

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

APRILE/GIUGNO

2023

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Nullità di protezione ed enforcement pubblicistico nei settori regolati

SOMMARIO. 1. Nullità di protezione come vizio della fattispecie «attività d'impresa». – 2. Rapporti tra nullità e altri strumenti di *enforcement*: la prospettiva tradizionale. – 3. Emersione di nuovi paradigmi, tra legislazione *antitrust* e innovazioni giurisprudenziali. – 4. Verso un modello di *enforcement* integrato. – 5. Conclusioni. Prospettive de *iure condendo*.

1. Nullità di protezione come vizio della fattispecie «attività d'impresa»

1.1. Una considerazione sinottica dei contenuti propri delle discipline di regolazione del mercato intese alla protezione dei clienti, tanto di fonte eurounitaria quanto prettamente “autarchica”, consente di formulare l'assunto descrittivo per cui nell'odierno diritto dell'economia la conclusione di contratti “d'impresa” (*i.e.* di contratti in cui si realizza – o che sono comunque strumentali a – l'offerta al mercato dei prodotti o servizi da parte di una data impresa) affetti da nullità di protezione viene sovente ad attivare, a fianco delle conseguenze proprie dell'invalidità civilistica, una data serie di ulteriori effetti pregiudizievoli, i quali conseguono alla previsione normativa di altrettanti mezzi di *enforcement* di natura pubblicistica. Dove il predicato «pubblicistico» si riferisce a quelle forme di tutela il cui esercizio è conferito a enti od organismi pubblici, come pure a soggetti istituzionalmente od occasionalmente esponenziali di interessi collettivi¹.

Nel riferirsi a tale materia vengono dunque in rilievo talune tipologie di strumenti e presidi che ricorrono nella disciplina *antitrust*², in quella

¹ Sui criteri tradizionali di distinzione tra rimedi privatistici e pubblicistici, cfr. U. MATTEI, *I rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2001, pag. 124.

² Al riguardo va precisato che, se la nullità delle intese restrittive della concorrenza (co. 3 dell'art. 2, l. 287/1990) non dà luogo a nullità di protezione, diverso è il discorso in merito alla nullità dei contratti stipulati “a valle” dell'intesa restrittiva, ossia quelli stipulati tra le imprese partecipanti al “cartello” e le rispettive controparti contrattuali, i cui contenuti siano esecutivi dell'accordo restrittivo. A seguito di un lungo dibattito dottrinale (su cui cfr. almeno, per l'ordinamento italiano, M. MELI, *Autonomia*

della tutela del consumatore³, nel settore finanziario (bancario⁴, investimenti⁵, assicurativo⁶), nonché nei servizi di pubblica utilità⁷.

Tali strumenti si identificano in quei provvedimenti il potere di adozione dei quali è assegnato dalla legge alle autorità indipendenti di

Privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali, Milano, 2001; E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle*, Napoli, 2008), la prospettiva della nullità dei contratti a valle si trova ora sancita, con riferimento alle singole clausole concretamente interessate da un'intesa restrittiva tra banche "veicolata" dall'ABI nella sua veste di predisponente un contratto modello di fideiussione a beneficio delle banche associate, da Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, I, pag. 499; in tema, cfr. A.A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza» della tutela reale; la «qualità» della tutela reale*, in questa *Rivista*, 2022, I, pag. 1; S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, in *Foro it.*, 2022, I, pag. 521; F. DENOZZA, *Principle vs Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale regolatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, pag. 670; F. SARTORI, *"Fideiussioni omnibus" e nullità delle clausole in deroga: tra efficienza del mercato e stabilità del sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, pag. 309; M. MARTINO, *Intese anticoncorrenziali e contratti a valle: ripresa di un tema*, in questa *Rivista*, 2023, suppl. I, pag. 1; cfr. anche, prima delle Sezioni Unite, G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vingt ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2021, pag. 1173.

Quanto alla qualificazione di tale nullità in termini di «nullità di protezione», cfr. V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pag. 466; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust, cit.*, pag. 128.

³ Art. 37-bis cod. cons., in relazione alle clausole abusive.

Più complesso invece il rapporto tra *private* e *public enforcement* nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in ragione della difficoltà nell'individuazione del rimedio civilistico applicabile. Sul punto cfr. M. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, pag. 477; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012; A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2020, pagg. 150 ss. e 213 ss.

⁴ Artt. 128-ter e 144 t.u.b., in particolare nel combinato disposto con il Titolo VI.

⁵ Art. 195 t.u.f., in particolare nel combinato disposto con l'art. 21 t.u.f.

⁶ Artt. 305 – 310 c.a.p., in particolare in combinato disposto con gli articoli 12, 29, 32 e 167.

⁷ Art. 2, co. 20, lett. c, l. 14 novembre 1995, n. 481; 1 d.l. 145/2013 e All. A del. 501/2014; legge quadro n. 481/95; art. 1, co. 30, 31 e 32 l. 249/97 e 98, co. 9, 11 e 13 cod. com. el.; cfr. anche art. 98-*quaterdecies* cod. com. el.

settore, sulla base di discipline di diritto pubblico. Più precisamente, essi prendono corpo nell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie quale conseguenza della stipulazione di contratti affetti da nullità per violazione della disciplina di tutela dei clienti⁸, negli ordini di cessazione di date modalità dell'offerta (in quanto realizzate in violazione di norme di tutela assistite dal rimedio della nullità di protezione) nonché, in un caso peculiare relativo al settore bancario, negli ordini di restituzione alla clientela delle somme percepite indebitamente⁹, *i.e.* pagate sulla base di contratti affetti da nullità¹⁰. In

⁸ Il termine "cliente" intende qui ricomprendere tutti i soggetti che acquistano un prodotto o servizio da un'impresa, indipendentemente dall'eventuale ulteriore loro qualificazione normativa quali consumatori o utenti (così, nei servizi di interesse economico generale). La circostanza che la controparte dell'impresa sia costituita da un consumatore o meno non esprime infatti una dimensione sistematica propria, in quanto il dato fondamentale risiede nell'esistenza di un rapporto dove un'impresa "produttrice" o "offerente" di un bene o servizio si rapporta a chi quel bene o servizio acquista, e all'esigenza di regolare il relativo mercato mediante la regolazione dei rapporti che quel mercato realizzano. In questo contesto, l'estensione dell'ambito applicativo delle discipline di tutela (se a tutte le controparti, come nel bancario; se ai consumatori e alle microimprese, come nelle pratiche commerciali scorrette; se ai consumatori, come nelle clausole abusive) risponde a scelte legislative che hanno natura essenzialmente politica e non mutano i termini di sostanza dogmatica della materia. Sul punto, cfr. V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pag. 19; in termini ancora più netti, cfr. A.A. DOLMETTA, *Sui contratti d'impresa: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, in *Jus*, 2009, pag. 291; ID., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna-Roma, 2013, pag. 60 s. (sulla cui scorta cfr. anche U. MALVAGNA, *Contratti «di settore» e struttura della contrattazione d'impresa*, in *An. giur. ec.*, 2018, pag. 477).

