

L'esame della natura dell'azione di classe italiana non esaurisce il quadro normativo di riferimento necessario per completare l'esame degli approcci giurisprudenziali prospettabili in Italia a definizione della ipotetica problematica introduzione su larga scala, nella prassi commerciale interna, dell'*arbitration agreement* e della *class action waiver clause*.

Ipotizzando, infatti, il trasferimento di tale prassi nei contratti per l'acquisto di beni e servizi di consumo, la legittimità delle predette clausole dovrà essere vagliata sotto un duplice profilo normativo:

(i) il primo, quello della legislazione speciale consumeristica di cui al Codice del consumo nel caso in cui l'acquirente del bene o servizio sia un consumatore, così come descritto dall'articolo 3 del Codice del consumo;

(ii) il secondo, quello del diritto delle obbligazioni e dei contratti in generale nel caso in cui l'acquirente del bene o servizio di consumo sia un professionista (così come descritto dall'articolo 3 del Codice del consumo) ovvero una persona giuridica cui la tutela della disciplina speciale consumeristica è preclusa.

Similmente al percorso delle corti americane, si affronterà, dunque, la tematica della legittimità della clausola compromissoria inserita all'interno dei contratti di consumo e, per quella via, si valuterà la compatibilità del sistema italiano con la *class arbitration*; di qui, si concluderà affrontando la legittimità dell'esplicita *class action waiver clause*.

Lo scrutinio di legittimità della clausola compromissoria o della *class action waiver clause* inseriti in un contratto di consumo sottoscritto da un consumatore è indagine relativa alla vessatorietà della clausola contrattuale ai sensi degli articoli 33 e seguenti del Codice del consumo.

Come appena anticipato, la disciplina delle clausole vessatorie è contenuta nel Titolo I della Parte III del Codice del consumo che, come noto, è frutto del recepimento della normativa europea e, più in dettaglio, dalla direttiva 93/13/CEE "*concernente le clausole abusive stipulate nei contratti con i consumatori*"

La normativa europea, quindi, veniva adottata nell'ottica di imporre un'uniformazione legislativa delle diverse normative in vigore presso gli Stati membri verso uno *standard* di tutela minimo del consumatore. Fra le misure adottate, la disciplina comunitaria prevedeva la generica “*non vincolatività*” nei confronti del consumatore delle clausole contrattuali predisposte unilateralmente dall'impresa e non soggette a negoziato individuale tali da imporre uno squilibrio contrattuale “*significativo*”.

In particolare, per quanto qui rilevante, l'articolo 3 della Direttiva disponeva che:

*“Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto”.*

L'ultimo comma della medesima norma, infine, rimandava al documento allegato alla Direttiva per una elencazione, non esaustiva, delle ipotesi in cui la clausola contrattuale avrebbe potuto essere dichiarata abusiva, quali i casi in cui le medesime avevano come oggetto o come effetto quello di:

*“b) escludere o limitare impropriamente i diritti legali del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di totale o parziale inadempimento o di adempimento difettoso da parte del professionista di un qualsiasi obbligo contrattuale, compresa la possibilità di compensare un debito nei confronti del professionista con un credito esigibile dallo stesso”*

*“q) sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legisla-*

*zione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto”.*

La direttiva, infine, chiariva che le ipotesi individuate nell'allegato avevano “*solamente carattere indicativo e che, visto il suo carattere minimo, gli Stati membri possono integrarlo o formularlo in modo più restrittivo, nell'ambito della loro legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda la portata di dette clausole*”.

Originariamente, il recepimento in Italia della Direttiva era avvenuto mediante l'inclusione della disciplina speciale di protezione dei consumatori nell'ambito del Codice civile e, più precisamente, con l'introduzione delle garanzie speciali nella vendita di beni di consumo (articoli 1519-*bis* e ss. del Codice civile) e con la disciplina delle clausole vessatorie (articoli 1469-*bis* e ss. del Codice civile). Tuttavia, il pieno recepimento della direttiva e della più ampia tutela dei diritti dei consumatori promossa in ambito europeo veniva attuata in Italia attraverso l'adozione del codice settoriale del 2005 che, in materia di clausole vessatorie, si limitava a riproporre in maniera sostanzialmente pedissequa il contenuto delle norme codicistiche precedentemente in vigore, salvo limitate correzioni.

Arrivati, dunque, all'elaborazione del Codice del consumo, il recepimento del già richiamato articolo 3 della Direttiva avveniva attraverso il dettato dell'articolo 33 del Codice del consumo che prevede, al comma 1, la sostanziale riproposizione della normativa europea senza elementi di innovazione:

*“Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”.*

Va precisato, inoltre, che, così come originariamente previsto dalla normativa europea, anche la disciplina italiana prevede l'esclusione della vessatorietà, ai sensi dell'articolo 34, commi 4 e 5 del Codice del consumo, per tutte quelle clausole che abbiano formato oggetto di trattativa individuale fra consumatore

e professionista; nel caso di conclusione del contratto tramite moduli o formulari, la prova dell'effettiva trattativa individuale incombe sul professionista.

In linea con la disposizione europea, poi, la norma prosegue individuando un elenco di ipotesi in cui le clausole contrattuali “*si presumono vessatorie fino a prova contraria*” e qui vengono in rilievo quelle dettate dalle lettere b) e t) del comma 2 dell'articolo 33 del Codice del consumo che si discostano parzialmente dalle loro omologhe comunitarie, in particolare per l'espunzione di qualsiasi riferimento all'arbitrato o alla compromettibilità in arbitri della controversia. Le predette disposizioni, infatti, prevedono la presunzione di vessatorietà *iuris tantum* delle clausole che abbiano come oggetto o come effetto, rispettivamente quello di:

*“b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”;*

*“t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi”.*

Completano la disciplina consumeristica in materia di clausole vessatorie gli articoli 34 e 35 che individuando gli elementi necessari al fine di consentire al giudice la valutazione di vessatorietà della clausola, escludendo la rilevanza dell'oggetto del contratto o della misura del corrispettivo. L'accertamento, inoltre, deve essere svolto tenuto conto delle (sole) circostanze presenti al momento della sottoscrizione del contratto ed adottando l'interpretazione più favorevole al consumatore, similmente a quanto accade nella disciplina americana.

Infine, l'articolo 36 del Codice del consumo prevede la cosiddetta *black list* delle clausole da considerarsi invalide quand'anche abbiano formato oggetto di trattativa individuale,

ovvero, per quanto qui di rilievo, quelle che abbiano per oggetto o per effetto di:

*“b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”.*

La sanzione prevista dal legislatore per la clausola vessatoria è la nullità di protezione (cfr. articolo 36 del Codice del consumo) che, conseguentemente, opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata anche d'ufficio da parte del giudice.

Ciò premesso sotto il profilo strettamente normativo, è da rilevarsi come l'accertamento della vessatorietà della clausola contrattuale sia rimesso ad un sindacato ampiamente discrezionale da parte del giudice i cui limiti e riferimenti, anche normativi, non sono affatto chiari o univoci.

