

***Class Arbitration* in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini (*)**

ANTONIO BRIGUGLIO (**)

1. Premessa. — 2. Oscillazioni e questioni oltre Atlantico. — 3. Gli spazi aperti nell'ordinamento italiano.

1. Ormai ben approfondita negli Stati Uniti, per intuibili ragioni ed in seguito a pronunciamenti giurisprudenziali di notevole peso e di segno anche vivacemente dialettico, la riflessione teorico-pratica sul *class arbitration* è da noi ai primissimi vagiti.

Assodato l'interesse dei contributi che alcuni giovani autori hanno dedicato al tema ⁽¹⁾ e scontata l'utilità di documentarsi comunque sulla evoluzione della esperienza americana e se del caso di altre, mi chiedo e cerco di rispondere brevemente qui di seguito se l'orto meriti in Italia di esser coltivato.

Non sono affatto sicuro delle risposte, come dubitativo mi appare in definitiva, circa la "trasferibilità" in Italia del *class arbitration*, anche quello, fra i cennati primi scritti, che si è dedicato alla questione ⁽²⁾.

Sarebbe già questa ragione sufficiente per indagare ancora.

Ed intendo ovviamente prescindere dal *nolle prosequi* più facile e avventato: ma quando mai accadrà in Italia? Ciò che è pure sommamente improbabile è però sempre possibile, e la riflessione deve in realtà precedere l'azione non viceversa. In ogni caso la rarità statistica del *class*

(*) Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Diego Corapi*.

(**) Professore ordinario nella Università di Roma "Tor Vergata".

(1) Cfr. CASONI, *Recenti sviluppi sulla class action arbitration negli Stati Uniti*, in questa *Rivista*, 2011, 118 ss.; Id., *Le prospettive della class action arbitration alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema americana*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 537 ss.; GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 987 ss.; Francesca BENATTI, *In fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, 500 ss.. Brevi quanto acuti riferimenti all'"arbitrato di classe" sono stati recentemente dedicati, pur in trattazione di altro contesto, anche dal Maestro cui è dedicato questo scritto (v. CORAPI, *Appunti in tema di arbitrato societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 1 ss., spec. 16 ss.).

(2) Mi riferisco a GABOARDI, *op. cit.*, pur orientato tendenzialmente in senso affermativo.

arbitration o delle questioni ad esso comunque relative (a partire dalla eventuale "eccezione di compromesso" di fronte a giudice ordinario investito di una azione di classe *ex art. 140 bis cod. cons.*) è una rarità da considerarsi sempre, già in altri lidi e soprattutto nei nostri, in termini relativi rispetto alla stessa eccezionalità dello strumento *class action* in quanto tale.

2. I termini comparatistici del problema, rispetto al versante statunitense come anche ad eventuali altri, ma direi i termini stessi del problema in assoluto, devono naturalmente prescindere dalle situazioni — per altri versi problematiche e degne di considerazione ma evidentemente ben diverse — di *collective arbitration* o *mass proceedings* in arbitrato — in cui si tratti di semplice litisconsorzio facoltativo plurimo, ed assai numeroso, in arbitrato, ovvero ancora si tratti (più verosimilmente) di gruppi molto cospicui di consumatori rappresentati o anche solo "organizzati" e supportati in arbitrato da un unico soggetto (come è accaduto nell'ormai arcinoto caso ICSID *Abaclat v. Argentina* ⁽³⁾, ove pure le questioni processuali discusse hanno coinvolto, ma solo per ragioni di empirica assonanza, le tematiche da un lato del *class arbitration* americano e, dall'altro, della esistenza e da quando e in che modi, in Italia, di un processo consumeristico collettivo ⁽⁴⁾).

Del pari deve restare per il momento fuori dalla riflessione, o meglio presupposta, la questione della validità ed efficacia della clausola compromissoria nei contratti con i consumatori, nel senso che qualunque apertura al *class arbitration*, in direzione cioè della estensione oggettiva della convenzione arbitrale fino ricomprendervi la possibilità che da essa scaturisca un giudizio di classe, sconta ovviamente la esigenza previa che la convenzione arbitrale sia in assoluto valida ed efficace dal punto di vista del diritto dei consumatori. Il che, in Europa soprattutto, potrebbe ridurre di molto la portata concreta di quella estensione oggettiva almeno quando il consumatore fosse attore di classe innanzi al giudice ordinario e la clausola arbitrale fosse fatta valere in via di eccezione (se invece il consumatore attiva l'arbitrato di classe, di regola ogni questione sulla validità ed efficacia della clausola riconnessa alla tutela del consumatore medesimo risulterà superata).