⁹ Ai sensi dell'art. 128-ter t.u.b., «qualora nell'esercizio dei controlli previsti dall'articolo 128 emergano irregolarità, la Banca d'Italia può ... inibire ai soggetti che prestano le operazioni e i servizi disciplinati dal presente titolo la continuazione dell'attività, anche di singole aree o sedi secondarie, e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti» (enfasi aggiunta).

¹⁰ Per completezza, va osservato che anche le funzioni paragiudiziali svolte da autorità amministrative indipendenti e i meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie incardinati presso le medesime autorità si prestano a essere concepiti alla stregua di strumenti di *enforcement* delle normative di tutela di utenti, clienti e consumatori nel mercato (in tema, cfr. A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica: verso un superamento della contrapposizione?*, in questa *Rivista*, 2020, suppl. I, pagg. 90 s. Si tratta peraltro di un mezzo di *enforcement* dalle caratteristiche del tutto peculiari, nella misura in cui, da un lato, opera sul piano dell'elaborazione concreta di regole operative in applicazione dei principi dettati dalle

questi casi, la qualificazione di questi strumenti come mezzi di *enforcement* pubblicistico delle normative di tutela dei clienti consegue al dato soggettivo dell'essere tali provvedimenti emessi da autorità amministrative.

Tuttavia, partecipano di una natura in un certo senso pubblicistica, non più in senso soggettivo ma *oggettivo*, quegli strumenti rimediali di natura giurisdizionale che, pure se esercitati da soggetti privati, vengono nei fatti a risultare in forme di tutela estesa a beneficio di tutti i soggetti (clienti) che si trovano nella medesima situazione rispetto alla condotta negoziale illegittima dell'impresa che abbia dedotto serialmente contratti affetti da nullità di protezione. Il riferimento corre, in via segnata, alle azioni collettive – a contenuto restitutorio o inibitorio – promosse dalle associazioni rappresentative degli interessi di utenti e consumatori¹¹ ovvero anche da singoli soggetti che, agendo mediante un'azione collettiva, pongano le condizioni per l'estensione dell'efficacia soggettiva del relativo giudicato all'intera classe titolare dello stesso c.d. "diritto omogeneo"¹².

1.2. Fermati questi cenni ricognitivi, occorre subito notare, sul piano ricostruttivo, che la circostanza secondo cui la conclusione di contratti o clausole viziati da nullità di protezione produca un piano di effetti e conseguenze ulteriore a quello del vizio civilistico consente di ribadire che il rimedio della nullità di protezione richiede di essere collocato e concepito in un orizzonte sistematico più ampio di quello del rimedio invalidante di negozi. Ché esso attinge, piuttosto, a una *strategia regolatoria* globale, volta alla conformazione delle attività economiche nella prospettiva di istituire e mantenere un ordine del mercato connotato da un corretto funzionamento della dinamica concorrenziale, della garanzia di un livello adeguato di qualità intrinseca dei prodotti e servizi offerti mediante la rimozione di fallimenti del mercato, nonché della protezione di ulteriori interessi e posizioni giuridiche della

normative di tutela e, dall'altro, mira all'accertamento (seppur privo della vincolatività propria della cosa giudicata sostanziale *ex art. 2909 c.c.*) dell'effettiva nullità (o di altra violazione della normativa, diversamente "sanzionata" dall'ordinamento) di un dato negozio in relazione a una specifica fattispecie concreta.

¹¹ Cfr. Artt. 37, 66, 67-*noviesdecies*, 79 Cod. Cons.

¹² Art. 840-*bis* c.p.c.

collettività di volta in volta identificate come rilevanti. Sul piano tecnico, tale logica conformativa si esprime in un meccanismo di allocazione di “costi” sull’impresa (derivanti dalla simultanea attivazione degli strumenti di *enforcement* applicabili¹³), l’economicità di azione della quale rende gli stessi una forma di pressione o coazione indiretta verso la conformazione alle norme e quindi agli esiti socialmente desiderati¹⁴.

Come pure l’imputazione alle nullità di protezione degli effetti corrispondenti ai mezzi di *enforcement* pubblicistico testimonia una volta di più – ove mai ce ne fosse ancora la necessità – il fatto che il trattamento del negozio nullo è positiva disciplina di effetti di una fattispecie esistente, perfezionata e qualificata dal diritto, e non certo disciplina dell’imperfezione o dell’«inqualificazione» della fattispecie¹⁵.

1.3. Senonché, va osservato che qui la fattispecie rilevante – cui il rimedio in ultima istanza si riferisce – è non tanto il singolo negozio, bensì l’attività, cioè la deduzione seriale di contratti che sia perciò tale da definire le caratteristiche dell’offerta di un prodotto. Da questo punto

¹³ Costi diretti (così, le sanzioni, le *condictiones* promosse dalla clientela, i pagamenti effettuati in esecuzione degli ordini di restituzione) e indiretti, ossia quelli connessi con l’esigenza di correzione dell’offerta (sul piano organizzativo dell’impresa), secondo quanto necessario alla rimozione del fattore invalidante.

¹⁴ Per riferimenti nella letteratura economica, cfr. A. NICITA, *Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, pag. 27.

¹⁵ Si tratta di una parabola dottrinale che può ormai dirsi giunta a compimento: sul punto, cfr. almeno G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, pag. 488; G. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, pag. 18; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, pag. 489; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2004, pag. 1407.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, Rimedi, I, a cura di Gentili, Milano, 2006, pag. 82; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.

di vista, è infatti corretto dire che tutte le tipologie di *enforcement* convergono sul piano dell'attività e più precisamente costituiscono una tecnica di sindacato – chiaramente in senso atecnico – dell'attività o, per meglio dire, della *decisione d'impresa* a contenuto generale che definisce i tratti (normativi o economici) di un prodotto o un servizio¹⁶. Decisione generale d'impresa la quale viene meramente attuata mediante i singoli rapporti negoziali: di tal che rispetto a essa le caratteristiche del singolo rapporto, e il trattamento giuridico a esso riservato, assumono una dimensione dipendente.

In questa prospettiva, va pure segnalato che, adottato un simile schema di lettura, sfuma la centralità dello specifico rimedio che sul piano negoziale si trovi a dover essere applicato (se risarcitorio, invalidante o altro), proprio perché la dimensione informante spetta alla legittimità o meno della decisione d'impresa e della relativa attuazione, e non alle forme di reazione dell'ordinamento alla sua illegittimità¹⁷.

Dato un simile contesto, affrontare il tema dei rapporti tra la pluralità di strumenti e attori, che compone la materia in questione, diviene essenziale ai fini dello sviluppo di una visione organica della materia.