Ci si riferisce, in particolare al fatto che:

(i) quanto alla disposizione del comma 1 dell'articolo 33 del Codice del consumo, il legislatore ha senz'altro creato una fattispecie di nullità virtuale secondo il modello dell'articolo 1418, comma 1 del Codice civile fondato sull'accertamento del “*significativo squilibrio*”, definendo tale “*squilibrio*” solo in negativo, ovvero come non attinente alle qualità/quantità del bene oggetto di contratto né relativo alla misura del corrispettivo richiesto. Al fine, dunque, del giudizio circa la sussistenza dello “*squilibrio*”, il giudice dovrà svolgere una valutazione complessiva dei diritti e degli obblighi di entrambe le parti e non dei soli diritti ed obblighi assunti dal consumatore: ciò implica che non potrà considerarsi vessatoria una clausola che imponga “limitazioni” (latamente intese) al consumatore ove queste siano considerate adeguatamente bilanciate da altrettante “limitazioni” a carico dell'impresa tali da ricondurre le parti ed il contratto ad una condizione di sostanziale equilibrio. In più chiari termini, l'accertamento di una condizione contrattuale deteriorata rispetto alla norma di tutela del consumatore non è di per sé ragione sufficiente a far dichiarare vessatoria la relativa clausola contrattuale;

(ii) quanto alla disposizione del comma 2 dell'articolo 33 del Codice del consumo, il legislatore ha fatto impiego della “*presunzione di vessatorietà*” secondo lo schema della presunzione semplice di cui all'articolo 2729 del Codice civile. Tale richiamo alla presunzione, tuttavia, è atecnico dacché il giudizio di vessatorietà non rappresenta una circostanza di fatto suscettibile di prova contraria né, conseguentemente, esiste un fatto storico che possa essere decisamente dedotto in giudizio al fine di superare la presunzione di vessatorietà. Quale sia, dunque, l'ambito della prova contraria non è chiaro e la questione ha diviso la dottrina: alcuni autori, infatti, hanno ritenuto doversi ricondurre l'ambito della prova contraria alla mera prova della sussistenza delle trattative che, ai sensi dell'articolo 35, comma 4 del Codice del consumo farebbe venir meno, *tout-court*, la vessatorietà della clausola che importa lo squilibrio delle posizioni soggettive delle parti; altra parte della dottrina ha, invece, rimarcato come la prova contraria debba riguardare il solo squilibrio e non anche la sussistenza di trattativa. A mio avviso, deve accogliersi l'orientamento di chi ha osservato come la presunzione disposta dal legislatore possa essere vinta in concreto sia attraverso la prova contraria in merito alla trattativa sia sotto il profilo del significativo squilibrio, con principale obbligo per il giudice di motivare un eventuale giudizio di non vessatorietà delle clausole ricomprese nell'elenco alla stregua dei criteri contenuti negli artt. 33 e 34.

Tale è senz'altro, la soluzione interpretativa preferibile, considerato che da un lato, la sussistenza della trattativa costituisce ipotesi di per sé idonea a provocare l'esclusione normativa dal giudizio di vessatorietà ai sensi dell'articolo 34, comma 4 del codice civile (salvo, ovviamente che per le ipotesi contemplate nella *black list*); dall'altro lato, è evidente come l'elencazione del comma 2 dell'articolo 33 – così come dell'allegato alla Direttiva comunitaria – costituisce esclusivamente una esemplificazione tipizzata delle ipotesi in cui, nell'interpretazione del legislatore, interno ed europeo, ci si ritrova in una situazione di squilibrio rilevante ai sensi del comma 1 dell'articolo 33 del Codice del consumo, salvo che non sussistano elementi – non contemplati nella tipizzazione normativa e la cui prova è a cari-

co dell'impresa – che consentano al giudice di ritenere appianato l'apparente “squilibrio” sussistente fra le parti.

D'altro canto, invece, adottare una soluzione *tranchante* per cui la mera sussistenza delle trattative comporterebbe l'esclusione del carattere vessatorio della clausola appare soluzione, a mio avviso, incoerente con la *ratio* della normativa italiana ed europea ed il caso della “*unconscionability*” trattato dalle corti americane – specie quelle californiane – ne è un esempio evidente.

Effettivamente, anche laddove il giudice dovesse accertare che fra le parti siano intercorse delle “*trattative*”, al fine di escludere lo scrutinio di vessatorietà astrattamente imposto dal legislatore, lo stesso giudice non potrebbe – a mio avviso – prescindere da un'indagine concreta sulla reale natura delle trattative stesse: se le medesime siano state condotte sull'effettivo contenuto della clausola ovvero se abbiano avuto il carattere del *take-it-or-leave-it* ovvero se il consumatore abbia più semplicemente dimostrato un sincero disinteresse al contenuto del testo contrattuale ancorché a ciò sollecitato da parte dell'impresa.

Compito del giudice sarà quello di verificare la concreta sussistenza di una trattativa sul contenuto negoziale della clausola ovvero, quantomeno, la certificazione che il consumatore non abbia, per colpa, coltivato le trattative perché a ciò disinteressato, nonostante a ciò sollecitato da parte dell'impresa.

Infine, costituisce opinione (condivisibile) sostanzialmente unanime in dottrina che l'esame sostanziale circa la vessatorietà della clausola ai sensi degli articoli 33 e seguenti del Codice del consumo non esaurisca il “test” di validità della clausola richiesto al giudice del merito, dovendo, in ogni caso, quest'ultimo verificare il rispetto anche dei requisiti formali imposti dagli articoli 1341 ed 1342 del Codice civile, anch'essi da ritenersi soggetti al regime di nullità di protezione di cui all'articolo 36 del Codice del consumo.

Riservando al prosieguo l'esame delle decisioni rese nel diritto interno in materia di clausole vessatorie, appare utile ripercorrere, preliminarmente, alcuni principi in materia di tutela consumeristica ricavabili dagli insegnamenti della Corte di Giustizia Europea a più riprese interrogata, in via preliminare, circa

la compatibilità delle discipline di recepimento adottate dagli Stati Membri rispetto alla fonte primaria europea.

In particolare, la Corte di Giustizia Europea, con il caso *Oceano Grupo Editorial SA*, ha puntualizzato che l'abusività della clausola può e deve essere rilevata anche dal giudice d'ufficio in ogni stato e grado del processo, anche ove la normativa interna preveda termini preclusivi alla facoltà di sollevare eccezioni. Nell'enunciare il principio, la Corte rilevava anche come fosse di scarso o nessun rilievo la circostanza che la Spagna non avesse ancora recepito la direttiva comunitaria 93/13 circa la vessatorietà delle clausole contrattuali abusive, in quanto il principio di interpretazione conforme comunitario, implica che il diritto interno sia applicato conformemente alla *ratio* della normativa comunitaria per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi in tal modo alla disposizione dell'articolo 249, comma 3 del Trattato (ex articolo 189). Ciò, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, in quanto anche le direttive non recepite possono produrre l'effetto di escludere l'applicazione di una regola nazionale difforme e quindi, in ultima analisi, possono offrire al giudice la disciplina regolatrice della fattispecie.

