi sia dal punto di vista sostanziale che strutturale.

Mi spiego meglio.

Dal punto di vista sostanziale in quanto, trattandosi di illeciti seriali, derivanti da contratti per adesione cui accedono clausole compromissorie identiche, gli stessi riguardino i soli diritti soggettivi risarcitori del gruppo di consumatori che rappresentano una “*class*” prima ancora che sorga il conflitto.

Mentre con il termine strutturale, intendo riferirmi all’azione di classe, che in caso di arbitrato, troverebbe la sua legittimazione nella clausola compromissoria che accede al singolo contratto e che si configurerebbe (già alla sua sottoscrizione) come accordo aperto alle adesioni, con le quali i *class members* aderiscono ad un’azione, che rimane unica ed appartiene all’attore.

Una clausola compromissoria in cui ogni utente/consumatore si configura come potenziale attore/promotore o come membro aderente,

espressione sia dell'autonomia contrattuale cui si avvalgono le parti nel devolvere agli arbitri la cognizione di una controversia caratterizzata dalla particolare struttura prevista all'art. 140-*bis* cod. cons. (e si spera di dagli artt. 840-*bis* ss. c.p.c.), ma anche di qualcosa di più.

Sembrerebbe, infatti, che il patto compromissorio così come già precedentemente strutturato e qui rappresentato, possa costituire l'espressione della dicotomia che caratterizza il suo ipotizzato contenuto e che nella logica della generale tutela accordata al consumatore permetta allo stesso di azionare il suo diritto in giudizio (sia arbitrale che ordinario) in qualità di attore collettivo o di prenotare gli effetti positivi o negativi della pronuncia, aderendo all'azione; ma che lascia allo stesso consumatore la scelta di far valere autonomamente il suo diritto in giudizio.

2. Indisponibilità e ruolo del pubblico ministero.

E si giunge ora all'argomento più dibattuto che se un lato *ictu oculi* escluderebbe la possibilità di deferire agli arbitri il giudizio *ex art. 140-bis* cod. cons., dall'altro, ritengo, possa aprire nuovi ed ulteriori scenari.

La questione prende le mosse dal contenuto del comma 5° dell'art. 140-*bis* cod. cons., laddove prevede che la domanda del *class representative* debba essere, obbligatoriamente notificata al pubblico ministero, il quale mantiene la facoltà di intervenire in giudizio anche se limitatamente alla fase di inammissibilità.

Come giustamente osservato in dottrina, la questione sottesa concernerebbe la compatibilità del giudizio di classe con l'arbitrato e nulla avrebbe a che vedere con la compromettibilità di cui all'art. 806 c.p.c.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Secondo BRIGUGLIO, *Class action arbitration in Italia*, in *www.judicium.it*, cit., par. 3: «Prescindendo qui dal se la previsione di un intervento necessario del P.M. sia, come taluni ritengono (v. ad es. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, I, 402), “sintomo” di indisponibilità e perciò di incompromettibilità (ciò che non credo: l'indisponibilità – da verificarsi caso per caso in relazione all'oggetto della controversia e perciò anche a quello delle controversie singolarmente individuate dall'art. 70, c. I, c.p.c. – o vi è o non vi è, senza bisogno di sintomi), è lo stesso coinvolgimento del P.M., quando espressamente voluto dal legislatore, che può rappresentare un limite speciale alla arbitrabilità diverso dalla indisponibilità (prospettiva questa cui altri hanno più volte fatto cenno). Che vi sia o no un tale limite ulteriore dipende allora dal modo in cui il legislatore configura il coinvolgimento del P.M. (e non di per sé dal carattere necessario o meno dell'intervento). E così il disposto dell'ultimo comma dell'art. 70

Non riguarderebbe l'oggetto, che resta compromettibile, ma il particolare atteggiarsi dell'azione di classe che, disciplinata dalla legge speciale di cui all'art. 140-*bis* cod. cons., prevede una prima fase di ammissibilità in cui l'intervento del pubblico ministero, ancorché facoltativo resta pur sempre possibile, visto l'obbligo di notifica.

Tale ultima previsione costituisce, pertanto, il principale deterrente alla possibilità di intraprendere un'azione collettiva nelle forme dell'arbitrato, non potendosi superare, come è stato avanzato in dottrina¹⁵⁸, la stessa assoluta incompatibilità ipotizzando che, qualora

non crea problemi perché la mera facoltà di intervento ad esclusiva iniziativa del P.M. che ravvisi sua sponte un pubblico interesse anche in causa avente ad oggetto diritti disponibili non può costituire limite di sorta all'arbitrabilità (ne deriverebbe assurdamente la preclusione della compromettibilità di qualunque controversia, in qualunque controversia essendo in astratto ravvisabile un pubblico interesse), e dunque la conclusione non può che essere quella inversa secondo cui l'intervento facoltativo ex art. 70, u.c. non è ovviamente esercitabile in arbitrato posta la radicale inconcepibilità di una adesione compromissoria anche ex post di una parte pubblica al giudizio arbitrale. Viceversa l'imposizione normativa di un obbligo di comunicazione o di notifica dell'atto introduttivo al P.M. rappresenta di per sé una modalità limitatrice della arbitrabilità, vuoi che essa sia funzionale (come accade secondo l'art. 71, c. I, c.p.c. all'esercizio dell'intervento necessario), vuoi che essa sia funzionale (come accade ex art. 140 bis, c. V, cod. cons.) all'esercizio di una mera facoltà di intervento, perché è il legislatore che determinatamente vuole, ed a priori, che il P.M. sia comunque obbligatoriamente coinvolto (pur quando lasci a lui la scelta se intervenire o meno). Il fatto poi che questo coinvolgimento, nel caso della azione di classe, si riferisca solo ed esclusivamente alla fase di ammissibilità, lascia aperto – vista la sicura disponibilità dei diritti in contesa – il discorso “intermedio”»

¹⁵⁸ In questo senso GABOARDI, op. cit. 1009.

il pubblico ministero decida di intervenire nella fase di ammissibilità, il giudizio si arresti per proseguire davanti al tribunale.

La circostanza, dunque, prevista dal comma 5° dell'art. 140-*bis*, pone i maggiori dubbi di adattabilità che, pur non trovando ostacoli nell'ipotesi di clausola silente e nella struttura complessa e articolata del procedimento, si scontra irreparabilmente con una previsione certamente dettata (non tanto da esigenze di carattere pubblicistico, quanto piuttosto) dall'esigenza di assicurare al pubblico ministero la possibilità di acquisire tempestive informazioni su rilievi penali¹⁵⁹.