Mentre è sintomatico che negli Stati Uniti i fautori della estensione oggettiva della causa arbitrale fino a ricomprendervi l'azione di classe si siano mossi sempre in ottica della maggior tutela possibile del consumatore, nell'ottica dunque secondo la quale il *class arbitration* è elemento,

⁽³⁾ Vedi la decisione sulla giurisdizione del Tribunale arbitrale ICSID del 4 agosto 2011 in questa *Rivista*, 2012, 159 ss., con nota della DE LUCA, *L'arbitrato ICSID e l'azione collettiva*.

⁽⁴⁾ Nel caso *Abaclat* gli attori erano un foltissimo gruppo di piccoli investitori italiani.

be
fr:
in
ar
tu

sv:
ge
os:
tio
ini
scr
no
ot

mi:
ha

par
cio
noi

ten
ner
pre
cla:
rife
fro:
con

juris

444

cont
da d
Fede
alla i

Actic

ben inteso opzionale, ma significativo di quella tutela, e gli ostacoli frapposti alla deferibilità ad arbitri della *class action*, anzitutto in sede di interpretazione e ricostruzione della portata oggettiva della convenzione arbitrale, finiscono col depotenziare la protezione di consumatori e utenti.

Posto ciò, i termini elementari rilevanti desumibili dal dibattito statunitense mi sembrano i seguenti:

a) È o non è deferibile ad arbitri la *class action*?

La risposta della giurisprudenza americana appare sul punto da svariati decenni sicuramente affermativa⁽⁵⁾ sia sotto il profilo della oggettiva arbitrabilità, sia almeno in astratto sotto quello della assenza di ostacoli di ordine soggettivo e connessi al carattere bilaterale dell'*arbitration agreement*, atteso che l'adesione degli altri membri della classe alla iniziativa arbitrale promossa dal *costumer* che abbia a suo tempo sottoscritto l'*agreement* comporta adesione a quest'ultimo come pure alla nomina dell'arbitro ed al risultato finale dell'arbitrato ("*insofar as the other class members agree to proceed in class arbitration*"⁽⁶⁾).

La correlata esperienza concreta del *class arbitration* si è sviluppata in misura non indifferente, al punto che l'*American Arbitration Association* ha pubblicato nel 2005 le *Supplementary Rules for Class Arbitration* (7).

b) Quali sono i margini di interpretazione estensiva, anzitutto da parte dell'arbitro, di una *arbitration clause silent on class arbitration*? Può cioè avviarsi un "arbitrato di classe" anche ove l'accordo compromissorio non lo preveda espressamente?

In proposito vi è stata — per farla breve — una nota inversione di tendenza della Corte Suprema. Dalla sentenza *Bazze* del 2003⁽⁸⁾, esponevole di un *favor* già affiorato in alcune corti statali verso una interpretazione estensiva che valorizzasse, in modo da ricomprendervi anche il *class arbitration*, perfino il semplice (e per noi alquanto usuale e generico) riferimento nella clausola ad "*all disputes, claims or controversies arising from or relating to this contract or the relationship which result from this contract*"⁽⁹⁾, non esente per altro da critiche anche aspre in dottrina⁽¹⁰⁾,

(5) Vedi ulteriori utili riferimenti, oltre che negli scritti cit. alla nota 1, in PARK, *La jurisprudence américaine en matière de class arbitration*, in *Revue de l'arbitrage*, 2012, 1 ss.

(6) Così la sentenza della Corte Suprema *Green Tree Financial Corp. v. Bazze*, 539 v.s. 444 (2003). Il che presuppone però la sostituzione dell'*opt in* all'*opt out*.

(7) Su di esse v. ampiamente CASONI, *Recenti sviluppi*, cit. 120 ss. Le *Rules* dell'A.A.A. contemplano, anche per la *class action* deferita agli arbitri, una fase preliminare di ammissibilità da definirsi con *clause determination award* ed analoga a quella prevista dalla *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* (v. invece quanto si dirà *infra*, 3, sul versante italiano riguardo alla inevitabile evaporazione della fase di ammissibilità in eventuale *class arbitration*).

(8) V. la nota 6.

(9) O simili espressioni.

(10) Un quadro generale in SMIT, *Does a « Silent » Arbitration Clause Preclude a Class Action?* In *20 American Review Int'l Arbitration*, 2009.

si è passati a *Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds Int'l Corp.* ⁽¹¹⁾ del 2010, in cui la Corte Suprema ha sostanzialmente mutato d'avviso ⁽¹²⁾. In *Stolt Nielsen* si è ritenuto infatti che arbitrato e clausole bilaterali siano a tal punto incoerenti rispetto al *class action proceeding* da impedire (se non l'arbitrabilità in astratto della *class action*) per lo meno e di regola una interpretazione estensiva della *arbitration clause silent on class arbitration* ⁽¹³⁾.