I principi enunciati nel caso *Oceano* sono poi stati ribaditi dalla Corte di Giustizia Europea con maggior vigore nel caso *Mostaza Claro*, ove l'eccezione circa la vessatorietà della clausola che deferiva agli arbitri la risoluzione della controversia era stata sollevata solo nel giudizio di impugnazione del lodo, senza che nel corso dell'arbitrato il consumatore avesse sollevato eccezioni circa la validità della clausola compromissoria, pur essendo a ciò tenuto dalla normativa interna che prevedeva un termine decadenziale per tale eccezione nell'ambito degli scritti introduttivi. La Corte di Giustizia, nel regolare la controversia in favore del consumatore, enunciava l'imperatività della norma di cui all'articolo 6 della direttiva 93/13, ovvero che le clausole abusive "*non vincolano*" il consumatore né la normativa interna può imporre termini o scadenze per l'esperibilità dell'eccezione o l'accertamento giudiziale di vessatorietà.

Alla decisione *tranchante* della Corte emessa nel caso *Mostaza Claro* è poi stato apportato un qualche contemperamento nell'ambito della decisione *Pannon GSM*, ove il giudice euro-



peo rimarcava il carattere protettivo in favore del consumatore della norma enunciata nel richiamato articolo 6 della direttiva 93/13, delegando dunque a quest'ultimo, in via esclusiva la decisione di valersene o meno. Compito del giudice, pertanto, è quello di rilevare – in ogni stato e grado – la vessatorietà della clausola contrattuale abusiva e dichiararne la “*non vincolatività*” solo ove a ciò richiesto – in ogni stato e grado del processo – da parte del consumatore. Inoltre, la Corte ribadiva che l'accertamento in merito alla vessatorietà della clausola contrattuale è giudizio di merito riservato, in via esclusiva, al giudice nazionale investito della questione.

Fatte le dovute premesse sul quadro normativo di riferimento, occorre ora affrontare il tema della validità della clausola compromissoria inserita nel contratto di consumo sottoscritto dal consumatore e se questa sia di per sé idonea ad escludere la possibilità per il medesimo di ricorrere alla tutela di classe prevista dall'ordinamento italiano con riferimento alla disciplina sia dell'azione di classe consumeristica sia della azione di classe di recente adozione inserita all'interno del Codice di procedura civile.

La verifica circa la legittimità della clausola compromissoria sarà affrontata sulla base della verifica richiesta dall'articolo 33 del Codice del consumo, lettere b) e t), proprio prendendo le mosse da quest'ultima fattispecie.

Come osservato precedentemente, l'articolo 33, lettera t) del Codice del consumo presume la vessatorietà delle clausole che importino “*deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*”.

La giurisprudenza delle corti interne interessate della controversia circa la validità della clausola compromissoria inserita all'interno del contratto sottoscritto dal consumatore ha tradizionalmente escluso la legittimità delle stesse – nel vigore sia della disciplina consumeristica del codice civile sia, successivamente, di quella del Codice del consumo – affrontando la tematica in maniera *tranchante* dando definitivamente per acquisito che l'arbitrato integri una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria.

Le pronunce più recenti sono, per quanto si dirà *infra*, quelle che rivestono carattere di maggiore interesse.

Con la sentenza n. 33163 del 21 dicembre 2018, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Milano che aveva negato il proprio difetto di “*giurisdizione*” in favore del collegio arbitrale cui le parti – un privato ed un architetto – avevano fatto rinvio per la definizione delle controversie insorte con il contratto di mandato professionale. Nel cassare la sentenza, infatti, la Suprema Corte rilevava come nel procedimento *a quo* fosse mancata l'indagine probatoria da parte della corte territoriale circa la sussistenza di trattative fra le parti in merito all'inserimento nel contratto della clausola compromissoria che, in difetto, avrebbe dovuto essere considerata vessatoria ai sensi dell'articolo 33, lettera t) del Codice di consumo. In tale prospettiva, dunque, la circostanza che la clausola compromissoria costituisse deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria assurge ad elemento presupposto neppure oggetto di analisi o accertamento:

*“[I]l D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, lett. t), nello stabilire che si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto il sancire a carico del consumatore deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, trova applicazione anche con riferimento alla clausola compromissoria. Mentre spetta al consumatore, ex art. 34, comma 5, Codice del Consumo, che agisca in giudizio, di allegare e provare che il contratto è stato predisposto dal professionista e che le clausole costituenti il contratto corrispondono a quelle vessatorie di cui al citato D.Lgs. all'art. 33, comma 2, spetta, invece, al professionista superare tale presunzione, dando prova che la sottoscrizione della clausola derogatrice della competenza ha costituito l'esito di una trattativa individuale, seria ed effettiva, essendo a tal fine insufficiente la mera aggiunta a penna della clausola, nell'ambito di un testo contrattuale dattiloscritto, o la mera approvazione per iscritto della clausola medesima (Cass, ord, 26/09/2008, n. 24262; Cass, ord, 10/07/2013, n. 17083). Nella specie tale prova non è stata indagata. (...) ne consegue che il ricorso per*

*cassazione deve essere accolto; la sentenza va cassata con rinvio”.*

Analogamente, in altro recente caso, la Suprema Corte adita nell’ambito di un procedimento per regolamento di competenza emetteva ordinanza con la quale cassava la decisione del Tribunale di Macerata che aveva dichiarato la “*improponibilità*” della domanda giudiziaria presentata da un gruppo di risparmiatori contro l’intermediario finanziario nel cui contratto quadro era inserita una clausola compromissoria per tutte le controversie nel corso del rapporto di investimento.

Nel cassare la pronuncia di incompetenza del giudice *a quo*, la Suprema Corte rilevava che la clausola compromissoria avrebbe dovuto essere dichiarata vessatoria in assenza di preventiva verifica circa le intervenute trattative fra risparmiatori e intermediario finanziario in merito alla volontà di deferire in arbitri le controversie; conseguentemente, venivano enunciati i seguenti principi di diritto:

*“In tema di arbitrato tra banca e consumatore, la deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria in favore degli arbitri, in forza di quanto previsto dal D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. 1), è possibile alla condizione che si dimostri l’esistenza di una specifica trattativa tra le parti, e la prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale di deroga, ponendosi l’esistenza della trattativa come un prius logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola”.*

*“La validità della clausola compromissoria in tema di arbitrato tra banca e consumatore (nella specie: contenuta nel cd. contratto quadro) è subordinata alla specifica negoziazione ed approvazione per iscritto, onde nei casi in cui essa sia inserita in contratti contenenti condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti (il professionista), la stessa deve essere*

*dichiarata nulla perché, in forza di quanto previsto dal D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. t), la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria al di fuori di tali condizioni è da considerarsi vessatoria e contraria alla disciplina di protezione del consumatore”.*

Anche in questo caso, non sorge questione circa la possibilità di ritenere che la clausola compromissoria costituisca deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria: presupposto che la Suprema Corte non solo dà per pacifico, ma anzi riafferma:

*“la clausola in questione dovrebbe essere dichiarata nulla alla luce del risalente (ma ancora attuale) principio di diritto secondo cui “l'efficacia della clausola compromissoria, in quanto clausola vessatoria, è subordinata alla specifica approvazione per iscritto nei soli casi in cui detta clausola sia inserita in contratti con condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti (art. 1341 c.c., comma 1) ovvero conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari (art. 1342 c.c., comma 1)” (Sez. 1, Sentenza n. 4351 del 1993; Sez. 1, Sentenza n. 8407 del 1996)”.*

Tali principi di diritto enunciati dalla Suprema Corte, ancorché formalmente circoscritti al rapporto tra “*banca e consumatore*”, non sembra possano essere limitati soggettivamente in considerazione delle peculiarità del rapporto bancario, ma possono essere estensibili in via generale a qualsiasi rapporto di consumo intercorrente fra professionista e consumatore.

