

**CORSO
SUPER INTENSIVO
MAGISTRATURA
2024**

**GLI ARGOMENTI
PIÙ PROBABILI
DELLE TRE PARTI SPECIALI**



**OBIETTIVO
MAGISTRATO**
Scuola di formazione

[OBIETTIVO-MAGISTRATO.COM](https://www.obiettivo-magistrato.com)

SOMMARIO

SEZIONE I DIRITTO CIVILE

1. Determinazione del danno risarcibile in caso di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore: la questione è rimessa alle Sezioni Unite4
a. Cass. III, 9 novembre 2023, n. 31276.....4
2. Locazione – Risoluzione anticipata del contratto di locazione e risarcimento del danno.....9
in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”, n. 1, 1 gennaio 2024, p. 43
Nota a sentenza di Armando Plaia.....9
3. Schema di svolgimento18

SEZIONE II DIRITTO PENALE

1. Contrasto giurisprudenziale in tema di abrogato delitto di millantato credito “corruttivo”: assorbimento nel delitto di traffico di influenze illecite o qualificazione in termini di truffa?.....21
a. Cassazione penale, sez. VI, 26 maggio 2022, n. 3257421
(orientamento che afferma la continuità normativa tra art. 346 comma 2 c.p. e art 346 bis c.p.)
b. Cassazione penale, sez. VI, 10 marzo 2022, n. 23407.....21
(orientamento che esclude la continuità normativa tra art. 346 comma 2 c.p. e art 346 bis c.p., e la afferma invece tra millantato credito e truffa)
1.1. Secondo le Sezioni Unite non sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito e il reato di traffico di influenze illecite22
a. Cassazione penale, sez. un., 15 maggio 2024, n. 19357.....22

2.	Osservatorio Contrasti giurisprudenziali – Traffico di influenze illecite34 in “Diritto Penale e Processo”, n. 2, 1 febbraio 2023, p. 261 <i>Nota a sentenza a cura di Irene Scordamaglia</i>34
3.	Schema di svolgimento37

SEZIONE III DIRITTO AMMINISTRATIVO

1.	Il principio di tempestività dell’azione amministrativa: i termini relativi al potere punitivo sono implicitamente perentori39 <i>a. Cons. stato, sez. V, 22 novembre 2022, n. 10197</i>39 1.1. Alla Corte di giustizia UE la questione circa la compatibilità con il diritto eurounitario dell’applicazione dell’art. 14 l. n. 689 del 1981 alle procedure antitrust49 <i>a. Tar Lazio, sez. I, ord. 1 agosto 2023, n. 12962</i>49 1.2. Il Consiglio di Stato detta uno statuto incisivo e garantista del “tempo del potere sanzionatorio”60 <i>a. Cons. St., II, n. 3977/2023</i>60
2.	I provvedimenti <i>antitrust</i> riuniscono in un atto l’esercizio di due distinte potestà, sanzionatoria e ablatoria68 <i>a. Tar Lazio, Roma, sez. I, 11 maggio 2024, n. 9315</i>68
3.	Parere dell’US sul tema della tardività dell’avvio dell’azione sanzionatoria <i>Antitrust</i>74
4.	Schema di svolgimento89

SEZIONE I DIRITTO CIVILE

1. Determinazione del danno risarcibile in caso di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore: la questione è rimessa alle Sezioni Unite

a. Cass. III, 9 novembre 2023, n. 31276

MASSIMA

Va rimessa alle Sezioni Unite la questione se, in relazione alla risoluzione per inadempimento della locazione di immobili da parte del conduttore, è configurabile (e, in caso positivo, in quali termini) un risarcimento del danno successivo al rilascio, commisurato ai canoni che il locatore avrebbe potuto percepire fino alla scadenza del contratto.

NOTA

L'ordinanza dà atto della presenza di **due orientamenti** all'interno della giurisprudenza di legittimità.