La operatività di un *class arbitration* diviene dunque, in rigoroso ossequio al *Federal Arbitration Act*, "a matter of consent" e necessita di un consenso sufficientemente esplicito nell'*arbitration agreement*.

c) Sono valide le clausole compromissorie *class arbitration waivers*? Si può cioè espressamente escludere la attivabilità di una *class action* dall'ambito oggettivo di una clausola compromissoria, con la conseguenza che la medesima clausola non potrà essere opposta alla promozione della *class action* davanti al giudice?

L'iniziale favore per l'interpretazione estensiva delle clausole *silent on class arbitration* induceva il mondo imprenditoriale a preconstituire clausole espressamente escludenti il ricorso all'"arbitrato di classe". Alcune corti statali avevano sanzionato di invalidità parziale tali clausole presumendole vessatorie per lo meno nell'ambito dei contratti predisposti ⁽¹⁴⁾.

In logica armonia con *Stolt-Nielsen* del 2010 e con la affermata tendenziale necessità che la clausola compromissoria menzioni espressamente la attivabilità del *class arbitration* affinché questo possa davvero fondarsi sull'accordo compromissorio e sul consenso delle parti, la *Supreme Court* federale nel 2011 ha ridimensionato drasticamente un tale approccio, affermando, sempre in linea tendenziale, la legittimità di una libera manifestazione della autonomia privata che si concretizzi in clausola "class action waiver" e cioè nella esplicita esclusione compromissoria del ricorso alla *class action* di fronte agli arbitri ⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ 559 U.S. 662(2010). Vedila anche in questa *Rivista*, 2011, 115 ss., annotata da CASONI, con lo scritto già cit. (*Recenti sviluppi*).

⁽¹²⁾ In realtà la Corte Suprema in *Stolt-Nielsen* si sforza di diminuire la portata dell'*overruling*, discorrendo di un fraintendimento (da parte del collegio arbitrale da cui il caso aveva preso origine) della effettiva (e limitata) portata della sentenza *Bazze* (in proposito v. anche CASONI, *Recenti sviluppi*, cit., 121).

⁽¹³⁾ In arg., ed a commento di *Stolt-Nielsen*, v. STRONG, *Does Class arbitration "change the Nature" of Arbitration?*, in *Haward Negotiation Law Review*, 2012.

⁽¹⁴⁾ V. soprattutto la Corte Suprema della California in *Discover Bank*, 36 Cal, 4th 148, 113 P-3d 1100, del 2005, che ha inaugurato la c.d. *Discover Bank Rule*, su cui diffusamente GABOARDI, *op. cit.*, 995 ss..

⁽¹⁵⁾ Si tratta di *AT & T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 321(2011). Più di recente la Corte Suprema (in *Amex v. Italian Colors Restaurant*, 470 U.S. n. 12-133-2013) ha confermato la tendenza consacrando la validità di una clausola arbitrale la quale non solo impediva espressamente la possibilità di attivare in arbitrato "claims on a class action basis", ma vietava qualsiasi forma o meccanismo di riunione di diversi procedimenti arbitrali e si prospettava,

d) Resta ancora e tutto sommato incerta sul versante giurisprudenziale, ma ben avvertita in dottrina, una ulteriore questione⁽¹⁶⁾: una *arbitration clause* che non autorizzi la devoluzione ad arbitri della *class action*, o perché non sufficientemente esplicita (secondo i dettami di *Stolt-Nielsen*) o perché *waiver* e cioè esplicita in senso contrario, può avere per il consumatore un effetto preclusivo della *class action* davanti al giudice statale ancorandolo in definitiva alla sola azione individuale davanti agli arbitri? (17). Non esito a ritenere che 99 giuristi italiani su 100 risponderrebbero un secco "no". I giuristi americani il problema se lo pongono, anche se la risposta negativa mi sembra ben più argomentata ed argomentabile. Solo che essa è data, occasionalmente, in termini così assoluti ("*class action in court cannot be contractually excluded, whether directly, by a clause to that effect, or indirectly, by a clause providing for arbitration that excluded a class action. A contract cannot legally modify procedures prescribed by the law for adjudication of class-actions claims*")⁽¹⁸⁾ da lasciare aperta altra prospettiva evolutiva: quella del doppio binario per la *class action*, e cioè quella secondo cui neppure la *arbitration clause*, la quale (lunghi dall'esser *silent* o *waiver*) espressamente deferisca ad arbitri l'eventuale giudizio di classe, sia idonea a precludere al consumatore la scelta della *class action* davanti al giudice⁽¹⁹⁾.