Nell'esaminare gli orientamenti giurisprudenziali espressi, dunque, si potrebbe ravvisare la consacrazione dell'orientamento dottrinale che considera che solo la “*trattativa*” costituisca la “*prova contraria*” richiesta dall'articolo 33 del Codice del consumo al fine di vincere la presunzione di vessatorietà delle fattispecie esemplificative ivi racchiuse. Ciò ha portato alcuni, in particolare, a concludere che, nel giudizio di vessatorietà, sia del tutto indifferente il tipo di arbitrato cui la clausola compromissoria fa riferimento, dacché ove il giudice

accerti l'esistenza della trattativa intercorsa, l'accordo formato sull'inserimento della clausola compromissoria renderebbe superflua qualsiasi indagine giudiziale sul tipo di arbitrato prescelto e sulle concrete modalità di suo svolgimento.

La lettura offerta dalla giurisprudenza e dalla dottrina, tuttavia, a mio avviso non persuade, considerato che non sembra più corretto ritenere la clausola compromissoria come operante una deroga alla competenza dell'autorità giurisdizione ai fini di cui all'articolo 33, lettera t) del Codice del consumo e, in ogni caso, non potendosi ritenere esaurito il discernimento giudiziale circa la vessatorietà della clausola compromissoria con la mera verifica che siano intercorse trattative tra le parti.

Nel verificare se la clausola compromissoria operi una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria verrebbe naturale accodarsi al dibattito annoso, dottrinale e giurisprudenziale, sulla possibilità di riconoscere un posto all'arbitrato all'interno della giurisdizione statale: questione, di cui si darà conto, ma che, a mio avviso, non può considerarsi dirimente ai fini dell'indagine qui in rilievo.

In merito all'appartenenza dell'arbitrato al potere giudiziario, come noto, sussistono due dottrine contrapposte, quella giurisdizionale e quella contrattuale, che, pur vivendo alterne fortune a seconda del periodo storico, non sono mai riuscite ad affermarsi definitivamente l'una sull'altra:

(i) la teoria giurisdizionale considera l'arbitrato parte integrante del sistema giustizia, interno alla funzione statale, considerata la naturale commistione da sempre esistente fra i due sistemi: a partire dal Codice di procedura civile del 1865 che prevedeva l'obbligatorietà del deposito del lodo in tribunale entro cinque giorni dall'emissione, pena la sua inesistenza; la disciplina del codice del 1940, prima della riforma del 1994, che attribuiva al lodo depositato efficacia di sentenza; da ultimo, il riformato articolo 824-*bis* del Codice di procedura civile, che conferisce al lodo arbitrale, fin dalla sua sottoscrizione, effetti di sentenza;

(ii) la teoria contrattuale riconduce l'arbitrato alla sola sfera negoziale, sulla considerazione che il fondamento del potere arbitrale non ha origine statale, ma esclusivamente negoziale: di conseguenza, il lodo è valido ed efficace come qualunque altro

negozio giuridico che non richiede l'intervento autoritativo statale.

Il dibattito, in particolare giurisprudenziale, fino agli anni '90 sembrava propendere per la teoria giurisdizionale, finché la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2000 ha sparigliato:

*“La concezione sulla natura privata dell’arbitrato [...] porta a qualificare il procedimento arbitrale come ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale, una volta che si fonda sul consenso delle parti, e che la decisione proviene da soggetti privati radicalmente carenti di potestà giurisdizionale di imperio. Vale a dire che il giudizio arbitrale è antitetico a quello giurisdizionale e ne costituisce la negazione. Correlativamente, la devoluzione della controversia ad arbitri si configura quale rinuncia all’azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, nonché quale manifestazione d’una opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il dictum di soggetti privati. Da ciò, la puntuale identificazione, in dottrina, del compromesso quale patto di deroga della giurisdizione. [...] L’attribuzione al lodo, a posteriori, di effetti propri della sentenza non può incidere sulla sua configurazione quale atto negoziale e, a fortiori, sulla costruzione del giudizio arbitrale quale giudizio privato; e può essere intesa solo quale attribuzione quoad effectum che lascia inalterata la natura originaria”.*

La questione, tuttavia, è rimasta tutt’altro che definita e, in particolare negli anni più recenti, le pronunce della Suprema Corte a sostegno della tesi giurisdizionale e della tesi contrattuale si sono alternate.

Va, dunque, oggi prendendo piede la teoria dell’appartenenza dell’arbitrato ad un *tertium genus* che supera la contrapposizione tradizionale. Tale teoria, infatti, rileva che il concetto di giurisdizione ha un significato poliforme:

*“Infatti, se viene intesa come potere giurisdizionale in senso stretto, cioè un potere che promana dallo Stato ed in quanto tale è caratterizzato dall’imperium, in detta definizione non è possibile ricomprendere l’arbitrato, che è privo dell’elemento di autoritatività; se invece viene intesa in senso etimologico, come iuris dictio, o come servizio per l’individuo, vi rientra anche l’arbitrato, che tende, al pari della giustizia statale, all’accertamento dell’esistenza o del modo di essere dei diritti. In questa prospettiva, entrambe le teorie colgono una parte di verità”.*

La teoria del *tertium genus* inquadra, dunque, l’arbitrato come un servizio fungibile rispetto a quello dello Stato, la cui decisione – il lodo – è una fattispecie precettiva autonoma, rispetto alla sentenza, al contratto o all’atto amministrativo idoneo a definire la controversia, concorrendo con la giurisdizione statale ad assicurare la medesima utilità economica del diritto di azione di cui all’articolo 24 della Costituzione.

Ritornando alle sentenze in commento precedentemente circa la vessatorietà della clausola compromissoria, sembrerebbe che la Corte di Cassazione sia rimasta indifferente al più recente dibattito, accogliendo la teoria contrattuale ed applicandola al discernimento richiesto dall’articolo 33, lettera t) del Codice del consumo con conseguente accertamento che l’arbitrato deroga, *tout-court*, la competenza della autorità giurisdizionale.

Una tale lettura, tuttavia, non è più, a mio avviso, perseguibile né avallata dall’attuale testo normativo, nonché, più in generale, dalla *ratio* normativa, italiana ed europea, in materia di tutela dei consumatori e di diritto arbitrale.