Secondo il **primo** di essi – definito dall'ordinanza “*più risalente e tendenzialmente prevalente*” – il locatore, il quale “*abbia chiesto ed ottenuto la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, ha diritto anche al risarcimento del danno per la anticipata cessazione del rapporto, da individuare nella mancata percezione dei canoni concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore, ed il cui ammontare è riservato alla valutazione del giudice di merito sulla base di tutte le circostanze del caso concreto (Cass. n. 194 del 2023; n. 8482 del 2020; n. 2865 del 2015; n. 10677 del 2008; n. 18510 del 2007; n. 676 del 1980; n. 1880 del 1970)*”.

Secondo un **altro orientamento**, che, nel caso oggetto dell'ordinanza, era stato recepito dalla pronuncia di merito, “*in ipotesi di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, intervenuto il rilascio del bene locato, la mancata percezione da parte del locatore dei canoni che sarebbero stati esigibili fino alla scadenza convenzionale o legale del rapporto, ovvero fino al momento in cui il locatore stesso conceda ad altri il godimento del bene con una nuova locazione, non configura di per sé un danno da 'perdita subita', né un danno da 'mancato guadagno', non ravvisandosi in tale mancata percezione una diminuzione del patrimonio del creditore-locatore rispetto alla situazione nella quale egli si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'inadempimento del conduttore, stante il carattere corrispettivo del canone rispetto alla privazione del godimento, mentre un danno correlato alla mancata percezione del canone dopo il rilascio può, invece, configurarsi se, per le concrete condizioni in*

cui si trova l'immobile, la restituzione del bene non abbia consentito al locatore di poter esercitare, né in via diretta né in via indiretta, il godimento di cui si era privato concedendo il bene in locazione, commisurandosi in tal caso la perdita al tempo occorrente per il relativo ripristino quale conseguenza dell'inesatto adempimento dell'obbligazione di rilascio nei sensi dell'art. 1590 cod. civ. (Cass. n. 1426 del 2017; n. 27614 del 2013)".

La Corte ravvisa il profilo di contrasto “fra i due orientamenti nelle conseguenze che vengono ricollegate alla **valutazione in termini di godimento indiretto della locazione**”. Infatti, per l'indirizzo recepito dalla pronuncia di merito non vi sarebbe “pregiudizio, con riferimento ai canoni che, dopo il rilascio, sarebbero stati esigibili fino alla scadenza del contratto, se il godimento torna al proprietario locatore in seguito al rilascio all'esito della risoluzione per inadempimento, posto che il canone è il corrispettivo per la privazione del godimento”. Al contrario, secondo il primo indirizzo, “il rilascio dell'immobile non neutralizza il danno del mancato conseguimento del canone fino alla scadenza del rapporto contrattuale”. L'ordinanza interlocutoria menziona, in questa prospettiva, Cass. n. 8482 del 2020, secondo la quale “il danno da risarcire non può non ritenersi rappresentato dall'ammontare dei canoni dovuti per la durata ulteriore della locazione ormai sciolta per inadempimento, senza che si possa prendere in considerazione la ripresa disponibilità della cosa, perché questa, finché non viene locata di nuovo, per il soggetto che aveva scelto di ricavare dal bene un reddito locatizio, non può rappresentare — o quanto meno non può a priori presumersi rappresenti — un effettivo e reale vantaggio a quello paragonabile”. Come osserva l'ordinanza, sottesa a questo indirizzo vi è la premessa che “l'interesse protetto dal contratto di locazione, e che è stato leso dall'inadempimento, è lo specifico interesse al godimento indiretto mediante la percezione di un corrispettivo per l'altrui godimento, che il proprietario, in base all'esercizio di autonomia che gli compete, ha affidato alla tutela contrattuale, per cui l'inadempimento avrebbe violato il programma di godimento del bene prefigurato dal negozio”. L'ordinanza dà atto, peraltro, di un'evoluzione di questo indirizzo secondo il quale il danno risarcibile non potrebbe essere senz'altro commisurato alla mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore, occorrendo invece “l'apprezzamento da parte del giudice del merito di tutte le circostanze del caso concreto”. Questa precisazione è definita dall'ordinanza interlocutoria “quanto mai opportuna, in primo luogo perché l'azione risarcitoria non può essere confusa con l'azione di adempimento, solo grazie alla quale, per ipotesi, il locatore può esigere il mancato pagamento dei canoni convenuti fino alla scadenza del rapporto. In secondo luogo, tale esito evolutivo è coerente alla distinzione fra il danno evento ed il danno conseguenza”.

