

Rivista N°: 2/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 27/05/2018

AUTORE: Marco Cappai*

QUANDO L'EROSIONE DEI LIMITI COSTITUZIONALI AVVIENE DALL'INTERNO: IL CASO DELL'ART. 27, COMMA 1-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO E DELLA SUA (PRESUNTA) NATURA INTERPRETATIVA

Sommario: Premessa; 1.- Genesi e contenuti dell'art. 27, comma 1-bis Codice del consumo; 2.- Le statuizioni del Consiglio di Stato in merito alla (presunta) natura autenticamente interpretativa dell'art. 27, comma 1-bis Codice del consumo; 3.- Criticità della ricostruzione; 3.1.- Divieto di retroattività in malam partem in materia "penale"; 3.2.- Tecnica legislativa non conforme allo schema tipico della legge di interpretazione autentica; 3.2.1.- I connotati tipici della legge di interpretazione autentica nell'elaborazione della Corte costituzionale; 3.2.2.- Applicazione dei criteri elaborati dalla Consulta all'art. 27, comma 1-bis Codice del consumo; 3.3.- Divieto, valido (anche) per la legge d'interpretazione autentica, di introdurre retroattivamente un trattamento "irragionevole" per i destinatari del comando legislativo; Conclusioni.

Premessa

Dopo quasi dieci anni il tema del riparto di competenze tra AGCM e Autorità di settore in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati sembrerebbe aver raggiunto, almeno in apparenza, un proprio assetto.

L'art. 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo – introdotto dall'art. 1, comma 6, lett. a) del d. lgs. n. 21 del 2014 con lo scopo di superare la procedura d'infrazione avviata nel 2013 contro l'Italia – viene infatti interpretato, oggi (e fatta salva l'esigenza di attendere una conferma dalla Corte di giustizia¹), come norma che attribuisce all'AGCM una competenza

* Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia e dei consumatori presso l'Università degli Studi di Roma

¹ Con ordinanze nn. 167 e 168 del 17 gennaio 2017 la Sesta Sezione del Consiglio di Stato – quale Giudice di ultima istanza, non vincolato sul punto dalla valutazione compiuta dalle sentenze dell'Adunanza plenaria nn. 3 e 4 del 2016 (Corte di giustizia, Grande Camera, 5 aprile 2016, *Puligienica Facility Esco S.p.A. c. Airgest S.p.A. e a.*, C-689/13, §§ 40 e 41; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 luglio 2016, n. 19) – ha ravvisato il possibile contrasto del sistema di riparto delineatosi in Italia con il diritto sovranazionale e, per l'effetto, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di alcuni quesiti interpretativi concernenti il considerando n. 10 e l'art. 3, § 4 della direttiva n. 2005/29/CE. Nel corso di alcuni giudizi concernenti il mercato energetico, anche il

esclusiva a sanzionare le pratiche commerciali “in ogni caso aggressive” (e “aggressive”), anche nei mercati regolati.

Sullo sfondo di questo vivace dibattito è rimasta, quasi in secondo piano, una questione di diritto intertemporale non di poco conto: quella inerente alla natura autenticamente interpretativa della nuova norma di riparto.

La qualificazione normativa, già adombrata nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, è stata espressamente riconosciuta, in più di un’occasione, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, forse fuorviata da una sopravvalutazione delle preoccupazioni espresse dalla Commissione europea nella lettera di avvio della procedura d’infrazione contro l’Italia.

Finalità del presente scritto è approfondire una questione definitoria che, per quanto densa di ricadute sostanziali, non sembra essere stata sufficientemente indagata. In una fase storica in cui i controlimiti sono entrati nella cronaca giudiziaria quotidiana, due accorgimenti appaiono invero necessari: compiere un maggior sforzo di comprensione delle richieste provenienti dall’Europa ed essere i primi garanti delle proprie tradizioni costituzionali.

Inquadrati i termini del dibattito sottostante (§ 1), si illustreranno le ragioni che, secondo la giurisprudenza amministrativa, renderebbero l’art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo una norma di interpretazione autentica (§ 2), cercando poi di mettere in discussione, da un triplice angolo visuale, l’orientamento venuto a consolidarsi sul punto (§ 3). Alcune considerazioni di carattere generale verranno infine spese sull’importanza di difendere il rigore concettuale di costruzioni giuridiche che – in stagioni caratterizzate da una continua e frenetica stratificazione di regole, spesso di segno opposto – appaiono fondamentali per assicurare la stabilità del sistema (Conclusioni).

1. Genesi e contenuti dell’art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo

La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali si caratterizza per una portata applicativa estremamente ampia, potendo colpire qualsiasi comportamento posto in essere da un professionista nei confronti di un consumatore “*prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto*” (art. 3, § 1), laddove “*contrari[o] alle norme di diligenza professionale*” e “*idone[o] a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta*” (art. 5, § 2)². Essa non si concentra più unicamente sull’“atto del consumo”, inteso come

TAR del Lazio ha disposto il rinvio pregiudiziale di analoghi quesiti interpretativi, riferiti, in questo caso, al rapporto corrente tra disciplina sulle pratiche commerciali sleali e disciplina a rilevanza consumeristica del c.d. pacchetto energetico (ordinanze nn. 2547, 2548, 2550 e 2551 del 17 febbraio 2017). Per un commento alle pronunce, cfr. G.M. BARSÌ, *Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda in Corte di Giustizia. Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1/2017, 151 e ss..

² Per una panoramica sulla direttiva si rinvia, tra i molti, a S. WEATHERILL – U. BERNITZ (a cura di), *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29. New rules and new techniques*, Oxford, 2007; H. COLLINS, *The unfair commercial practices directive*, in *European Review of Contract Law*, Vol. 4/2005,

semplice “scambio di denaro con beni o servizi”, ma “guarda [...] ai comportamenti” tenuti dal professionista in tutte le fasi del rapporto di consumo, dal primo aggancio del cliente fino all’assistenza post-vendita³.

L’approccio “orizzontale” e l’ampiezza del raggio di azione della direttiva facilitano l’emersione di punti di contatto, sovrapposizioni e, talvolta, veri e propri contrasti con altre previsioni europee, *in primis* con quelle contenute in fonti settoriali che, con vario e diversificato livello di dettaglio, mirano (anche) a proteggere il consumatore all’interno degli ambiti economici disciplinati⁴.

Per risolvere simili interferenze, l’art. 3, § 4 della direttiva 2005/29/Ce, espressione del più generale principio di specialità, dispone che “*in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici*”⁵.

In Italia la previsione è stata trasposta nell’art. 19, comma 3 del Codice del consumo⁶.

La norma di recepimento interno ha presto dato luogo a forti incertezze interpretative, acuite dal fatto che, nel nostro ordinamento, l’AGCM detiene una competenza “trasversale” in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette⁷, mentre le norme europee a carattere settoriale vengono applicate dalle autorità poste a presidio dei corrispondenti mercati⁸.

417 e ss.; G. HOWELLS – H.W. MICKLITZ – T. WILHELMSSON, *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*, Aldershot (UK) - Burlington (USA), 2006; W. VAN BOOM – A. GARDE – O. AKSELI (a cura di), *The European unfair commercial practices directive. Impact, enforcement strategies and national legal systems*, Farnham (UK) - Burlington (USA), 2014.

³ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumi in Italia*, in Id. (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, 9.

⁴ A titolo esemplificativo si vedano, oltre al Regolamento (CE) 1008/2008 “*recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità*” e al Regolamento (CE) 1924/2006 “*relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari*”, i cc.dd. pacchetti relativi alle telecomunicazioni (direttive nn. 2002/77/CE, 2002/22/CE, 2002/21/CE, 2002/20/CE, 2002/19/CE e 2009/136/CE), all’energia (direttive nn. 2003/54/CE, 2003/55/CE, 2008/92/CE, 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2012/27/UE), ecc..

⁵ Per alcune riflessioni sull’art. 3, § 4 e, più in generale, sull’idoneità della direttiva a raggiungere l’obiettivo di armonizzazione massima, obiettivo che sarebbe in qualche modo frenato dall’applicazione decentrata delle autorità di tutela nazionali e dalla contestuale presenza di “clausole generali” contenenti concetti giuridici indeterminati, si veda A. GARDE, *Can the UCP directive really be a vector of legal certainty?*, in *The European unfair cit.*, 111, secondo cui “*the general unfairness clause and the two sub-clauses remain open to interpretation: what should be the standard of special skill and care to be expected from a trader? What constitutes an honest market practice and conduct in good faith?*”.

⁶ “*In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*”. La norma è stata introdotta dall’art. 1 del d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146, di recepimento della direttiva n. 2005/29/CE. Per un commento al decreto si rimanda a E. MINERVINI - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007; G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il decreto legislativo n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris*, 2007, 1181 e ss..

⁷ Cfr. art. 27, comma 1 Codice del consumo.

⁸ Si pensi ad esempio all’AGCOM, all’AEEGSI (oggi ARERA), alla CONSOB, alla Banca d’Italia, all’ART, ecc..

Ne è scaturito un lungo dibattito, ancora non del tutto sopito, sull'individuazione dell'autorità competente a garantire la tutela del consumatore nei mercati regolati⁹.

Secondo un primo orientamento, espresso dal Consiglio di Stato dapprima in sede consultiva e in materia di servizi finanziari¹⁰ e poi, sia pure con alcune differenze, in Adunanza plenaria e con riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche¹¹, il principio di specialità di cui all'art. 3, § 4 della direttiva n. 2005/29/Ce andrebbe inteso "per settori" (o "per materie" o, ancora, "per ordinamenti"). Sulla scorta di una lettura orientata del considerando n. 10 della direttiva¹², in questa prima fase si è giunti in particolare a riconoscere carattere speciale a quelle norme settoriali che, nel loro impianto globale, diano vita a una sorta di "ordinamento autonomo" e completo, all'interno del quale la tutela del consumatore viene affidata al potere regolatorio, di vigilanza e sanzionatorio di un'apposita autorità (come avver-

⁹ Un'analisi approfondita non è consentita in questa sede, dove le principali fasi del dibattito verranno riportate nella misura in cui utili a introdurre la tematica specificamente affrontata.

¹⁰ V. Consiglio di Stato, Sez. I consultiva, parere 3 dicembre 2008, n. 3999, che ha individuato la CONSOB quale soggetto competente a garantire la tutela del consumatore nel mercato finanziario, valorizzando il fatto che per tali peculiari servizi era presente "un'articolata disciplina speciale, che individua in maniera molto puntuale e dettagliata gli obblighi informativi, di trasparenza e di correttezza in capo agli operatori del settore [...], con attribuzione alla CONSOB non solo di poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori". Per un commento al parere, si rinvia a V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macrosettore credito e assicurazioni»*, in *Banca borsa tit. cred.*, n. 3/2011, 334 e ss.; ID., *Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel settore del credito*, in *Dir. ban. mer. fin.*, n. 3/2012, 401 e ss.; L. ARNAUDO, *Concorrenza tra autorità indipendenti. Noterelle bizzarre intorno a un parere del Consiglio di Stato*, in *Giur. comm.*, n. 6/2010, 916 e ss.; M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, n. 5/2010, 688 e ss.; A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, n. 2/2011, 200 e ss.; P.L. PARCU, *Tutela dei risparmiatori: meno spazio per l'Antitrust*, in *Cons., dir. merc.*, n. 2/2009, 80 e ss.

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 15 e 16. Per un commento a tali pronunce, si veda M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative e principio di specialità, riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva*, in www.giustamm.it, n. 7/2012; ID., *Competenze dell'AGCM e dell'AGCOM dopo l'Adunanza plenaria*, in *Norma*, 19 giugno 2012; R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future", Napoli, 22 marzo 2013, in www.giustizia-amministrativa.it; R. GAROFOLI, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, www.treccani.it; F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in www.giustamm.it, n. 2/2015; G. MEO, *Antitrust e autorità di settore. Evoluzioni in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Assicurazioni*, n. 3/2014, 519 e ss.; L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10/2012, 953 e ss.; A. CANDIDO, *Il conflitto tra Antitrust e regolazione nelle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2012, 1175 ss.; I. NASTI, *Pratiche commerciali scorrette nelle comunicazioni elettroniche: l'actio finium regundorum del Consiglio di Stato*, in *Corr. giur.*, n. 11/2012, 1363 e ss.; F. DELL'AVERSANA, *L'actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in *For. di quad. cost.*, 26 giugno 2012; P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, n. 7/2013.

¹² "È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. [...] Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari".

rebbe, appunto, per i servizi finanziari e per il mercato delle comunicazioni elettroniche, rispettivamente presidiati dalla Consob e dall'AGCom).

Secondo le Plenarie del 2012, la direttiva sulle pratiche commerciali sleali offrirebbe infatti una tutela ai consumatori solo “*ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore*”. Il termine “*contrasto*” (utilizzato sia dall'art. 3, § 4 della direttiva 2005/29/Ce che nella relativa norma interna di recepimento) non andrebbe dunque inteso come “*vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale*”, bensì, più in generale, come semplice “*diversità di disciplina*”. Ne verrebbe la competenza del Regolatore le quante volte “*il comportamento contestato all'operatore economico [sia] interamente ed esaustivamente disciplinato*” da norme di settore (“*almeno in larga parte*”) di derivazione euro-unitaria, assistite dall'attribuzione al Regolatore di adeguati poteri sanzionatori. In mancanza di una disciplina di settore “*esaustiva*”, verrebbe invece a operare la “*rete di sicurezza*” apprestata dalla direttiva n. 2005/29/Ce¹³.

In applicazione dei principi statuiti dalle Adunanze plenarie del 2012, il TAR del Lazio ha dichiarato l'incompetenza dell'AGCM in relazione a svariati provvedimenti sanzionatori da questa adottati nel mercato delle comunicazioni elettroniche¹⁴ e in altri settori regolamentati¹⁵.

A questo punto è intervenuto direttamente il Legislatore, stabilendo che, “*in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare [...] è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati*”¹⁶.

Salve isolate posizioni difformi¹⁷, l'art. 23, comma 12-*quiquiesdecies* è stato inteso in dottrina come norma diretta a “*legificare*”¹⁸, almeno in parte¹⁹, il criterio di riparto elaborato

¹³ L'esposto criterio di riparto – concludeva il Consiglio di Stato – costituirebbe la soluzione “*più rispettosa del principio costituzionale del «buon andamento» dell'amministrazione*”, in quanto, in ossequio al divieto di *bis in idem*, “*evit[erebbe] di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti*”, procedimenti che potrebbero peraltro giungere a “*conclusioni anche differenti*”, incidendo negativamente sulla capacità delle Amministrazioni di dettare “*indirizzi univoci al mercato*”.

¹⁴ V. TAR Lazio, Sez. I, 18 febbraio 2013, n. 1742, 1752 e 1754; *id.*, 18 luglio 2013, nn. 7273 e 7275; *id.*, 22 luglio 2013, nn. 7442 e 7464; *id.*, 9 aprile 2014, n. 3857; *id.*, 30 luglio 2014, n. 8400.

¹⁵ Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 25 giugno 2012, n. 6962, che ha riconosciuto la competenza del Ministero della Salute con riferimento alla regolamentazione e vigilanza delle modalità di commercializzazione di integratori alimentari (in precedenza, cfr. TAR Lazio, Sez. I, 5 maggio 2009, n. 4990, che aveva invece ricostruito i rapporti tra Autorità e Ministero in termini di complementarietà); nonché TAR Lazio, Sez. I, 17 gennaio 2013, n. 535, che ha riconosciuto la competenza dell'IVAss nel settore assicurativo.

¹⁶ Cfr. art. 23, comma 12-*quiquiesdecies* del d.l. n. 95/2012, introdotto dalla legge di conversione n. 135 del 7 agosto 2012.

¹⁷ Cfr. L. LORENZONI, *Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Italian Antitrust Review*, n. 1/2015, 84-85 e 121-122, secondo la quale la disposizione del 2012 avrebbe anticipato il contenuto del vigente art. 27, comma 1-bis Codice del consumo, nonché O. PINI, *Consumatori e mercato: un nuovo fronte per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (a tutela della correttezza informativa sui prodotti alimentari)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, p. 20, nt. 62. A conclusioni non dissimili sembra giungere G. PASCALI, *Le pratiche commerciali scorrette tornano ad AGCM ... o forse no? Un ultimo imprevisto effetto della pubblicazione del D. lgs. n. 21/2014*, in *Quad. DIMT*, n. 1/2014, 77-78, secondo il quale “*non esistendo [...] in Italia una specifica autorità di settore munita di poteri inibitori e sanzionatori superiori o più speci-*

dalle Plenarie del 2012, sia pure secondo un ordine espositivo invertito, che affermava in via principale la competenza (generale) dell'AGCM e, solo al ricorrere delle condizioni previste, la competenza (speciale) dell'Autorità di settore²⁰.