¹⁶ In questo senso può dirsi che alla contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato costruita sulla qualificazione formale dello strumento si sostituisce una logica di diritto dell'impresa in cui i diversi strumenti sono tenuti in unità dall'aver ad oggetto la decisione d'impresa la cui attuazione integra un «fatto di mercato»: sul punto, con riferimento alla decisione di adesione ed esecuzione di una intesa restrittiva, cfr. G. GUIZZI, *I contratti a valle*, cit., pag. 1176: «il contrasto con la norma imperativa si coglie, semmai, in una dimensione seriale, e poi necessariamente fattuale, riguardando cioè il fatto della reiterazione, da parte di tutti gli aderenti al cartello, di contratti coerenti con il programma di azione comune in cui esso si concreta».

¹⁷ Una volta assunto tale angolo d'analisi, la differenza tra le decisioni conformative del regolamento negoziale del contratto standard dell'impresa erogatrice del servizio, e quelle conformative degli aspetti dell'esecuzione della prestazione non rigidamente predeterminati nel documento contrattuale, differiscono solo in relazione al fatto che mentre nel primo caso la tecnica di *enforcement* privatistico si realizza prevalentemente in un giudizio di validità della pattuizione, nel secondo caso si snoda lungo il giudizio di adempimento e la relativa responsabilità debitoria. L'esigenza di evitare «ontologizzazioni» dei rimedi è stata correttamente evidenziata, in relazione al tema, che resta tutt'ora discusso pure a fronte delle pronunce gemelle delle Sezioni Unite del 2007, della corretta definizione del perimetro di distinzione fra obblighi di validità e obblighi di fattispecie, da A.A. DOLMETTA, *La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, pag. 80 ss.

Emerge in particolare l'interrogativo circa l'esistenza, l'opportunità e le caratteristiche di un coordinamento tra i diversi mezzi di *enforcement*, che possa dirsi realmente idoneo al raggiungimento degli obiettivi di tutela sottesi all'adozione delle discipline normative a presidio dei quali tali strumenti sono approntati.

2. *Rapporti tra nullità e altri strumenti di enforcement: la prospettiva tradizionale*

2.1.- Se nell'elaborazione dottrinale corrente appare ampiamente diffusa e consolidata la percezione di un nesso di ordine funzionale tra rimedi pubblicistici e privatistici, connotato nei termini sopra discussi, l'analisi dei diversi strumenti di *enforcement* potenzialmente convergenti in relazione a una medesima «prassi d'impresa» illegittima (così, la stipulazione di contratti d'impresa affetti da nullità) resta però sovente ancorata a un'ottica atomistica, che non muove oltre il rilievo secondo cui l'estensione dei mezzi di tutela esistenti conduce naturalmente a una più elevata capacità dell'ordinamento di rilevare l'esistenza di prassi d'impresa irregolari, così risultandone agevolata la correzione per effetto della loro attivazione. Si tratta in effetti di un ragionamento di buon senso: più ampi i mezzi di *enforcement* e i soggetti legittimati a servirsene, maggiore la probabilità del loro esercizio.

In realtà, una considerazione più attenta del tema porta in evidenza la circostanza per cui il successo di una strategia di *enforcement* non consegue in automatico al mero fatto dell'esistenza di una pluralità di strumenti. Dovrà dirsi, piuttosto, che la capacità di un dato sistema di tutele di raggiungere una situazione ottimale dal punto di vista dell'efficacia¹⁸ e dell'efficienza¹⁹ non si dà da sé, ma dipende da tanti e diversi fattori. Non ultime le risorse e le professionalità di chi è chiamato a promuovere, adottare o sindacare l'esercizio di quegli strumenti. Come pure rilevano grandemente, in questa prospettiva, gli incentivi all'attivazione dei diversi strumenti di tutela che guidano ciascuno dei soggetti a ciò legittimati – pubblici, privati o

¹⁸ Intesa come raggiungimento di un adeguato livello di effettività di tutela.

¹⁹ Intesa come minimizzazione dei costi sociali complessivi da sostenersi per il raggiungimento di una tutela effettiva.

“esponenziali” di interessi collettivi che siano (su questo tema, cfr. i cenni svolti in fine, n. 7)

A monte di tutto ciò, sta però la definizione dei rapporti giuridici esistenti tra i vari e diversi procedimenti – amministrativi e giudiziali – che l’esercizio di ciascuno strumento di *enforcement* viene ad attivare.

Ciò vale anzitutto con riferimento ai profili inerenti agli accertamenti di fatto operati nell’ambito dell’attività istruttoria, dove si pone l’esigenza di una riduzione (e comunque non inutile duplicazione) dei costi connessi con tale accertamento. In specie, emerge il tema di come i giudizi civili possano beneficiare della maggiore specializzazione e dei più ampi poteri che spettano alle Autorità (per quanto non si possa escludere in via astratta anche una situazione di osmosi nel senso opposto).

Ma soprattutto, il tema del coordinamento si pone con riferimento all’esistenza o meno di vincoli giuridico-formali relativi alle valutazioni a contenuto eminentemente giuridico effettuate da ciascuna autorità chiamata – in relazione a una medesima «prassi d’impresa» – ad amministrare un dato strumento di *enforcement*. In altri termini, si tratta di stabilire se e come l’affermazione o la negazione della nullità di una data clausola o un dato contratto serialmente stipulato, adottata nel contesto dell’esercizio di uno strumento di *enforcement*, debba vincolare anche l’esercizio degli altri strumenti esercitati o esercitandi in relazione alla medesima fattispecie (intesa, per l’appunto, come prassi d’impresa).

2.2.- Una considerazione sinottica dello stato attuale della legislazione e del materiale giurisprudenziale esistente consente di formulare la conclusione che il diritto vigente si trova orientato a una sostanziale distinzione tra i vari strumenti, con la conseguente svalutazione del maggiore valore che porterebbe – sul piano sistematico-concettuale, e quindi operativo – la costruzione di un sistema organico di *enforcement* improntato al superamento della cesura tra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato.

Cristallizza l’assetto istituzionale esistente, tra le altre, la pronuncia di Cass., 31 agosto 2021, n. 23655, quando afferma che «public enforcement e private enforcement non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita». Al riguardo si afferma,

in particolare, che «gli strumenti di public enforcement svolgono una funzione tipicamente “punitiva” ed “afflittiva” e sono finalizzati primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati», a fronte di una funzione essenzialmente *riparatoria* svolta dallo strumento di tutela privatistico. Col che, in definitiva, «si tratta di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, comunque, su piani autonomi e distinti»²⁰.

In una simile impostazione, i “momenti di interferenza” cui fa riferimento il precedente giurisprudenziale ora richiamato sembrano peraltro attenersi al piano del fatto, senza risultare in una reale dinamica di relazione in senso giuridico tra i procedimenti che corrispondono all’attivazione dei diversi rimedi.