Infatti, argomenta la Corte, “il danno evento, coincidente con l'inadempimento, si identifica effettivamente con la mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore. Il danno risarcibile è, però, il danno conseguenza, disciplinato dall'art. 1223 cod. civ.”. Si coglierebbe, da questo punto di vista, “l'onere probatorio del locatore, che deve provare il nesso di causalità giuridica fra l'evento di danno e le conseguenze pregiudizievoli”, onere del quale fa parte “l'essersi attivato per rendere conoscibile con i mezzi ordinari la disponibilità dell'immobile per una nuova locazione”, potendo risultare rilevante, in questa prospettiva, “anche quanto il conduttore possa opporre ai sensi dell'art. 1227, comma 2, cod. civ.”.

Secondo l'ordinanza interlocutoria, all'interno di una riflessione sul primo indirizzo, che, nelle ultime sue evoluzioni valorizza opportunamente la distinzione fra danno even-

to e danno conseguenza, dovrebbe essere valutata, anche ai fini della risoluzione del contratto, la portata applicativa **dell'art. 1591 cod. civ.**

Infatti, e pur trattandosi di una norma che disciplina il diverso problema dei danni da ritardata restituzione, e cioè effetti della mora del conduttore in sede di restituzione dell'immobile, la portata della norma non sarebbe *“riducibile alla fattispecie della restituzione dopo la scadenza del rapporto, potendo essa sul piano pratico trovare applicazione anche al caso della restituzione prima della scadenza, e dunque all'ipotesi della risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore e del protrarsi del godimento della cosa da parte di quest'ultimo, nonostante la cessazione per risoluzione”*. Infatti, il conduttore è tenuto in base all'art. 1591 a corrispondere, a titolo risarcitorio, il canone convenuto fino alla restituzione, fatto salvo il maggior danno: e qui, secondo l'ordinanza, potrebbe porsi l'interrogativo se, *“una volta imposto al conduttore dalla legge l'obbligo di risarcire il locatore mediante la corrispondenza del canone fino alla restituzione, trovi ospitalità, ed in quali termini, il danno conseguente, ai sensi dell'art. 1223, all'evento dannoso rappresentato dalla mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore”*, sia pure all'interno al termine di scadenza del rapporto.

Il contrasto poc'anzi illustrato, osserva l'ordinanza interlocutoria, è tale da giustificare l'intervento delle Sezioni Unite, anche per la rilevanza della questione quanto ad *“una nozione generale del diritto dei contratti nei rapporti che si protraggono nel tempo (contratti ad esecuzione continuata, contratti di durata), quella che si esprime con il concetto del c.d. interesse positivo al perdurare del regolamento contrattuale fino alla scadenza”*.

Non resta che attendere la pronuncia delle Sezioni Unite su un problema che, come si è visto, si colloca all'intersezione tra uno degli snodi cruciali del diritto della responsabilità civile (quello del danno e della sua prova, ad un anno dall'intervento delle Sezioni Unite sul danno da occupazione illegittima di un immobile: Cass. S.U. 15 novembre 2022 nn. 33645 e 33659) e un tema di particolare rilievo per la messa a punto della categoria dei contratti di durata.

ORDINANZA

...omissis...

CONSIDERATO CHE

con il primo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1453 e 1223 c.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la parte ricorrente, premesso che l'immobile era stato rilocato soltanto in data 3 ottobre 2012, che spetta il risarcimento perché, alla luce del principio di diritto enunciato da Cass. n. 2865 del 2015, il canone non è il compenso per la privazione del godimento diretto, ma è la rendita che si ricava dalla locazione dell'immobile.