¹⁵⁹ In questo senso CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 385; GIUSSANI, *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, cit. p. 375. Secondo GABOARDI, op. cit. 1009 «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. 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». 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»

Segue. Le posizioni della dottrina.

In dottrina si è spesso assimilato il concetto di indisponibilità del diritto all'iniziativa o all'intervento del pubblico ministero.

Ora, è bene preliminarmente chiarire che, per quel che riguarda la determinazione dei poteri che il pubblico ministero può spendere nel processo, si suole distinguere tra le controversie che egli stesso può proporre (p.m. agente) e quelle nelle quali può solo intervenire (p.m. interveniente).

Nelle prime il pubblico ministero ha tutti i poteri processuali che spettano alle parti sostanziali e li esercita nelle medesime forme a queste riservate. Nelle seconde, invece, si ritiene che il pubblico ministero sia titolare solamente di poteri allegativi ed istruttori.

Ai fini della nostra trattazione, nello specifico, l'orientamento maggioritario ritiene che nel caso di azione del pubblico ministero si possa certamente parlare di indisponibilità del diritto¹⁶⁰, mentre

¹⁶⁰ La dottrina più risalente MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1922, p. 53; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., pp. 74-76; LUISO, *Appunti di diritto processuale civile*, cit., p. 270 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 24. Altri hanno rilevato nella presenza del P.M., un impedimento tecnico insuperabile per l'arbitrato, LEVONI, *La pregiudizialità*, cit., p. 80; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 3; in senso contrario ANGHINA, *Appunti in tema di arbitrabilità delle controversie sulla validità dei brevetti per invenzione*, in *Riv. dir. ind.*, 1973 pp. 58-63 secondo cui «non c'è coincidenza tra controversie relative a diritti indisponibili e controversie da trattarsi con la partecipazione del Pubblico Ministero: lo stesso codice di procedura civile (art. 70) prevede la partecipazione del Pubblico Ministero in ogni causa in cui ravvisi un pubblico interesse, tali non

qualora si tratti di intervento, ciò non influisce sulla disponibilità del diritto¹⁶¹, ma sui limiti di esercizio dell'azione, comprimendone gli elementi della struttura¹⁶².

Ritengo però che i termini della questione debbano essere affrontati in una diversa prospettiva.

In dottrina è stato osservato, infatti, che il ruolo del pubblico ministero, sia esso di iniziativa o di intervento, non possa inibire le parti dalla possibilità di azionare un procedimento arbitrale che le stesse abbiano scelto quale strumento alternativo al giudizio ordinario di cognizione, e ciò in quanto «il solo parametro resta la disponibilità del diritto sostanziale sottostante»¹⁶³.

Tale impostazione, è basata sulla premessa secondo la quale, nel caso in cui l'iniziativa processuale appartenga al pubblico ministero,

potendo essere anche controversie tra privati relative a diritti disponibili; e, viceversa, non tutte le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili richiedono la presenza del Pubblico Ministero. Così ad esempio, tale intervento non è richiesto nei giudizi nei quali siano proposte azioni a tutela del diritto al nome o all'immagine»; nello stesso senso MARMO, *Questioni incidentali di nullità o decadenza di brevetto nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1956, I, c. 1626 commento a Cass., 3 ottobre 1956, n. 3329, AULETTA, *Commento agli artt. 35-37 d.lgs. n. 5/2003*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, Torino 2003, p. 336, ritiene che l'art. 34 del d.lg. n. 5 del 2003 abbia accresciuto l'area dell'inarbitrabilità per ragioni di non sindacabile opportunità legislativa; «dove la legge vuole il PM lì non può volere l'arbitrato»

¹⁶¹ VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, Bologna, 1970, p. 614; ANGHINA, *Appunti*, cit., p. 58 ss.; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 115 ss

¹⁶² VELLANI,, op. cit.

¹⁶³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 85.

la stessa situazione non inciderebbe sulla disponibilità del diritto, ma rappresenterebbe solo un'«alterazione» dell'azione che viene esercitata dal soggetto che non è titolare del diritto; circostanza che comunque vieterebbe di incidere sul diritto sostanziale, vista l'equiparazione del pubblico ministero alla parte¹⁶⁴.

L'assunto verrebbe confermato dalla soppressione dell'intervento dell'autorità requirente nell'ambito della proprietà industriale, atteso che l'art. 122 codice proprietà industriale prevede che «l'azione diretta ad ottenere la dichiarazione di decadenza o di nullità di un titolo di proprietà industriale può essere esercitata da chiunque vi abbia interesse e promossa d'ufficio dal pubblico ministero. In deroga all'articolo 70 del codice di procedura civile, l'intervento del pubblico ministero non è obbligatorio»¹⁶⁵.

La norma, infatti, così come riformata, dimostrerebbe che, pur essendo il pubblico ministero titolare del diritto all'azione, il suo ruolo sarebbe posto a tutela dell'esigenza di porre in essere un'iniziativa processuale in relazione ad una determinata situazione giuridica soggettiva.

¹⁶⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit.

¹⁶⁵ Comma così sostituito dall'art. 19, comma 3°, lett. a), L. 23 luglio 2009, n. 99.

In questa prospettiva, pare evidente come il legislatore lasci ampi margini di autonomia all'attore che, titolare anch'egli del diritto all'azione (come del resto lo è anche il pubblico ministero) ben certamente potrebbe avvalersi del giudizio arbitrale per l'esercizio dello stesso¹⁶⁶.