3. Veniamo al nostro art. 140 bis cod. cons.

A me pare che l'azione di classe ivi prevista sarebbe, nella sua struttura essenziale ed in prima approssimazione, deferibile ad arbitri.

Ciò è dirsi sia quanto agli oggetti, per come individuati dal c. II (diritti contrattuali o diritti risarcitori nei confronti del produttore o derivanti da pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali), sicuramente disponibili ed anzi transigibili⁽²⁰⁾ (come attesa a scanso di ogni

dunque, come particolarmente scomoda rispetto alla gestione di contenziosi a numerosità accentuata. Riguardo a tale sentenza v. le interessanti osservazioni di Diego CORAPI, *op. cit.*, 16, nota 19, che ricorda come essa abbia poi provocato richieste di intervento della SEC affinché negli statuti delle società da questa sorvegliate fosse o imposta l'adozione di una clausola compromissoria più flessibile e più adatta alla gestione di liti collettive ovvero vietato *tout court* il ricorso all'arbitrato, e svolge ulteriori interessanti comparazioni con la situazione (per certi versi meno problematica) relativa al nostro arbitrato societario.

⁽¹⁶⁾ Esattamente colta da CASONI, *Recenti sviluppi*, cit. 125.

⁽¹⁷⁾ In realtà una risposta affermativa si è già avuta di recente dalla Corte Suprema proprio nella cennata pronuncia *American Express v. Italian Colors* del 2013 (la analizza attentamente sotto tale profilo Francesca BENATTI, *In fuga*, cit., 510). Ma si tratta di decisione criticatissima e comprensiva di una feroce *dissenting*, in ragione di una ragionevole espansione del principio della *effective vindication of rights*, e forse non tale da rappresentare davvero l'ultima parola.

⁽¹⁸⁾ Smit, *AT & T Mobility v. Conception: Can Class Actions be brought in Arbitration?* citato da CASONI, *op. loc. cit.*

⁽¹⁹⁾ Un cenno al possibile doppio binario dovrà farsi anche a proposito del versante italiano (*infra* nota 33).

⁽²⁰⁾ Risultando, dunque, in proposito indifferente l'ampliamento dell'area della com-

equivoco l'ultimo comma dell'art. 140 *bis*), sia quanto alla compatibilità fra il suo modo di esercizio e gli effetti della relativa pronuncia, da un lato, ed il fondamento volontaristico dell'arbitrato dall'altro. Poiché l'aderente non è parte, la sua scelta volontaria di prenotare, pur da estraneo al processo, gli effetti positivi o negativi della decisione è di per sé sufficiente e compatibile con il carattere bilaterale dell'accordo compromissorio e dell'arbitrato.

Quella scelta *a*) non necessita di trovare un qualche riscontro nella costituzione dell'organo arbitrale (e non dà luogo dunque ad alcuno dei problemi concernenti l'arbitrato con pluralità di parti); *b*) non può essere rifiutata dalle parti della convenzione arbitrale ove quest'ultima deferisca *ab origine* agli arbitri una lite aperta alla "adesione", ma non alla "partecipazione" al giudizio, di terzi ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 140 *bis*, e neppure dagli arbitri che sulla base di quella convenzione abbiano accettato l'incarico ⁽²¹⁾. In altri termini: la struttura soggettivamente complessa del giudizio si atteggia, nel caso della *class action*, in modo tale da non risultare refrattaria rispetto ad una volontà compromissoria originariamente bilaterale.

Se ci si potesse fermare qui quanto alla astratta compromettibilità, si porrebbe poi in termini "americani" il problema della clausola compromissoria ⁽²²⁾ *silent on class arbitration*.

E dal nostro punto di vista si contrapporrebbero: nel senso della estensione, indubbiamente oggi favorita dal tenore dell'art. 808 *quater* c.p.c., una ragionevole configurabilità della nostra *class action* come semplice forma (alternativa) di tutela dei diritti soggettivi derivanti dai contratti dei consumatori, sì che potrebbe dirsi implicita la ricomprensione di quella forma ove la convenzione arbitrale, menzionando "*tutte le controversie derivanti o comunque connesse*" (o *similia*), si riferisca a tutti i diritti derivanti o comunque connessi in qualsiasi forma tutelabile salvo appunto i limiti della arbitrabilità o della generale compatibilità con i poteri degli arbitri ⁽²³⁾; ed in senso opposto l'argomento empirico, o sociologico se si vuole, secondo cui ricondurre a "clausola silente", e perciò sottrarre al giudice, la nostra *class action* potrebbe considerarsi conclusione fin troppo