...omissis...

In relazione alla questione posta dal primo motivo, va disposta la rimessione del ricorso alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

Convivono nella giurisprudenza di questa Corte, e segnatamente di questa sezione, due orientamenti. Secondo un primo orientamento, più risalente e tendenzialmente prevalente, il locatore, che abbia chiesto ed ottenuto la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, ha diritto anche al risarcimento del danno per la anticipata cessazione del rapporto, da individuare nella mancata percezione dei canoni concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore, ed il cui ammontare è riservato alla valutazione del giudice di merito sulla base di tutte le circostanze del caso concreto (Cass. n. 194 del 2023; n. 8482 del 2020; n. 2865 del 2015; n. 10677 del 2008; n. 18510 del 2007; n. 676 del 1980; n. 1880 del 1970).

Secondo altro orientamento, recepito dalla sentenza di merito, in ipotesi di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, intervenuto il rilascio del bene locato, la mancata percezione da parte del locatore dei canoni che sarebbero stati esigibili fino alla scadenza convenzionale o legale del rapporto, ovvero fino al momento in cui il locatore stesso conceda ad altri il godimento del bene con una nuova locazione, non configura di per sé un danno da “perdita subita”, né un danno da “mancato guadagno”, non ravvisandosi in tale mancata percezione una diminuzione del patrimonio del creditore – locatore rispetto alla situazione nella quale egli si sarebbe trovato se non si fosse verificato l’inadempimento del conduttore, stante il carattere corrispettivo del canone rispetto alla privazione del godimento, mentre un danno correlato alla mancata percezione del canone dopo il rilascio può, invece, configurarsi se, per le concrete condizioni in cui si trova l’immobile, la restituzione del bene non abbia consentito al locatore di poter esercitare, né in via diretta né in via indiretta, il godimento di cui si era privato concedendo il bene in locazione, commisurandosi in tal caso la perdita al tempo occorrente per il relativo ripristino quale conseguenza dell’inesatto adempimento dell’obbligazione di rilascio nei sensi dell’art. 1590 c.c. (Cass. n. 1426 del 2017; n. 27614 del 2013).

Il punto di divergenza fra i due orientamenti risiede nelle conseguenze che vengono ricollegate alla valutazione in termini di godimento indiretto della locazione. Per l’indirizzo recepito dalla corte territoriale non c’è pregiudizio, con riferimento ai canoni che, dopo il rilascio, sarebbero stati esigibili fino alla scadenza del contratto, se il godimento torna al proprietario locatore in seguito al rilascio all’esito della risoluzione per inadempimento, posto che il canone è il corrispettivo per la privazione del godimento.

Per il primo indirizzo, invece, il rilascio dell’immobile non neutralizza il danno del mancato conseguimento del canone fino alla scadenza del rapporto contrattuale. Afferma in particolare Cass. n. 8482 del 2020 che “il danno da risarcire non può non ritenersi rappresentato dall’ammontare dei canoni dovuti per la durata ulteriore della locazione ormai sciolta per inadempimento, senza che si possa prendere in considerazione la ripresa disponibilità della cosa, perché questa, finché non viene locata di nuovo, per il soggetto che aveva scelto di ricavare dal bene un reddito locatizio, non può rappresentare – o quanto meno non può a priori presumersi rappresenti – un effettivo e reale vantaggio a quello paragonabile”. Alla luce di tale indirizzo, l’interesse protetto dal contratto di locazione, e che è stato leso dall’inadempimento, è lo specifico interesse al godimento indiretto

to mediante la percezione di un corrispettivo per l'altrui godimento, che il proprietario, in base all'esercizio di autonomia che gli compete, ha affidato alla tutela contrattuale, per cui l'inadempimento avrebbe violato il programma di godimento del bene prefigurato dal negozio.