Per quanto concerne, invece, l'intervento, che rappresenta l'argomento che più riguarda da vicino la presente trattazione, ritengo che non si possa parlare né di indisponibilità del diritto, né di alterazione dell'azione; l'intervento, infatti, posto a tutela di interessi che abbiano una rilevanza pubblicistica, non può rappresentare un limite alla possibilità di intraprendere un giudizio arbitrale, laddove, come è stato osservato in dottrina, sarebbe richiesta unicamente una maggiore salvaguardia della ricerca della verità in situazioni

¹⁶⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., p. 86, che osserva come «la modifica è più significativa di quanto appaia. Se, infatti, il potere di azionare trae la sua ratio nel particolare rilievo che l'interesse pubblico riveste in certe materie, esso deve essere garantito per tutto l'arco del processo – anche in contrasto con le scelte difensive (specie probatorie) delle parti – sicché l'intervento obbligatorio nel processo instaurato ne costituisce corollario inevitabile. È difficile negare, in questo caso, che l'attore sia vincolato alla convenzione arbitrale che abbia sottoscritto. Si tratterà se mai di capire se, ove il privato abbia scelto l'arbitrato per l'azione di nullità, il pubblico ministero che voglia intraprendere l'iniziativa ne sia vincolato: la risposta dipende dall'inquadramento teorico del ruolo del pubblico ministero, se cioè sia un sostituto processuale (nel qual caso il patto compromissorio si estende) oppure sia titolare di un'azione autonoma (nel qual caso può iniziare la causa davanti al giudice, con tutte le complicazioni che derivano dall'identità della lite)»

delicate¹⁶⁷, come ad esempio le controversie che riguardano i consumatori.

Invero, che non si possa parlare di indisponibilità del diritto, credo, si ricavi in via di interpretativa, sulla base degli elementi normativi che l'ordinamento fornisce.

In primo luogo, si osservi che, in molte situazioni la legge non prevede l'intervento del pubblico ministero in quei procedimenti che abbiano ad oggetto diritti indisponibili ed in cui si ravvisano altresì interessi di natura pubblicistica. Ne sono l'emblema le cause relative al diritto al nome ed all'immagine¹⁶⁸.

Come del resto, sembra evidente che non vi sia nessuna correlazione tra la necessaria presenza del pubblico ministero e l'indisponibilità del diritto.

Basti, inoltre, osservare come recentemente si sia ridotta fortemente l'incidenza del ruolo del pubblico ministero nel processo civile, laddove, come previsto dall'art. 70 c.p.c., l'intervento nei giudizi dinnanzi alla Corte di Cassazione è previsto oggi nei soli casi stabiliti dalla legge¹⁶⁹.

¹⁶⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., p. 87.

¹⁶⁸ ANGHINA, *Appunti*

¹⁶⁹ Ai sensi dell'art. 70 c.p.c. il pubblico ministero "deve intervenire nelle cause davanti alla corte di cassazione nei casi stabiliti dalla legge", mentre l'art. 76 dell'ordinamento giudiziario (regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come

A ciò si aggiunga che, interessante appare osservare il contenuto dell'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003, nel quale il legislatore per la prima volta sottrae alla cognizione degli arbitri le controversie nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio dell'autorità requirente.

Ed infatti, pare potersi sostenere che, se il binomio ruolo del p.m./indisponibilità fosse basato su salde fondamenta normative, probabilmente non si sarebbe avvertita la necessità di inserire una tale previsione all'interno di una norma.

Ma credo che il dato dirompente sia rappresentato da un altro e differente elemento; partendo, infatti, dal presupposto per il quale il giudizio arbitrale sia perfettamente sovrapponibile al processo ordinario di cognizione, in quanto in grado di garantirne i principi fondamentali a tutela delle parti, si possa giungere alla conclusione che la funzione pubblicistica del ruolo del pubblico ministero e l'arbitrato siano due universi tra cui si può certamente stabilire una

modificato dal decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98) prevede ora, al primo comma, che: "Il pubblico ministero presso la Corte di cassazione interviene e conclude: (...) b) in tutte le udienze dinanzi alle Sezioni unite civili e nelle udienze pubbliche dinanzi alle sezioni semplici della Corte di cassazione, ad eccezione di quelle che si svolgono dinanzi alla sezione di cui all'articolo 376, primo comma, primo periodo, del codice di procedura civile" e, al secondo comma, che "il pubblico ministero presso la Corte di cassazione redige requisitorie scritte nei casi stabiliti dalla legge" (art. 380 ter c.p.c.).

connessione o, come acutamente osservato i due mondi «possono comunicare tra loro, come dimostrano i recenti sviluppi in tema di *translatio iudicii*: la commistione tra attività e intervento del pubblico ministero è oggi sancita dalla nuova disciplina sulla negoziazione assistita in materia familiare»¹⁷⁰.

¹⁷⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., p. 87, l'a., partendo dal presupposto che il giudizio arbitrale offra tutte le garanzie fondamentali al pari del giudizio ordinario, con riferimento al ruolo del pubblico ministero, parla di "adattabilità alle regole processuali", quando ovviamente il diritto è compromettibile; l'a., infatti, sostiene che «l'art. 70 c.p.c, quando parla di "cause" non specifica che debba trattarsi di procedimento pendenti davanti all'autorità giudiziaria: d'altro canto l'art. 816-quinquies ammette l'intervento volontario del litisconsorte necessario questa accezione può comprendere in senso lato ogni soggetto che debba obbligatoriamente partecipare al processo, a prescindere da ragioni sostanziali. Non è neppure da escludere, almeno in principio, l'applicabilità, questa volta in via analogica, della comunicazione degli atti da parte degli arbitri, ex art. 71 c.p.c.».

3. Azione di classe ed arbitrato: possibili vie interpretative.

Chiarita la posizione del pubblico ministero all'interno del processo civile e l'impatto che lo stesso potrebbe avere nell'ambito del giudizio arbitrale, rimane da esaminare la possibile collocazione dello stesso all'interno del nostro futuro *class arbitration*.

Vista la rilevanza della problematica sopra descritta, la dottrina¹⁷¹ che più recentemente si è occupata della questione ha cercato di superare l'incompatibilità dovuta all'intervento del pubblico ministero, fornendo una soluzione interpretativa fondata sui principi generali del nostro ordinamento e non strettamente connessa alla disciplina speciale contenuta nell'art. 140-*bis* cod.cons.¹⁷².

Ed infatti, è stato sostenuto che le parti compromittenti potrebbero rinunciare alla fase di ammissibilità e ciò, partendo dalla considerazione secondo cui la stessa, così come prevista dall'art. 140-*bis* cod. cons rappresenta esclusivamente un filtro immaginario.

Tale filtro, posto a presidio sia del convenuto, al fine di scongiurare azioni di classe pretestuose, che dei consumatori, i quali

¹⁷¹ BRIGUGLIO, *Class Action Arbitration in Italia*, in www.judicium.it.