promettibilità (ammesso che via sia stato) nel passaggio dal "vecchio" art. 806 c.p.c. al nuovo testo entrato in vigore nel 2006. Giustamente si è osservato (GABOARDI, *op. cit.*, 1003) che, invece il passaggio della legittimazione ad agire dalla associazione consumeristica al singolo consumatore quale attore di classe (nella versione dell'art. 140 *bis* cod. cons. definitivamente varata dopo le note vicissitudini) "sembra esaltare la portata dispositiva del diritto fatto valere dal *class representative* e rendere, in tal modo, pienamente ammissibile la compromettibilità".

⁽²¹⁾ Non si avrebbe insomma l'esigenza di accettazione di una vera e propria volontà compromissoria *ex post* manifestata dal terzo con effetti modificativi della partecipazione al giudizio arbitrale, come accade ai sensi dell'art. 816 *quinquies*, c. I, c.p.c.

⁽²²⁾ Verosimilmente con riguardo alle sole controversie di cui all'art. 140 *bis*, c. II, lett. a) (v. anche oltre nel testo).

⁽²³⁾ Escluse dunque le forme della tutela cautelare o monitoria non gestibili dagli arbitri.

ardi
con:
zior
ider
una
trat

sole

arbi
cert
artic
clas
noti
limi
fase

bile
incc
dall
qua
qua
fase
radi
a se
casc
alla
agli

dall
con
incc

pos:

cabil
di ar
obbl

riten
indis
verif
conti

ardita e perfino vessatoria dal punto di vista della tutela effettiva del consumatore e/o della classe di appartenenza (si pensi ad una interpretazione estensiva à la manière della sentenza *Bazzle* applicabile a clausole identiche accessorie a contratti seriali, con preclusione, dunque, di fatto di una *class action* giudiziale per i diritti derivanti da quella serie di contratti).

Il perché tuttavia non dobbiamo prospettarci il problema delle "clausole silenziose" nei predetti termini è presto detto.

Vi è infatti un argomento che esclude la possibilità di deferire agli arbitri il giudizio e proprio quel giudizio ex art. 140 bis cod. cons. Non certo la competenza funzionale *ratione materiae* stabilita dal c. IV di tale articolo (24), ma sì invece il dato ineludibile che la domanda dell'attore di classe deve essere, ai sensi del c. V dell'art. 140 bis, obbligatoriamente notificata al P.M. onde consentirgli l'esercizio della facoltà di intervento limitatamente alla fase di ammissibilità, nonché la stessa struttura della fase di ammissibilità comprensiva di un reclamo alla corte d'appello.

Mi sembrano, questi, elementi che rendono non già compromettibile, sotto il profilo dell'oggetto, il giudizio risarcitorio di classe, bensì incompatibile con l'arbitrato — per ragioni di *lex specialis* e cioè derivanti dall'art. 140 bis e non dall'art. 806 c.p.c. — il particolare giudizio di classe quale *interamente e specificamente* disciplinato dall'art. 140 bis e cioè in quanto articolato in una prima fase di ammissibilità ed in una successiva fase di merito con tutto quel che a ciò segue. Né si può superare tale radicale incompatibilità immaginando che l'arbitrato proségua o si arresti a seconda che il pubblico ministero scelga o meno di intervenire e che in caso di intervento la fase di ammissibilità si svolga in doppio grado davanti alla giurisdizione ordinaria, la quale poi restituirebbe la palla per il merito agli arbitri (25).

Insomma, è la stessa previsione di una fase di ammissibilità connotata dalla doverosa notifica dell'atto introduttivo al P.M. e dalla opportunità concessa a costui di intervenire in tale fase a risultare radicalmente inconciliabile con l'arbitrato (26).

Ma a questo punto vi è da chiedersi se le parti compromissoriamente possano, pur deferendo agli arbitri il giudizio di classe, rinunciare alla sua

(24) Si tratta di un falso problema come efficacemente spiega GABOARDI, *op. cit.*, 1004.

(25) Così invece GABOARDI, *op. cit.* 1009. Ma l'espediente appare palesemente impraticabile perfino in epoca di *translatio* facilitata.

(26) L'argomento dunque non può essere eluso solo perché l'intervento del P.M. in fase di ammissibilità della *class action* è facoltativo e non necessario. Quel che conta è che sia obbligatoria la comunicazione al P.M. e che sia cioè obbligatorio consentirgli di intervenire.