Sul piano processuale²¹, ciò si esprime in relazione tanto alla giurisdizione quanto al rapporto tra i procedimenti, in senso sia

²⁰ La sentenza della Suprema Corte qui riferita recepisce a propria volta i contenuti della pronuncia del Consiglio di Stato Consiglio di Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

Sul piano della ricostruzione degli istituti rimediali, si inserisce in tale linea di separazione teorica cfr. A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica*, cit., pag. 93 s., là dove afferma «allorché l’ordinamento accorda a un’ autorità pubblica poteri di intervento e di correzione delle iniziative private, il problema percepito e regolato è pur sempre la tutela diretta e immediata di interessi pubblici o, comunque, il contemperamento di una pluralità di interessi», sicché «l’eventuale risultato ripristinatorio di un pregiudizio cagionato a soggetti privati attiene, dunque, pur sempre al profilo – appunto, empirico – della efficacia sociale dell’intervento pubblico». Nel medesimo senso, cfr. l’ulteriore precisazione per cui «parimenti, l’autotutela privata ha la funzione di accordare un “rimedio” a un interesse egoistico e l’eventuale “complementarietà” di siffatta iniziativa, rispetto alla tutela di interessi pubblici, attiene anch’essa alla efficacia sociale dell’istituto o delle regole, senza penetrare nella funzione normativa, ossia nel problema percepito e regolato dall’ordinamento giuridico, mediante l’attribuzione di una situazione soggettiva e degli strumenti di reazione contro la sua lesione».

²¹ Un diverso e ulteriore aspetto di interesse attiene al modo in cui la Corte di Cassazione interpreta il discrimine tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, rilevante ai fini della delimitazione del perimetro delle proprie attribuzioni e della funzione nomofilattica. Questo profilo impatta sulla possibilità che la responsabilità dell’intermediario verso gli investitori assolva efficacemente alla propria funzione conformativa dell’attività *mediante la creazione di incentivi efficienti per le imprese*, e dipende dai termini concreti secondo cui la Corte di Cassazione opera il discrimine tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, su cui si fonda, per l’appunto, la natura della

oggettivo che soggettivo. E infatti, i provvedimenti di vigilanza delle Autorità amministrative indipendenti sono per regola generale attratti alla giurisdizione esclusiva (art. 133 c.p.a.). Ma anche quando è stabilita la giurisdizione ordinaria (così, per le sanzioni amministrative pecuniarie²²), si tratta di procedimenti il cui oggetto è l'accertamento dell'obbligazione pecuniaria dell'Amministrazione verso l'impresa, rispetto alla quale il fatto dell'avere concluso contratti nulli rileva per

Suprema Corte quale giudice di legittimità. Il problema si è posto, ad esempio, con riferimento alla valutazione di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*, dove si manifestano in seno alla Corte due diverse linee di approccio al problema. E infatti, una tesi qualifica il giudizio di meritevolezza come giudizio di fatto *in sé*, col che si è affermato che una data clausola (in particolare, la clausola *claim-made* nel contratto di assicurazione sulla responsabilità civile) «in presenza di determinate condizioni, può [...] essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza [...]»; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata» (Cass., Sez.Un., 9 maggio 2016, n. 9140). All'opposto, Cass. n. 22590/2015 giudicando sulla nullità totale per immeritevolezza di un prodotto bancario (il contratto relativo all'operazione *MyWay*) statuisce che «il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto *ex art. 1322 c.c.* può essere rimesso all'esclusivo sindacato del giudice di merito solo ove esso appartenga all'esclusiva e specifica singolarità del caso concreto, come tale destinato a restare confinato, appunto, nell'ambito di tale giudizio. Tuttavia, dove, al contrario, la fattispecie concreta sia idonea a fungere da modello generale di comportamento di una serie indeterminata di casi analoghi, là si ravvisa allora un giudizio di diritto e la necessità dell'intervento nomofilattico della Cassazione, al fine di garantire la prevedibilità delle future decisioni, posto che si tratta d'integrare il contenuto della norma indeterminata o della clausola generale predetta». Portando questo ragionamento sul piano, qui considerato, della responsabilità dell'intermediario per la difettosa predisposizione dei processi organizzativi sottesi all'erogazione del servizio di gestione di portafogli, si potrà convenire sulla preferibilità di questa seconda linea di lettura, che è l'unica in grado di attribuire al formante giurisprudenziale la capacità di esprimere una valutazione stabile, e pertanto credibile, in ordine alla "legittimità" di una data decisione conformativa adottata dall'impresa. Cfr., con riferimento alla tematica del giudizio di meritevolezza, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La certezza del diritto dell'economia tra attività del regolare e attività del giudicare*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, pag. 284: «è evidente, infatti, che rinunciare ad un giudizio nomofilattico di meritevolezza, non solo quando esso è legato alle peculiarità dell'isolato caso concreto – del contratto non d'impresa, non "seriale", cioè –, ma anche rispetto al prodotto immesso sul mercato, significa pregiudicare irrimediabilmente le aspettative di prevedibilità delle imprese, con un incremento dei costi e una sostanziale imponderabilità del rischio legale, a discapito del valore dell'efficienza del mercato».

²² Art. 195 t.u.f., e per il settore bancario cfr. l'art. 144 t.u.b

l'appunto come fatto, come mero presupposto materiale della pretesa sanzionatoria. Ne consegue l'insuscettibilità del giudicato così formatosi a estendersi nei confronti delle controparti contrattuali dell'impresa. Questo vale anche nel caso degli ordini di restituzione *ex art. 128-ter t.u.b.*, dove la *causa accipiendi* del cliente non è l'indebito, bensì è il provvedimento in sé; né il cliente ha titolo per esigere la condotta di cui all'ordine amministrativo²³.

A *contrario*, gli accertamenti operati nei singoli giudizi civili relativi ai negozi, come pure le *class action*²⁴, non sono suscettibili di produrre effetti sull'esercizio degli strumenti di *enforcement* pubblicistico, né nei confronti dell'autorità amministrativa né nei confronti del giudice della relativa impugnazione. Ciò emerge chiaramente anche lungo il versante soggettivo, cioè delle parti di questi procedimenti, nella misura in cui non sussistono meccanismi litisconsortili dei soggetti interessati²⁵, né – probabilmente – può ravvisarsi un interesse a intervenire nei giudizi diversi da quelli incardinati tra le parti cui il *petitum* direttamente si riferisce.

Se tale impostazione risponde a una visione classica della materia, può seriamente dubitarsi della sua idoneità a realizzare in maniera efficiente l'effetto conformativo cui aspirano le strategie rimediali in questione, basate come sono sul *mix* di strumenti pubblici e privati. In effetti, la situazione ora descritta sembra essere il portato di un approccio alla tutela dei diritti di stampo spiccatamente formale, nonché

²³ Cfr. F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl. 3 al n. 1/2022, pag. 2 ss.

²⁴ Sul rapporto tra azioni collettive e deterrenza, cfr. l'impostazione della materia fornita da A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, pag. 111.