¹⁷² BRIGUGLIO, op. cit., secondo cui «è la stessa previsione di una fase di ammissibilità connotata dalla doverosa notifica dell'atto introduttivo al p.m. e della opportunità concessa a questi di intervenire in tale fase a risultare radicalmente inconciliabile con l'arbitrato»; per la posizione dell'autore circa il binomio intervento del p.m./indisponibilità, si rimanda alla nota n. 19.

potrebbero vedersi rigettare nel merito la domanda con la conseguente preclusione di altra successiva azione di classe coincidente, non rappresenterebbe, pertanto, «usbergo di schietto ordine pubblico e protettivo in primo luogo di interessi superindividuali»¹⁷³.

In tal modo, secondo tale orientamento, le parti compromittenti sarebbero libere di rinunciare alla fase di ammissibilità «come rinunciano, per ciò stesso che compromettono in arbitri, ad altre forme o fasi del giudizio *coram iudicem* (il doppio grado di merito, le pronunce monitorie in assenza di contraddittorio ecc...), fermo ed inalterato l'ambito dei diritti soggettivi la cui tutela sia stata legittimamente, dal punto di vista della disponibilità e perciò della astratta compromettibilità, sottratta al giudice e devoluta agli arbitri»¹⁷⁴.

Attraverso tale interpretazione sarebbe, inoltre, possibile deferire ad arbitri un'azione di classe che non prescinderebbe dalla struttura prevista dall'art. 140- *bis* cod. cons., ma farebbe solo a meno della fase filtro posta a salvaguardia delle parti.

Le parti, in ragione dell'autonomia che caratterizza il procedimento arbitrale rispetto al giudizio ordinario di cognizione

¹⁷³ BRIGUGLIO, op. cit.

¹⁷⁴ BRIGUGLIO, *Class Action Arbitration*, cit. p. 9

potrebbero esplicitare tale volontà nella clausola compromissoria con la quale scelgono di devolvere la controversia agli arbitri.

Da qui importanti ripercussioni riguardanti la clausola silente, la quale non potrà essere estesa in via interpretativa “a tutte le controversie” sulla base del dettato codicistico di cui all’art. 808-*quater* c.p.c, dal momento che la convenzione di arbitrato dovrà fare riferimento esplicito al giudizio di classe.

Pertanto, le parti, secondo tale impostazione, sarebbero libere di devolvere ad arbitri, non solo le liti bilaterali, ma potrebbero esplicitare nella clausola compromissoria la volontà di devolvere un’azione di classe aperta alle adesioni volontarie e, dunque, escludere implicitamente la possibilità per il consumatore compromittente di agire davanti al tribunale ex 140-*bis* c.p.c.¹⁷⁵.

Tale impostazione, che potremmo definire “intermedia”, a mio sommo avviso, si scontra con due limiti importanti.

¹⁷⁵ BRIGUGLIO, op. cit. secondo cui «nella convenzione arbitrale potranno invece ritenersi implicite da un canto la esclusione della possibilità per il consumatore compromittente della possibilità di agire davanti al AGO ex 140 bis (esclusione idonea – vista la identità sostanziale, anche se non formale, tra la tutela affidata agli arbitri e quella dettagliata dall’art. 140 bis - a conferire il maggior effetto utile possibile alla pattuizione compromissoria esplicita nei termini sopra detti); d’altro canto l’affidamento agli arbitri (rilevante ex art. 816 bis, c.p.c.) del compito di organizzare il class arbitration, per quanto di ragione e per quanto non ulteriormente previsto dall’accordo compromissorio²⁸, sulla base del residuo paradigma dell’art. 140 bis».

In primo luogo, ritengo che sminuisca la funzione della fase di ammissibilità che, a prescindere dal ruolo del pubblico ministero, risulta un passaggio procedimentale indispensabile, proprio per le caratteristiche che assume il vaglio che l'organo giudicante andrà a svolgere sulle condizioni di ammissibilità.

Basti pensare all'importanza centrale che la stessa assume nel *class action* e nello stesso *class arbitration* statunitense.

Ma vi è più, se, come prospettato dalla suddetta dottrina, tale fase dovesse essere relegata ad un ruolo marginale all'interno del giudizio arbitrale di classe, è evidente come verrebbe meno la stessa funzione dell'azione collettiva; infatti, «la pendenza del *class arbitration* ed il lodo che lo definisca non potranno in ogni caso spiegare l'effetto preclusivo rispetto alle altre azioni di classe (per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa) stabilito dall'art. 140 bis, c. XIV, né sarà concepibile davanti agli arbitri la riunione di altre azioni di classe non fondate su di una apposita volontà compromissoria»¹⁷⁶; circostanza del resto ammessa dalla stessa dottrina che sostiene tale impostazione.

In secondo luogo, l'impostazione non tiene in debita considerazione come sostenere che non possa trovare spazio la

¹⁷⁶ BRIGUGLIO, op. cit.

clausola silente ed ammettere che il patto compromissorio possa escludere anche implicitamente la possibilità di agire in giudizio ai sensi dell'art. 140-*bis* cod. cons., potrebbe far sorgere dubbi circa la vessatorietà dello stesso.

A tale impostazione “intermedia” se ne contrappone un'altra che, invece, lascia inalterato il paradigma procedimentale di cui all'art. 140-*bis* c.p.c.¹⁷⁷, sulla base del presupposto che, non essendo obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, la materia oggetto della controversia sarebbe sottratta all'area della non compromettibilità; l'intervento facoltativo del pubblico ministero,

¹⁷⁷ GABOARDI, *Arbitrato*, cit., p. 1009 secondo cui «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. Ma, se ciò 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». 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».

posto unicamente a presidio di un mero interesse pubblico, sarebbe facilmente superabile, dal momento che la finalità cui tale intervento è finalizzato sarebbe «tutt'affatto che peculiare – e, per dir così, avulsa dal merito della cognizione – che persegue una tale partecipazione (destinata, come detto, alla acquisizione di notitiae criminis)»¹⁷⁸.

Pertanto, secondo tale interpretazione, una volta intrapreso, le sorti dell'arbitrato di classe dipenderebbero dalla scelta del pubblico ministero di intervenire.

Tale interpretazione, alla quale ritengo di non poter aderire, quantomeno per le premesse attraverso cui giunge a siffatte conclusioni, ha però il merito di aprire uno spiraglio, come prospettato dalla dottrina, alla possibilità di mettere in comunicazione due mondi apparentemente diversi: la giurisdizione privata e la giurisdizione pubblica¹⁷⁹.