La giurisprudenza amministrativa ha aderito a quest'impostazione, ritenendo (talvolta espressamente²¹, in altri casi per fatti concludenti, non richiamando nemmeno la norma²²) che l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* avesse trasposto in legge il criterio di riparto elaborato dalle Adunanze plenarie del 2012.

Preso atto della sopravvenienza normativa e del consolidato orientamento giurisprudenziale, nel luglio 2013 la stessa AGCM si è determinata a “*non procedere ad avvii istruttori in casi che ricadono nella competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sulla*

fici di quelli dell'Antitrust, in materia di pratiche commerciali scorrette la competenza sarebbe dovuta rimanere saldamente in capo all'AGCM”. Lo stesso A. ha però rilevato che “*l'ambigua formulazione della norma [introdotta nel 2012] ha evidentemente indotto l'UE a ritenere prevalente un'altra interpretazione, decisamente più contrastante con il diritto comunitario, che escludeva la competenza di AGCM ogni qual volta fosse stata presente un'altra Autorità in un settore regolato, a prescindere dal contenuto dei poteri detenuti da tale ultima Autorità*”.

¹⁸ Nel senso che l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* avrebbe “legificato” i principi statuiti dalla Plenaria del 2012, cfr. V. CUFFARO (a cura di), Commento *sub art. 19*, in *Codice del consumo*, IV ed., Milano, 2015, 119; V. MOSCA, *Il riparto di competenza tra AGCM e AGCom in materia di tutela del consumatore a 18 mesi dall'Adunanza Plenaria: lo «stato dell'arte» e i possibili sviluppi*, in *Quad. DIMT*, n. 3/2013, 27 (“... l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* [...] si è sostanzialmente limitato a fissare a livello normativo i criteri di riparto già identificati nelle sentenze dell'Adunanza plenaria ...”); V. MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità cit.*, 576; R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum cit.*, 16; I. NASTI, *Pratiche commerciali scorrette cit.* (“... la nuova disposizione sembra [...] recepire il dictum del Consiglio di Stato, con una disposizione che non brilla però per linearità ...”); E. FRANZA, *Profili di vigilanza nelle pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra intermediari e cliente*, in www.giustamm.it, n. 3/2016, 8 (“... facendo sostanzialmente propri gli approdi della giustizia amministrativa ...”), nonché, da ultimo, C.E. GALLO, *Sanzione per pratica commerciale considerata aggressiva. La competenza sanzionatoria nei rapporti tra AGCM ed altre autorità indipendenti*, in *Giur. it.*, n. 5/2016, 1206 e ss. (“la normativa [...] sembrava essere in linea con la conclusione dell'Adunanza plenaria ...”).

¹⁹ Una posizione intermedia viene assunta in L. TORCHIA, *Una questione di competenza cit.*, nt. 8 (“*Resta da vedere se con questa norma si limita la portata dell'orientamento affermato dall'Adunanza plenaria o si «legifica», almeno in parte, la ripartizione di competenza*”).

²⁰ Alcuni commentatori hanno ritenuto che la norma del 2012 avesse apportato alcuni correttivi, più o meno significativi, all'*actio finium regundorum* definita dalle Plenarie. Secondo una prima posizione, il Legislatore avrebbe infatti subordinato la prevalenza della disciplina settoriale “speciale” a una più rigorosa copertura sovranazionale della stessa (cfr. F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze cit.*, 8-9). Per altri autori la norma del 2012 avrebbe limitato la prevalenza della norma settoriale ai soli aspetti puntualmente regolati, allo scopo di impedire che le “clausole generali” di rinvio al Codice del consumo contenute in talune normative di settore potessero valere – come invece ritenuto dalle Plenarie del 2012 – a escludere in radice la presenza di “lacune” nella regolazione (così A. CANDIDO, *Il conflitto tra Antitrust cit.*, 1182). Una terza posizione ha infine valorizzato entrambi i correttivi individuati nelle prime due impostazioni (cfr. V. CARFI, *Pratiche commerciali cit.*; S. LA PERGOLA, *Commento all'articolo 1, commi 6 e 7, d.lgs. n. 21/2014. Competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette*, in A.M. Gambino – G. Nava (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. 21/2014*, Torino, 2014, 386 ss.; G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Quad. DIMT*, n. 1/2014, 44 e ss.; R. PETTI, *Il riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati. Riflessioni sul decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21*, in www.federalismi.it, n. 19/2015, 12-13).

²¹ Cfr. ad es. TAR Lazio, I, n. 7442 cit. (“... a una siffatta conclusione non osta la recente disposizione, di cui all'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* del D.L. n. 95/12 (convertito dalla legge n. 135/12)...”).

²² TAR Lazio, Sez. I, 17 gennaio 2013, n. 535; *id.*, 18 febbraio 2013, n. 1742, 1752 e 1754; *id.*, 18 luglio 2013, nn. 7273 e 7275; *id.*, 9 aprile 2014, n. 3857; *id.*, 30 luglio 2014, n. 8400.

base dei principi contenuti nelle menzionate sentenze [dell'Adunanza Plenaria del 2012]", dandone pubblicamente atto nel proprio Bollettino ufficiale²³.

L'assetto venutosi a delineare nel nostro ordinamento ha però destato forti preoccupazioni nella Commissione europea, che ha deciso di avviare una procedura d'infrazione ex art. 258 e ss. TFUE contro l'Italia²⁴.

Sussisteva infatti il timore che, per come impostato, il criterio di specialità "per settori" (o "per materie") potesse cagionare dei "vuoti di tutela" a danno dei consumatori. L'aprioristica esclusione di "lacune" all'interno del mercato delle comunicazioni elettroniche impediva in sostanza alla direttiva n. 2005/29/Ce di operare come una "rete di sicurezza che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali a tutti i settori, «colmando le lacune» di altre specifiche normative settoriali".

L'esigenza di contestare l'infrazione si faceva viepiù pressante con l'entrata in vigore dell'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* del decreto legge n. 95/12, che – nelle parole della Commissione – aveva "conferma[to] ampiamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato [del 2012.] escludendo l'applicazione della direttiva [sulle pratiche commerciali sleali per il solo fatto che] in un dato settore «esist[esse]» una normativa"²⁵.

In sede di recepimento della direttiva c.d. *Consumer rights*²⁶ il Legislatore delegato ha quindi deciso di inserire nel d. lgs. n. 21 del 2014 anche una norma sulla competenza ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette²⁷, al dichiarato fine di "superare la procedura di infrazione n. 2013/2169 [...] relativa ai conflitti di competenze e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati"²⁸.

La nuova norma di riparto prevede che "anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regola-

²³ Cfr. provv. n. 24467 del 24 luglio 2013, in Boll. n. 38/2013, recante "Adeguamento a giurisprudenza TAR su competenza AGCom". Per una rassegna di quanto avvenuto tra le Plenarie del 2012 e il citato comunicato dell'Antitrust, si rinvia a V. MOSCA, *Il riparto di competenza* cit., 26-33.

²⁴ Procedura di infrazione n. 2013/2169, avviata con lettera di messa in mora del 16 ottobre 2013 (EU Pilot 4261/12/JUST). L'esigenza di assicurare un'effettiva applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali era già stata programmaticamente anticipata dalla Commissione europea nella sua Comunicazione "relativa all'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Raggiungere un livello elevato di tutela dei consumatori. Rafforzare la fiducia nel mercato interno", nonché nella relativa relazione di accompagnamento, ove l'Istituzione aveva osservato che, a suo avviso, "l'esistenza di specifiche norme dell'Unione in un dato settore non esclude l'applicazione della direttiva: in questi casi e per tutti gli aspetti non disciplinati dalla lex specialis, la direttiva completa le norme settoriali e colma le eventuali restanti lacune nel regime di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali" (v. Com(2013) 139 final, Bruxelles, 14 marzo 2013, "Prima relazione sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno", p. 5).

²⁵ V. p. 5 della lettera di messa in mora, ma la stessa affermazione viene ribadita anche alle pp. 14-15.

²⁶ Direttiva 2011/83/UE.

²⁷ Art. 1, comma 6, lett. a) del d. lgs. n. 21 del 2014.

²⁸ V. Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo sottoposto dal Governo alle Camere in data 3 dicembre 2013.

zione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta²⁹».

Al successivo comma 7, l'art. 1 del d. lgs. n. 21 del 2014 ha poi disposto l'abrogazione espressa dell'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* del decreto legge n. 95 del 2012, che – in base al “diritto vivente” formatosi successivamente alla sua entrata in vigore – aveva trasposto in legge le statuizioni della Plenaria del 2012.

Aderendo ai commenti maggioritari³⁰, nella prima decisione utile la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha letto l'art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo come norma attributiva di una competenza esclusiva dell'AGCM a reprimere le pratiche commerciali scorrette nel mercato delle comunicazioni elettroniche³¹.

Sollecitata da due ordinanze di rimessione espressione di un diverso indirizzo³² e sollevate dalla stessa Sezione nell'ambito di giudizi paralleli a quello definito con la precedente decisione della Sesta Sezione³³, l'Adunanza plenaria ha ritenuto di confermare la competenza di AGCM, sia pure restringendo il principio di diritto alle sole pratiche commerciali “in ogni caso aggressive” (e, *mutatis mutandis*, “aggressive”)³⁴.

²⁹ All'ultimo periodo l'art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo dispone infine che “le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze”.

³⁰ Tra i molti, cfr. S. PERUGINI, *I «nuovi» strumenti cit.*; E. FRANZA, *Profili di vigilanza cit.*, 9-12; L. LORENZONI, *Il riparto di competenze cit.*, 123; G. CALABRÒ, *AGCM e tutela del consumatore nei settori regolati*, in G. Napolitano – A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2015*, Bologna, 2015, 271.

³¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104, resa sul Provv. AGCM n. 23355 del 6 marzo 2012. Il Giudice dell'appello ha riformato la decisione con cui il TAR Lazio, in attuazione dei principi ricavabili dalle Plenarie del 2012, era giunto alla conclusione opposta della competenza di AGCOM (Sez. I, n. 1752 del 2013 cit.).

³² Cfr. S. LA PERGOLA, *Commento all'articolo 1, commi 6 e 7 cit.*, 386 e ss., richiamata anche in G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente cit.*, 58, il quale dubita però che una simile lettura possa agevolmente coesistere con il tenore testuale della norma in commento. In precedenza, la predetta lettura orientata era stata proposta – con gli stessi caveat – in V. CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1/2014, 215 e ss.. Per una posizione mediana, cfr. G.M. ROBERTI, *Lo statuto europeo del consumatore energetico*, in G. Napolitano – A. Zoppini (a cura di), *Annuario cit.*, 68-69, secondo il quale “l'applicazione della normativa consumeristica orizzontale generale andrebbe esclusa tutte le volte in cui risulti che la fattispecie è già disciplinata, a livello settoriale, da una previsione adottata dall'autorità di settore nell'esercizio delle proprie prerogative regolamentari consumeristiche; va da sé, poi, che l'individuazione della corretta base giuridica consumeristica sostanziale determina automaticamente l'individuazione dell'autorità competente in sede di enforcement”.

³³ Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanze 18 settembre 2015, nn. 4351 e 4352. La Sezione rimettente ha proposto una interpretazione euro-unitariamente orientata dell'art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo, in forza della quale “in caso di pratiche commerciali scorrette, l'applicabilità ovvero la cedevolezza della disciplina consumeristica generale - e dunque la competenza di AGCM ovvero [della competente Autorità settoriale] - [potrebbero] dipend[ere] dal grado di completezza e di esaustività della disciplina di settore: infatti in caso di assenza di lacune di tutela, la norma generale - non essendo chiamata ad esplicare alcun ruolo sussidiario - [potrebbe] recede[re] rispetto ad una norma speciale che offra elementi aggiuntivi e di specificazione rispetto al livello minimo essenziale di tutela”.

³⁴ Il Supremo Consesso amministrativo non ha dunque esplicitato la sorte delle pratiche commerciali “scorrette” ex art. 20, comma 2 Codice del consumo e di quelle “ingannevoli” (o “in ogni caso ingannevoli”) ex artt. 21-23 Codice del consumo.

Con decisioni nn. 3 e 4 del 2016³⁵, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha abbandonato il criterio della specialità "per settori" (o "per materie" o, che dir si voglia, "per ordinamenti") e ha virato verso il modello della specialità "*per fattispecie*"³⁶.

Così facendo i Giudici di Palazzo Spada hanno sovvertito il rapporto di *genus ad speciem* impostato dalle Plenarie del 2012, configurando come "speciali" e, dunque, prevalenti, le norme contenute nel Codice del consumo (nella specie: l'art. 26, comma 1, lett. f).

Soffermandosi sulla struttura degli illeciti a raffronto si ricaverebbe infatti che, per definizione, la pratica commerciale "*in ogni caso aggressiva*" presenterebbe un *quid pluris* rispetto agli illeciti "regolatori" disciplinati dalla normativa di settore.

Secondo il Consiglio di Stato, questo *quid pluris* risiederebbe nell'impiego da parte del professionista di "*molestie*" e "*coercizione*", "*compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento*", tali da limitare considerevolmente (e finanche escludere) la libertà di scelta del consumatore. Ragionando in questi termini si avrebbe che nelle pratiche commerciali "*in ogni caso aggressive*" commesse all'interno dei mercati regolati – e, dunque, realizzabili (anche) attraverso la violazione degli obblighi informativi posti dall'Autorità di settore – si configurerebbe una sorta di "*progressione illecita*, [n.d.r. atecnicamente]³⁷ *descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione*", in cui la mera "*violazione di obblighi informativi*", "*illecita secondo il corpus normativo presidiato [dal Regolatore]*", si attergerebbe come "*elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa presidiata dall'Autorità Antitrust*".

Donde – conclude l'Adunanza – la competenza dell'AGCM a conoscere di qualsiasi comportamento configurabile come pratica commerciale in ogni caso aggressiva (e aggressiva).

³⁵ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4. Per una prima annotazione alle pronunce gemelle, v. B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Riv. reg. merc.*, n. 1/2016, 89 e ss.; C.E. GALLO, *Sanzione per pratica commerciale cit.*; M.S. BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2016, 793 e ss.; R. PETTI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato interviene nuovamente sul riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette: la competenza è dell'AGCM*, in *DIMT*, 18 febbraio 2016; S. SILVERIO, *Il parziale revirement del Consiglio di Stato in tema di specialità "per settori" (Brevi osservazioni a Consiglio di stato, Adunanza plenaria, 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4)*, in *Foro amm.*, n. 5/2016, 1158 e ss..

³⁶ V. pt. 4 in diritto, ove si parla di "*specialità per fattispecie concrete*". In M. CAPPALÀ, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2017, 898-899 si è tentato di dimostrare che l'espressione dovrebbe più propriamente leggersi nel senso di "*specialità per fattispecie astratte*".

³⁷ Per una configurazione del rapporto tra norme in termini di "*specialità per aggiunta*" piuttosto che di "*assorbimento-consunzione*" sia consentito, di nuovo, il rinvio a M. CAPPALÀ, *La repressione delle pratiche cit.*, 900-902.

2. Le statuizioni del Consiglio di Stato in merito alla (presunta) natura autenticamente interpretativa dell'art. 27, comma 1-bis Codice del consumo

La ricostruzione che precede consente di venire al cuore della trattazione e di analizzare – si confida: in termini più compiuti – il problema dell'efficacia intertemporale dell'art. 27, comma 1-bis Codice del consumo.

Nel ribadire quanto già rilevato nella prima sentenza applicativa della Sesta Sezione³⁸ e poi confermato incidentalmente dalle successive ordinanze di rimessione³⁹, l'Adunanza Plenaria del 2016 ha infatti affermato che l'art. 1, comma 6, lett. a), d. lgs. n. 21 del 2014 avrebbe *“una portata esclusivamente di interpretazione autentica”*.

Le stesse conclusioni sono state poi recepite anche dalla successiva giurisprudenza del TAR del Lazio⁴⁰, la quale – va detto – si era in un primo momento orientata nel senso opposto, escludendo implicitamente la natura interpretativa della norma⁴¹.

L'iter logico-argomentativo che emerge dalla lettura combinata delle richiamate pronunce del Consiglio di Stato è così sintetizzabile:

i) la competenza dell'AGCM a reprimere le pratiche commerciali *“in ogni caso aggressive”* ex art. 26 del Codice del consumo sarebbe *“indubbia”*⁴²;

ii) un simile risultato si sarebbe potuto ricavare *“già in base alla normativa antecedente [al 2014, ove rettamente interpretata,] che l'art. 1, comma 6, lett. a), d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 si [sarebbe] limitat[o] soltanto a confermare”*⁴³;

iii) analoga conclusione avrebbe potuto raggiungersi *“anche alla luce di una corretta analisi ermeneutica delle sentenze dell'Adunanza Plenaria da 11 a 16-2012 e dell'applicazione dei principi da essa scaturenti”*, fatto salvo il *“revirement parziale delle medesime nella misura in cui esse possano essere lette come mera applicazione del criterio di specialità per settori e non per fattispecie”*⁴⁴;

iv) è da escludere che *“la previsione, contenuta [nell'art. 27, comma 1-bis], di un eventuale previo parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni”* possa valere a *“innovare”* la previgente normativa e possa quindi ostare alla qualificazione dell'intervento in

³⁸ Consiglio di Stato, VI, n. 1104 del 2015 cit.