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 compromettibilità (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

sola fase di ammissibilità come rinunciano, per ciò stesso che compromettono in arbitri, ad altre forme o fasi del giudizio *apud 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.

Non vedo ragioni per differenziare le situazioni e perciò tali da escludere una risposta senz'altro affermativa. Tanto più — sul piano della sostanza — che la fase di ammissibilità della *class action* non è, nella logica dell'art. 140 *bis* e nel sistema in cui esso si inserisce, un usbergo di schietto ordine pubblico e protettivo in primo luogo di interessi superindividuali (come accadeva ad esempio, in ben altro contesto, quanto alla fase di ammissibilità dell'azione di responsabilità contro lo Stato-giudice ex l. n. 117/1988), bensì un presidio-filtro immaginato a difesa anzitutto delle imprese, quale argine alle azioni di classe puramente provocatorie o pretestuose.

Secondariamente quel presidio è posto anche a protezione degli altri consumatori o utenti appartenenti alla classe, rispetto all'eventualità di una azione pretestuosa destinata al sicuro rigetto nel merito o comunque a pregiudizievole *combine* e perciò rispetto alla preclusione di altra successiva azione di classe coincidente.

Ma proprio una tale preclusione è da escludersi, come fra breve si dirà, ove il giudizio di classe sia affidato ad arbitri, mentre la difesa delle imprese rispetto alle azioni provocatorie e temerarie è in definitiva affar loro: è difesa cui esse possono tranquillamente abdicare in una con l'abdicazione a quell'effetto preclusivo.

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 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" che si sta per svolgere nel testo.

Sarà dunque libera scelta dell'impresa compromittente di rinunciare alla fase di ammissibilità, nel proprio personale calcolo di costi-benefici, così come ogni compromittente in arbitri rinuncia ad esempio alla particolare garanzia, che il giudizio ordinario offre, data dal fatto che i testimoni sono lì (e solo lì) minacciati dall'eventualità di macchiarsi del reato di falsa testimonianza, ed a tante altre cose; rinunce bilanciate appunto dai (sempre da considerarsi ponderatamente caso per caso e mai da darsi per scontati e men che meno in ossequio alla moda) vantaggi dell'arbitrato.

Pare insomma lecito concludere che in Italia sia deferibile ad arbitri non esattamente l'azione di classe secondo il compiuto ed integrale paradigma dall'art. 140 *bis* cod. cons., ma sì un'azione di classe ed una tutela di classe rimodellate, per sottrazione della fase di ammissibilità; la funzione filtrante e protettiva della quale, oltretutto, ha maggior senso in un giudizio pubblico piuttosto che in un giudizio privato (27).

Il che vale a dire però ed invariabilmente che la convenzione arbitrale dovrà fare riferimento esplicito al giudizio di classe (anche mediante indicativa *relatio* al modello *ex* art. 140 *bis* o in altro modo). 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.

Purché ciò sia chiaro, nella convenzione arbitrale potranno invece ritenersi implicite da un canto la esclusione della possibilità per il consumatore compromittente della possibilità di agire davanti all'AGO *ex* art. 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

(27) L'assenza di una autonoma fase di ammissibilità nel procedimento arbitrale "di classe" non dovrebbe significare che l'arbitro non possa chiudere "in rito" il giudizio applicando — analogicamente ovvero quali norme di *materielles Prozessrecht* intrinseche alla disciplina dell'azione dichiaratamente esercitata quale azione di classe — i criteri contemplati dall'art. 140 *bis*, c. VI, seconda parte; salvo quello della "manifesta infondatezza", la cui operatività come ragione di inammissibilità piuttosto che di reiezione nel merito si giustifica appunto solo in virtù della presenza di una fase di ammissibilità distinta da quella di merito.

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 compromissorio ⁽²⁸⁾ — sulla base del residuo paradigma dell'art. 140 *bis*.

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 ⁽²⁹⁾. Ciò è a dirsi del tutto a prescindere dalla individuabilità di un termine di "scadenza per le adesioni", che il giudice fissa con l'udienza di ammissibilità e che gli arbitri potrebbero fissare *ex art. 816 bis* anche al di fuori dalla insussistente, innanzi a loro, fase di ammissibilità. Gli effetti descritti dall'art. 140 *bis, c. XIV* sono però effetti *ultra partes* giammai riconducibili all'arbitrato ed al lodo, bensì solo al giudizio ordinario e alla sentenza del giudice e per espressa ed eccezionale volontà normativa.