Ciò troverebbe già un precedente sulla base di quanto oggi stabilito dalla disciplina per la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio¹⁸⁰, laddove è attribuito un ruolo al pubblico ministero sia in assenza che in presenza di figli minori o di figli

¹⁷⁸ GABOARDI, op. cit.

¹⁷⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 87.

¹⁸⁰ Con il D.L. 12.09.2014, convertito con modificazioni dalla legge 10.11.2014, n 162, sono state introdotti dal legislatore alcuni strumenti alternativi alla definizione contenziosa delle controversie con lo scopo di decongestionare il carico di lavoro dei tribunali.

maggioresni, incapaci, portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

A prescindere dalle valutazioni in merito all'atteggiarsi del ruolo del pubblico ministero e a ciò che troverebbe spazio nel patto compromissorio qualora si volesse ipotizzare la devoluzione ad arbitri di tali tipologie di controversie¹⁸¹, nel primo caso, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è sottoposto al vaglio del procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, se non ravvisa irregolarità comunica il nullaosta agli avvocati.

Nel secondo caso, invece, il pubblico ministero, cui va trasmesso l'accordo concluso entro 10 giorni, lo autorizza solo se lo stesso è rispondente all'interesse dei figli. Qualora, al contrario, il procuratore ritenga che l'accordo non corrisponda agli interessi della prole, lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, il quale, nel termine massimo di trenta giorni, dispone la comparizione delle parti, provvedendo senza ritardo.

Sulla base di un tale paradigma, infatti, potrebbe ipotizzarsi che la domanda di arbitrato venga notificata al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente. Ed è qui che l'autorità

¹⁸¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 97-102.

requirente svolgerà un vaglio di ammissibilità che potrà condurlo, anche sulla base delle difese dell'attore proponente, a decidere di non intervenire ovvero a valutare come necessario il suo intervento.

Evidente è che, nel primo caso, l'arbitrato potrà proseguire; se non altro si svolgerà davanti agli arbitri quella fase di ammissibilità, nella quale verrà effettuata una valutazione circa le condizioni previste dall'art. 140-*bis*, comma 6°, cod. cons.

Diversamente, laddove il pubblico ministero ravvisi la necessità di intervenire.

Ecco allora che, credo, a questo punto di poter spingere oltre le mie considerazioni rispetto alla seconda delle impostazioni menzionate nel presente paragrafo.

Ritengo, infatti, che ammettere come possibile l'avvio di un giudizio arbitrale di classe rappresenti una scelta di campo in virtù della quale lo strumento debba necessariamente essere valutato alla stregua del giudizio ordinario, senza interpretazioni che si pongano a metà strada tra la possibilità di devolvere agli arbitri l'azione di classe e la necessità di interrompere il giudizio privato nel caso in cui il pubblico ministero, ravvisando un interesse di rilevanza pubblicistica

(*notitia criminis*), ritenga di dover intervenire, a favore di un giudizio ordinario¹⁸².

L'interpretazione che si va perorando trae spunto dalle considerazioni della più attenta dottrina in relazione al combinato disposto di cui agli artt. 70 e 816-*quinquies* c.p.c.¹⁸³.

Ed infatti, se è vero che il pubblico ministero può valutare l'opportunità o meno del suo intervento ogni volta in cui ravvisi l'interesse pubblico ed, in caso di valutazione positiva, la sua posizione coinciderà con quella di interventore necessario, è pur vero che la norma di cui all'art. 70 c.p.c, con la locuzione "causa" non fa menzione della circostanza che tale intervento debba avvenire in un procedimento dinnanzi alla giurisdizione ordinaria.

Se si ammette, pertanto, che ciò possa avvenire anche nel giudizio arbitrale, è agevole notare che la stessa possibilità dipenderà dal ruolo che si attribuirà al pubblico ministero, anche sulla base di un'interpretazione estensiva delle norme che concorrono a disciplinare lo stesso processo privato.

¹⁸² GABOARDI, op. cit. p. 1009, il quale ipotizza dal 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 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».

¹⁸³ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., p. 87.

E così, ritengo che vi sia una disposizione che se letta unitamente al contenuto dell'art. 70 c.p.c., come sopra interpretato, possa attribuire legittimazione all'intervento del pubblico ministero; si tratta della disposizione di cui all'art. 816-*quinquies* c.p.c. che, prevedendo l'intervento in arbitrato del litisconsorte necessario, sembra poter offrire spunti di riflessione circa la possibilità di inquadrare il ruolo dell'autorità requirente alla stregua di tale ultima figura, come soggetto che obbligatoriamente debba intervenire in giudizio, a prescindere dalla titolarità del diritto soggettivo.

Non so quanto il nostro sistema giuridico sia abbastanza maturo per poter prevedere una simile possibilità, ritengo però, che sia compito della comunità scientifica offrire tutte le possibili soluzioni atte a potenziare uno strumento cui indubbiamente attribuire natura giurisdizionale e che alla stregua del processo dinnanzi ai giudici statali è in grado di offrire tutte le garanzie fondamentali.

Diversamente opinando, per quel che maggiormente rileva in questa sede, si dovrà ritenere che, il giudizio di classe, avviato davanti ad arbitri dovrà arrestarsi, qualora il pubblico ministero ravvisi la necessità di dover intervenire; lo stesso proseguirà davanti all'autorità statale, quantomeno in relazione alla fase di ammissibilità, con l'unica

possibilità per i comprommittenti di poter devolvere ai giudici privati
la fase successiva.

Conclusioni

In un contesto così delineato appare, dunque, evidente come la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento lo strumento del *class action arbitration* poggi su di un'esegesi che senz'altro trova un riscontro univoco sul piano normativo.

Come dimostrato nelle pagine che precedono, l'inversione di rotta effettuata dal legislatore circa l'introduzione dello strumento innovativo previsto dall'art. 140-*bis* c.p.c., nonostante tutte le problematiche connesse alla sua applicabilità e le prospettive di riforma, sembra conciliabile con la normativa prevista dal codice di rito per l'arbitrato.

Ed infatti, se come viene sostenuto nella presente trattazione, il giudizio arbitrale persegue il diretto scopo di sottrarre alla giustizia statale la risoluzione delle controversie, accostandosi ad essa ed al pari garantendone tutti i diritti più sacri e inviolabili, non vi è ragione di credere che, sulla base di questi presupposti, se ne possa escludere l'applicabilità al giudizio collettivo.