Ciò, a partire dal dato letterale, considerato che la norma dell’articolo 33, lettera t) del Codice del consumo fa riferimento alla deroga alla competenza dell’autorità “*giudiziaria*” e, come giustamente osservato dalla teoria del *tertium genus*, all’arbitrato è sicuramente riconosciuta l’autorità *iuris dicere* riconosciuto dalla Stato e da quest’ultimo equiparato alla sentenza resa dalle corti statali, ancorché la fonte della sua legittimazione sia di origine contrattuale anziché pubblica. Non vi è, dunque, nella legge, a ben vedere, alcuna indicazione univoca

dell'intento del legislatore di presumere vessatoria qualsiasi clausola che abbia per oggetto o come effetto quello di derogare al *potere giurisdizionale esercitato dalle sole corti statali*.

Tale lettura, peraltro, sembra più coerente con la disciplina europea in materia di consumatori ed arbitrato: ciò, a partire dalla Direttiva 93/13 che, come visto, non prevedeva alcun disfavore per l'arbitrato, salvo il caso in cui la clausola compromissoria prevedesse l'obbligo del "*consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto*".

Il richiamo non è però decisivo, come precisato dalla Direttiva, considerato che "*l'elenco delle clausole figuranti nell'allegato ha solamente carattere indicativo e che, visto il suo carattere minimo, gli Stati membri possono integrarlo o formularlo in modo più restrittivo, nell'ambito della loro legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda la portata di dette clausole*".

Ciò non di meno, l'esemplificazione contenuta nella Direttiva europea ha sicuramente il pregio di indicare una volontà del legislatore europeo di non discriminare l'arbitrato quale mezzo di risoluzione delle controversie insorte fra impresa e consumatori. Anzi, l'esatto contrario: la prova è offerta dalla Direttiva 2013/11/UE del Parlamento e del Consiglio Europeo "*sulla risoluzione delle controversie dei consumatori – Direttiva sull'ADR per i consumatori*" con cui l'adozione da parte degli Stati membri di modalità serie ed efficienti di risoluzione alternativa delle controversie viene indicata quale strumento primario per garantire il duplice scopo fondamentale dell'Unione Europea: la creazione e la funzionalità del mercato unico europeo e l'elevato livello di protezione dei consumatori.

In tale ottica, la norma dell'articolo 33, lettera t) del Codice del consumo, il cui tenore letterale appare tutt'altro che univoco, sembra doversi più correttamente interpretare mediante una lettura estensiva che, dunque, non ritenga vessatoria qualsiasi clausola che abbia come oggetto o come effetto quello di derogare alla giurisdizione esercitata all'interno delle corti statali,



purché il potere di *iuris dicere* sia affidato, come richiesto dalla Direttiva sull'ADR per i consumatori, ad organismi riconosciuti dallo Stato Membro e che approntino le garanzie fondamentali di giusto processo così da porsi come veri strumenti di esercizio alternativo del diritto di azione di cui all'articolo 24 della Costituzione. Fra questi, sicuramente rientra l'arbitrato la cui funzione è equiparata a quella delle corti giurisdizionali statali e la cui decisione è dotata del medesimo *status* giuridico della sentenza giudiziale. D'altro canto, risulterebbe del tutto irragionevole la "ghettizzazione" dell'arbitrato nella valutazione di vessatorietà rispetto alle ADR al cui ricorso è stata concessa una strada preferenziale anche mediante l'introduzione delle lettere *v-bis*) e *v-ter*) del comma 2 dell'articolo 33 del Codice.

Una tale conclusione è poi confortata anche dal *favor* crescente che il legislatore interno riserva all'arbitrato al fine di superare l'ideale che il sistema giustizia possa essere delegato al monopolio esclusivo della giurisdizione statale che, in assenza di adeguati strumenti deflattivi, non sarà in grado di rispondere all'esigenza di amministrare la giustizia nell'ambito di un equo processo.

Come correttamente osservato dalla più attenta dottrina, dunque, "*L'equivalenza di funzione [fra arbitrato e giurisdizione statale, n.d.r.] mette in secondo piano la questione della collocazione dell'arbitrato dentro o fuori dalla giurisdizione*", in particolare, aggiungo, per quanto rilevante ai fini dell'applicazione della norma di cui all'articolo 33, lettera t) del Codice del consumo.

Sotto diverso profilo rispetto a quanto sopra discusso, neppure sembra condivisibile, a mio avviso, l'orientamento giurisprudenziale enunciato dalla Corte di Cassazione con le sentenze sopra richiamate che pare ridurre l'indagine di merito del giudice circa la vessatorietà della clausola compromissoria alla sola verifica che siano intercorse trattative; ciò, tantomeno laddove si ritenga, come sembra avallare la Suprema Corte, che la prova delle intercorse trattative sia raggiunta con la "*specificazione negoziazione ed approvazione per iscritto*", lasciando intendere che sia sufficiente la mera sottoscrizione separata della clausola compromissoria per ritenere la medesima oggetto di negoziato individuale fra le parti.

Quanto al primo profilo, infatti, l'indagine circa la vessatorietà della clausola arbitrale deve, a mio avviso, coinvolgere il giudice nella verifica della forma arbitrale prescelta e dell'effettivo rispetto delle garanzie costituzionali di giusto processo, di diritto di difesa e di contraddittorio. Ciò, in quanto, l'indagine delegata al giudice di merito è primariamente quello di verificare che la clausola contrattuale non abbia comportato un “*significativo squilibrio*” a danno del consumatore, imponendo, quindi, come detto, di verificare che il giudizio arbitrale cui la clausola compromissoria rimanda non determini un trattamento peggiore del consumatore rispetto alla posizione contrattuale dell'impresa ed alle garanzie processuali che al medesimo sarebbero riservate in caso di giudizio dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria.

L'esperienza americana può giovare a chiarimento. Si prenda il caso *AT&T Mobility LLC v. Concepción*: la controversia nasceva dall'inserimento nel contratto di acquisto di un servizio di telefonia mobile di una clausola compromissoria che prevedeva che l'arbitrato sarebbe stato svolto con costi, anche di assistenza legale, integralmente a carico della compagnia telefonica, in via telematica o comunque virtuale e con una penale a carico di AT&T Mobility LLC pari a USD 7.500 per il caso in cui l'arbitro avesse accolto la domanda del consumatore in misura superiore all'offerta transattiva presentata dalla compagnia telefonica. Ci si domanda se una tale clausola arbitrale non sia idonea a superare la presunzione di vessatorietà di cui all'articolo 33 del Codice del consumo, a prescindere dalla verifica che siano intercorse trattative, considerato che sicuramente determina una posizione contrattuale del consumatore privilegiata rispetto a quella dell'impresa ovvero a quella in cui il medesimo si troverebbe laddove adisse l'autorità giudiziale ordinaria. Il caso è forse smaccato, ma sicuramente mette in luce l'insufficienza della verifica che siano intercorse le trattative al fine di giudicare la vessatorietà della clausola compromissoria che, conseguentemente, deve essere esaminata nel merito dell'assetto di interessi che realizza fra le parti in contesa e non su meri presupposti formalistici inidonei a consentire la valutazione di “*squilibrio*”.