³⁹ Consiglio di Stato, VI, nn. 4351 e 4352 del 2015 cit.

⁴⁰ TAR Lazio, Sez. I, 17 maggio 2016, n. 5809 e 8 giugno 2016, n. 6584.

⁴¹ TAR Lazio, I, n. 8400 del 2014 cit. (*“... ai fini del presente caso, peraltro, non rileva, in quanto inapplicabile ratione temporis, l'ulteriore evoluzione normativa del settore segnata dall'art. 23, comma 12-quinquiesdecies, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge n. 7 agosto 2012, n. 135 nonché, più di recente, dall'art. 1, comma 6, lett. a) del d.lgs 21 febbraio 2014, n. 21 ...”*).

⁴² Così le A.P. nn. 3 e 4 del 2016.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Più in particolare, l'Adunanza Plenaria ha precisato che la conclusione raggiunta non si discosterebbe significativamente dai principi ricavabili dalle decisioni rese nel 2012, in cui essa aveva già rilevato la necessità di verificare preventivamente *“la esaustività e la completezza della normativa di settore”*. Ciò posto, la disciplina di settore si mostrerebbe per definizione incompleta rispetto alle pratiche commerciali *“in ogni caso aggressive”* (e *“aggressive”*), dal momento che essa non contemplerebbe, al contrario di queste ultime, le *“molestie”* e la *“coercizione”* che si rendono necessarie a orientare in modo decisivo le scelte di consumo. Già applicando rettamente i principi enunciati dalle Plenarie del 2012 si sarebbe dunque dovuto concludere – secondo il Consiglio di Stato – che la disciplina di settore *“non comprende[rebbe] affatto un'ipotesi di illecito come quella considerata, ovvero una «pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva»”*.

termini di *“interpretazione autentica”*, dal momento che il parere endo-procedimentale *“era già previsto in precedenti delibere (cfr. Delibera AGCM 15 novembre 2007, n. 17589)”*, sicché, da questo punto di vista, il Legislatore non avrebbe fatto altro che elevare a rango primario una *“norma”* già esistente nell’ordinamento;

v) stante la ritenuta funzione interpretativa della norma, resterebbe assorbita la questione relativa al principio del *tempus regit actum*, che, secondo la Plenaria, sarebbe stato comunque *“correttamente applicato dalla sentenza della VI Sezione 5 marzo 2015, n. 1104”*⁴⁵. Tanto *“tenuto anche conto delle particolari ragioni poste a base dell’«attribuzione specifica» di «competenza esclusiva» all’AGCM”*, ossia – come rappresentato dallo stesso Governo nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo – dell’*“esigenza di superare la procedura d’infrazione comunitaria”*. Per tutte queste ragioni – aveva concluso la richiamata pronuncia della Sezione semplice – *“trova applicazione senza limiti il principio «tempus regit actum» in base al quale l’Amministrazione adotta i provvedimenti di sua competenza sulla base della normativa – anche, appunto, relativa alla competenza – vigente nel momento (nella specie, posteriore alla modifica normativa intervenuta) dell’adozione del (nuovo) provvedimento da emanare nel riesercizio del potere amministrativo”*⁴⁶.

3. Criticità della ricostruzione

A giudizio di chi scrive, l’art. 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo non sembra poter essere qualificato come norma di interpretazione autentica. L’*iter* logico seguito dal Consiglio di Stato pare infatti incontrare una pluralità di ostacoli. In particolare, almeno tre ordini di motivi sembrano minare la tenuta del ragionamento:

i) il divieto di retroattività *in malam partem* della legge – anche di interpretazione autentica – *“penale”*, desumibile dagli artt. 25, comma 2 e 111 Cost. e dall’art. 117, comma 1 Cost. in relazione, da un lato, agli artt. 6, § 1 del TUE e 49, § 1 della Carta di Nizza e, dall’altro lato, al combinato disposto degli artt. 6, § 3 TUE, 6 e 7, § 1 Cedu (v. § 3.1);

ii) l’utilizzo di una tecnica legislativa difficilmente riconducibile allo schema tipico della legge di interpretazione autentica, per come tratteggiato dalla giurisprudenza costituzionale (v. § 3.2);

⁴⁵ Al riguardo, la Sesta Sezione aveva in quel caso precisato che *“anche in un sistema – come il processo civile – che riconosce il principio dell’irrelevanza delle sopravvenienze in tema di giurisdizione e di competenza la giurisprudenza avverte che detto principio, essendo diretto a favorire la perpetuatio iurisdictionis, non ad impedirli, trova applicazione solo nel caso di sopravvenuta carenza di giurisdizione del giudice originariamente adito, non anche qualora il mutamento dello stato di diritto o di fatto comporti, invece, l’attribuzione della giurisdizione al giudice che ne era privo al momento della proposizione della domanda (cfr. da ultimo Cass., 8 ottobre 2014, n. 21221)”*.

⁴⁶ Più semplicemente: dal momento che, pendente il giudizio di impugnazione, il d. lgs. n. 21 del 2014 avrebbe individuato l’Antitrust come soggetto (sempre) competente a provvedere, nel caso di specie l’ipotetico annullamento giudiziale del provvedimento per incompetenza sarebbe risultato *inutile datum*, visto che l’AGCM, oggi *“indiscutibilmente”* competente, si sarebbe di fatto trovata a dover rinnovare lo stesso procedimento per giungere a conclusioni in tutto analoghe a quelle già condensate nel provvedimento controverso.

iii) il divieto generale, comune tanto alle leggi autenticamente interpretative quanto a quelle innovative con efficacia retroattiva, di introdurre retroattivamente norme che possano determinare un trattamento irragionevole per i destinatari del precetto legislativo, in violazione dell'art. 3 della Costituzione e degli artt. 117, comma 1 Cost., 6, § 3 TUE e 6, § 1 Cedu (v. § 3.3).

3.1. Divieto di retroattività in malam partem in materia “penale”

La questione dell'*actio finium regundorum* tra Autorità di tutela del consumatore non sembra potersi esaurire in una dimensione meramente “procedurale” di spostamento di competenza, da analizzare, in quanto tale, nel prisma del principio del *tempus regit actum*, che informerebbe l'agire amministrativo in tutte le sue espressioni⁴⁷.

Nella prospettiva euro-unitaria – insensibile all'organizzazione interna degli Stati membri⁴⁸ – il principio di specialità di cui all'art. 3, § 4 della direttiva n. 2005/29/Ce risponde unicamente all'esigenza “sostanziale” di guidare l'interprete nell'individuazione della “legge applicabile”. La dimensione “procedurale” del problema, invece, costituisce un elemento meramente accidentale e di rilievo puramente interno, che, a seconda della conformazione dell'ordinamento nazionale, può talvolta sommarsi e intersecarsi con il primo aspetto, dando luogo (anche) a potenziali conflitti di competenza, ogni qual volta più attori pubblici si trovino a concorrere nella realizzazione dell'obiettivo europeo della “*protezione del consumatore*” (come appunto avviene in Italia nei mercati regolati).

Ciò non può consentire però di obliterare la portata “sostanziale” della questione sottostante quando simili conflitti di competenza vengano in rilievo⁴⁹. Del resto, per come rilevato anche da parte della dottrina⁵⁰, a uno sguardo più attento ci si rende conto che l'art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo presenta una doppia anima, una “procedurale”, l'altra “so-

⁴⁷ Per la generale applicazione del criterio del *tempus regit actum* ai provvedimenti amministrativi, v. Corte di cassazione civ., Sez. Un., 28 ottobre 2015, n. 21949; Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 5761; *id.*, 7 luglio 2013, 3880; TAR Lazio, Sez. II-*quater*, 30 marzo 2016, n. 3904; *id.*, 4 marzo 2016, n. 2890; TAR Lazio, Sez. II, 11 marzo 2016, n. 3119; *id.*, 26 febbraio 2016, n. 2666.

⁴⁸ C.d. principio di indifferenza dell'Unione all'organizzazione interna: Corte di giustizia, 15 dicembre 1972, *International Fruit II*, C-51 a 54/71; *id.*, 25 maggio 1982, *Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi*, C-96/81; *id.*, 17 giugno 1986, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, C-1/86.

⁴⁹ Al riguardo, sembra peraltro interessante notare che in alcuni precedenti la giurisprudenza amministrativa ha offerto applicazioni ancor più tutelanti del principio di legalità, equiparando la norma sulla competenza suscettibile di incidere (indirettamente) sulla gravità dell'infrazione ad una norma “sostanziale”. Si pensi al caso in cui, dopo aver rilevato che, “*in materia disciplinare, le norme sulla competenza sono di regola quelle vigenti al momento in cui viene assunta la sanzione disciplinare*”, il Consiglio di Stato ha aggiunto che “*tale regola generale può essere derogata [...] nell'ipotesi in cui, «ai fini dell'individuazione della disposizione sanzionatoria più favorevole, gli istituti procedurali preesistenti ad essa collegabili influiscano nel dare alla disposizione un carattere di diverso rigore, in senso vantaggioso» (Cons. Stato, Sez. VI, 31/07/1987, n. 503)*” (così Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6309, che appare di particolare interesse laddove si consideri che le regole del Capo I della legge n. 689 del 1981, ivi compreso il principio di legalità di cui all'art. 1, abbracciano qualsiasi ipotesi di illecito amministrativo, anche quelli puniti con sanzioni non pecuniarie, ma non si estendono, in ragione dell'espressa esclusione di cui all'art. 12, alle sanzioni irrogate a fronte di illeciti disciplinari: v. ad es. Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4866).

⁵⁰ S. PERUGINI, *I «nuovi» strumenti cit.*

stanziale”: esso non si limita a indicare l’Autorità competente, ma, nell’interpretazione fornita dal Consiglio di Stato, individua anche la disciplina da quest’ultima applicabile.

Lo stesso Consiglio di Stato sembra riconoscere tale doppia valenza (in qualche modo contraddicendo, allora, il proprio assunto di partenza), laddove (correttamente) evidenzia che la cognizione dell’AGCM piuttosto che dell’Autorità di settore e, quindi, l’applicazione (anche) del Codice del consumo piuttosto che della (sola) disciplina di settore non è un fatto influente per il soggetto sottoposto al procedimento amministrativo. Al contrario, la “competenza” dell’Antitrust espone il professionista alla punibilità per “*un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale*”⁵¹, del quale l’illecito regolatorio – che fino all’entrata in vigore del d. lgs. n. 21 del 2014 esauriva il disvalore della condotta – costituirebbe, oggi, solo un (più tenue) “*elemento costitutivo*”.

Nel recepire il principio di diritto enunciato dalla Plenaria, il TAR Lazio ha successivamente ribadito che la “*specialità per progressione di condotte lesive [...] comporta[...] la realizzazione di una pratica anticoncorrenziale vietata e ben più grave per entità e per disvalore sociale, in quanto «aggressiva»*”⁵².

In sintesi: prima dell’intervento legislativo del 2014 l’operatore economico attivo in un mercato regolato, quale che fosse il comportamento tenuto, poteva essere unicamente sanzionato per l’illecito regolatorio eventualmente commesso, mentre, in virtù del principio di specialità “per settori”, non poteva in nessun caso vedersi addebitare una pratica commerciale “aggressiva”; con l’entrata in vigore della nuova norma di riparto, questi diviene invece punibile anche per la condotta “aggressiva” in ipotesi integrata.

La ricostruzione offerta dalle Adunanze Plenarie nn. 3 e 4 del 2016 e dalla successiva giurisprudenza amministrativa porta in definitiva a configurare il novellato art. 27, comma 1-bis Codice del consumo come norma “incriminatrice” e, segnatamente, come una norma incriminatrice *sfavorevole*, potendo determinare l’accertamento di un illecito più grave, con le inevitabili conseguenze che ne discendono sul piano del *quantum* sanzionatorio e, non ultimo, del costo marginale che si correla all’accertamento dell’infrazione consumeristica, in termini di ripercussioni mediatiche e concorrenziali.

Le considerazioni che precedono stimolano più di un dubbio in ordine al fatto che dietro il ravvisato fine “interpretativo” dell’art. 1, comm 6, lett. a) d. lgs. n. 21 del 2014 possa celarsi, nella sostanza, l’applicazione retroattiva di una norma sanzionatoria *in malam partem*.

È noto che per le sanzioni amministrative vige il principio di irretroattività di cui all’art. 1 della legge n. 689 del 1981⁵³. Portato di tale principio basilare è che, in materia di illeciti amministrativi, “*non [può] riconoscersi alla successione delle norme nel tempo efficacia re-*

⁵¹ Cons. di Stato, A.P. nn. 3 e 4 del 2016 cit..

⁵² TAR Lazio, I, n. 5809 del 2016 cit..

⁵³ “*Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione*”. Per un’applicazione del principio, v., *ex plurimis*, Corte di cassazione, Sez. II civ., 12 novembre 2014, n. 24111; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5422. Si noti che l’irretroattività della legge in materia di sanzioni amministrative costituisce una problematica distinta rispetto a quella della retroattività del provvedimento amministrativo. Per un approfondimento su questa specifica tematica si rinvia a M. MONTEDURO, *Retroattività del provvedimento amministrativo e principi generali dell’ordinamento*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, del 12 maggio 2014.

troattiva”, occorrendo “fare riferimento al principio del tempus commissi delicti”⁵⁴ e non anche – come finisce per ammettere il Consiglio di Stato – a quello del *tempus regit actum*.

Vero è che, secondo un indirizzo a lungo dominante, l’art. 1 della legge n. 689 del 1981 non troverebbe un’esplicita copertura costituzionale, a differenza dell’art. 2, comma 1 c.p. (che è invece assistito dall’art. 25, comma 2 Cost.). In tale ottica – si riteneva – in materia di sanzioni amministrative il principio di legalità potrebbe essere derogato da qualsiasi fonte successiva di pari rango⁵⁵, quale potrebbe essere, in ipotesi, anche l’art. 1 comma 6, lett. a), del d. lgs. n. 21 del 2014. E tuttavia, già all’indomani dell’entrata in vigore della legge di depenalizzazione, una posizione minoritaria, confortata da alcune isolate decisioni giurisprudenziali⁵⁶, aveva colto come la sanzione amministrativa “in senso stretto”⁵⁷ debba ne-

⁵⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5746; TAR Lazio, Sez. I, 17 marzo 2010, n. 4207; *id.*, Sez. II, 24 dicembre 2011, n. 10182.

⁵⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 68 del 1984 e 477 del 1988, oltre alle numerosissime decisioni “comuni” che si sono inserite in questo solco. La giurisprudenza ha inoltre ricavato dal diritto positivo un ulteriore tratto differenziale tra sanzione penale e sanzione amministrativa, consistente nel c.d. principio di ultrattività della legge sanzionatoria. Detto principio postula che – in mancanza di una norma equivalente all’art. 2, commi 2 e 4 c.p. – la legittimità del provvedimento amministrativo sanzionatorio deve essere valutata con esclusivo riferimento alla situazione normativa vigente al momento della commissione del fatto, senza che possano rilevare eventuali successive modifiche della disciplina, anche se più favorevoli al destinatario del provvedimento (tra le molte, cfr. Corte di cassazione civ., Sez. II, 12 novembre 2014, n. 24111; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5422). Sul punto devono però segnalarsi alcuni (ancora timidi e minoritari) segnali di apertura. In virtù di una lettura orientata della CEDU, parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto di poter estendere il c.d. principio della retroattività *in mitius* anche a determinate sanzioni amministrative, connotate da un particolare grado di afflittività. In dottrina, v. P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2012, 877 e ss.; in giurisprudenza, si vedano invece TAR Lazio, Roma, Sez. I, 25 febbraio 2015, n. 3341 e *id.*, 20 aprile 2015, n. 5758 (anche se – va detto – il principio di ultrattività della sanzione amministrativa è stato successivamente riaffermato in varie pronunce amministrative: ad es., v. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 novembre 2015, n. 5287). Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza n. 193 del 2016, che, pur rigettando la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 legge n. 689/1981, nella parte in cui non prevede in materia di sanzioni amministrative l’applicabilità del principio della retroattività della norma sopravvenuta più favorevole, è stata letta da parte della dottrina come una sorta di “sentenza monito”, con la quale la Consulta avrebbe mostrato, tra le linee, un certo *favor* per un intervento legislativo di modifica (cfr. P. PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2016). Per un commento sulla pronuncia, v. anche D. BIANCHI, *Resta la frattura categoriale: il principio di retroattività in mitius non penetra nel diritto punitivo amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2017, 316 e ss.; D. DI GIROLAMO, *La Corte Costituzionale si pronuncia su sanzioni amministrative e principio di retroattività della lex mitior*, in *Giur. pen.*, n. 1/2017). Dopo la decisione della Consulta, la giurisprudenza amministrativa è dunque tornata a fare applicazione del c.d. principio di ultrattività della sanzione amministrativa: v. ad es. Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 aprile 2017, n. 1566.