Senz'altro, infatti, il quadro normativo di riferimento sembra operare una deroga alla tradizionale impostazione che, se da un lato vede il processo civile funzionalmente orientato alla tutela dei diritti e degli interessi dei singoli, dall'altro ritiene vessatorie la clausole

compromissorie inserite nei contratti per adesione e reputa inconciliabile il ruolo del p.m. con il giudizio privato.

La ricerca si è proposta, pertanto, di sdoganare tale impostazione e dimostrare come sia possibile un'inversione di tendenza, partendo proprio dall'esame dell'azione di classe così come prevista all'art. 140-*bis* cod. cons.

Lo scopo è stato quello di individuare dei correttivi, sulla base anche delle prospettive di riforma e ciò al fine di rendere lo strumento maggiormente efficace.

Conseguentemente, avvalendomi dell'esperienza statunitense in materia di arbitrato di classe ho cercato di adattare la suddetta disciplina alla normativa contenuta nel codice di rito.

Per tali ragioni, al fine di condurre l'indagine in merito alla concreta possibilità di devolvere agli arbitri un giudizio collettivo, ho ritenuto opportuno dapprima sgomberare il campo dai dubbi legati alla compromettibilità dei diritti dei consumatori (argomento che ho definito teorico-introdotivo, dal momento che la compromettibilità dei diritti in oggetto sembra rappresentare uno dei punti a favore del *class arbitration*) ed alla vessatorietà della clausola arbitrale nei contratti tra consumatore e professionista.

A tale ultimo riguardo, il punto da cui sono partita è stata la constatazione che, sulla base di una tradizionale prudenza, l'esigenza di rafforzare le garanzie processuali nelle controversie tra consumatori e produttori abbia assunto notevole rilievo a scapito dei potenziali vantaggi del giudizio arbitrale. E' stato, quindi, messo in evidenza come i limiti generalmente individuati dipendano principalmente dalle incertezze e dalle discrasie create dal legislatore nel recepire, con la l. 6 febbraio 1995, n. 52, la direttiva europea n. 93/13/CEE.

Il problema che si è posto è stato quello di stabilire se la mancata previsione nella nostra disciplina di quanto previsto dalla direttiva europea 93/13/CEE imponga di considerare *tout court* vessatoria la clausola compromissoria inserita nei contratti tra consumatori e professionisti.

E così, sulla base del presupposto secondo cui non esisterebbe una vessatorietà in astratto, è stato osservato come l'equilibrio contrattuale di cui la clausola deve necessariamente essere espressione, al fine di escluderne l'abusività, debba rispondere all'esigenza di garantire un'effettiva consapevolezza da parte del consumatore nelle fasi della contrattazione; tale interpretazione rappresenta la sintesi dei principi enucleati nella direttiva 2013/11/UE

del 23 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

In questa prospettiva ho sostenuto che il possibile contenuto della clausola compromissoria, al fine di attestare l'assenza di "significativo squilibrio", dovrà necessariamente ricalcare il paradigma della c.d. clausola compromissoria unilaterale, così come previsto dal Regolamento Consob di cui D. lgs. del 8 ottobre 2007, n. 179 ed essere, pertanto, vincolante nei confronti del solo professionista, salvo il caso in cui la stessa non sia frutto di una trattativa privata tra le parti.

De iure condendo, nell'ottica di un eventuale arbitrato di classe, ho ritenuto, in primo luogo, che sia possibile deferire agli arbitri l'azione di classe, con tutte le implicazioni derivanti del procedimento individuato all'art. 140-bis cod. cons.; e secondariamente, al fine di evitare il significativo squilibrio tra le parti contraenti, imporre il vincolo derivante dalla clausola compromissoria solo al contraente forte, lasciando al consumatore la possibilità di far valere il proprio diritto nelle sedi giurisdizionali ordinarie, salvo il caso in cui egli aderisca a *class arbitration* avviato da altri.

L'indagine è poi proseguita, proprio con riferimento alla struttura plurilaterale dell'azione di classe caratterizzata da una

legittimazione ad agire che sembra valorizzare il carattere disponibile della controversia fatta valere dal *class representative*; da qui, successivamente, sono state analizzate le implicazioni di una mancata esplicitazione nella convenzione arbitrale della opportunità di instaurare (e svolgere) l'azione di classe dinanzi agli arbitri.

In questo contesto, ho ritenuto importante esaminare il contenuto dell'art. 808 *quater* c.p.c., dal momento che, sulla base di quanto previsto dalla norma, la tutela dei diritti soggettivi derivanti dai contratti dei consumatori potrebbe dirsi implicita in quanto ricompresi nella convenzione arbitrale, che menziona "tutte le controversie derivanti o comunque connesse".

Partendo da questo presupposto la norma, che ho definito a funzione bivalente, potrebbe essere posta a presidio, da una lato, del consumatore, che intenda in qualità di *class representative* avviare un'azione di classe nelle forme dell'arbitrato e, dall'altra, dell'arbitro, a supporto della sua opera ermeneutica sulla portata precettiva della clausola compromissoria.

L'interpretazione ha trovato, inoltre, un significativo riscontro nel contenuto dell'art. 817 c.p.c. che ritengo, unitamente all'art. 808 *quater* c.p.c. massimizzi il ruolo dell'arbitro nell'interpretazione della clausola compromissoria.

L'analisi delle suddette norme è stata condotta anche al fine di dimostrare come il sistema normativo che disciplina il procedimento arbitrale sia perfettamente conciliabile con le esigenze di tutela che il legislatore si prefigge di garantire attraverso la disciplina dell'azione di classe.

Chiara dimostrazione di tale impostazione, del resto, è emersa dalla possibilità di prevedere anche la partecipazione del pubblico ministero nel processo arbitrale, attraverso il combinato disposto degli artt. 70 e 816-*quinquies* c.p.c., visto l'obbligo di notifica allo stesso dell'atto di citazione da parte dell'attore/proponente, così come previsto dal comma 5° dell'art. 140-*bis* cod.cons,

A tal fine sono state esaminate dapprima le posizioni della dottrina e successivamente ho prospettato una soluzione in perfetta sintonia con lo spirito che ha animato il presente lavoro di ricerca, cioè la consapevolezza che, prevedere la possibilità di svolgere un giudizio arbitrale di classe, implichi, a monte una netta presa di posizione a favore dell'arbitrato; pertanto, come già ho avuto modo di chiarire, una scelta di campo che non consenta soluzioni rappresentative di una zona grigia, entro cui confinare il processo arbitrale.