Quanto al secondo profilo, laddove dalla mera sottoscrizione separata si inferisse raggiunta la prova delle trattative circa la volontà delle parti di inserire nel testo contrattuale la clausola compromissoria, si priverebbe la normativa consumeristica della tutela rafforzata speciale rispetto alla normativa ordinaria. A ben vedere, infatti, anche l'articolo 1341, comma 2 del Codice civile richiede la "doppia sottoscrizione" della clausola compromissoria, rendendo così ultronea la disciplina speciale del Codice di consumo: soluzione che appare del tutto incoerente con la *ratio* normativa, interna ed europea, che impone una tutela forte del consumatore.

In tale prospettiva, la prova delle intervenute trattative circa l'inserimento nel testo contrattuale della clausola compromissoria sembra destinata a dover essere integrata mediante prove più pregnanti rispetto alla mera verifica della doppia sottoscrizione: è circostanza notoria – e la dottrina americana della *unconscionability* ce ne dà ulteriore conferma – che nell'ambito della sottoscrizione di contratti di consumo il consumatore è richiesto di apporre sottoscrizioni molteplici senza l'oggettiva possibilità né di verificare il contenuto di quanto viene sottoscritto né di operare modifiche al testo contrattuale né di rifiutare alcune delle clausole di cui si richiede la separata sottoscrizione.

E sono proprio tali le fattispecie in cui, a mio avviso, si dovrebbe dare piena attuazione alla "tutela forte" del consumatore prevista dalla normativa settoriale.

In uno sforzo di sintesi di quanto sopra, ai fini della valutazione richiesta dall'articolo 33, lettera t) del Codice del consumo circa la vessatorietà della clausola compromissoria, merita ripensamento, a mio avviso, l'orientamento giurisprudenziale che ritiene che la clausola arbitrale operi una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, considerato che, quantomeno ai limitati fini dell'indagine richiesta dalla norma in parola, l'arbitrato sembra a tutti gli effetti costituire uno strumento di esercizio alternativo del diritto d'azione previsto dall'articolo 24 della Costituzione pienamente riconosciuto dal potere giudiziario pubblico ed equiparato alla competenza delle corti statuali.

Anche laddove tale prospettiva fosse ritenuta non convincente, ritengo che l'esame circa la legittimità della clausola arbitra-

le inserita nel contratto di consumo non potrà arrestarsi alla mera ricerca della manifestazione del consenso quale prova delle intercorse trattative, pena svuotare la tutela consumeristica del carattere di pervasività effettiva riservatogli dall'ordinamento nazionale ed europeo.

Va rilevato, d'altro canto, che imporre all'impresa l'obbligo di fornire una prova rigorosa circa l'esistenza delle intercorse trattative, ad esempio, mediante accordo compromissorio separato e la cui sottoscrizione non sia vincolante al fine di accedere al bene o servizio di consumo, potrebbe spingere quest'ultima ad adottare incentivi alla sottoscrizione del compromesso da parte dei consumatori in forme assimilabili a quelle osservate nel caso *AT&T Mobility LLC*, così spingendo la prassi commerciale verso modelli di risoluzione alternativa delle controversie virtuosi ed effettivamente capaci di attirare il contenzioso e deflazionare il ruolo delle corti giurisdizionali ordinarie.

Parallelamente all'indagine giudiziale sulle intercorse trattative fra consumatore ed impresa, il giudice dovrà comunque valutare nel merito la forma di arbitrato prescelta con la clausola compromissoria e accertare che essa realizzi il bilanciamento degli interessi delle parti contrattuali, dichiarandola vessatoria (a prescindere dalla trattativa) ove arrechi un “*significativo squilibrio*” a danno del consumatore.

Definito il contesto normativo e le proposte interpretative ricostruttive, resta da definire se l'inserimento della *arbitration clause* all'interno dei contratti di consumo comporti una deroga implicita alla tutela di classe similmente a quanto ritenuto operante nel sistema americano; e, ove ciò si verifichi, se la deroga alla possibilità per il consumatore di ricorrere alla tutela di classe incida sulla validità della clausola compromissoria medesima.

Riducendo in atomi la questione “se la clausola compromissoria operi una deroga alla tutela di classe” significa tentare di rispondere al quesito se l'ordinamento italiano è compatibile con l'arbitrato di classe.

Il presupposto, giuridico e circostanziale, infatti, è che laddove sia ritenuta – come, a mio avviso, sicuramente deve ritenersi – legittima la clausola compromissoria inserita nel contratto di consumo, la controversia fra consumatore ed impresa deve

essere deferita all'arbitrato senza possibilità di adire la corte statale nell'ambito di un'azione di classe (consumeristica o processuale) che, ove interpellata, dovrebbe declinare la propria competenza in favore dell'organo arbitrale.

Il dibattito, puramente dottrinale, circa la compatibilità del sistema arbitrale con la tutela di classe dubita della possibilità di deferire ad arbitri la controversia nelle forme dell'azione di classe di cui all'articolo 140-*bis* del Codice del consumo ritenendo tale modello sostanzialmente incompatibile con il processo arbitrale.

L'aspetto, rilevato come critico dai commentatori, riguarda principalmente la previsione contenuta al comma 5 della norma in esame, ovvero la notificazione dell'atto di citazione introduttivo dell'azione di classe all'ufficio del pubblico ministero, finalizzato alla sua eventuale partecipazione al giudizio limitatamente alla fase di ammissibilità.

Al riguardo, è stato autorevolmente affermato che tale previsione è sostanzialmente ostativa alla riproduzione, in ambito arbitrale, dell'azione di classe consumeristica; tuttavia, la previsione di una partecipazione del pubblico ministero circoscritta alla sola fase di filtro di ammissibilità dell'azione, ritenuto quale *“presidio-filtro immaginato anzitutto a difesa delle imprese, quale argine alle azioni di classe puramente provocatorie o pretestuose”*, consenta all'impresa medesima di liberamente poter rinunciare alla fase di filtro, inducendo a ritenere *“lecito che in Italia sia deferibile ad arbitri non esattamente l'azione di classe secondo il compiuto ed integrale paradigma dell'art. 140 bis cod. cons., ma sì un'azione di classe ed una tutela di classe rimodellate, per sottrazione della fase di ammissibilità”*.

Altra attenta dottrina ha invece rilevato come la previsione circa la partecipazione del pubblico ministero imponga effettivamente un adattamento della disciplina dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo all'arbitrato di classe del tutto assimilabile a quello propugnato dalla Suprema Corte americana con il caso Keating, concludendo per una soluzione che ammette *“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”.*

La questione relativa alla partecipazione del pubblico ministero alla fase di filtro di ammissibilità dell'azione di classe potrebbe, oggi, dirsi superata dalla recente introduzione della normativa processualistica sull'azione di classe che omette di reiterare la previsione del comma 5 dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo.