⁵⁶ Per quanto concerne la giurisprudenza costituzionale, viene in rilievo la sentenza della Corte n. 78 del 1967, ove la Consulta ha ritenuto applicabile anche alla sanzione amministrativa, nella fattispecie accessoria alla condanna penale, “il principio della legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall’art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire”. In precedenza, lo stesso principio era stato affermato nella sentenza n. 26 del 1966. Quanto alla giurisprudenza comune, si segnalano Consiglio di Stato, Sez. III, 13 novembre 1998, parere n. 1317; Corte di cassazione, Sez. lav., 17 aprile 1991, n. 4119; Corte di cassazione, Sez. I civ., 7 marzo 1989, n. 1231; TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 7 dicembre 1997, n. 702.

⁵⁷ Si intende per sanzione amministrativa in senso stretto la sanzione “caratterizzata dal suo essere pena in senso tecnico, ossia non solo generica reazione alla violazione di un precetto, ma altresì atto estraneo a finalità ripristinatorie o risarcitorie ma esclusivamente con carattere afflittivo-special preventivo” (così F. GOISIS, *Le sanzioni amministrative «nascoste» e le nuove sanzioni pecuniarie introdotte dal c.p.a.*, Relazione al Seminario “Riflessioni sull’incertezza delle regole”, Roma, 6 febbraio 2014, in <https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/230676/302692/Goisis%20Relazione%20sanzioni%20nascoste%20Roma>

cessariamente soggiacere alle stesse garanzie previste in materia penale⁵⁸, tanto da indurre a parlare di “statuto unitario” della sanzione “affittiva”. Come pure noto, per anni la giurisprudenza, sia costituzionale che comune, ha disatteso tale ipotesi ricostruttiva, favorendo la diversa (e maggioritaria) posizione che escludeva la piena estensibilità delle garanzie penali alla sanzione amministrativa⁵⁹.

L'evoluzione più recente è cosa nota: sotto le spinte della Corte di Strasburgo⁶⁰, la considerazione unitaria della sanzione penale e della sanzione amministrativa ha preso forma⁶¹. In forza di un approccio “sostanzialista”, la Corte sovranazionale⁶² (cui si è allineata

[%206%20febbraio%202014.pdf](#). Per una più generale trattazione in materia di sanzioni amministrative, si rinvia al contributo di A. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983 e C.E. PALIERO - A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 345 e ss.). Per una recente trattazione sulla potestà sanzionatoria delle *authorities* si veda anche M. ALLENA - S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in (approfondimento a) *Il diritto dell'economia*, n. 3/2013, <http://www.mucchieditore.it/images/ExtraRiviste/ExtraApprofondimentoDirittoEconomia3-2013.pdf>.

⁵⁸ Fondamentale in tal senso il contributo di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 160 (il Prof. Sandulli era stato estensore delle citate pronunce della Corte nn. 26 del 1966 e 78 del 1967), condiviso anche da M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983 e da E. CANNADA BARTOLI, *Illecito (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 126. Questo filone ha trovato compiuto sviluppo, con uno studio organico e sistematico della materia, in M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983.

⁵⁹ Cfr. in particolare C.E. PALIERO - A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* cit.; E. CASETTA, *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. VIII, Torino, 1993, 89 ss.. In giurisprudenza si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 68 del 1984 e 477 del 1988, che hanno negato l'applicabilità dell'art. 25, comma 2 Cost. alle sanzioni amministrative. Come evidenziato in dottrina, questo indirizzo si giustificava anche con l'avvertita esigenza di non “privare il legislatore regionale di tale strumento repressivo”, posto che la “legge” cui allude l'art. 25, comma 2 Cost. era (e tuttora è) solo quella statale (così P. CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. cost.*, n. 4/2014, 360 e ss., dove l'A. sottolinea come tale esigenza sia venuta meno a seguito della Riforma del Titolo V, la quale ha previsto che, ai sensi dell'art. 117, comma 1, lett. l Cost., la competenza esclusiva dello Stato si estende alla sola sanzione penale, e non anche a quella amministrativa).

⁶⁰ Con le sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 la Corte costituzionale ha chiarito come le norme convenzionali – e, secondo la c.d. *living instrument doctrine*, l'interpretazione che di queste venga fornita dalla Corte di Strasburgo, quando sedimentata in indirizzi consolidati e sempre che superi la “*verifica di compatibilità con le norme della Costituzione*” (Corte cost., sent. n. 176 del 2017) – rilevano quali parametri interposti di costituzionalità in forza dell'art. 117, comma 1 Cost..

⁶¹ Sul tema si rinvia a F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2014, 337 e ss.

⁶² A partire dal “*leading case*” *Engel e a. c. Paesi Bassi* (Grande Camera, 23 novembre 1976, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §§ 82-83), la Corte EDU ha elaborato i seguenti criteri di identificazione delle sanzioni “penali”: *i*) la qualificazione data nel diritto interno alla sanzione; *ii*) la natura pubblicistica degli interessi tutelati; *iii*) la severità della pena in cui la persona interessata rischia di incorrere e le finalità repressive e general-preventive che la stessa persegue. La Corte di Strasburgo ha inoltre elaborato dei sotto-criteri per individuare i confini del secondo e del terzo criterio, che rivestono particolare importanza essendo basati sul dato sostanziale e non su mere qualificazioni interne (*Jussila c. Finlandia*, Grande Camera, 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01, § 38). Tra questi sotto-criteri rientrano: la destinazione della norma giuridica alla generalità dei consociati e non anche ad un gruppo specifico di soggetti (*Bendenoun c. Francia*, 24 febbraio 1994, ric. n. 12547/86, § 47); il fatto che l'azione debba essere esercitata da un'autorità pubblica in virtù di poteri legali di esecuzione (*Benham c. Regno Unito*, Grande Camera, 10 giugno 1996, ric. n. 7/1995/513/597, § 56); la funzione repressiva o dissuasiva della norma incriminatrice (*Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, § 53; *Bendenoun c. Francia*, cit., § 47); la soggezione della condanna al principio di colpevolezza (*Benham c. Regno Unito*, cit., § 56); la verifica della classificazione che procedimenti analoghi ricevono in altri Stati membri del Consiglio d'Europa (*Öztürk c. Germania*, cit., § 53). Il secondo ed il terzo criterio enunciati nella sentenza *Engel*, si badi, sono alter-

anche la Corte di giustizia)⁶³ considera come “pena” agli effetti della Cedu qualsiasi misura che, in disparte la nomenclatura interna, risponda a prevalenti finalità afflittive e general-preventive; con il risultato di rendere applicabili le garanzie convenzionali alle sanzioni amministrative in senso stretto. Anche l’ammenda che si correla all’illecito consumeristico integra a pieno titolo la nozione convenzionale di “pena”⁶⁴, come eloquentemente dimostrato dal fatto che l’art. 13 della direttiva n. 2005/29/Ce – in cui il Legislatore europeo si è limitato a parlare di “sanzioni” e a precisare che le stesse devono essere “*effettive, proporzionate e dissuasive*” – è stato recepito in modo “nominalmente” eterogeneo dai diversi Stati membri, registrandosi opzioni che oscillano da sistemi esclusivamente amministrativi o penali a sistemi misti di natura sia amministrativa che penale⁶⁵.

Ciò detto, è noto che tra le garanzie convenzionali militano il “*diritto a un equo processo*” di cui all’art. 6 della Cedu e, soprattutto, il principio del “*nulla poena sine lege*” sancito dall’art. 7 della Cedu⁶⁶.

A questo ultimo riguardo non sembra superfluo rammentare che la Corte di Strasburgo ricomprende nel concetto di “legge” previsto dall’art. 7, § 1 anche il diritto “non scritto” e, in particolare, il “diritto vivente” di matrice giurisprudenziale⁶⁷ (quale ben poteva essere quel-

nativi, nel senso che basta la presenza di uno solo dei due per conferire alla sanzione la natura penale. Quando, però, è dubbio che uno di questi sia pienamente soddisfatto, la Corte propende per un loro impiego cumulativo (si veda in proposito *Grande Stevens e altri c. Italia*, II Sez., 4 marzo 2014, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, § 94). Quanto al criterio del *nomen iuris*, esso rappresenta un semplice punto di partenza, la cui mancata integrazione non preclude in alcun modo la prosecuzione dell’indagine.

⁶³ Corte di giustizia, Sez. VI, 8 luglio 1999, *Hüls AG c. Commissione europea*, C-199/92 P, § 150; *id.*, Sez. III, 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group NV e Chris Van Raemdonck c. Commissie voor het Bank, Financiering en Assurantiewezen (CBFA)*, C-45/08, § 42.

⁶⁴ Per quanto concerne la rilevanza agli effetti della CEDU delle sanzioni irrogate dall’AGCM in materia di tutela del consumatore, si veda, tra le molte, Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 38 e 17 novembre 2015, nn. 5252 e 5253. Cfr. inoltre, in relazione alle sanzioni irrogate a fronte di violazioni concorrenziali, Corte EDU, *Jussila c. Finlandia* cit., § 43; *id.*, Sez. II, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08; nonché TAR Lazio, Sez. I, 20 aprile 2015, n. 5759.

⁶⁵ Per un immediato riscontro sul punto si rinvia al portale di consultazione pubblica <https://webgate.ec.europa.eu/ucp/public/index.cfm?event=public.home.show&CFID=306010&CFTOKEN=15e8edca9d7e7723-617A2488-E81B-8DD7-C9EA8846F1E560E1>, sezione “Countries”, sotto-sezione “Enforcement System”.

⁶⁶ “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

⁶⁷ L’orientamento è stato elaborato già nelle pronunce più risalenti della Corte EDU (3-4 ottobre 1972, Commissione, *Murphy c. Regno Unito*, ric. n. 4681/70; 26 aprile 1979, Consiglio plenario della Commissione, *Sunday Times/Royaume Uni*, ric. n. 6538/74, § 47; 22 ottobre 1996, *Wingrove/Royaume Uni*, ric. n. 17419/90, § 40; *Coëme e a. c. Belgio*, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 145; 22 ottobre 1996, *Cantoni c. Francia*; 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, Grande Camera, ric. nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50; 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02, § 33) e da allora è stato oggetto di ripetute conferme (in relazione alla “pena” consistente nella confisca urbanistica connessa al reato di lottizzazione abusiva, v. Corte EDU, Sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e a. c. Italia*, ric. n. 75909/01, § 116; in relazione alle limitazioni (e sanzioni) imposte per “legge” all’esplicarsi della “libertà di espressione” ex art. 10, par. 2 CEDU, v. inoltre Grande Camera, 7 giugno 2012, *C-Centro Europa 7 e Di Stefano c. Italia*, ric. n. 38433/09). Su tali premesse di sistema, la Corte di giustizia ha statuito in materia *antitrust* il principio generale di irretroattività del *revirement* giurisprudenziale *in malam partem*, in quanto imprevedibile al momento in cui l’infrazione concorrenziale è stata posta in essere (v. ad es. le sentenze 8 febbraio 2007, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee*, C-3/06 P e Grande Sezione, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S e a. c. Commissione*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P). Nell’ambito di un più ampio

lo formatosi intorno alle Adunanze plenarie del 2012 e all'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* del d.l. n. 95/2012).

Proprio in virtù del richiamo alla Cedu⁶⁸ (in alcuni casi invocato insieme all'art. 25, comma 2. Cost.⁶⁹), la giurisprudenza della Consulta, superando definitivamente le precedenti acquisizioni, ha riconosciuto il fondamento costituzionale del principio di legalità di cui all'art. 1 della legge n. 689 del 1981 con riferimento a talune sanzioni amministrative "in senso stretto".

In controtendenza con l'esposta evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, l'art. 1, comma 6, lett. a) d. lgs. n. 21 del 2014, ove qualificato come norma di interpretazione autentica (e, dunque, come norma suscettibile di incidere sul passato), potrebbe consentire invece di ascrivere all'agente la responsabilità per un illecito più grave di quello integrato nel *tempus commissi delicti*, con conseguente possibilità di assoggettare l'operatore economico a una "pena" più severa rispetto a quella che risultava prevedibile nel momento in cui la condotta contestata è stata posta in essere⁷⁰.

Tale (invalicabile) limite – però – non può essere superato neanche dalla legge di interpretazione autentica⁷¹. E la norma di riparto del 2014 non dovrebbe fare eccezione.

studio concernente l'*overruling* in materia processuale (che – secondo l'A. – in determinate pronunce di legittimità costituirebbe in realtà un'applicazione del c.d. *Prospective overruling* di matrice statunitense: cfr. Corte di cassazione, Sezioni Unite, 11 luglio 2011, n. 15144), dà conto della rassegnata elaborazione giurisprudenziale R. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contr. e impr.*, n. 3/2013, 577 e ss..

⁶⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 196 del 2010 e ordinanza n. 82 del 2012. In una successiva decisione, avendo dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del d. lgs. n. 28 del 2011 per violazione dell'art. 76 Cost. (sentenza n. 51 del 2017), la Corte non ha dovuto inoltre esaminare la questione relativa al carattere retroattivo della sanzione interdittiva ivi disciplinata, sollevata con svariate ordinanze della Sesta Sezione del Consiglio di Stato. Nella giurisprudenza di legittimità, si veda, tra le altre, Corte di cassazione, Sez. III pen., 1° agosto 2011, n. 1569, che ha sancito l'irretroattività delle disposizioni in materia di confisca per equivalente in relazione ad una truffa aggravata ai danni dello Stato. Le principali fasi dell'evoluzione giurisprudenziale in materia vengono partitamente analizzate in P. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014.

⁶⁹ Corte costituzionale, nn. 104 del 2014 e 68 del 2017.

⁷⁰ Già con riferimento ad una pronuncia di legittimità del 1997, concernente l'illecito tributario di omessa presentazione di dichiarazioni di reddito ex art. 1, comma 1, della legge n. 516 del 1982 (Corte di cassazione, Sez. III pen., 31 luglio 1997, n. 1011, in cui veniva in rilievo la *vexata quaestio* della rilevanza fiscale dei proventi da reato), la più attenta dottrina aveva correttamente ravvisato – dietro lo scudo di una legge di interpretazione autentica – l'"aggira[mento del] divieto di retroattività penale", osservando che, *in buona sostanza, la Cassazione [aveva finito] per confermare una sentenza che [aveva] condanna[to] il ricorrente per una condotta omissiva che non realizzava gli estremi di alcun reato tributario all'epoca in cui fu assunta*" (così A. PUGIOTTO, *L'irresistibile ultrattività della legge interpretata autenticamente*, in *Giur. cost.*, n. 2/1998, 1208-1210). In quella decisione la Corte di cassazione aveva di fatto eluso il principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2 Cost., sul rilievo che "*non si tratta[ssse] tanto di applicare retroattivamente la legge interpretativa [...] quanto piuttosto di applicare correttamente la legge interpretata*", con la conseguenza che "*l'interpretazione autentica del legislatore [risultava] applicabile anche se meno favorevole all'imputato di una interpretazione giurisprudenziale precedente*". Su queste basi l'A. ha ricondotto la forzatura della Corte di cassazione ad un più generale vizio di fondo, che – a suo dire – consisterebbe nell'automatica assegnazione di efficacia retroattiva alle leggi di interpretazione autentica, le quali dovrebbero essere invece parimenti soggette all'art. 11 delle Preleggi ("*... la distinzione tra materia extrapenale e materia penale, quest'ultima - come insegna tutta la dottrina - preclusa alle leggi di interpretazione autentica in quanto retroattive, non ha senso alcuno se si attribuisce alla legge d'interpretazione autentica natura dichiarativa*"). Come si dirà *infra*, tale ultima riflessione appare minoritaria in dottrina e in giurisprudenza.

⁷¹ Cfr., *ex multis*: Corte cost., nn. 78 del 2012, 93 e 41 del 2011, 74 del 2008, 274 del 2006, 291 del 2003, 374 e 446 del 2002.

3.2. Tecnica legislativa non conforme allo schema tipico della legge di interpretazione autentica

In difetto di un'espressa previsione in tal senso (come tipicamente accade nelle cc.dd. leggi innovative a effetto retroattivo)⁷², l'art. 1, comma 6, lett. a) del d. lgs. n. 21 del 2014 potrebbe assumere efficacia retroattiva (o, che dir si voglia, retrospettiva)⁷³ solo ove se ne dimostrasse la natura effettivamente interpretativa. Diversamente, dovrebbe invece applicarsi il principio generale dettato dall'art. 11 delle Preleggi. Di qui l'esigenza di approfondire i tratti tipici in presenza dei quali la Consulta ha riconosciuto la funzione interpretativa di singole previsioni di legge, onde verificare se gli stessi ricorrano nel caso di specie.