²⁵ Nella prospettiva del processo civile, infatti, la parziale identità o comunanza della fattispecie, che connota i singoli rapporti seriali dell'impresa, potrebbe al più salire a fattore di connessione impropria tra cause tale da giustificare un litisconsorzio facoltativo ai sensi dell'art. 103 c.p.c.; ovvero – al riscontro di requisiti più specifici – potrebbe dare luogo alla configurazione di «diritti individuali omogenei» che, ai sensi dell'art. 840-*bis*, co. 1, c.p.c., possono essere tutelati mediante l'azione di classe.

In particolare, si tratterebbe di una «connessione meramente logica, intellettuale» (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, t. 2, Torino, 2019, pag. 25). Cfr. già P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale secondo il nuovo codice*, Padova, 1944, t. 2, pag. 194; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile: struttura e poteri delle parti*, 1993, pag. 107 ss.

della volontà di preservare le varie “nicchie” di potere amministrativo e giurisdizionale che un sistema frammentato viene naturalmente a creare, più di quanto non risponda a una meditata valutazione di efficacia ed efficienza dei mezzi di *enforcement* nell’ambito di una strategia che ambisca alla conformazione del mercato in coerenza con gli scopi generali della regolazione.

3. *Emersione di nuovi paradigmi, tra legislazione antitrust e innovazioni giurisprudenziali*

3.1.- L’analisi del tema in questione sarebbe tuttavia incompleta, e il giudizio in precedenza formulato eccessivamente severo, se ci si arrestasse alla considerazione dei dati sin qui esposti. E infatti, in certi ambiti dell’ordinamento comincia a farsi strada un diverso e più evoluto paradigma, che inizia a introdurre, seppure a uno stato per così dire “embrionale”, quella logica di integrazione organica dei mezzi di *enforcement* che costituisce il presupposto essenziale per il conseguimento di una maggiore efficacia ed efficienza degli strumenti di tutela.

Se da un certo punto di vista la stessa istituzione di ADR incardinati nell’ambito delle Autorità amministrative titolari di corrispondenti poteri di *enforcement* pubblicistico (il riferimento corre, ovviamente, anzitutto ad ABF e ACF) può essere – ed è stata²⁶ – concepita quale tentativo di un migliore raccordo tra tutela dei diritti dei singoli (*adjudication*) ed esercizio delle funzioni di vigilanza (*supervision*), l’attenzione va qui anzitutto concentrata sulla disposizione dell’art. 7 d. lgs 3/2017, il quale dispone che «si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell’autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’autorità ... non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato»; essendo altresì precisato che «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione

²⁶ Cfr. per tutti A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna-Roma, 2013, pagg. 25 ss.

medesima». Conclude poi la disposizione qui considerata, precisando che «quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale».

Sulla base delle considerazioni in precedenza formulate, si impone un giudizio positivo circa l'introduzione, ad opera del legislatore (europeo e quindi nazionale) di una simile disposizione. Al riguardo, dovendo essere ulteriormente rilevato che tale disposizione ha trovato sponda in quell'orientamento giurisprudenziale che, in relazione fattispecie di per sé sottratte *ratione temporis* alla disposizione del 2017, tratta – per regola di formazione puramente pretoria – l'accertamento operato dall'autorità amministrativa di settore come una «prova privilegiata» nel collegato giudizio civile, richiedendo al giudice che intenda discostarsene uno specifico *surplus* motivazionale²⁷.

²⁷ Cass., 22 maggio 2019, n. 13846; nonché Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, entrambe in *Dejure*. Cfr. anche Cass., 28 maggio 2014, n.11904, in *Foro it.*, 2014, I, pag. 1729: «Nel nostro ordinamento il meccanismo di attuazione delle norme poste a tutela della concorrenza ha una struttura duplice, pubblica e privata. Infatti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato opera su un piano pubblicistico, essendo ad essa istituzionalmente affidata dalla legge la funzione di autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza ed agisce anche d'ufficio, nell'interesse pubblico ed in posizione di indipendenza, per dare attuazione alle norme che vietano intese ed abusi di posizione dominante. L'Autorità ha, tra l'altro, poteri di accertamento degli illeciti antitrust e poteri sanzionatori di natura amministrativa che svolgono una funzione deterrente; in sede civile, invece, operano i giudici ordinari i quali, su domanda di singoli interessati (concorrenti o consumatori), garantiscono la tutela delle posizioni giuridiche soggettive che siano state lese da condotte d'impresa in violazione delle norme antitrust, nazionali e comunitarie. La posizione giuridica del consumatore, oggetto di tutela, è rappresentata dal “diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta” (Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305) [...] La distinzione tra tutela pubblica (public enforcement) e tutela privata (private enforcement) si fonda sulla diversità dei presupposti della tutela pubblica “che soddisfa un'esigenza diversa da quella concessa dal giudice ordinario, laddove quest'ultimo si pronuncia soltanto su ricorso di parte (in genere, imprese concorrenti) per la tutela di un interesse privato, mentre l'Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale” (Tar Lazio, sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713)». Senonché, «le due tutele sono tra loro complementari e sinergiche; che il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere

3.2.- Nel contesto evolutivo ora in analisi, l'aspetto di maggiore interesse ai fini che qui interessano è tuttavia costituito dall'ulteriore innovazione, sempre operata su iniziativa del formante giurisprudenziale, dove il valore di "fonte di accertamento privilegiata" riconosciuto alle pronunce delle autorità regolatorie, nell'ambito dell'esercizio di strumenti di *public enforcement*, segna il suo passaggio *dal piano del fatto al piano del diritto*, ossia dal limitarsi all'intervenuto accertamento di un fatto storico (così, la stipulazione di una intesa restrittiva) al riconoscere alla pronuncia dell'autorità indipendente (non impugnata la cui impugnazione sia stata rigettata) idoneità persuasiva anche in ordine alla *invalidità* di una data clausola, che costituisce invece frutto di un apprezzamento a contenuto eminentemente giuridico.

In quest'ottica, risulta meritevole d'attenzione il ragionamento sviluppato da Cassazione 31 agosto 2021, n. 23655²⁸, che trasporta la tesi della prova privilegiata (sviluppata, come si è detto, con riferimento alla prova del fatto dell'intesa restrittiva) al diverso ambito applicativo, costituito dalla valutazione di vessatorietà, e quindi di nullità, di una data clausola presente in un contratto tra professionista e

irrelevante il provvedimento del Garante nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di un'unitaria finalità. In tale prospettiva assume rilievo anche l'evidente asimmetria informativa tra l'impresa partecipe dell'intesa anticoncorrenziale ed il singolo consumatore che si trova, salvo casi eccezionali da considerare di scuola, nell'impossibilità di fornire la prova tanto dell'intesa anticoncorrenziale quanto del conseguente danno patito e del relativo nesso di causalità. Al riguardo giova anche ricordare che, sia pure con esclusivo riferimento all'azione di classe, il sesto comma dell'art. 140 *bis* del Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) prevede che il tribunale, nella fase di valutazione di ammissibilità della domanda, "può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo". In definitiva, «tutti tali elementi, non potendosi ritenere che l'attribuzione ai singoli consumatori dell'azione a loro privata tutela si risolva in una mera affermazione di principio, convergono verso la conclusione che nel giudizio civile il provvedimento del Garante abbia una elevata attitudine probatoria tanto con riferimento all'accertamento della condotta quanto con riferimento alla idoneità a procurare un danno ai consumatori; pur non esistendo nel nostro ordinamento della categoria della prova privilegiata, distinta da quella della prova legale, non si può discutere l'elevata attitudine probatoria dell'accertamento compiuto dall'Autorità alla quale è istituzionalmente affidata dalla legge la funzione di controllo».