A ben vedere, tuttavia, l'omessa riproposizione non esclude la partecipazione del pubblico ministero, il quale rimane legittimato all'intervento secondo le regole generali di cui all'articolo 70, comma 3 del Codice di procedura civile. Tale semplicistica considerazione, a mio avviso, è idonea a ridimensionare notevolmente la funzione che la normativa consumeristica attribuisce al pubblico ministero ovvero, sostanzialmente, delegandogli, nell'ambito dell'azione di classe, l'esercizio delle medesime facoltà che il medesimo potrebbe esercitare nell'ambito di qualsiasi procedimento ordinario. Va sottolineato, infatti, che la partecipazione del pubblico ministero non è necessaria ai fini della decisione dell'ammissibilità dell'azione di classe, ma meramente eventuale così come in ogni altro procedimento ordinario in cui sia ravvisabile “*un pubblico interesse*” e l'azione di classe consumeristica altro non fa che imporre una presunzione di sussistenza di un “*pubblico interesse*” tale da giustificare la notificazione dell'atto introduttivo all'ufficio del pubblico ministero. Ciò, tuttavia, non legittima, a mio avviso, la non arbitrabilità dell'azione di classe secondo il modello dell'articolo 140-*bis* del Codice del consumo, esattamente allo stesso modo in cui non preclude l'arbitrabilità di qualsiasi altra controversia in cui sarebbe possibile scorgere un “interesse pubblico” meritevole di attenzione processuale da parte del pubblico ministero.

Fatte tali premesse, ad ogni buon conto, ritengo che la problematica relativa alla compatibilità della tutela collettiva con l'arbitrato non debba essere riguardata sotto il profilo dell'adattabilità della norma che introduce l'azione di classe al procedimento arbitrale e, quindi, se sia adottabile l'articolo 140-

*bis* del Codice del consumo ovvero gli articoli 840-*bis* e seguenti del Codice di procedura civile al fine di introdurre un giudizio arbitrale di classe.

Infatti, l'esame comparativo dell'esegesi della *class action* e dell'azione di classe porta a concludere che le discipline interne che regolano l'azione di classe non introducono nell'ordinamento italiano istituti sostanziali o processuali precedentemente assenti, bensì esclusivamente norme processuali, mere procedure che consentono rispettivamente l'*aggregazione* delle pretese individuali omogenee (per quanto riguarda la disciplina di classe consumeristica) ed il *concorso* delle pretese individuali omogenee (per quanto riguarda la disciplina di classe processualistica) attraverso l'uso di istituti sostanziali (*i.e.* la rappresentanza processuale di cui agli articoli 75 e seguenti del Codice di procedura civile) già presenti ed in uso nel nostro ordinamento. Diversamente rispetto a quanto accade in America, infatti, l'azione di classe interna non è un'azione rappresentativa della classe che rimane estranea al processo, ancorché vincolata dalla sua decisione, sicché le normative introduttive dei riti di classe non costituiscono in alcuna misura fonte giustificativa né dei poteri del proponente l'azione di classe di agire nell'interesse altrui né di vincolatività in capo a terzi della decisione resa *inter alios*.

Facendo applicazione di tali conclusioni alla questione qui in esame, si deve, a mio avviso, affermare che l'arbitrabilità della tutela collettiva non dipende dalla possibilità di sussumere o di incorporare nel procedimento arbitrale le norme introduttive in Italia dell'azione di classe che, rivestendo solo carattere processuale, non apportano strumenti di *aggregazione* o di *concorso* ulteriori o diversi rispetto a quelli già disponibili nell'ordinamento e liberamente adottabili in un procedimento arbitrale; d'altro canto, della piena compatibilità dell'istituto della rappresentanza processuale con l'arbitrato non è neppure oggetto di discussione.

L'arbitrabilità della controversia nelle forme dell'azione di classe, dunque, dipenderà – più semplicisticamente – dalla capacità delle parti di dotarsi di (anche tramite rinvio a) un regolamento d'arbitrato che preveda tempi, termini e procedure idonee a consentire o l'*aggregazione* o il *concorso* dei soggetti por-

tatori di diritti individuali omogenei a quelli del proponente l'arbitrato di classe e che siano anch'essi vincolati nei confronti dell'impresa convenuta dalla clausola compromissoria *standard* inserita nel contratto di consumo.

Il regolamento d'arbitrato "di classe", potrà essere adottato dalle parti in sede di stipulazione della clausola compromissoria ovvero anche dagli arbitri nell'ambito della prima udienza arbitrale rinviando, come di costume accade, alla legge sostanziale e processuale italiana che, entrambe, incorporano al loro interno l'azione di classe rispettivamente consumeristica e processualistica.

L'arbitrato di classe sarà esperibile anche laddove, nell'ambito della clausola compromissoria, le parti decidano di deferire le controversie tra loro insorte a camere arbitrali che abbiano adottato un regolamento d'arbitrato che incorpori le regole per l'arbitrato di classe: regolamenti cui le parti potrebbero fare rinvio – incorporando così la tutela collettiva – anche ove non intendessero affidare la funzione arbitrale alla Camera arbitrale emittente.

Da ultimo, sarebbe a mio avviso sufficiente un limitatissimo intervento normativo nella regolamentazione dell'arbitrato di cui al libro IV, titolo VIII del Codice di procedura civile che ammetta l'esperibilità dell'arbitrato nelle forme dell'azione di classe disciplinata dalla legge (in quanto compatibile) per avere la possibilità di un ricorso generalizzato ed indiscriminato alla tutela arbitrale di classe. Come già discusso anche in precedenza, infatti, la previsione dell'intervento del pubblico ministero prevista dalla disciplina consumeristica e la presenza di una fase di filtro di ammissibilità in entrambe le normative non sembrano suggerire ostacoli all'arbitrabilità dell'azione di classe, considerato, in particolare, che nell'ordinamento italiano la fase di filtro di ammissibilità non sembra assolvere, in alcuna misura, ad inderogabili o intangibili interessi pubblici.

L'adozione pattizia (in via diretta o tramite rinvio) o legale di un regolamento arbitrale che preveda l'arbitrato di classe supera, infine, il problema affrontato dalle corti americane circa la *silent clause on class arbitration* che, per decisione della Suprema Corte, esclude la possibilità di adire l'arbitrato in forma collettiva. L'eventuale adozione o incorporazione a cura delle



parti di un regolamento contenete l'arbitrato di classe, infatti, determina che la clausola arbitrale attui a tutti gli effetti, espressamente o implicitamente, un rinvio a tale forma di tutela.

A conclusione di quanto sopra si è sostenuta la piena arbitrabilità della tutela collettiva, sicché, anche sotto tale profilo, l'inserimento della clausola compromissoria nel contratto di consumo non sembrerebbe comportare alcuna compressione dei diritti e delle azioni in capo al consumatore, escludendo l'indagine su eventuali profili di vessatorietà ulteriori.

Ammettendo, tuttavia, un risultato interpretativo opposto circa la possibilità di esperire l'arbitrato di classe, non mi pare vi siano ragioni sufficienti a far decadere per nullità la clausola compromissoria in quanto vessatoria ai sensi dell'articolo 33, comma 2, lettera b) del Codice del consumo, viepiù ai sensi dell'articolo 36, comma 2 lettera b) del Codice del consumo.

A ben vedere, infatti, l'eventuale impossibilità di adire una tutela di classe arbitrale o giurisdizionale non comporta una effettiva perdita o limitazione delle *“azioni o [de]i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”*.