Quest'ultimo indirizzo si è evoluto, fino alle più recenti manifestazioni, nel senso che il danno risarcibile non corrisponde ut sic alla mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore, ma è necessario l'apprezzamento da parte del giudice del merito di tutte le circostanze del caso concreto. Si tratta di precisazione quanto mai opportuna, in primo luogo perché l'azione risarcitoria non può essere confusa con l'azione di adempimento, solo grazie alla quale, per ipotesi, il locatore può esigere il mancato pagamento dei canoni convenuti fino alla scadenza del rapporto. In secondo luogo, tale esito evolutivo è coerente alla distinzione fra il danno evento ed il danno conseguenza. Il danno evento, coincidente con l'inadempimento, si identifica effettivamente con la mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore. Il danno risarcibile è, però, il danno conseguenza, disciplinato dall'art. 1223 c.c. Emerge, a questo proposito, l'onere probatorio del locatore, che deve provare il nesso di causalità giuridica fra l'evento di danno e le conseguenze pregiudizievoli. È parte di tale onere probatorio del locatore l'essersi attivato per rendere conoscibile con i mezzi ordinari la disponibilità dell'immobile per una nuova locazione. In questo quadro, potrà essere rilevante anche quanto il conduttore possa opporre ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.

Di contro al primo indirizzo, pur apprezzato in questo esito evolutivo, che distingue fra danno evento e danno conseguenza, deve valutarsi, ai fini della risoluzione del contratto, la portata dell'art. 1591 c.c. È pur vero che tale norma disciplina la fattispecie dei danni da ritardata restituzione, e dunque gli effetti della mora del conduttore a restituire l'immobile, ma è anche vero che la portata della norma non è riducibile alla fattispecie della restituzione dopo la scadenza del rapporto, potendo essa sul piano pratico trovare applicazione anche al caso della restituzione prima della scadenza, e dunque all'ipotesi della risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore e del protrarsi del godimento della cosa da parte di quest'ultimo, nonostante la cessazione per risoluzione. Il conduttore è tenuto in base all'art. 1591 a corrispondere, a titolo risarcitorio, il canone convenuto fino alla restituzione. Resta tuttavia il margine, come è noto salvaguardato dalla norma, del "maggior danno". Volendo rileggere la fattispecie sulla base del punto di vista dell'art. 1591, l'interrogativo da porsi è se in tale "maggior danno", una volta imposto al conduttore dalla legge l'obbligo di risarcire il locatore mediante la corresponsione del canone fino alla restituzione, trovi ospitalità, ed in quali termini, il danno conseguente, ai sensi dell'art. 1223, all'evento dannoso rappresentato dalla mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore, si intende all'interno al termine di scadenza del rapporto.

Ritiene il Collegio che lo scioglimento di questi nodi, ai fini della risoluzione del contratto, spetti alle Sezioni Unite.

Tanto anche in considerazione della circostanza che con riferimento alla fattispecie viene in rilievo una nozione generale del diritto dei contratti nei rapporti che si protraggono nel tempo (contratti ad esecuzione continuata, contratti di durata), quella che si esprime con il concetto del c.d. interesse positivo al perdurare del regolamento contrattuale fino alla scadenza.

...*omissis*...

2. Locazione – Risoluzione anticipata del contratto di locazione e risarcimento del danno

in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”, n. 1, 1 gennaio 2024, p. 43

NOTA A SENTENZA
di Armando Plaia

Riferimenti

Cass. civ. Sez. III Ord., 09 novembre 2023, n. 31276

c.c. art. 1223

c.c. art. 1453

c.c. art. 1591

La questione che con l'ordinanza della Cassazione n. 31276 del 2023 viene rimessa alle Sezioni Unite concerne l'individuazione del danno di cui il locatore, ottenuta la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, possa chiedere il risarcimento. Il punto controverso attiene alla possibilità, ammessa dalla giurisprudenza prevalente, che venga ristorato il pregiudizio consistente nella mancata percezione dei canoni pattuiti per il periodo successivo al rilascio dell'immobile e sino alla scadenza naturale o legale del contratto. Tratteggiando i termini del conflitto, l'ordinanza introduce argomenti che confondono il piano del sinallagma con quello risarcitorio e suggerisce ipotesi ricostruttive che sovrappongono indebitamente il danno da ritardo nella restituzione del bene locato e quello da anticipata risoluzione del contratto, come emerge in modo evidente dall'analisi del problema del danno da anticipata risoluzione del mutuo.