A questo proposito ritengo, infatti, che si possa ovviare a tale condizione di incertezza solo attraverso un percorso interpretativo che tenga conto del *corpus* normativo oggi a disposizione dell'interprete.

Tutto ciò nella piena consapevolezza che, l'affermazione di un istituto così innovativo come il *class action arbitration* è destinata a scontare il tempo necessario all'affinamento interpretativo e alla formazione di una prassi consolidata che chiarisca in primo luogo gli aspetti più problematici e rilevanti dell'azione di classe prevista dall'art. 140-*bis* cod. cons.

Ed è per questo che ho ritenuto necessario svolgere il presente lavoro di ricerca, al fine di adattare lo strumento alle peculiari esigenze di tutela degli interessi sovraindividuali.

Bibliografia

ALPA, Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore, in Riv. arb., 2006.

AMADEI, L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei, in Giur. mer., 2008.

ANDRIOLI, Commento al codice di procedura civile, II, Napoli, 1957.

BITONTI, Class action arbitration: il no della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, in Foro Padano, 2014.

BOVE, Profili processuali dell'azione di classe, in Giusto proc. Civ., 2010.

BOVE, La trattazione nel processo di classe, in Giusto proc. Civ., 2011.

BOVE, Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze più mature, in Guida dir., 2008.

BOVE, M., L'oggetto del processo «collettivo» dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria (art. 140 e 140-bis), in Giusto proc. civ., 2008.

BOVE, Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato, in www.judicium.it.

BOVE, La nuova disciplina dell'arbitrato, in BOVE e CECHELLA, Il nuovo processo civile, 2006.

BRIGUGLO, L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del Consumo), Torino, 2008.

BRIGUGLIO, Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria, in www.judcium.it.

BRIGUGLIO, Class action arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini, in www.judcium.it.

CAPONI, La riforma della «class action», il nuovo testo dell'art.140 Bis cod. cons. nell'emendamento governativo, su www.judcium.it.

CAPONI, La class action in materia di tutela del consumatore in Italia, in Foro.it, 2008.

CAPONI, Il nuovo volto della class action, in Foro.it, 2009.

CAPONI, Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2008.

CAPONI, Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela, in *Riv. dir. proc.*, 2008.

CASONI, Le prospettive della class action arbitration alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema americana, in *Obbligazioni e contratti*, 2012.

CARPI, Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, 2008.

CARNACINI, voce Arbitrato rituale, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957.

CARRARA, Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi* a cura di Lanfranchi, Torino 2003,

CARRATTA, L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti, in *Riv. dir. proc.*, 2008.

CARRATTA. A., L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva, in *Riv. Dir. Prov.* 2009.

CARRATTA, L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva, in *Riv. dir. proc.*, 2009.

CECERE, Sub art. 1469 bis, comma 3°, in *La Nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di BARENGHI, Napoli, 1996.

CERRATO, Un debutto stonato per la nuova class action italiana, in Banca borsa e tit. cred., 2010.

CHIARLONI, Il nuovo art.140-bis del codice del consumo: azione di classe collettiva, in Giur.it, 2008.

CHIARLONI, Il consumatore come parte debole del processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005.

CHIOVENDA, G., Principi del diritto processuale, Napoli, 928.

CIAN, Il nuovo capo XIV bis del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori, in Studium iuris, 1996.

COMOGLIO, Aspetti processuali della tutela del consumatore, in Riv. dir. proc., 2006.

CONSOLO, Class action fuori dagli U. S. A., in Riv. dir. civ., 1993.

CONSOLO, E' legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'opt in anziché quella danese dell'opt out e il filtro («l'inutil precauzione»), In Corr. Giur., 2008.

CONSOLO, Fra nuovi riti civili e riscoperta della class action, alla ricerca di una «giusta» efficienza, in Corr. Giur., 2004.

CONSOLO, C., L'art. 140-bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualisticamente, un poco «opera aperta», in Foro.it., 2008.

CONSOLO, in CONSOLO, BONA, BUZZELLI, P., Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria, Milano, 2008.

CONSOLO in CONSOLO, BONA, BUZZELLI, Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori, in Resp. civ. prev., 2008.

CONSOLO, C., ZUFFI, L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons., lineamenti processuali, Padova, 2012.

COSTANTINO, La tutela collettiva risarcitoria: la tela di Penelope, in Foro.it. 2009.

COSTANTINO, La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole, in Foro.it, 2007.

COSTANTINO, La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140-bis del codice del consumo, in Foro, 2008.

COSTANTINO-CONSOLO, C., Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe, in Corr. Giur., 2010.

DELLA PIETRA, L'atto introduttivo e il procedimento arbitrale, in Dir. arb., a cura di Verde, Torino, 2005.

DEMARCHI, I diritti dei consumatori e la nuova class action, Bologna, 2010.

DE NOVA , Le clausole vessatorie, Milano, 1996.

DE SANTIS, Questioni in tema di inibitoria collettiva, misure «ripristinatorie» e reintegrazione patrimoniale in favore dei consumatori, in Giur.it, 2008.

DE SANTIS, A.D., L'azione risarcitoria collettiva, in CHINE'-MICCOLIS, Class action e tutela collettiva dei consumatori, Roma, 2008.

DE SANTIS, A.D., La pronuncia sull'ammissibilità della "class action": una certification all'italiana, in Analisi giuridica dell'economia, 2008.

DONZELLI, L'azione di classe a tutela dei consumatori, Napoli, 2011.

DONZELLI, La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, Napoli 2008.

FAVA, Class action: «Paese che vai, usanza che trovi», (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e la proposta di legge n. 3838 e n. 3839), in Corr. Giur., 2004.

FERRANTE, L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali, Padova, 2012.

FERRI, Struttura del processo e modificazione della domanda, Padova, 1975.

FIORIO, L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori, in www.ilcaso.it, documento n. 172/2009.

FIORIO, L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza ed di accesso alla giustizia dei consumatori, Bologna 2010.

FIORIO, L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori, in *Giur. merito*, 2009.

GABOARDI, Arbitrato e azione di classe, in *Riv. dir. proc.*, 2014.

GALLETTO, L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa», in *Riv. arb.*, 2011.

GAMBINERI, Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: l'esperienza francese, in *Le azioni seriali*, 2007.