²⁸ In *Foro it.*, 2022, I, 1, pag. 277.

consumatore. E infatti, si viene qui espressamente a instaurare un raccordo diretto tra l'accertamento della vessatorietà di una clausola operato dal provvedimento amministrativo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, da un lato, e il giudizio di accertamento della nullità di tale clausola nell'ambito del giudizio civile promosso dal consumatore in relazione a un rapporto contrattuale in cui sia dedotta la clausola interessata dal provvedimento dell'Autorità, dall'altro.

A fronte dell'obiezione sollevata dal professionista, econdo cui «le valutazioni contenute nel provvedimento dell'AGCM [...] non fanno stato nel giudizio civile in tema di nullità delle clausole contrattuali e di risarcimento del danno, e si risolv[ono] in una valutazione giuridica non vincolante per il giudice del merito», la Corte richiama anzitutto la giurisprudenza in materia di rilevanza probatoria «privilegiata» degli accertamenti operati dall'Autorità in materia di illeciti *antitrust*, per rilevare che, se «è pur vero che quest'orientamento fa riferimento all'accertamento di fatti storici rilevanti ai fini del private enforcement e non solo alla loro valutazione di antiggiuridicità, mentre il giudizio sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole di un testo contrattuale non attiene propriamente a un preciso fatto storico accertato dall'Autorità Garante» (quanto integra, piuttosto, «un giudizio di fatto espresso sul tenore di un documento contrattuale» che ha esito nella formulazione di una valutazione di trasparenza o meno del relativo contenuto), deve ciononostante ritenersi che «ricorrono anche in questa specifica ipotesi le ragioni che hanno indotto all'attribuzione di un valore privilegiato e presuntivo agli accertamenti del Garante».

La conclusione è fondata sul rilievo per cui anche in relazione alla valutazione di vessatorietà della clausola, operata dall'Autorità Garante, sussiste il medesimo identico rilievo “pubblicistico” sotteso all'attribuzione del valore di prova privilegiata all'accertamento dell'illecito *antitrust*. In altri termini, sia l'istituzione di un mercato scevro da prassi anticoncorrenziali, sia la repressione delle clausole vessatorie rispondono a un interesse di «ordine pubblico economico», alla cui protezione è istituzionalmente orientata l'attività dell'AGCM.

Da ciò consegue che, pure a fronte della diversità nell'interesse *immediato* che i due strumenti tutelano – in quanto il giudice civile «si pronuncia soltanto su ricorso di parte (in genere, imprese concorrenti) per la tutela di un interesse privato, mentre l'Autorità agisce di sua

iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale» –, lo strumento di *enforcement* privatistico e quello di *enforcement* pubblicistico concorrono alla realizzazione del medesimo *interesse finale*, da identificarsi per l'appunto in una adeguata deterrenza rispetto alla violazione delle norme in materia di concorrenza e tutela del consumatore.

In questa più globale ottica, «le due tutele sono tra loro complementari e sinergiche»; col che, «il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento del Garante nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di un'unitaria finalità».

Partecipando dunque la tutela privatistica della medesima funzione di quella pubblicistica, non si potrà «ritenere che l'attribuzione ai singoli consumatori dell'azione a loro privata tutela si risolva in una mera affermazione di principio»: da qui, «la conclusione che nel giudizio civile il provvedimento del Garante abbia una elevata attitudine probatoria», la quale non è di per sé lesiva del diritto di difesa del professionista, se è vero che «a fronte dell'attività amministrativa dell'Autorità Garante l'imprenditore gode del diritto alla difesa al contraddittorio e all'impugnazione in sede giurisdizionale».

Alla valutazione di vessatorietà operata dall'Autorità deve perciò essere attribuito, nel ragionamento condotto dalla Suprema Corte, «un valore privilegiato nel giudizio civile fra il privato e il professionista relativo alle stesse clausole»: la valutazione deve dunque «essere ritenuta presuntivamente corretta nel giudizio civile, in difetto di una specifica confutazione da parte del giudice». Si instaura così una dinamica di «presunzione legale, pur suscettibile di prova contraria, non sancita espressamente dalla legge ma *desunta dal sistema e in particolare dalla funzione stessa nel nostro ordinamento assegnata agli strumenti di public enforcement*» (corsivo aggiunto).

3.3. Estendendo infine lo sguardo verso strumenti di *private enforcement* diversi dalla nullità di protezione, si nota che la medesima linea concettuale ora considerata si ravvisa anche nel rapporto che l'ACF instaura tra l'esistenza di provvedimenti sanzionatori irrogati da Consob a fronte di un riscontrato difetto organizzativo dell'impresa di

investimento quanto alle modalità di erogazione di un dato servizio (nel caso, la gestione di portafogli) e la prova dell'inadempimento nell'ambito del giudizio di responsabilità tra cliente e intermediario.

In particolare, occupandosi della tematica della responsabilità per negligenza del gestore di portafogli su base individuale, l'ACF ha ritenuto *automaticamente* provato l'inadempimento dell'intermediario laddove la Consob abbia irrogato sanzioni amministrative a seguito di un riscontrato difetto del prestatore del servizio di investimento, in relazione ai presidi organizzativi che costituiscono presupposto della corretta erogazione dei servizi stessi.

Nel *casus decisis* dal provvedimento 1390/2019, si legge che «l'intermediario non risulta essersi dotato, in concreto, di procedure adeguate per svolgere correttamente il servizio, risultando anzi “il processo di decisione di investimento inidoneo ed inefficace, in quanto privo della capacità di indirizzare e controllare le scelte di investimento effettuate per conto dei patrimoni gestiti”, come ha rilevato la CONSOB con delibera irrogativa di sanzioni all'intermediario ai sensi dell'art. 195 t.u.f., per la violazione dell'art. 35-*decies*, comma 1, lett. a) e c), del t.u.f. e degli artt. 65 e 66 del Regolamento Intermediari, nonché dell'art. 21, comma 1, lett. a) e d), del t.u.f., in tema di diligenza, trasparenza e correttezza, oltre che adozione di misure e tutele atte a garantire il corretto svolgimento, rispettivamente, del servizio di gestione collettiva del risparmio e di gestione di portafogli».