Che invece il lodo "faccia stato anche nei confronti degli aderenti" e che sia "fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva" (così lo stesso *c. XIV* dell'art. 140 *bis*) dipenderà invariabilmente, nel caso del *class arbitration*, dalla portata dell'accordo compromissorio che appunto ipotizzi in termini sufficientemente espliciti il deferimento ad arbitri di un giudizio di classe esposto ad adesioni, le quali comportino per i volontari aderenti l'estensione degli effetti della pronuncia arbitrale. La salvezza delle azioni individuali dei non aderenti, e la speculare preclusione di quelle azioni per gli aderenti, non è che un complemento ovvio, pressoché superfluamente esplicitato già nella logica dell'azione *ex art. 140 bis* innanzi al giudice, *a fortiori* nella logica dell'arbitrato di classe.

La disposizione (*art. 140 bis, c. XII*) secondo cui la sentenza di condanna che accoglie l'azione di classe diviene esecutiva decorsi cento-ottanta giorni dalla pubblicazione è in assoluto sicuramente derogabile, ed essa può perciò essere espressamente esclusa o modificata dalle parti compromittenti in caso di *class arbitration*. Nel silenzio non si può escludere una sua applicazione analogica, a questo punto però con riguardo non al lodo puro e semplice ma al decreto di omologa *ex art. 825* che lo rende esecutivo, e perciò con decorrenza del termine dal deposito

⁽²⁸⁾ L'accordo compromissorio potrebbe, ad esempio, specificare le modalità di pubblicità concernenti la iniziativa attorea al fine di sollecitare le adesioni o le stesse modalità formali delle adesioni. Altrimenti siffatte specificazioni rientreranno nei poteri degli arbitri *ex art. 816 bis c.p.c.*

⁽²⁹⁾ Se fossero fondate anch'esse su volontà compromissoria e perciò sfociate in distinti arbitrati, vi sarebbero comunque i noti problemi della riunione di giudizi arbitrali, la quale è in definitiva possibile solo su apposita base consensuale.

di tale decreto. Del pari analogicamente applicabile dovrà allora ritenersi la disposizione che esenta i pagamenti spontanei entro il periodo di grazia da ogni maggiorazione accessoria (v. sempre l'art. 140 *bis*, c. XII).

Ancor più sicura mi parrebbe l'applicazione analogica — da parte della Corte d'appello investita della impugnazione del lodo e della istanza di inibitoria ex art. 830, u.c., c.p.c. — dell'art. 140 *bis*, c. XIII, con i poteri cautelativi e la indicazione di massima ("tiene conto altresì dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore") ivi previsti in relazione alla inibitoria ex art. 283 c.p.c.

Infine è da sottolineare che un ipotetico arbitrato di classe italiano fondato su clausola compromissoria contrattuale parrebbe poter riguardare i soli "diritti contrattuali di una pluralità di consumatori" di cui dice l'art. 140 *bis*, c. II lett. a) ⁽³⁰⁾.

Naturalmente occorrerà che una pattuizione compromissoria siffatta, se opposta dal convenuto ad azione di classe promossa innanzi all'AGO ⁽³¹⁾, superi indenne il vaglio ex artt. 33 ss. cod. cons. E ciò — al di là delle ancora non del tutto risolte questioni in ordine alla riconducibilità ed in che termini delle clausole arbitrali alla presunzione di vessatorietà ex art. 33, c. II, lettera t) — potrà avvenire non tanto in ragione di una trattativa individuale (assolutamente irrealistica in caso di clausole compromissorie identiche inserite in contratti seriali, che è poi l'unico modo per l'impresa che lo voglia di consegnare un utile confinamento in arbitrato della possibile *class action*), bensì attraverso la dimostrazione della assenza di "significativo squilibrio". Profilo questo in relazione al quale un ruolo non indifferente potrebbero giocare ⁽³²⁾ (non è detto ovviamente che sempre giochino), rispetto al caso della "normale" clausola compromissoria, il fatto che l'alternativa arbitrale tiene luogo di un giudizio ordinario "di classe" il quale fino ad ora non ha meritato parti-

⁽³⁰⁾ In teoria — e se si considera con un po' di coraggio il fondamento privatistico e volontaristico dell'arbitrato e con un po' di favore la forza espansiva della autonomia privata — non dovrebbe neppure escludersi che il *class arbitration* sia voluto dalle parti anche al di fuori dei limiti oggettivi di cui all'art. 140 *bis*, c. II lett. a), b) e c). In fondo, e se si segue l'impostazione prospettata nel testo, non si tratterebbe di estendere impropriamente l'ambito applicativo dell'art. 140 *bis* (ciò che di fronte al giudice non potrebbe certo farsi), ma solo di costruire compromissoriamente, nel quadro della disponibilità, un giudizio privato con effetti estensivi della decisione, da un lato non interdetti espressamente (come accade per gli "effetti cautelari"), d'altro lato ragionevolmente attingibili anche in dimensione privata e volontaria per il tramite appunto della loro previsione compromissoria originaria e della successiva adesione.