I. Il caso: Cass. civ., 9.11.2023, n. 31276

Il proprietario di un immobile concesso in locazione, ottenuta la convalida dello sfratto e il rilascio dell'immobile, conviene in giudizio il conduttore dello stesso, chiedendone la condanna al risarcimento del danno. Il locatore chiede, in particolare, che gli venga risarcito anche il danno patito per il periodo successivo allo scioglimento del rapporto contrattuale e al rilascio dell'immobile, comprensivo dei canoni che il locatore avrebbe

potuto percepire se il contratto non si fosse risolto anticipatamente, anche in considerazione dell'impossibilità di ricollocare in locazione l'immobile. Su tale specifico punto, tuttavia, la domanda di risarcimento è rigettata, sia in primo, sia in secondo grado. Con ordinanza interlocutoria 17.2.2023, n. 5051 la terza sezione della Corte di cassazione, prendendo atto dell'esistenza di due orientamenti divergenti, rimette la causa alla pubblica udienza. Successivamente, con l'ordinanza che si annota, la relativa questione viene rimessa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della stessa alle Sezioni Unite.

II. Le questioni

1. La questione rimessa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite

La questione che con l'ordinanza viene rimessa al vaglio del Primo Presidente della Corte di cassazione, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, concerne l'individuazione del danno di cui il locatore, ottenuta la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, possa chiedere il risarcimento. Il punto controverso attiene alla possibilità che venga ristorato il pregiudizio per la anticipata cessazione del rapporto, consistente nella mancata percezione dei canoni pattuiti per il periodo successivo al rilascio dell'immobile e sino alla scadenza naturale o legale del contratto.

Su tale questione, l'orientamento del tutto prevalente in giurisprudenza si esprime in senso favorevole, sul presupposto che il rilascio dell'immobile non valga a sterilizzare il pregiudizio correlato alla mancata percezione dei canoni non scaduti dell'immobile locato (CC ASS. CIV., 5.5.2020, n. 8482; CC ASS. CIV., 13.2.2015, n. 2865; CC ASS. CIV., 24.4.2008, n. 10677; CCASS. CIV., 29.1.1980, n. 676, tutte *infra*, sez. III). Tale indirizzo argomenta, essenzialmente, dall'interesse concretamente dedotto in contratto e rimasto insoddisfatto a seguito dell'inadempimento, individuandolo nell'interesse (del locatore) al godimento indiretto del bene, cioè alla percezione di una rendita per l'intera durata del rapporto contrattuale. Ne consegue che la restituzione del bene al locatore non determina il venir meno del pregiudizio consistente nel mancato incremento del patrimonio del contraente deluso. Nel contesto delle decisioni favorevoli al risarcimento dell'interesse positivo, si registra poi un disaccordo circa l'operatività della regola del concorso di colpa del creditore. Mentre, infatti, di norma si ammette che debba essere il locatario a dover provare, *ex art. 1227*, cod. civ., comma 2°, che il ritardo nel trovare un nuovo conduttore, o il reperimento di esso ma a condizioni contrattuali meno favorevoli, sia, in tutto o in parte, addebitabile alla inerzia del locatore (CC ASS. CIV., 5.5.2020, n. 8482, *infra*, sez. III), alcune decisioni affermano, al contrario, che incomba sul locatore la dimostrazione di non aver potuto locare l'immobile per cause diverse dalla sua volontà. (CC ASS. CIV., 14.1.2014, n. 530, *infra*, sez. III).