L'esistenza di una così stretta dipendenza del giudizio di responsabilità dal piano organizzativo dell'impresa prestatrice del servizio è sostenuta dalla considerazione in base alla quale «nell'ambito della prestazione dei servizi e delle attività di investimento non appare possibile operare una separazione rigida tra regole che attengono al piano della corretta organizzazione dell'attività e regole che attengono alla corretta esecuzione del contratto, vero invece essendo che anche in questo campo lo stretto collegamento, di inerenza teleologica e strutturale tra atto e attività (come si è detto con felicissima formula), comporta indiscutibilmente il rifluire sul primo di regole pur nate obiettivamente per disciplinare la seconda; con la conseguenza, allora, che la mancata adozione di assetti e procedure adeguate non solo può essere presupposto per l'adozione di misure sanzionatorie di stampo pubblicistico nei confronti dell'intermediario per la non corretta organizzazione di impresa, ma può rilevare anche come espressione di

un deficit di diligenza sul piano dei rapporti interprivati, in quanto non permette di adempiere correttamente gli obblighi assunti nei confronti dei propri clienti, i quali hanno anch'essi evidentemente titolo per pretendere che la prestazione sia erogata nel contesto di un'attività correttamente organizzata» (ancora la decisione ACF n. 1390/2019).

Si giunge, in definitiva, all'attribuzione di una *sufficienza probatoria* (più ancora che di un ruolo di prova privilegiata, come nella giurisprudenza di legittimità sopra considerata) al provvedimento dell'autorità che abbia censurato un difetto organizzativo d'impresa; il che risulta, in ultima istanza, nell'effetto di provocare l'assorbimento del momento individuale del giudizio di responsabilità in quello generale del vaglio sulle modalità di organizzazione dell'impresa²⁹.

4. *Verso un modello di enforcement integrato*

Come si nota, i provvedimenti giurisprudenziali e la decisione dell'ACF sopra richiamati vengono a delineare una prima forma di coordinamento, di matrice essenzialmente pretoria, tra gli strumenti di *enforcement* privatistico e pubblicistico, lungo tre distinte aree rimediali riferibili a violazioni d'impresa: ossia, quelle della responsabilità debitoria, del fatto illecito e della nullità di protezione.

Si tratta di un approccio che in sé è da approvare, nella misura in cui segna l'avvio di una logica organica di concepimento degli strumenti intesi a garantire un adeguato livello di deterrenza rispetto alla non conformità dell'impresa alle discipline che ne governano l'attività, con il superamento della logica "estemporanea" e individualizzante che connota l'approccio tradizionale alla tutela dei diritti soggettivi. In questa prospettiva, la posizione assunta dall'Arbitro si presta naturalmente a essere opportunamente esportata nell'ambito della giurisdizione ordinaria, trovandosi a esprimere la medesima logica che la Suprema Corte ha già mostrato di adottare in relazione all'attività sanzionatoria di altre e diversa autorità indipendenti.

Tanto detto, va pure rilevata la necessità di fissare in termini più precisi le condizioni e i limiti di questa dinamica di osmosi, che muove

²⁹ Per alcune considerazioni critiche intorno ai limiti entro i quali un simile operare dovrebbe ritenersi legittimo, cfr. U. MALVAGNA, *Benchmark e gestione di portafoglio: tra «mezzi» e «risultato»*, Napoli, 2023, pagg. 217 ss.

dal versante del *public enforcement* verso quello del *private enforcement*.

In questa prospettiva, un primo aspetto da considerare è quello che attiene al vaglio che il giudice del merito è tenuto, e comunque ammesso, a condurre in ordine all'accertamento operato dall'Autorità. Occorre qui tracciare una distinzione tra il *momento istruttorio*, cioè di accertamento degli elementi di fatto, e *quello valutativo*, cioè dell'apprezzamento effettuato ai fini della formulazione del giudizio in ordine alla conformità del risultato in concreto raggiunto dal debitore a quello da ritenersi dovuto sulla base del titolo.

Ora, in relazione al primo momento sembra evidente che il «dialogo» tra l'Autorità amministrativa indipendente e il giudice civile si iscrive senza difficoltà nell'alveo tracciato dall'art. 213 c.p.c. Gli accertamenti operati dall'autorità e quindi versati in provvedimenti o altri atti dell'Amministrazione possiedono una attitudine probatoria che consegue alla specializzazione tecnica e alla «neutralità» sottesa alla loro posizione di autorità indipendente del settore, di tal che essi *possono essere sufficienti* a fondare il convincimento del giudice. Specularmente, il disconoscimento a fini probatori della documentazione formata dall'Autorità di settore potrà avvenire a fronte dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento sanzionatorio, in ragione del travisamento dei fatti che ne hanno costituito il presupposto di fatto, ovvero anche in ragione dell'incompletezza dell'istruttoria condotta dall'Autorità³⁰.

In assenza di ciò, resta comunque possibile per il giudice – assente un vincolo legale al proprio convincimento – la possibilità di rifiuto dell'efficacia probatoria degli accertamenti operati dall'Autorità. Peraltro, è pure evidente che una simile ipotesi dovrebbe darsi assai raramente, se è vero che nel fare ciò l'opinione del giudice civile divergerebbe non solo da quella dell'autorità di settore, bensì anche da quella del giudice dell'impugnazione del provvedimento adottato sulla base di quei fatti.

Per quanto attiene invece al momento strettamente valutativo (della qualificazione e/o sussunzione giuridica del fatto), esso è più delicato

³⁰ Costituisce infatti un possibile vizio del provvedimento quello in cui i fatti accertati dall'Autorità vengano contraddetti – quanto alla loro significatività ai fini della decisione – da ulteriori e diversi fatti, emersi nel corso del giudizio di impugnazione del provvedimento sanzionatorio.

nella misura in cui riguarda non più l'apprezzamento tecnico-fattuale, bensì l'attività di applicazione del diritto nel cui ambito si dà anche un bilanciamento dei diversi interessi rilevanti. In tale scenario, è assai più difficile ipotizzare che il giudice possa limitarsi a recepire *sic et simpliciter* le valutazioni dell'Autorità senza alcun esercizio del proprio apprezzamento e, quindi, senza uno specifico compendio motivazionale.