3.2.1. I connotati tipici della legge di interpretazione autentica nell'elaborazione della Corte costituzionale

Per miglior intelligenza del problema pare opportuno tentare di ripercorrere in breve le principali caratteristiche individuate dalla giurisprudenza costituzionale per qualificare una legge come autenticamente interpretativa. Senza alcuna pretesa di esaustività, si possono tratteggiare le seguenti direttrici della (invero ben più complessa e articolata) giurisprudenza della Corte:

⁷² A tale riguardo appare utile rilevare che, nel modulare l'efficacia temporale delle singole disposizioni che compongono il decreto, l'art. 2, comma 1 del d. lgs. n. 21 del 2014 nulla ha disposto relativamente all'art. 1, comma 6, lett. a). Deve dunque escludersi in radice che la norma di riparto delle competenze possa considerarsi "innovativa con effetti retroattivi". In mancanza di diversa disposizione, vale infatti l'art. 11 delle Preleggi.

⁷³ Secondo un primo orientamento, che attribuisce maggiore rilievo al momento c.d. logico, la legge di interpretazione autentica avrebbe natura meramente dichiarativa, assumendo efficacia non propriamente retroattiva, quanto piuttosto "retrospettiva" (cfr. G. PACE, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, 1944, 321): l'intervento autenticamente interpretativo si risolverebbe infatti nell'individuazione dell'esatto significato di una precedente disposizione legislativa, senza innovare alcunché (C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Vol. I, Torino, 1891, 25; F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1909, 69; E. BETTI, *Interpretazione delle leggi ed atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, 189; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Vol. XIV, Milano, 1965, 492; in giurisprudenza, v. Corte cost., nn. 233 del 1988, 455 e 480 del 1992, 15 del 1995). Un secondo orientamento, che pone maggior enfasi sul momento c.d. precettivo, attribuisce invece al suddetto potere legislativo natura costitutiva ed efficacia propriamente retroattiva: la legge di interpretazione autentica non sarebbe affatto sprovvista di carattere innovativo, semplicemente questo consisterebbe nell'imposizione di una determinata interpretazione, indipendentemente dalla sua esattezza (in questo senso, v. E. CALDARA, *Interpretazione delle leggi*, in *Enc. giur.*, Vol. VIII, Tomo II, Milano, 1913, 725 e ss.; G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 770 e ss.; in giurisprudenza, v. Corte cost., n. 118 del 1957, secondo cui "non diversamente dalle altre leggi, anche la legge interpretativa innova all'ordine legislativo preesistente: il quid novi che essa introduce in tale ordine consiste nell'attribuire a certe norme anteriori un significato obbligatorio per tutti (con conseguente esclusione di ogni altra possibile interpretazione)", e n. 123 del 1988, secondo cui "la legge di interpretazione autentica non si distingue dalla legge innovativa con efficacia retroattiva, essendo anch'essa innovativa e naturalmente retroattiva"). Come si vede, entrambe le posizioni sono accomunate dal fatto di riconoscere alla legge di interpretazione autentica l'attitudine a incidere sul passato, vuoi in via dichiarativa e, dunque, "retrospettiva", vuoi in via costitutiva e, dunque, "retroattiva". Per una critica alla tesi (prevalente) dell'automatica incidenza sul passato della legge di interpretazione autentica, cfr. A. PUGIOTTO, *L'irresistibile ultrattività* cit. e ID., *Le leggi interpretative a Corte: vademecum per giudici a quibus*, in *Giur. cost.*, n. 3/2008, 2751.

i) non è dirimente l'espressa auto-qualifica (o la mancata qualifica) della previsione come autenticamente interpretativa⁷⁴ (né appare decisivo l'impiego – o il mancato impiego – da parte del Legislatore della formula di apertura prevista dall'art. 4.12 della Circolare della Presidenza del Consiglio del 2 maggio 2001)⁷⁵;

ii) *sedes materiae* tipica (ma – si dirà – non necessaria) dell'intervento di interpretazione autentica è la presenza di un irrisolto “*contrasto giurisprudenziale*”⁷⁶ intorno a una previsione di legge o, più in generale, l'esistenza di una situazione di “*oggettiva incertezza del dato normativo*”⁷⁷;

iii) l'intervenuto consolidamento di una interpretazione giurisprudenziale costante su un determinato testo legislativo è suscettibile di formare un “*diritto vivente*” sullo stesso⁷⁸, tale da escludere la presenza di un “*contrasto giurisprudenziale*” o di una situazione di “*oggettiva incertezza del dato normativo*”;

iv) in considerazione della funzione nomofilattica assolta dal Consiglio di Stato, “*l'interpretazione [di un enunciato legislativo] fornita dall'Adunanza Plenaria [...] è regola di diritto vivente*”⁷⁹, sempre che non sia successivamente oggetto di ulteriori “*contrast* giuri-

⁷⁴ Corte cost., nn. 397 del 1994, 455 del 1992, 233 del 1988.

⁷⁵ “*Per le disposizioni in questione si utilizza [...] la seguente formula: «Il comma ... dell'articolo ... della legge ... si interpreta nel senso che ...»*”.

⁷⁶ V., tra le molte, Corte cost., nn. 187 del 1981, 233 del 1988, 376 del 1995, 229 del 1999 e 162 del 2008; ord. n. 92 del 2014.

⁷⁷ Per l'impiego dell'espressione – sovente (ma non esclusivamente) associata alla presenza di “*contrast* giurisprudenziali” – v., ad es., Corte cost., n. 170 del 2008 e ord. nn. 174 del 2015 e 400 del 2007.

⁷⁸ La nozione di “*diritto vivente*” ha ricevuto un esplicito riconoscimento da parte della Corte costituzionale con la decisione n. 350 del 1997: “*pur essendo indubbio che nel vigente sistema non sussiste un obbligo per il giudice di merito di conformarsi agli orientamenti della Corte di Cassazione (salvo che nel giudizio di rinvio), è altrettanto vero che quando questi orientamenti sono stabilmente consolidati nella giurisprudenza — al punto da acquisire i connotati del «diritto vivente» — è ben possibile che la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, venga sottoposta a scrutinio di costituzionalità, poiché la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte*”. Successivamente, la Corte ha attribuito rilevanza al “*diritto vivente*” anche in numerose altre pronunce: v. ad es. nn. 208 del 2014, 197 del 2010, 299 del 2005, 77 e 348 del 2007 (in quest'ultimo caso si è affermato che “*le norme vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto*”). È stata inoltre posta in opportuna evidenza la differenza corrente tra la dottrina del diritto vivente e quella del precedente giudiziario (c.d. *stare decisis*): “*nella struttura della regola di stare decisis il valore del precedente viene considerato un a priori utile a stabilire limiti alla discrezionalità del giudice. Viceversa per la dottrina del diritto vivente il precedente assume importanza a posteriori, in quanto confermato, e non rappresenta certo un limite alla discrezionalità del giudice ma piuttosto un elemento per valutarne gli esiti. Ove però si rifletta non già sul momento nel quale viene attribuito valore al precedente ma alla sostanza di quel valore, intesa come il bene che si ritiene che il precedente assicuri, è possibile constatare una sostanziale identità: quel bene è la certezza del diritto*” (cit. M. CAVINO, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2010, Torino, 142-143).

⁷⁹ Cfr. Corte cost., n. 236 del 2010 (per un espresso riconoscimento delle Adunanze plenarie nn. 3 e 4 del 2016 come “*diritto 'vivente' nazionale*”, cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2017, ord. nn. 167 e 168). In senso analogo, ma con riferimento alle decisioni rese delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione, v. Corte cost., n. 78 del 2012. Al riguardo, sembra utile rammentare che secondo parte della dottrina “*le pronunce dell'Adunanza Plenaria possono essere collocate e trovare posto nel sistema delle fonti in quanto, nell'integrazione di concetti giuridici indeterminati e nel completamento di lacune normativa si pongono effettivamente sullo stesso piano delle norme di diritto positivo costituendo «diritto vivente»*” (così R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in www.giustizia-amministrativa.it, relazione al Convegno “*Funzione nomofilattica e integrazione delle fonti*”, Trento, 16 dicembre 2016, 30-31). Non è questa la sede per approfondire l'animato (e più generale) dibattito sorto intorno alla possibilità di inserire, anche negli ordinamenti di *civil law*, le decisioni giurisprudenziali nella sistematica delle fonti del diritto, di cui ci si

sprudenziali⁸⁰. L'esistenza di un simile "diritto vivente" è idonea a far venir meno la situazione di "oggettiva incertezza del dato normativo" eventualmente preesistente;

v) tanto precisato in linea di principio, resta il fatto che "il legislatore può adottare norme [interpretative] non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali" – ipotesi che, s'è visto, costituiscono il terreno d'elezione naturale delle norme di interpretazione autentica – "ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincendo un significato ascrivibile alla norma anteriore"⁸¹;

limita dunque a offrire solo le coordinate principali: a favore della possibilità di considerare le sentenze quali "fonti-fatto", si vedano – oltre che, nei termini mediani sopra riportati, R. CAPONIGRO *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria* cit., il quale parla a p. 11 di "fonte culturale" – anche A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto. Artt. 1-9*, in A. Scialoja e F. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, F. Galgano (a cura di), *Disposizioni sulla legge in generale*, II ed., Roma-Bologna, 2011, 536 e ss.; D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 102 e ss.; P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed., Milano, 2007, 23 e ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, relazione al Convegno "Calcolabilità giuridica", Roma, 23 giugno 2016, in www.giustizia-amministrativa.it, 7 e 9, secondo cui "è proprio nell'assenza di un legislatore comune che trova spazio un giudice, nemmeno semplice «inventore» ma creatore di regole, di principi, di diritto. [...] Il giudice per primo deve «crearsi delle fattispecie»: in questo senso il giudice può e deve essere un giudice legislatore in modo da rendere prevedibile il suo giudizio". In senso contrario alla attitudine delle sentenze a "creare" diritto, si è osservato che "l'art. 101, comma 1, Cost. [...] stabilisce che la giustizia deve essere «amministrata in nome del popolo». Il riferimento al popolo è illuminante: non si parla della nazione, nella complessità delle sue determinazioni storico-sociali, ma proprio e solo del popolo, e cioè dell'insieme dei cittadini. È per questo che alla giurisdizione - legata al popolo, appunto, e non alla nazione - è vietato far prevalere le «correnti profonde» che l'interprete ritenga di percepire nel corpo sociale sulla volontà popolare, perché essa trova manifestazione anche e soprattutto nelle forme rappresentative (nella legge parlamentare)" (M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, 6). In una recente Voce, che giunge a porre in discussione la radicata distinzione tra "disposizione" e "norma", il medesimo art. 101, comma 1 Cost. è stato valorizzato dall'A. anche come punto di partenza di un più ampio ragionamento di teoria generale del diritto, all'esito del quale emergerebbe che "la distinzione fra disposizione e norma rende[rebbe] il principio costituzionale di soggezione alla legge del tutto insignificante. Infatti: a) per soggezione si intende — e non può che intendersi — un vincolo giuridico; b) il vincolo giuridico promana esclusivamente da una norma e non può, in tesi, promanare da quello che costituisce un mero enunciato (quale l'art. 101, appunto, in quanto «disposizione»); c) la norma, tuttavia, sempre in tesi, altro non è che l'interpretazione della disposizione, e dunque della legge cui si dovrebbe essere soggetti; d) conseguentemente, per il giudice il vincolo ex art. 101 non esiste prima del suo libero riconoscimento; e) il giudice, a questo punto, può essere soggetto passivo esclusivamente di autobbligazione; unico, in questo, fra tutti i consociati, destinati invece, in forza della loro appartenenza alla comunità politica, all'eterobbligazione. Come si vede, la dottrina qui discussa sembra inserire un cuneo distruttivo nel cuore medesimo dello Stato di diritto" (cit. *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, 2016, Milano, 402-403).

⁸⁰ Corte cost., ord. n. 90 del 2009.

⁸¹ Corte cost. nn. 209 del 2010, 170 del 2008, 409 del 2005, 168 del 2004, 374 e 29 del 2002 e 525 del 2000. In altri termini, il Legislatore può avvalersi dello strumento in parola anche al fine di "contrastare un orientamento giurisprudenziale (c.d. diritto vivente) consolidato a lui sgradito, sempre che l'opzione ermeneutica prescelta rinvenga il proprio fondamento nella cornice della norma interpretativa e non si ponga in modo del tutto autonomo rispetto ad essa" (così I. RIVERA, *Quando la norma è di interpretazione autentica: alcuni problemi di metodologia ermeneutica*, in *Società*, n. 2/2015, 197 e ss.). La Corte costituzionale ha peraltro osservato come il ricorso alla legislazione autenticamente interpretativa in mancanza di una situazione di contrasto giurisprudenziale non debba di per sé intendersi quale indebita ingerenza nel potere giudiziario da parte del Parlamento. Ciò in quanto "non è configurabile [...] a favore del giudice, pur nel rispetto delle proprie prerogative, una esclusività dell'esercizio dell'attività ermeneutica che possa precludere quella spettante al legislatore, in quanto l'attribuzione per legge ad una norma di un determinato significato non lede la potestas iudicandi, ma definisce e delimita la fattispecie normativa che è oggetto della potestas medesima" (così sent. n. 234 del 2007, ma, in termini, v. anche ord. n. 32 del 2013).

vi) nella misura in cui incida retroattivamente sul “diritto vivente” di segno contrario, l'intervento legislativo – indifferente se autenticamente interpretativo o innovativo con effetti retroattivi – deve però trovare “*adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale*” che costituiscano, rispetto agli interessi alla parità di trattamento, certezza del diritto, alla sicurezza giuridica e alla tutela del legittimo affidamento, “*altrettanti «motivi imperativi di interesse generale»*”⁸²;

vii) a prescindere dalle diverse finalità che possono muovere l'intervento⁸³, in nessun caso la legge di interpretazione autentica può produrre l'effetto di arricchire la previsione-base di elementi estranei al suo testo originario o che risultino comunque incompatibili con lo stesso. In definitiva, possono ritenersi interpretative unicamente “*quelle norme obiettivamente dirette a chiarire il senso di norme preesistenti ovvero a escludere o a enucleare uno dei sensi fra quelli ragionevolmente ascrivibili alla norma interpretata*”⁸⁴;

viii) corollario di questo tratto essenziale è che nella legge di interpretazione autentica “*il sopravvenire della norma interpretante non fa venir meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldano fra loro dando luogo a un precetto normativo unitario*”⁸⁵.

3.2.2 Applicazione dei criteri elaborati dalla Consulta all'art. 27, comma 1-bis Codice del consumo

La breve (e certamente semplicistica) ricostruzione che precede consente ora di interrogarsi sulla concreta rispondenza dell'art. 1, comma 6, lett. a) del d. lgs. n. 21 del 2014 ai canoni tecnici della norma autenticamente interpretativa, per come individuati nel tempo dalla Corte costituzionale.

a) *Littera legis, intentio legis*

Difetta un riferimento espresso dal quale possa evincersi la volontà del Legislatore delegato di introdurre una norma di interpretazione autentica. Poco rileva: s'è detto che la Consulta ha assunto al riguardo un atteggiamento di tipo sostanzialistico, in virtù del quale le formule testuali (eventualmente) utilizzate dal Legislatore per introdurre una norma interpretativa possono assumere al più una valenza indiziaria. Ad ogni buon conto, la volontà di introdurre una norma interpretativa potrebbe forse ricavarsi – ancorché in termini meramente possibilisti e sul diverso piano della semplice *intentio legis* – dalla Relazione illustrativa di accompagnamento dello schema di decreto⁸⁶.

⁸² Come si dirà al § 3.3, il principio è stato affermato per la prima volta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 15 del 2012.

⁸³ Come visto: l'esigenza di risolvere un dibattito giurisprudenziale o di porre fine a una situazione di incertezza normativa ovvero la volontà di contrastare un indirizzo consolidato al fine di ricondurre la norma al suo significato originario, per come era stato inteso dal Legislatore.

⁸⁴ Così Corte cost. nn. 132 del 2008, 94 del 1995 e 155 del 1990.

⁸⁵ In questo senso, Corte cost., nn. 132 e 170 del 2008; 425 del 2000, 311 e 94 del 1995; 397 del 1994; 424 del 1993 e 455 del 1992.