⁽³¹⁾ Per il caso di azione promossa dal consumatore innanzi agli arbitri vedi invece quanto si è già osservato *retro* al par. 2.

⁽³²⁾ Oltre ad eventuali meccanismi di calmieramento preventivo dei costi di arbitrato anche mediante il ricorso all'arbitrato amministrato; un cenno significativo a questo tema, in relazione alla più generale prospettiva dei procedimenti arbitrali comunque connotati da "numerosità" e con riferimento al c.d. (ed essai problematico in assenza di esplicita regolamentazione) *arbitration funding*, in CORAPI, *op. cit.*, 17.

colare abnegazione e favore da parte dei nostri tribunali, ed il fatto che scegliendo la via arbitrale l'impresa rinuncia — come si è sopra evidenziato — al vantaggio di alcune delle preclusioni *ex art. 140 bis, c. XIV* ⁽³³⁾.

Sembra estremamente improbabile, invece, che una azione di classe relativa ai rapporti non contrattuali, di cui alle lettere b) e c) dell'art. 140 *bis* c. II, possa essere deferita ad arbitri sulla base della nuova convenzione di arbitrato (*pro futuro*) "in materia non contrattuale" introdotta dall'art. 808 *bis* c.p.c.. Ci vorrà piuttosto un apposito compromesso; eventualità questa che, pur nell'ambito del remoto esotismo che per ora connota il trapianto in Italia dell'arbitrato di classe, non appare affatto inverosimile ed anzi, forse, è l'ipotesi meno inverosimile di concreto avvio di un arbitrato di classe. Di fronte alla prospettiva di un contenzioso seriale derivante da fatto o condotta determinati e già verificatisi, l'impresa, soprattutto nella interlocuzione con associazione consumeristica potenzialmente rappresentativa di attore di classe (ed in realtà potenziale promotrice di azione di classe), potrebbe a certe condizioni ed in certe circostanze, da valutarsi bilateralmente con prudenza estrema, trovare conveniente — e trovare in ciò consenziente l'associazione — il deferimento ad arbitri di quella lite collettiva ed il presumibile o auspicato confinamento in essa di un numero significativo di adesioni (con altrettante sottrazioni allo stillicidio di azioni individuali seriali innanzi ai nostri beneamati e folklorici giudici di pace).

Va aggiunto che le linee teoriche appena abbozzate non muterebbero probabilmente ove dovesse diventare legge la semisciagurata riforma della *class action* (con trasferimento della relativa disciplina dal codice del consumo al c.p.c.) recentissimamente varata alla Camera. Vi sarebbero comunque, sul piano del fatto, da un lato una incentivazione a ragionare ancora sul *class arbitration* a motivo della estensione del *parterre* degli attori al di là della cerchia dei consumatori e utenti, d'altro lato una incentivazione a lasciar definitivamente perdere a motivo della farraginosa e fortemente "giudiziarizzata" disciplina delle adesioni e di altre complicazioni.

The author explores whether, in the wake of the US experience, a class action in Italy may be referred to arbitration.

⁽³³⁾ In questa prospettiva, ed al fine di attestare l'assenza di "significativo squilibrio", la clausola compromissoria da inserire nei contratti seriali potrebbe essere finalizzata al deferimento ad arbitri della sola eventuale *class action*, con espressa salvezza, per il consumatore, dell'azione individuale davanti al giudice salvo il caso in cui egli aderisca a *class arbitration* avviato da altri.

Il "significativo squilibrio" sarebbe all'evidenza evitato ove poi, quanto specificamente alla azione di classe, la clausola lasciasse il consumatore libero di avviarla avanti al giudice o avanti all'arbitro (v. in proposito anche *retro*, par. 2 *sub d*). Ma diminuirebbero così fortemente i possibili profili di convenienza ed appetibilità per l'impresa.

The article introduces the question by briefly analyzing the main difficulties with class action arbitrations which have arisen in US case law and also traces the evolution of such case law over time.

With respect to Italian law, the author's view is that a class action can be arbitrated. However, it would not be possible for the arbitration proceedings to also include the separate special phase deciding the admissibility of the application, as foreseen by Article 140 bis of the Consumers Code.

The article goes on to analyze the main legal issues which may arise — both for the purposes of the signing of the arbitration clause and for the conduct of the proceedings — in the referral of a class action to arbitration.