Fermo quanto precede, va pure rilevata l'esistenza di talune complessità applicative inerenti alla *portata dell'accertamento* dell'illegittimità della prassi dell'impresa operata dall'Autorità di settore, nel suo rapporto con la singola fattispecie contenziosa in cui si tratta di far valere la relativa rilevanza probatoria. In termini generali, è ragionevole ritenere che il valore di prova privilegiata proprio del provvedimento amministrativo si misuri sul contenuto dell'accertamento ivi operato, e cioè – per usare la locuzione adottata dalla disciplina in materia di danno *antitrust* dell'art. 7 d.lgs. 3/2017 – sulla «natura della violazione e [alla] sua portata materiale, personale, temporale e territoriale». Senonché, il punto è che l'esistenza in un certo momento temporale di un difetto organizzativo dell'impresa fonda naturalmente la presunzione che tale difetto sussistesse anche anteriormente al momento in cui l'accertamento dell'autorità ha rilevato la violazione (cioè, il periodo di durata dell'attività ispettiva da cui ha preso le mosse la sanzione), come pure che esso continui successivamente a sussistere, sino alla rimozione del vizio organizzativo stesso. Si pone pertanto il problema di stabilire i criteri per una delimitazione temporale dell'efficacia probatoria dell'accertamento, tanto con un *dies a quo* quanto con un *dies ad quem*. Al riguardo, sembra inevitabile che l'onere di fornire l'indicata delimitazione temporale debba ricadere sull'impresa, che si trova nella migliore posizione (in punto di prossimità alla fonte di prova) per dimostrare quando i processi aziendali interessati siano stati introdotti o, se del caso, corretti a seguito della sanzione conseguente all'attività ispettiva.

Infine, un ulteriore e assai rilevante aspetto problematico attiene al caso – che statisticamente sarà parimenti se non anche *più frequente* di quello di cui si è appena detto – in cui una sanzione amministrativa faccia difetto, e, ciononostante, l'investitore lamenti un inadempimento

tale da chiamare in gioco un difetto dell'organizzazione (cioè, quello che si è definito sopra come inadempimento «strutturalmente seriale»).

Al riguardo, le considerazioni sopra esposte in ordine all'esigenza di preservare il diritto di azione e difesa delle parti impone di rigettare ogni dinamica applicativa che voglia introdurre presunzioni – assolute o relative – di esattezza dell'adempimento da parte del gestore. Piuttosto, il vero è che la detta assenza rileva essenzialmente sul piano del fatto, in termini di maggiore complessità della soluzione del *thema decidendum* del relativo contenzioso (o, per meglio dire, della serie di contenziosi legata al medesimo “inadempimento d'impresa”). Ne consegue che, a fronte di un'allegazione connotata da un sufficiente livello di specificità, rimane comunque a carico dell'intermediario la prova dell'efficiente predisposizione e funzionamento dei processi e dei presidi organizzativi sottesi all'erogazione del servizio di gestione di portafogli. Resta peraltro evidente che il positivo “superamento” senza rilievi di un'ispezione eventualmente condotta dall'Autorità potrà rilevare come importante elemento del corredo probatorio, nei limiti del relativo contenuto effettivo.

5. Conclusioni. Prospettive de iure condendo

Concludendo, può dirsi che, se il diritto vivente esprime una linea evolutiva della materia che muove verso il corretto orizzonte, al tempo stesso la realtà – del diritto scritto e della sua applicazione – è ben lontana dal realizzare pienamente gli scopi di efficiente coordinamento degli strumenti in vista del raggiungimento del livello ottimale di *enforcement* con piena garanzia dei diritti processuali delle parti.

Preso allora atto della necessità di una più radicale evoluzione della materia, occorre domandarsi quale criterio dovrebbe presiedervi. Personalmente, ritengo che esso debba consistere nella prospettiva di una integrazione stabile e organica tra vigilanza e giurisdizione, lungo i principi di una elevata e tempestiva tutela dell'ordine del mercato, dell'effettività del diritto di difesa e del contraddittorio, e dell'*accountability* delle Autorità.

A questo fine, il risultato cui ambire dovrebbe essere quello della tendenziale concentrazione dei diversi mezzi di tutela in un unico contesto processuale presso la giurisdizione ordinaria, da costruire secondo regole adeguate agli scopi sopra esposti. È ragionevole pensare

che tale contesto possa utilmente essere quello dell'azione collettiva, su cui dovrebbero tuttavia insistere taluni necessari correttivi.

Anzitutto, correttivi in tema di legittimazione ad agire, *sub specie* di un'azione popolare promossa – non dalla Procura della Repubblica, come nel modello classico, bensì – proprio dall'autorità incaricata della Vigilanza sull'applicazione delle normative di tutela³¹, con effetti *erga omnes* del relativo giudicato (quale che ne sia l'esito). In questo contesto, l'inibitoria potrebbe forse costituire fase di natura cautelare antecedente al giudizio a cognizione piena.

In ogni caso, al potere dell'Autorità dovrebbe essere affiancato un corrispondente obbligo di vigilare, indagare diligentemente e se del caso promuovere l'azione di classe – o per meglio dire “popolare” –, con adeguati presidi rimediali a supporto.

Inoltre, dovrebbe garantirsi alle associazioni esponenziali o a gruppi organizzati di privati l'intervento nel giudizio promosso mediante azione popolare dell'autorità, sulla base di un vaglio di rappresentatività.

Sempre sulla linea di un criterio di rappresentatività delle associazioni esponenziali o di gruppi di clienti, utenti o consumatori, potrebbero immaginarsi meccanismi di estensione *erga omnes* del giudicato formatosi dalle azioni promosse da questi, oltre gli spazi angusti che ora sono previsti dalla disciplina del codice di procedura civile. Come pure potrebbe pensarsi a riconoscere ai tali attori il diritto di avvalersi, previo vaglio giudiziale, dell'esercizio di poteri di vigilanza a fini istruttori nel procedimento.

Senonché, questo piccolo esercizio di immaginazione conduce a una domanda che, ricorrente, tocca un problema generale delle funzioni di tutela dei clienti rimesse ad autorità di vigilanza. Esso, naturalmente, è quello dell'idoneità all'assolvimento del proprio compito da parte di

³¹ In questa linea, con riferimento alle azioni di classe consumeristiche, si pone adesso la disposizione dell'art. 140-*quater* del Codice del Consumo (rubricato “Legittimazione ad agire”), il quale dispone che « [...] gli organismi pubblici indipendenti nazionali di cui all'articolo 3, numero 6), del Regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017, che facciano richiesta di essere legittimati [...], sono legittimati a proporre le azioni rappresentative previste dall'articolo 140-*ter*, comma 2, primo periodo, innanzi al giudice italiano». Sul punto, cfr. S. MONTEMAGGI, *La Vigilanza di tutela della Banca d'Italia: il disegno sistematico del Titolo VI del TUB alla prova della legislazione UE*, in corso di pubblicazione per i Quaderni Giuridici della Banca d'Italia.

autorità cui sia dalla legge richiesto di bilanciare l'interesse alla tutela della clientela (secondo i canoni della «trasparenza», «correttezza», «interesse dei clienti» o simili) con interessi altri quale, in particolare, quello della stabilità del mercato e, più in generale, la stabilità finanziaria. Ma porre tale interrogativo equivale a mettere in discussione la stessa impostazione di fondo della regolazione del sistema finanziario nel nostro Paese.