⁸⁶ L'*intentio legis* desumibile dai lavori preparatori del d. lgs. n. 21 del 2014 potrebbe effettivamente essere quella di introdurre una norma di interpretazione autentica. E difatti nella Relazione di Analisi Tecnico-

b) Occasio legis

Volgendo l'indagine alle ragioni giustificatrici dell'intervento legislativo (c.d. *occasio legis*), vi è poi da segnalare che, quantomeno alla data di adozione del d. lgs. n. 21 del 2014, non era dato riscontrare “*contrasti giurisprudenziali*” o “*incertezze sull'applicazione*” del principio di specialità di cui all'art. 19, comma 3 del Codice del consumo. Come visto, le Adunanze Plenarie del 2012 avevano infatti fornito una precisa interpretazione della disposizione, dettando un criterio di riparto che – condivisibile o meno, questo non rileva – era stato successivamente confermato da varie pronunce del TAR⁸⁷, proprio come richiesto dalla Consulta affinché una decisione della Plenaria possa consolidarsi in “*diritto vivente*”. All'indomani delle pronunce del 2012 era poi sopravvenuto l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* del d.l. n. 95/2012, introdotto dalla legge di conversione n. 135 del 2012. Tale norma di riparto – si è pure detto – è stata prevalentemente letta in dottrina come “*legificazione*” del principio di diritto enunciato nel 2012 dal Consiglio di Stato⁸⁸. Di questo avviso si sono mostrate anche la giurisprudenza amministrativa⁸⁹, l'AGCM⁹⁰ e la stessa Commissione europea⁹¹.

Tutti questi elementi inducono a ritenere che, alla data di adozione del d. lgs. n. 21 del 2014, non fosse riscontrabile alcuna situazione di “*oggettiva incertezza normativa*”⁹², ma

Normativa (ATN) allegata alla Relazione illustrativa dello schema di decreto presentato alle Camere (http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0059_F001.pdf&leg=XVII), si dà atto della pendenza di una procedura d'infrazione contro l'Italia (v. Parte II, pt. 11), che, secondo il Governo, avrebbe reso necessaria l'introduzione della norma di modifica del riparto di competenze tra AGCM e AGCOM. Detta norma – secondo la stessa ATN – “*potrebbe avere carattere di interpretazione autentica del vigente art. 19, comma 3, del D. Lgs. n. 206/2005, cd. Codice del consumo*” (v. Parte III, pt. 5).

⁸⁷ Tra le quali v. TAR Lazio, Sez. I, 18 luglio 2013, nn. 7273 e 7275 di annullamento il provvedimento AGCM n. 23743 del 18 luglio 2012. Nello stesso senso, e sempre con riguardo a fattispecie relative a servizi sovrapprezzo nel settore delle comunicazioni, TAR Lazio, Sez. I, 22 luglio 2013, nn. 7442 e 7464 di annullamento del provvedimento AGCM n. 23675 del 19 giugno 2012.

⁸⁸ Solo in alcuni commenti – s'è visto – è stata posta in evidenza l'introduzione nella norma di due “*correttivi*” all'*actio finium regundorum* che era stata delineata dai Giudici di Palazzo Spada.

⁸⁹ Dopo l'entrata in vigore della nuova norma, la giurisprudenza ha infatti continuato a declinare il principio di specialità nel senso prospettato dalle Plenarie del 2012.

⁹⁰ Il riferimento è al già richiamato provv. n. 24467 del 2013, con il quale, pur senza citare la sopravvenuta norma di riparto, l'AGCM aveva annunciato pubblicamente che non sarebbe più intervenuta a tutela del consumatore nel campo delle comunicazioni elettroniche.

⁹¹ Per come anticipato, nella lettera di messa in mora dell'Italia la Commissione europea ha valutato che “*l'art. 23, comma 12-quinquiesdecies confermerebbe ampiamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato [del 2012]*”.

⁹² Non sembra che l'avvio della menzionata procedura d'infrazione contro l'Italia potesse valere ad alimentare una situazione di “*oggettiva incertezza normativa*”. In primo luogo, tale procedura si muove esclusivamente sul piano orizzontale dei rapporti inter-istituzionali e non anche sul piano verticale dei rapporti Stato-cittadino. In secondo luogo, il fatto che vi sia avvio di una procedura d'infrazione non significa che la stessa debba necessariamente concludersi con l'accertamento dell'inadempimento da parte dello Stato membro interessato, ben potendo la Commissione decidere di archiviare il procedimento nel caso in cui ritenga soddisfacenti i chiarimenti forniti dallo Stato membro nel corso della fase informale o, ancora, ben potendo la Corte di giustizia rigettare il ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione (o dal diverso Stato membro segnalante) in reazione al contegno inottemperante dello Stato membro interessato dalla procedura. Per altro verso, l'avvio della suddetta procedura d'infrazione non ha fatto che confermare ulteriormente il convincimento degli operatori economici in ordine alla perdurante vigenza, in Italia, di un criterio di specialità “*per settori*”, che tale sarebbe rimasto almeno fino alla conclusione della procedura d'infrazione (per spontanea conformazione dell'Italia, per archiviazione del

vi fosse al contrario un “legittimo affidamento” in merito alla competenza del Regolatore di settore⁹³.

E tuttavia, anche queste considerazioni non assumono rilevanza decisiva per escludere la portata interpretativa della norma di riparto. Come visto, numerose decisioni della Consulta riconoscono al Legislatore la potestà di intervenire in via autenticamente interpretativa anche al dichiarato scopo di contrastare un consolidato orientamento giurisprudenziale, sempreché – s’intende – l’interpretazione “imposta” appaia ragionevolmente riconducibile al testo della disposizione interpretata.

c) Carattere “innovativo” del precetto

Non resta che soffermarsi, allora, sul criterio che – secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale – appare davvero imprescindibile per qualificare una legge come autenticamente interpretativa. In particolare, occorre chiedersi se, nei suoi contenuti, l’art. 1, comma 6, lett. a) del d. lgs n. 21 del 2014 si limiti effettivamente a indicare come vincolante una delle “*possibili varianti di senso del testo originario*” di riferimento, oppure se, al contrario, la disposizione introduca *ex novo* elementi estranei alla formulazione originaria dell’enunciato-base.

Un duplice ordine di ragioni sembrerebbe indurre a propendere per questa seconda risposta.

In primo luogo occorre considerare che, al momento di entrata in vigore del d. lgs. n. 21 del 2014, nei mercati regolati il principio di specialità non si esauriva nell’art. 19, comma 3 del Codice del consumo, ma veniva esplicitato ed articolato dall’art. 23, comma 12-*quinqüesdecies* del decreto legge n. 95 del 2012, che – almeno per il diritto vivente – aveva *medio tempore* “legificato” il principio di diritto enunciato dalle Plenarie del 2012.

Ebbene, dopo aver introdotto l’art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo, il Legislatore delegato del 2014 ha contestualmente disposto, al comma successivo, l’abrogazione espressa del predetto art. 23, comma 12-*quinqüesdecies*⁹⁴.

Un simile effetto abrogativo appare stridente con la (richiamata) giurisprudenza costituzionale secondo cui nella legge di interpretazione autentica “*il sopravvenire della norma interpretante non fa venir meno la norma interpretata, ma l’una e l’altra si saldano fra loro dando luogo a un precetto normativo unitario*”.

L’abrogazione espressa sembrerebbe anzi confermare la sensazione che si ha leggendo le sentenze nn. 3 e 4 del 2016: diversamente da quanto affermato nelle due pronunce gemelle, l’art. 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo non pare dettare una soluzione ricavabile dalla “*normativa antecedente*” (per il vero solo parzialmente richiamata), né tantomeno

procedimento da parte della Commissione, per decisione finale – di condanna o di rigetto – della Corte di giustizia).

⁹³ Su questo ultimo aspetto, v. § 3.3.

⁹⁴ V. art. 1, comma 7 del d. lgs. n. 21 del 2014.

sembra poter discendere (se non in termini sfumatissimi e quasi virtuali) da “una corretta analisi ermeneutica delle sentenze dell’Adunanza Plenaria da 11 a 16-2012”⁹⁵.

Il cambio di paradigma portato dal Legislatore delegato, infatti, sembrerebbe abbastanza evidente: mentre nel precedente modello di riparto la risoluzione del concorso apparente tra norme era guidata dal principio di specialità “per settori” e conduceva all’applicazione della sola disciplina settoriale, nell’attuale assetto – informato al criterio di specialità “per fattispecie” – l’AGCM deve considerarsi quale soggetto sempre competente a intervenire in materia di pratiche commerciali “aggressive”, fatta salva, in caso di *overlapping* normativo, la necessità di applicare *incidenter tantum* anche la disciplina settoriale (previa acquisizione del parere endo-procedimentale del Regolatore)⁹⁶.

Viene così meno, almeno in parte, il previgente parallelismo tra individuazione della “legge applicabile” e individuazione della “Autorità competente” ad applicare quella legge, dal momento che, nell’impostazione da ultimo suggerita dal Consiglio di Stato, nel reprimere le pratiche commerciali aggressive il cui presupposto fattuale sia la violazione di una norma regolamentare l’Antitrust si trova di fatto ad applicare, almeno in via incidentale, (anche) la disciplina regolatoria di settore.

L’impressione è che questo cambio di prospettiva – difficilmente ricavabile dall’art. 19, comma 3 Codice del consumo (e ancor meno dalle decisioni del 2012) – necessitasse di una norma *ad hoc* a carattere innovativo. Non si spiegherebbe, altrimenti, l’esigenza di abrogare l’intero art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* del decreto legge n. 95 del 2012⁹⁷.

Vi è inoltre un altro, rilevante aspetto che induce a dubitare della natura interpretativa della novella: la previsione del parere endo-procedimentale del Regolatore.

Facendo leva sulla “novità” procedimentale introdotta dall’art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo, alcuni commentatori avevano infatti sostenuto l’impossibilità di configurare la norma di riparto in termini meramente interpretativi. Come visto, il Consiglio di Stato ha però negato il carattere innovativo di tale prescrizione, motivando che “*un eventuale previo*

⁹⁵ Un ulteriore indizio – ancorché non decisivo – può rinvenirsi nel fatto che due delle decisioni adottate dall’Adunanza plenaria del 2012 (nn. 11 e 13) avevano escluso la competenza dell’AGCM in relazione a provvedimenti che avevano accertato delle “*forniture non richieste*” ex art. 26, comma 1, lett. f) Codice del consumo, esattamente come quelli in seguito conosciuti dalla Plenaria del 2016.

⁹⁶ Ciò in tutti i casi in cui la condotta aggressiva oggetto di contestazione inglobi, quale antifatto logico, una condotta che costituisca anche violazione di una norma settoriale di carattere regolatorio. In questi casi, nell’applicare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette l’AGCM è chiamata ad una delibazione preliminare della fattispecie sotto il profilo regolatorio, per verificare: *i*) l’astratta riconducibilità, in tutto o in parte, del comportamento del professionista a una norma settoriale; *ii*) la (non) conformità del contegno del professionista alla predetta regola di comportamento settoriale. Vi sono poi dei casi in cui, pur formalmente rispettoso dei dettami regolamentari, il comportamento del Professionista, se osservato unitamente ad altre condotte, può nondimeno integrare una pratica aggressiva: si vedano ad es. i provvedimenti AGCM nn. n. 26134 del 27 luglio 2016 (*PS10246 - Telecom-Rimodulazione piani tariffari 28 giorni*); 26135 del 27 luglio 2016 (*PS10247 - Wind-Rimodulazione piani tariffari 28 giorni*); 26307 del 21 dicembre 2016 (*PS10497 - Vodafone-Rimodulazione tariffaria da 30 a 28 gg*); 26714 del 2 agosto 2017 (*PS10571 - Wind Infostrada-Costi recesso*).

⁹⁷ Non convince a tale riguardo l’argomento secondo cui l’abrogazione della disposizione avrebbe avuto esclusive finalità di coordinamento formale, mirando, in tesi, a trasfondere i limiti edittali delle sanzioni previste in materia di pratiche commerciali scorrette – che erano stati rimodulati dalla norma abrogata – nel Codice del consumo (art. 27, comma 9). Per raggiungere lo scopo sarebbe stato infatti sufficiente utilizzare la comune formula “*all’art. ... sono abrogate le parole «...»*”, senza dover obliterare l’intero articolo.

parere dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, [...] ora previsto nell’art. 16 della Delibera AGCM 1° aprile 2015, n. 25411, [...] era già previsto in precedenti delibere (cfr. Delibera AGCM 15 novembre 2007, n. 17589)⁹⁸; [sicché] il legislatore [non avrebbe] fatto altro che innalzare al rango di norma primaria una disposizione già esistente nell’ordinamento”.

Una simile argomentazione sembra per vero frutto di un equivoco di fondo. L’*“eventuale previo parere”* cui allude l’Adunanza Plenaria pare infatti essere quello, oggettivamente più limitato e funzionalmente ben distinto, che l’AGCM doveva (e deve) richiedere all’AGCom *“quando la pratica commerciale è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione”* (art. 27, comma 6 del Codice del consumo). Detto parere, però, attiene esclusivamente alle particolari modalità di *diffusione* di una pratica commerciale e si distingue nettamente dal parere previsto dall’art. 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo, il quale: *i)* per un verso, può ricercare elementi di specialità sull’intero spettro di condotta del professionista, e non è dunque vincolato nell’indagine a un solo aspetto della stessa; *ii)* per altro verso, non viene richiesto solamente all’AGCom, ma, sussistendone i presupposti, a qualsiasi Autorità di settore⁹⁹.

Il richiamo alla delibera AGCM n. 17589 del 2007 appare viepiù singolare, poi, se si considera che per questo particolare tipo di parere era già presente (e tuttora lo è) un’espressa copertura normativa primaria (appunto, l’art. 27, comma 6 del Codice del consumo).

A ciò si aggiunga che, anche in punto di stretto diritto, la statuizione delle Plenarie desta alcune perplessità.

La *vis* “innovativa” che dovrebbe di regola essere estranea alla legge autenticamente interpretativa non deve infatti essere valutata in relazione all’intero sistema delle fonti, bensì, secondo un approccio necessariamente formale, avuto riguardo ai soli atti aventi forza di legge. E infatti anche l’innalzare a rango primario un precetto secondario (ciò che – si è detto – non è comunque avvenuto nel caso di specie) produrrebbe un effetto “innovativo”, perché in tal modo si introdurrebbe una disposizione primaria che prima non esisteva e, per l’effetto, si spoglierebbe la fonte secondaria dell’attitudine a modificare quel precetto attraverso una nuova espressione di potere regolamentare.

In definitiva, se la *“forza di legge”* è stata autorevolmente definita come attitudine della fonte ad *“innovare nell’ordine legislativo, vale a dire nel sistema costituito dal complesso*

⁹⁸ V., in particolare, l’art. 16, comma 3 della delibera del 2007, ove si prevedeva che *“il responsabile del procedimento, nei casi di cui all’articolo 8, comma 6, del decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole ovvero all’articolo 27, comma 6, del Codice del Consumo, prima dell’adempimento di cui al comma 2 del presente articolo, richiede il parere all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni”*.

⁹⁹ A riprova della diversità ontologica e funzionale delle due tipologie di parere, si vedano i precedenti in cui, prima di adottare la decisione finale, l’AGCM ha (correttamente) richiesto, in relazione alla stessa pratica, sia il parere dell’AGCom che quello del Regolatore di settore (nella specie, l’AEEGSI, oggi ARERA): provv. nn. 25697 del 4 novembre 2015 (PS 9769 - *Enel Energia - Attivazioni non richieste*); 25696 del 4 novembre 2015 (PS9406 - *Bee Twin - Attivazioni non richieste*); 25698 del 4 novembre 2015 (PS9815 - *Acea Energia - Attivazioni non richieste*); 25700 del 4 novembre 2015 (PS9999 - *Hera - Attivazioni non richieste*); 25701 del 4 novembre 2015 (PS10000 - *Eni - Attivazioni non richieste*); n. 25707 del 4 novembre 2015 (PS9578 - *GDF - Attivazioni non richieste*); n. 25708 del 4 novembre 2015 (PS9834 - *Green Network - Attivazioni non richieste*).

degli atti aventi forza di legge”¹⁰⁰, nel caso di specie sembrerebbe che una simile “capacità” (o “potenza”) abbia trovato un puntuale riscontro, in concreto, nell’effetto prodotto sul sistema delle fonti primarie.

3.3. Divieto, valido (anche) per la legge d’interpretazione autentica, di introdurre retroattivamente un trattamento “irragionevole” per i destinatari del comando legislativo

Perplexità circa il carattere autenticamente interpretativo dell’art. 27, comma 1-bis Codice del consumo sorgono anche vagliando la “ragionevolezza” dell’intervento normativo per il diverso profilo delle ragioni di interesse pubblico che lo sorreggono.