GENTILE, Il danno da vacanza rovinata, in *Rass. dir. civ.*, 2013.

GITTI-GIUSSANI, La conciliazione collettiva nell'art. 140-bis cod. Cons., dalla l. n. 244 del 24 dicembre 2007 alla l. n. 99 del 23 luglio 2009 alla luce della disciplina transitoria, in *Riv. dir. civ.*, 2009.

GIUSSANI, L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis cod. cons., in Riv. dir. proc., 2008.

GIUSSANI, L'azione di classe: un primo bilancio, in Riv. Dir. Proc., 2012.

GIUSSANI, Il nuovo art. 140-bis c. cons., in Riv. trim. dir. proc. civ., 2010.

GIUSSANI, Azione di classe conciliazione e mediazione, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011.

GIUSSANI, A., Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum, in www.judicium.it.

GIUSSANI, Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma, in Riv. trim.dir. proc., 2005.

GIUSSANI, Azioni collettive risarcitorie nel processo civile, Bologna, 2008.

GIUSSANI, Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica, in Resp. civ. e prev. 2002.

GIUSSANI, La prima «uscita» della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi penalizzanti, in Guida dir., 2010.

GORGONI, L' ammissibilità dell'azione di classe tra punti fermi ed ambiguità, in *Resp. civ e prev.*, 2011.

GRASSO, Arbitrato e formalismo del processo, in *Riv. arb.*, 1993,

GUERNELLI, La nuova azione di classe: profili processuali, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*,2010.

GUERNELLI, L'azione di classe del nuovo art. 140-bis:le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda, in *Riv. dir. civ.*, 2010.

LIBERTINI, L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette in *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2010.

LUCCHINI-GUASTALLA, Commento all'art. 1469 bis, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999.

LUISO-SASSANI, La riforma del processo civile, Milano, 2006, sub art. 816-bis.

LUPOI, Fumata nera per la prima class action all'italiana, in *Giur. comm.*, 2012.

MANDRIOLI, Le ultime riforme del processo civile, Torino, 2006.

MCGOVERN, Punitive Damages and Class Actions, in Louisiana Law Review, 2010

MARENCO, Garanzie processuali e tutela dei consumatori, Torino, 2007.

MARENCO, Processo arbitrale, in Riv. arb., 2005.

MARINUCCI, Il rapporto fra le azioni previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione risarcitoria, in Corr. Giur., 2008.

MARINUCCI, Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori, in Riv. dir. proc., 2005.

MARINUCCI, Il difficile decollo dell'azione di classe, in Corr. giur. 2011.

MAZZAMUTO, Il contratto di diritto europeo, Torino, 2012.

MENCHINI, I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art 140 bis cod. cons., www.judicium.it.

MENCHINI, La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria, in Il giusto processo civile, 2008.

MENCHINI, La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici prospettive ricostruttive, in studi in onore di Punzi, Torino, 2008.

MENCHINI, Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009, in *Il giusto processo civile*, 2009.

MENCHINI-MOTTO, L'azione di classe dell'art. 140-bis cod. cons., in *Nuove leggi civ.*, 2010.

MENCHINI-MOTTO, Il processo civile in Italia e in Europa, in www.judicium.it.

MOTTO, in MENCHINI-MOTTO, L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons., in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010.

OCCHIPINTI, Il procedimento arbitrale, in *AA.VV.*, *Il nuovo processo arbitrale*, Milano, 2006.

OLIVIERI, La class action in Italia. Il giudizio di ammissibilità, la camera di conciliazione e gli effetti del giudicato, in *Il Giusto processo civile*, 2008.

PAGLIETTI, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009.

PAGNI, L'azione di classe del nuovo art 140-bis c. cons.: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda, in *Riv. dir. civ.*, 2010.

PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi*, Torino, 2011.

PERERA, La class action negli Stati Uniti, in www.luiss.it, 2007.

PODDIGHE I «mass torts» nel sistema della responsabilità civile, Milano, 2008.

POLI, Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe, in Riv. dir. proc., 2012.

PUNZI, L' «azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti, in Riv. dir. proc., 2010.

PUNZI, La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi, in La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi, a cura di Lanfranchi, Torino, 2003.

PUNZI, L' « azione di classe » a tutela dei consumatori e utenti, in Riv. Dir. Proc., 2009.

RENZI, Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria, in Resp. civ. e prev., 2008.

RESCIGNO, Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, in Giur. It., 2000.

RICCIO, Giustizia e futuro: conciliazione e class action, in Contratto di impresa, 2010.

RORDORF, L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. cons.: considerazioni (e qualche interrogativo), in *Foro.it.*, 2010.

SANTANGELI, F., Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento della tutela collettiva, in *www.judicium.it*.

SANTANGELI-PARISI, Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche dell'art 140 bis cod. cons., in *judicium.it*, 2010.

STANZIONE, Clausole compromissorie, arbitrato e tutela dei consumatori, in *Vita not.*, 1996.

TARUFFO, La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali, in *Riv. proc. civ.*, 2011.

TARUFFO, Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi* a cura di Lanfranchi, Torino, 2003.

TASSONI, *Il contratto di viaggio*, Milano, 1998.

TOMMASEO, La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori (note sull'art. 140-bis del codice del consumo), in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010.

TRISORIO LUIZZI, La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale, in *Il giusto proc. civ.*, 2006.

TROCKER, Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori: quale ruolo per il giudice ordinario?, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010.

VERDE, Domanda (principio della), in *Enc. giur. Trec.*, XII, Roma, 1988.

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006

VIGORITI, Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro, in *Contratto e impresa*, 2008.

VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979.

VIGORITI, Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi, in *A.A.V.V. Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di Vigoriti e Conte, Torino, 2010.

VIGORITI, Note su arbitrato e tutela di interessi minori nell'esperienza italiana e comparativa, in *Riv. arb.*, 1998.

ZACCHEO, Contratto e clausole compromissoria, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987

ZOPPIÈ, Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi dai consumatori, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2012.

ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 806 c. p. c. , in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007.

ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bologna, 2016.

ZUCCONI GALLI FONSECA, La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi, Milano, 2004.

ZUFFI, La duplice *déba*cle subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino 4 giugno 2010, in *Foro.it.*, 2010.

WINKLER, Il caso "Amex" e i sentieri occidentali della "class arbitration" in America, in *Int'l Lis*, 2014.