Le distinte tipologie di azione di classe previste dall'ordinamento interno, infatti, data la loro natura esclusivamente processuale, costituiscono solo una modalità di esercizio dell'azione alternativa rispetto all'azione restitutoria/risarcitoria individuale ordinaria, sicché l'impossibilità di accedere a tale forma di tutela non determina per il consumatore una rinuncia all'azione nei confronti dell'impresa.

Tali conclusioni sembrano trovare avallo anche da parte della giurisprudenza della Sezioni Unite Suprema Corte che, nel comporre il contrasto insorto fra le Sezioni Semplici in merito alla ricorribilità straordinaria contro l'ordinanza che pronuncia in merito all'ammissibilità dell'azione di classe, ha chiarito come la tutela collettiva costituisca una semplice modalità di esercizio alternativo del diritto d'azione e che la preclusione al suo esercizio non comporta alcuna lesione di diritti soggettivi rilevante ai fini della concessione della tutela giurisdizionale, rimanendo esperibile l'azione ordinaria.

In ogni caso, anche ove si ritenesse che la preclusione all'esercizio dell'azione di classe determinasse una perdita o limitazione delle “azioni o [de]i diritti del consumatore nei confronti del professionista”, la vessatorietà della clausola compromissoria andrebbe ancora vagliata sotto il duplice test dell'esistenza delle trattative e del “*significativo squilibrio*”; proprio nell'ambito di tale ultima valutazione, la rinuncia alla tutela collettiva potrebbe anche risultare controbilanciata dalla possibilità di ricorrere ad uno strumento alternativo di risoluzione della controversia quale l'arbitrato, in particolare ove quello individuato nell'ambito della clausola compromissoria abbia caratteri di speditezza ed economicità per il consumatore.

Analoghe considerazioni possono essere svolte per il caso in cui la clausola compromissoria fosse accompagnata da una *wai-ver* del consumatore ad agire mediante tutela di classe, non potendosi affermare in termini assoluti, a mio avviso, la vessatorietà della clausola compromissoria accompagnata dalla *class action waiver clause* se non all'esito di una valutazione di merito volta all'accertamento dell'esistenza di un “*significativo squilibrio*” in danno del consumatore su cui torneremo anche oltre.

Affrontato l'esame circa la validità della *arbitration clause* inserita nel contratto di consumo ed i suoi ipotetici effetti sulla possibilità di agire mediante tutela di classe, non resta che da interrogarsi – similmente a quanto fatto dalle corti americane – sulla legittimità di una rinuncia mera del consumatore, contenuta nel contratto di consumo, a far valere i propri diritti mediante introduzione di (o adesione a) una azione di classe.

L'indagine circa la vessatorietà della *wai-ver clause* dovrà, dunque, essere affrontata in relazione alle disposizioni di cui agli articoli 33, comma 2, lettera b) e 36, comma 2 lettera b) del Codice del consumo, già sopra affrontati in merito alla questione della *arbitration clause* e di cui, anche in questa sede, si possono richiamare le considerazioni di carattere generale circa il fatto che la preclusione alla possibilità di agire mediante lo strumento alternativo della tutela collettiva rispetto all'azione ordinaria non determina la perdita o la compressione del diritto d'azione o di altri diritti soggettivi.

Differentemente rispetto al caso trattato, tuttavia, è da rilevare che la *waver clause* opera una rinuncia mera da parte del consumatore, non compensata neppure dal conferimento al medesimo di uno strumento alternativo di risoluzione della controversia quale la possibilità di ricorrere all'arbitrato mediante l'inserimento della clausola compromissoria. In altre parole, rispetto al caso della clausola compromissoria, il consumatore si vede privato – puramente e semplicemente – di uno strumento d'azione nei confronti dell'impresa non compensato da alcuna paritetica rinuncia da parte di quest'ultima.

Tale considerazione è idonea ad incidere sicuramente nell'ambito della valutazione circa l'esistenza dello squilibrio contrattuale richiamato dall'articolo 33, comma 1 del Codice del consumo. Se tale squilibrio sia, poi, significativo ritengo non si possa affermare in termini assoluti, rivelandosi la rinuncia del consumatore tanto più significativa nel bilanciamento degli interessi contrattuali quanto più la tutela collettiva risulti efficiente e di uso comune nella prassi giudiziaria italiana.

Come è stato molto acutamente osservato, infatti, la mera introduzione in Italia di una normativa sull'azione di classe non è *“sufficiente, di per sé, a creare un sistema di tutela giurisdizionale collettiva ... Ed è forse questa «immaturità» della nostra disciplina che ha contribuito anche alla ritrosia diffusa verso un modello processuale particolarmente innovativo, lontano dai principi e dalle logiche di una tradizione giuridica fortemente radicata, che ha interpretato l'«azione di classe» come l'inserimento di uno strumento processuale certamente utile – fors'anche indispensabile – in un ordinamento moderno, ma inevitabilmente avulso dai caratteri tradizionali del nostro processo civile”*.

Considerati i modestissimi risultati raggiunti dall'azione di classe consumeristica fino ad oggi, infatti, mi pare si possa affermare, *rebus sic stantibus*, che l'eventuale rinuncia del consumatore ad esercitare il proprio diritto tramite tutela collettiva non potrebbe incidere in misura significativa sull'equilibrio contrattuale. Al contempo, laddove la nuova normativa o una nuova cultura giuridica e giudiziaria riuscissero ad imporre tale forma d'azione quale imprescindibile strumento giudiziario di tutela del consumatore – similmente a quanto accade nel sistema ame-

ricano – anche la valutazione circa lo squilibrio contrattuale muterebbe radicalmente, imponendo la dichiarazione di vessatorietà della *class action waiver clause* ai sensi dell'articolo 33, comma 1 del Codice di consumo.

Un residuale, limitatissimo, accenno è dovuto, per dovere di completezza, con riferimento alla validità della *class action waiver clause* nel caso in cui il sottoscrittore del contratto di acquisto di beni e servizi di consumo non sia inquadrabile come consumatore ai sensi dell'articolo 3 del Codice settoriale.

Come osservato precedentemente, infatti, la nuova normativa processualistica di cui agli articoli 840-*bis* e seguenti del Codice di procedura non opera alcuna discriminazione qualitativa rispetto ai soggetti titolati a promuovere l'azione di classe, con conseguente legittimazione all'accesso alla tutela collettiva anche del professionista.

La qualificazione soggettiva di professionista, tuttavia, incide relativamente al regime di protezione accordato in sede di acquisto, non potendo quest'ultimo invocare le tutele previste dal Codice del consumo in materia di clausole vessatorie.

In tali ipotesi, pertanto, la legittimità della *class action waiver clause* potrà essere indagata esclusivamente con riferimento alla disciplina di cui agli articoli 1341 e 1342 del Codice civile, non potendosi qualificare la rinuncia all'azione di classe come una clausola di esonero della responsabilità invalida ai sensi dell'articolo 1229 del Codice civile. Come ampiamente detto prima, infatti, la preclusione all'azione collettiva non comporta alcuna deroga o preclusione alla promozione dell'azione risarcitoria nei confronti dell'impresa.