È noto che, fatto salvo il limite previsto per la materia penale (art. 25, comma 2 Cost.), nel nostro ordinamento non esiste un divieto costituzionale a legiferare retroattivamente¹⁰¹, dal momento che la regola posta dall’art. 11 delle Preleggi non è stata elevata a principio costituzionale¹⁰². E tuttavia, da tale disposizione di legge ordinaria può comunque evincersi un tendenziale *sfavor* per gli interventi normativi che, a vario titolo, finiscano per riportare artificiosamente indietro le lancette dell’orologio, con possibile detrimento delle esigenze di parità di trattamento, certezza del diritto, sicurezza giuridica e tutela del legittimo affidamento. In questo solco si inserisce la copiosa giurisprudenza della Consulta diretta a limitare il ricorso (talvolta eccessivamente disinvolto) allo strumento della legislazione retroattiva, riconducendo tali limiti per lo più al generale canone di ragionevolezza di cui all’art. 3 della Costituzione¹⁰³.

¹⁰⁰ Queste le parole di A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1957, 269 e ss. L’A. precisa che il concetto di “forza di legge” deve essere apprezzato esclusivamente in astratto, ben potendo il Legislatore decidere di non apportare, in concreto, alcuna innovazione nell’ordine legislativo. “*Forza di innovare vuol dire infatti potenza, capacità di innovare, e non anche effettiva innovazione*”.

¹⁰¹ Sul concetto di “irretroattività”, v. F. SATTA, *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. Giur.*, Vol. XVII, Roma, 1989; G. AZZARITI, *Il principio della irretroattività e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 622 e ss.; A.M. SANDULLI, *Il principio della irretroattività delle leggi e la costituzione*, in *Foro amm.*, n. 2/1947, 73 e ss.; D. DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, Roma, 1915. Per una proposta di superamento della dicotomia retroattività/irretroattività, a beneficio del concetto di “*retro valutazione giuridica*” del passato”, si rinvia a M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, n. 7/2007, 1825 e ss. (Parte I) e nn. 8-9/2007, 2089 e ss. (Parte II), ove l’A. osserva che “*non ha senso chiedersi «se» una legge sia retroattiva, per poi dedurre dalla risposta a questo interrogativo specifiche conseguenze in termini di scrutinio di costituzionalità. Quel che conta è chiedersi «come» una legge sia retrovalutativa, per poi raffrontare le modalità del suo impatto sul passato alle norme costituzionali di riferimento*”.

¹⁰² Come lucidamente evidenziato, “*nella nostra tradizione costituzionale questo principio – il quale è peraltro certamente da annoverare tra i principi generali dell’ordinamento giuridico (come in genere di tutti gli ordinamenti civili, fin da tempi assai remoti) –, non è mai stato considerato come appartenente ai principi essenziali alla qualificazione della struttura stessa del sistema*” (così A.M. SANDULLI, *Il principio della irretroattività cit.*, 73 e ss.).

¹⁰³ In particolare, la Corte ha chiarito che i limiti generali all’efficacia retroattiva delle leggi “*«attengono alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento [...]; la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto [...]; la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico [...]; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudi-*

Ciò premesso, non è dubbio che pure le leggi di interpretazione autentica, in ragione della loro “naturale” efficacia retroattiva (o, che dir si voglia, retrospettiva), soffrano i “*limiti costituzionali alla retroattività delle leggi*”¹⁰⁴. Significativamente, la giurisprudenza costituzionale ha a più riprese sottolineato che – almeno dal punto di vista dei limiti incontrati – “*la legge di interpretazione autentica [...] non si distingue dalla legge innovativa con efficacia retroattiva*”¹⁰⁵.

Pur riconoscendo detta equivalenza, in una prima fase la giurisprudenza costituzionale ha tuttavia mostrato un atteggiamento più accondiscendente nei confronti delle leggi di interpretazione autentica, articolando i limiti alla retroattività in modo sensibilmente più attenuato per la *species* in parola. In particolare, si è a lungo affermato che “*la legge di interpretazione autentica non può considerarsi lesiva dei canoni costituzionali di ragionevolezza, e dei principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, quando «essa si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario»*”¹⁰⁶. In questa prospettiva, tutte le volte che fosse “*resta[ta] entro il perimetro delle possibili esegesi del testo originario, l’interpretazione autentica avrebbe dovuto considerarsi [n.d.r.: di per sé] compatibile con i principi costituzionali, senza la necessità di ulteriori giustificazioni*”¹⁰⁷. Tale requisito minimo, dunque, appariva sufficiente a fondare una sorta di “presunzione *iuris et de iure* di ragionevolezza” della legge autenticamente interpretativa.

Solo a partire dalla pronuncia n. 15 del 2012 la Corte si è allineata alla giurisprudenza della Corte Edu¹⁰⁸, ancorando lo scrutinio di ragionevolezza della legge autenticamente in-

ziario» (sentenza n. 397 del 1994)” (n. 209 del 2010 e, tra le moltissime altre, nn. 69 del 2014; 314, 308, 210 e 170 del 2013; 78 del 2012; 271, 257, 93 e 41 del 2011; 311 e 24 del 2009; 170 del 2008; 234 del 2007; 274 del 2006; 26 del 2003; 374 del 2002 e 525 del 2000). Oltre alle decisioni incentrate sulla possibile violazione del principio di ragionevolezza, occorre altresì tener conto di quelle decisioni – non prese in considerazione ai limitati fini che qui interessano – in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sull’esistenza di limiti ulteriori alla retroattività della legge, quali ad esempio la possibile incisione della legge retroattiva sulle attribuzioni del potere giudiziario (artt. 101, 102 e 104 Cost.), sulla parità delle parti nel processo (art. 111 Cost.) e sul diritto dei cittadini di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.): nn. 78 e 15 del 2012; 257, 93 e 1 del 2011; 311 del 2009; 364 e 234 del 2007; 428 e 274 del 2006; 282 del 2005; 26 del 2003; 374 del 2002; 374 del 2000; 229 del 1999; 432 del 1997; 397 del 1994; 402 del 1993; 455 del 1992; 155 del 1990; 123 del 1988 e 118 del 1957. In dottrina, si veda, tra gli altri, A. VALENTINO, *Il principio d’irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012.

¹⁰⁴ Così L. NOGLER, *Le disposizioni legislative di interpretazione autentica come tecnica di previsione della retroattività*, in *Giur. it.*, n. 9/1994, 301 e ss.

¹⁰⁵ Oltre alla già citata Corte cost. n. 123 del 1988, si vedano le decisioni nn. 103 del 2013, 92 del 2013, 166 del 2012, 78 del 2012, 93 e 41 del 2011, 74 del 2008, 234 del 2007, 135 e 39 del 2006.

¹⁰⁶ Cfr. Corte cost., nn. 74, 162 e 325 del 2008; 39, 135 e 274 del 2006; 291 del 2003 e 374 del 2002.

¹⁰⁷ Così M. MASSA, *Giudizio sull’interpretazione autentica: verso una svolta?*, in *Giur. cost.*, n. 1/2014, 523 e ss., il quale dà poi conto del cambio di paradigma registratosi nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 15 del 2012.

¹⁰⁸ La Corte Edu aveva in precedenza accertato la violazione dell’art. 6, § 1 della CEDU in numerose decisioni, molte delle quali di condanna contro l’Italia: Sez. II, 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia*, ricc. nn. 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 e 21870/10; Sez. II, 11 dicembre 2012, *Anna De Rosa e altri c. Italia*, ricc. nn. 52888/08, 58528/08, 59194/08, 60462/08, 60473/08, 60628/08, 61116/08, 61131/08, 61139/08, 61143/08, 610/09, 4995/09, 5068/09, 5141/09; Sez. II, 14 febbraio 2012, *Arras e altri c. Italia*, ric. n. 17972/07; Sez. II, 7 giugno 2011, *Agrati e altri c. Italia*, ricc. nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09; Sez. II, 31 maggio 2011, *Maggio c. Italia*, ricc. nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08; Sez. II, 10 giu-

terpretativa a un elemento ulteriore. Costituisce affermazione oggi largamente condivisa che, anche per le leggi interpretative, “*la retroattività [debba] trov[are] adeguata giustificazione nell’esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale», ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU*”¹⁰⁹.

In sintesi: la regola dell’irretroattività posta dall’art. 11 delle Preleggi costituisce espressione di elementari esigenze di “civiltà giuridica”, costituzionalmente rilevanti, le quali possono essere sacrificate solo a beneficio di interessi giuridici (almeno) pari ordinati. A ciò deve aggiungersi che, anche laddove emergessero “*motivi imperativi di interesse generale*” tali da giustificare una deroga al principio di irretroattività, il sacrificio dei valori a esso sottesi non dovrebbe comunque oltrepassare i limiti della proporzionalità.

Appare in definitiva di grande attualità la ricostruzione del concetto di irretroattività come “*presunzione di minimo impatto temporale*” della legge¹¹⁰.

Tanto premesso, occorre a questo punto chiedersi se l’art. 1, comma 6, lett. a) del d. lgs. n. 21 del 2014 possa dirsi rispettoso di questi canoni.

Nel caso di specie, il “*test di ragionevolezza*” postula un bilanciamento tra l’interesse generale alla “*protezione del consumatore*” (in una con l’obbligo di conformazione al diritto dell’Unione) e i fondamentali valori di “civiltà giuridica” presidiati dal principio di irretroattività¹¹¹ (cui dovrebbe sommarsi, nel caso di specie, la possibile lesione del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹¹²).

gno 2008, *Bortesi e altri c. Italia*, ric. n. 71399/01; Sez. III, 21 giugno 2007, n. 12106, *Scanner de l’Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, ric. n. 12106/03; Grande Camera, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, ric. n. 36813/97, di conferma della precedente decisione del 29 luglio 2004; Sez. I, 27 maggio 2004, *OGIS-Institut Stanislas e altri c. Francia* ricc. nn. 42219/98 e 54563/00; Sez. III, 20 febbraio 2003, *Forrer-Niedenthal c. Germania*, ric. n. 47316/99; Grande Camera, 28 ottobre 1999, *Zielinski e altri c. Francia*, ricc. nn. 24846/94 e 34165/96 e 34173/96; 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 21319/93, 21449/93 e 21675/93.

¹⁰⁹ Così Corte cost., nn. 15, 78 e 264 del 2012, 308, 170 e 103 del 2013 e 156 del 2014; nonché ordd. nn. 92 del 2014 e 174 del 2015.

¹¹⁰ Così M. LUCIANI, *Il dissolvimento* cit.. Secondo questa ricostruzione, il principio di irretroattività “*altro non è che un precipitato dei (distinti, ma connessi) principi di certezza e affidamento, riguardati nella prospettiva del rapporto fra diritto e tempo*”. “*L’imperativo dell’irretroattività*” – in definitiva – “*altro non è che l’imposizione, in epitome, dell’esigenza di non sacrificare (ovvero di non sacrificare se non in presenza di valori contrastanti almeno equiordinati e nel rispetto dei principi di proporzionalità e non eccessività) alcuni fondamentali valori ordinamentali (che trovano ospitalità variamente modellata nelle norme costituzionali scritte), come la sicurezza dei traffici giuridici, la certezza del diritto, l’affidamento, la libertà di autodeterminazione, l’eguaglianza di trattamento tra soggetti parimenti consapevoli dei loro diritti e doveri*”.

¹¹¹ La compressione dei predetti valori di civiltà giuridica appare nella fattispecie significativa, suggerendo dunque all’interprete di operare un giudizio di “stretta” ragionevolezza. Senza ripetere quanto sopra ampiamente illustrato, appare qui sufficiente rammentare che, prima dell’adozione del d. lgs. n. 21 del 2014, si era formato un vero e proprio “diritto vivente”, pressoché univoco nel risolvere l’*actio finium regundorum* tra AGCM e Autorità di settore in base al criterio della specialità “per settori”. In particolare, molteplici *input* istituzionali avevano contribuito a sedimentare un simile “*diritto vivente*”: le Adunanze Plenarie del 2012 e la relativa giurisprudenza attuativa; la “legificazione” del principio di diritto ivi affermato ad opera dell’art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* del decreto legge n. 95 del 2012; la prassi amministrativa conforme della stessa AGCM (v. provv. n. 24467 del 2013).

¹¹² Su questo, v. § 3.1.

Non è questa la sede per ripercorrere l'intero dibattito sorto intorno all'inquadramento costituzionale del "consumatore"¹¹³. Sembra al riguardo sufficiente rammentare che, secondo le ricostruzioni più autorevoli, il "consumatore" gode di un duplice (implicito) riconoscimento nella Carta costituzionale, uno "interno" e uno di matrice "sovra-nazionale".

Sul piano del diritto interno, la necessità di proteggere il soggetto debole dal potere di mercato dell'operatore in posizione di "monopolio" (o comunque dal soggetto contrattualmente "forte") viene tradizionalmente ricondotta, oltre che ai principi di solidarietà economico-sociale e di eguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3, comma 2 Cost.), al generale limite alla libertà d'impresa costituito dalla "utilità sociale" (art. 41, comma 2 della Costituzione)¹¹⁴. Considerato lo stretto legame intercorrente tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore¹¹⁵, è lecito inoltre ritenere che la protezione del "consumatore" possa essere in qualche modo funzionale anche al miglior soddisfacimento, sia pure in via mediata, dell'interesse delle imprese a esplicitare "ad armi pari" la propria libertà di iniziativa economica (art. 41, comma 1 Cost.)¹¹⁶. Del resto, le due anime dell'art. 41 Cost. (libertà di iniziativa economica e limiti di utilità sociale che la stessa incontra) convergono idealmente, insieme con i principi di solidarietà economico-sociale e di eguaglianza sostanziale, nella nozione di "economia sociale di mercato", da intendersi come collante che "conforma la struttura del mercato, col fine di rimediare alle esternalità negative, evitare gli abusi di potere economico, realizzare la concor-

¹¹³ Un'interessante lettura ricostruttiva d'insieme viene offerta in E. LANZA, *Brevi note sull'inquadramento costituzionale dei consumatori*, in AA. VV. A. Cancio (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, 587 e ss.. Per una più risalente indagine sul tema, si vedano R. FERRARA, *Consumatore (protezione del) nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. III, Torino, 1989, 515 e ss.; ID., *Contributo allo studio della tutela del consumatore*, Milano, 1983; F. GALGANO, *La democrazia dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/1981, 38 e ss.; ID., *Art. 41 Cost.* (Commento a), in F. Galgano - S. Rodotà, *Rapporti economici*, Tomo II, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, 61 e ss.; M. BESSONE, *La disciplina delle attività di impresa e le norme costituzionali a tutela della persona consumatore*, in *Gjust. civ.*, n. 9/1981, pt. II, 414 e ss.; A. VIGNUDELLI, *Il rapporto di consumo*, Rimini, 1984.

¹¹⁴ Per un aggancio (indiretto) della "protezione del consumatore" agli artt. 2 e 41, comma 2 Cost., v. L. ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumi cit.*, 16, ma in questo senso si veda anche F. PEDRINI, *Principi costituzionali in tema di consumo*, Bologna, 2010 e M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, 2010, Milano, 191 e ss..

¹¹⁵ Per la rappresentazione circolare dei due campi di tutela, figlia della concezione più moderna di "concorrenza", da intendersi oggi come virtuoso processo di "competition on the merits" orientato dalle scelte allocative assunte dalla "giuria anonima dei consumatori", cfr. M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in AA. VV. C. Rabitti Bedogni - P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, 2010, 113-114.

¹¹⁶ Come precisato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il mercato è meritevole di tutela "in quanto luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa". Esso "è perciò stesso luogo della competizione, cosicché ogni comportamento di mercato che riduce tale competitività diminuisce la possibilità per chiunque di esercitare liberamente la propria pretesa di autoaffermazione" (4 febbraio 2005, n. 2207). Un approfondimento sull'art. 41 Cost. (e sullo "snaturamento" che lo avrebbe caratterizzato dopo la modifica dell'art. 117 Cost. ad opera della l. cost. n. 3 del 2001) è offerto in T. GUARNIER, *Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, secondo cui "se la concorrenza era inizialmente invocata per svolgere la funzione di mezzo per il raggiungimento di determinati fini (la libertà di iniziativa economica o l'utilità sociale), essa diviene ora il fine cui piegare le più varie normative" (12). In argomento, si veda anche C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014.

renza dove la dinamica spontanea porterebbe al monopolio, tutelare i consumatori, riconoscere i fondamentali diritti dei cittadini europei”¹¹⁷.

Gli artt. 11 e 117, comma 1 Cost. hanno poi conferito all’obiettivo della protezione del consumatore anche una copertura costituzionale indiretta, di matrice europea. Nel diritto dell’Unione la figura del “consumatore” trova infatti un duplice riconoscimento, uno espresso¹¹⁸ (e riconducibile, secondo alcuni autori, al più generale principio di “solidarietà”)¹¹⁹ e uno implicito alla nozione di “*economia sociale di mercato*” accolta nel Trattato di Lisbona¹²⁰.

In definitiva, nell’attuale assetto costituzionale la cornice all’interno della quale si realizza la protezione del consumatore è costituita dalla “*economia sociale di mercato*”¹²¹, spazio ideale che ospita una cittadinanza formata da attori pubblici, consumatori e imprese. Sembra allora preferibile aderire a quella ricostruzione che, pur riconoscendo l’importanza strategica della tutela del consumatore, lega comunque la realizzazione di questo obiettivo centrale ad “*un modello giuridico astratto ispirato dal principio di proporzionalità*”, il quale consenta di “*operare un effettivo bilanciamento tra l’esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale*”¹²², onde individuare il “*giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese*”¹²³.

In questo contesto occorrerebbe dunque chiedersi se l’attribuzione di efficacia retroattiva all’art. 27, comma 1-bis del Codice del consumo possa ritenersi imprescindibile per la corretta realizzazione dell’obiettivo della protezione del consumatore.

Si nutrono in proposito alcune riserve, non tanto (e soltanto) di carattere assiologico¹²⁴, quanto in punto di proporzionalità dell’intervento. In particolare, non sembra che la

¹¹⁷ Così il Presidente dell’AGCM Giovanni Pitruzzella, in occasione della presentazione della *Relazione annuale sull’attività svolta nel 2013 dall’Agcm*, tenutasi a giugno 2014 e reperibile sul sito www.agcm.it (v., in particolare, p. 13). Cfr. in tema anche M. LIBERTINI, *Competition and social cohesion*, in *Italian antitrust review*, n. 1/2014, 37 e ss..

¹¹⁸ Cfr. artt. 12 e 169 TFEU; artt. 6, § 1 TUE e 38 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

¹¹⁹ Per questa lettura si veda F. CASOLARI, *EU loyalty after Lisbon: an expectation gap to be filled?*, in Aa. Vv. L.S. Rossi - F. Casolari (a cura di), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Heidelberg, 2014, 120-121, in cui, dopo aver rilevato che “*as is explicitly stated in the preambles to the TEU and to the Charter of fundamental rights, solidarity functions as a core value of the Union*”, l’A. ha ricondotto anche l’art. 38 della Carta di Nizza a tale nucleo essenziale.

¹²⁰ Cfr. art. 3, § 3 TUE.

¹²¹ Per l’approfondimento della nozione di “*economia sociale di mercato*”, non consentita in questa sede, si rinvia più ampiamente a H.J. BLANKE, *The Economic Constitution of the European Union*, in H.J. Blanke - S. Mangiameli (a cura di), *The European Union after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action*, Heidelberg, 2012, 377; P. DE PASQUALE, *L’economia sociale di mercato nell’Unione Europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 2/2014, 265 e ss.; nonché, per un’indagine più focalizzata sul carattere “*fortemente competitivo*” della predetta economia sociale di mercato, M. LIBERTINI, *A “highly competitive social market economy” as a founding element of European economic constitution*, in *Conc. merc.*, 2011, p. 491 e ss. e Id., *Competition and social cohesion*, cit..

¹²² TAR Lazio, Sez. I, 19 novembre 2010, n. 33668.

¹²³ Cfr. considerando n. 4 della direttiva n. 2011/83/UE “*sui diritti dei consumatori*”.

¹²⁴ Dal punto di vista “*valoriale*”, non è dubitabile il carattere recessivo dell’interesse alla “*protezione del consumatore*” rispetto al principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, e ad analoghe conclusioni sembrerebbe doversi giungere anche per quanto concerne le esigenze di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e sicurezza giuridica. Al contrario, la libertà d’impresa di cui all’art. 41, comma 1 Cost. appare tendenzial-

compressione dei relevantissimi interessi pubblici e di civiltà giuridica incisi dal (presunto) intervento interpretativo (nell'ordine: *nullum crimen, nulla poena sine lege*; certezza del diritto, parità di trattamento, sicurezza giuridica, tutela del legittimo affidamento; libertà d'impresa e di stabilimento) possa ritenersi nel caso di specie del tutto proporzionata.

Vi è infatti da considerare che nel previgente assetto la tutela del consumatore veniva già assicurata – ancorché, attenendosi alla ricostruzione dell'Adunanza Plenaria del 2016, con un minor grado di intensità – dalle Autorità di settore. In quest'ottica, l'art. 27, comma 1-bis del Codice del consumo avrebbe dunque semplicemente “potenziato” una tutela già esistente, permettendo di sanzionare l'operatore economico attivo nei mercati regolati per “*un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa presidiata dall'Autorità Antitrust*”¹²⁵.

L'esigenza di “rafforzamento” di una tutela già esistente, però, non sembrerebbe poter costituire un “*motivo imperativo di interesse generale*” tale da giustificare una (così significativa) incisione degli interessi presidiati dagli artt. 25, comma 2, 3 e 41, comma 1 Cost.. A giudizio di chi scrive, tale (pur comprensibile) esigenza di razionalizzazione e rafforzamento degli strumenti di tutela del consumatore avrebbe ben potuto (e forse dovuto) conseguirsi anche attribuendo alla novella efficacia *pro futuro*.

Del resto, da nessun passaggio della lettera di messa in mora della Commissione europea pare scorgersi una domanda di “sanatoria retroattiva” nei confronti dell'ordinamento italiano. Né una simile conclusione potrebbe trarsi dall'*acquis* euro-unitario, ove valori quali legittimo affidamento¹²⁶, certezza del diritto¹²⁷ e legalità delle pene¹²⁸ ricevono – nonostante qualche noto inciampo – costante considerazione.

Non sembra allora il caso di scomodare la teoria dei controlimiti interni¹²⁹, che pur potrebbe albergare nelle pieghe di alcune delle considerazioni svolte dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato (e implicitamente accolte dall'Adunanza Plenaria)¹³⁰.

mente cedevole rispetto all'obiettivo di “*protezione del consumatore*”, che – come detto – ne potrebbe costituire un limite di utilità sociale ex art. 41, comma 2 Cost.

¹²⁵ Così Consiglio di Stato, A.P. nn. 3 e 4 citt..

¹²⁶ V. ad es. Corte di giustizia, Sez. X, 12 gennaio 2017, *Timab Industries e a. c. Commissione europea*, C-411/15 P, § 134; *id.*, 20 Settembre 1990, C-5/89, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, § 14; Tribunale UE, 5 Giugno 2001, T-6/99, *ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi c. Commissione*, § 18.

¹²⁷ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, 10 marzo 2009, C-345/06, *Gottfried Heinrich*, § 44 e giurisprudenza ivi citata.

¹²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 29 marzo 2011, C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commissione*, § 80; *id.*, Grande Sezione, 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de WereldVZW c. Leden van de Ministeraad*, §§ 49 e 50; *id.*, Sez. II, 17 giugno 2010, C-413/08, *Lafarge SA c. Commissione*, §§ 94-95.

¹²⁹ In base alla teoria dei controlimiti il diritto dell'Unione europea e, in genere, il diritto internazionale possono a determinate condizioni prevalere sulle norme, anche costituzionali, di diritto interno, ma con il limite invalicabile, appunto, dell'“*osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona*” (così, ad es., Corte cost., ord. n. 24 del 2017). Per una trattazione generale sul tema, cfr. P. IVALDI, *Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, agg. 2010, 62 e ss., ove si individua “*nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato, ovvero dei diritti inalienabili della persona, il limite che si frappone all'altrimenti generale criterio di «primauté» del diritto dell'Unione europea rispetto al diritto degli Stati membri*”, ma si veda anche, *inter alia*, A. RUGGERI, “*Tradizioni costituzionali comuni*” e “*controlimiti*”, *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, Relazione al Convegno “La Corte costituzionale e le Corti d'Europa”, Copanello, 31 maggio - 1 giugno 2002, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1/2003, 102 e ss.). Un superamento della teoria dei controlimiti viene proposta in D.-U. GALETTA, *European Union Law in the jurisprudence of Italian*

Conclusioni

La “Saga Taricco”¹³¹ insegna due cose.

La prima è che, di fronte alla crescente complessità ordinamentale e alla continua tensione tra esigenze di diritto interno e istanze euro-unitarie, l'interprete nazionale, incalzato dal principio di *primauté* e dell'effetto utile del diritto europeo, può talvolta essere indotto, in

high Courts: is the counter-limits doctrine a dog that barks but does not bite?, in *European Public Law*, n. 21/2015, Issue 4, 747 e ss., secondo cui il “conflittualismo” che detta teoria porta con sé “*should be instead replaced by the response to another issue: the one concerning the introduction of a specific provision about the European Union into our national constitution, since the Europeanization of our national constitutions – contrary to what might at first sight appear – is the only adequate instrument to curb their erosion*” (762). Per una recente applicazione concreta della teoria dei controlimiti, v. Corte cost., n. 238 del 2014 e la relativa lettura offertane in M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, n. 1/2015, 84 e ss., nonché in M. BRANCA, *Il punto sui “controlimiti”*, in *Giur. cost.*, n. 5/2014, 3899 e ss..

¹³⁰ Come visto, le A.P. nn. 3 e 4 citt. rinviano sul punto alla sentenza n. 1104 del 2015 cit., in cui la VI Sezione del Consiglio di Stato aveva ritenuto che, “*tenuto anche conto delle particolari ragioni poste a base dell’attribuzione specifica di competenza esclusiva all’AGCM [ossia – come chiarisce la stessa pronuncia – della “esigenza di superare la procedura d’infrazione comunitaria”] e comunque del mutamento sopravvenuto della normativa in materia, [dovesse] trova[re] applicazione senza limiti il principio «tempus regit actum»*” (evidenza aggiunta).

¹³¹ Per questa espressione, cfr. A. NATALE, *Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Quest. giust.*, 7 dicembre 2017. Sono fin troppo note le ordinanze di rimessione della Corte d’appello di Milano e della Corte di cassazione, con cui i Giudici a *quibus* hanno prospettato alla Corte costituzionale la possibile applicazione dei controlimiti in relazione alle ricadute sul diritto interno dalla sentenza *Taricco*, resa in materia di prescrizione dei reati per frode fiscale sull’IVA (Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Ivo *Taricco* e a., con commento di C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016), per come riverberatasi su alcune successive decisioni della Corte di cassazione (su cui cfr. G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Riv. AIC*, n. 2/2016, nonché F. ROSSI, *L’obbligo di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti. La problematica sentenza Taricco della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2016, 376 e ss.). Ne è scaturita l’ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 24 del 2017, con cui la Corte costituzionale ha chiesto alla Corte di giustizia se l’art. 325, §§ 1 e 2 TFUE (in una con la decisione della Grande Camera del 2015) dovesse essere effettivamente interpretato nel senso prospettato dalle citate pronunce della Corte di cassazione a valle della sentenza *Taricco*. La logica del rinvio risiedeva nel fatto che solo ove la Corte di giustizia avesse confermato una simile interpretazione sarebbe stato necessario azionare i controlimiti interni, sul presupposto che la conclusione ricavata dal diritto europeo da parte della giurisprudenza di legittimità “*eccede[va] il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall’art. 49 della Carta di Nizza*”. All’esito di un’analisi di più ampio respiro, auspici per l’azionamento – diretto o indiretto – dei controlimiti potevano già scorgersi in M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, mentre una disamina della predetta ordinanza di rinvio è offerta in Id., *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017; A. LONGO, *luxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra Corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall’ordinanza 24 del 2017*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017; V. FAGGIANI, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della consulta sul caso Taricco*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017; M. LOSANA, *Il caso “Taricco” e la funzione “emancipante” della nostra Costituzione* e A. ANZON DEMMING, *La Corte costituzionale è ferma sui “controlimiti”, ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l’onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, entrambi in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017. Con decisione del 5 dicembre 2017 (C-42/17, M.A.S. e M.B.), la Grande Sezione della Corte di giustizia ha dunque avallato l’interpretazione “suggerita” dalla Consulta, con conseguente superamento della questione dei controlimiti (in commento, cfr., tra gli altri, E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. cont.*, n. 12/2017, 109 e ss..).

qualche misura, a mettere da parte le proprie certezze, piegandosi a un lento processo di logoramento di categorie concettuali radicate e portatrici di valori fondanti.

La seconda è che, proprio grazie al garbato coraggio mostrato dal Giudice delle leggi¹³², lo stesso ordinamento sovranazionale sembra aver dimostrato – quantomeno nella decisione c.d. *Taricco-bis* – di rifuggire attuazioni ortodosse e miopi delle proprie politiche. Per quanto parziali e frammentarie, le competenze conferite dai Trattati possono (e devono) immergersi in un *acquis* composto di principi condivisi e comuni. Tali principi, appartenenti alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e codificati dalla Carta di Nizza e dalla CEDU, consentono di conferire maggior “profondità” al mercato unico¹³³.

In quel caso veniva in rilievo l’istituto della prescrizione, in questo quello della legge di interpretazione autentica.

In entrambe le ipotesi i valori sottostanti sembrano in buona sostanza coincidere: legalità in materia penale, certezza del diritto, parità di trattamento, ragionevolezza e legittimo affidamento.

Con la differenza che, a ben vedere, in questo caso l’Europa non sembra aver mai richiesto l’incisione dei suddetti valori.

La qualificazione dell’art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo come norma di interpretazione autentica sembrerebbe allora derivare da un grande equivoco di fondo. Non pare dunque il caso di scomodare la teoria dei controlimiti interni.

In questo contesto, il caso di studio offre l’occasione per tornare a riflettere sui requisiti, formali e sostanziali, che la legge interpretativa deve necessariamente possedere. Requisiti indefettibili, che dovrebbero restare insensibili alle temperie esterne e che dovrebbero pertanto essere apprezzati, in tutte le situazioni, con il medesimo rigore.

L’indagine rivela che, anche da un punto di vista di tecnica legislativa, più di una ragione induce a dubitare della natura interpretativa dell’art. 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo¹³⁴.

¹³² È l’atteggiamento sottolineato, *inter alia*, in A. CELOTTO, *Caso Taricco: un rinvio pregiudiziale “muscoloso” e costruttivo (a prima lettura sulla ord. n. 24 del 2017 della Corte costituzionale)*, in www.giustamm.it, n. 2/2017.

¹³³ Significativo, a tale riguardo, l’*excursus* compiuto ai §§ 51-57 della citata sentenza del 5 dicembre 2017 (C-42/17, *M.A.S. e M.B.*).

¹³⁴ La riflessione non sembra oziosa: il (ritenuto) carattere “interpretativo” dell’art. 27, comma 1-*bis* Codice del consumo ha infatti consentito di far salvi provvedimenti con cui l’AGCM ha sanzionato comportamenti posti in essere prima dell’entrata in vigore della norma di riparto, ossia in un momento in cui vi era tra gli operatori di mercato la diffusa convinzione, alimentata da vari *input* istituzionali, che l’apparato normativo da osservare non fosse il Codice del consumo, bensì la normativa settoriale (e, di riflesso, che l’Autorità cui rendere conto fosse il Regolatore, e non anche l’Antitrust). Ineriscono a condotte interamente esaurite prima dell’intervento legislativo del 2014 i provvedimenti AGCM n. 23355 del 6 marzo 2012 (*PS7000 - Tim - Attivazioni sim presso punti vendita*), n. 23356 del 6 marzo 2012 (*PS7001 - Wind- Attivazioni sim presso punti vendita*) e n. 23357 del 6 marzo 2012 (*PS7002 - Vodafone- Attivazioni sim presso punti vendita*). Attengono a condotte in larga parte tenute in un momento precedente all’entrata in vigore della novella i provvedimenti AGCM n. 26439 del 1° marzo 2017 (*PS10148 - Sofi energia-Impianto fotovoltaico*), n. 26318 del 21 dicembre 2016 (*PS6259 - Iren mercato-Attivazioni non richieste*), n. 25696 del 4 novembre 2015 (*PS9406 - Bee Twin-Attivazioni non richieste*), n. 25698 del 4 novembre 2015 (*PS9815 - Acea energia-Attivazioni non richieste*), n. 257000 del 4 novembre 2015 (*PS9999 - Hera-Attivazioni non richieste*), n. 257001 del 4 novembre 2015 (*PS10000 - Eni-Attivazione non richiesta*), n. 25697 del 4 novembre 2015 (*PS9769 - Enel Energia - Attivazioni non richieste*), n. 25707 del 4 novembre 2015 (*PS9578 -*

A farne le spese è la “*fattispecie*”, “*concetto [...] proprio di società stabili, che permettono e agevolano il calcolo di eventi futuri*”¹³⁵.

GDF Suez - Attivazioni non richieste), n. 25708 del 4 novembre 2015 (PS9834 - Green network-Attivazioni non richieste).

¹³⁵ Così N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2014, 36 e ss.. L’analisi dell’A. muove dal presupposto che “*il diritto ha la pretesa di dominare l’imprevedibile, di attribuire significato agli eventi futuri. Quando i codici civili (e l’art. 11 delle disposizioni preliminari nel nostro) ripetono con enfasi solenne: «la legge non dispone che per l’avvenire», essi esprimono la volontà di dominare l’imprevedibile, d’impossessarsi di fatti non ancora accaduti o non ancora compiuti. Il diritto non vuole salvare il passato, ma conquistare il futuro: l’irretroattività è soltanto l’altro lato di questa chiamata verso il domani*”.