Da tale consolidato orientamento, si discostano due decisioni (CC ASS. CIV., 20.1.2017, n. 1426; CCASS. CIV., 9.11.2013, n. 27614, *infra*, sez. III), richiamate dal giudice di merito

e rilanciate dall'ordinanza, che invece escludono la risarcibilità, a titolo di danno emergente o di lucro cessante, del danno consistente nella perdita della rendita futura. A tale soluzione, la Cassazione ritiene di poter pervenire argomentando dal «carattere corrispettivo del canone rispetto alla privazione del godimento»: con lo scioglimento del rapporto contrattuale e la conseguente restituzione dell'immobile, il locatore verrebbe ricondotto nella situazione patrimoniale iniziale e non avrebbe ragione di lamentare il pregiudizio consistente nella perdita dei canoni per il periodo successivo.

2. La quantificazione del danno nella risoluzione per inadempimento

Il conflitto che l'ordinanza di rimessione in commento prospetta e di cui sollecita il componimento si risolve, in sostanza, nell'interrogativo se in sede di risoluzione, il risarcimento debba riportare il contraente deluso in una situazione patrimoniale equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto (interesse positivo) o, invece, a quella precedente la stipula del contratto (interesse negativo). Si tratta, in altre parole, di stabilire se il risarcimento del danno debba essere parametrato o meno al valore pattuito della prestazione attesa.

La prima soluzione presuppone che si sciogla positivamente il nodo della contraddizione logica tra risarcimento *ex art. 1218* cod. civ. per inadempimento dell'obbligazione contrattuale e retroattività della risoluzione, che priva il contratto di ogni suo effetto, inclusa l'obbligazione inadempita. La dottrina ha svelato l'apparenza di tale contraddizione e, in ricostruzioni più recenti, ha posto in evidenza come l'antinomia, prima ancora che sul terreno della retroattività, si ponga già sul piano della corrispettività, perché il contraente fedele, optando per la risoluzione, si dichiara indisponibile all'esecuzione della prestazione (CASTRONOVO, 838, *infra*, sez. IV). In questo senso, l'antinomia è reale se denunciata con riferimento al risarcimento da inadempimento dell'obbligazione travolta dalla risoluzione, ma si rivela apparente una volta che si attribuisca al risarcimento *ex art. 1453* cod. civ. un contenuto diverso rispetto a quello *ex art. 1218* cod. civ. (CASTRONOVO, 838, *infra*, sez. IV): lo scioglimento del rapporto implica la liberazione (del contraente fedele) dall'obbligazione di eseguire la prestazione o la restituzione della prestazione già eseguita, per cui il risarcimento *ex art. 1453* c.c. non include il valore della prestazione attesa, ma soltanto ciò che sorge rispetto ad esso, ovvero il lucro cessante (COVIELLO JR., 33, *infra*, sez. IV).

I fautori della soluzione negativista pongono, invece, maggiore enfasi sulla specificità del danno da risoluzione *ex art. 1453* cod. civ. rispetto al danno da inadempimento *ex art. 1218* cod. civ., valorizzando la connotazione abdicativa della vicenda risolutiva: optando per lo scioglimento del rapporto contrattuale, il contraente fedele rinuncia alla prestazione attesa e, conseguentemente, ad ogni utilità connessa al suo valore, ivi compreso il lucro cessante. Conseguentemente, la vicenda contrattuale conclusasi anticipatamente non potrebbe costituire il parametro su cui determinare il pregiudizio risarcibile, essendo essa stessa la causa del danno giuridicamente rilevante: sarebbero invece ristorabili i costi

sostenuti e ormai privi di una giustificazione (danno emergente) e le occasioni trascurate in ragione di un affare che non esiste più (lucro cessante) (MONTANARI, 275, *infra*, sez. IV) ovvero, secondo una raffinata variante sul tema, il danno emergente consistente nel maggior costo o il minor ricavo del ritorno sul mercato, desumibile dal confronto tra il valore di mercato della prestazione alla data della stipula del contratto risolto con il valore della stessa al momento della domanda di risoluzione (PIRAINO, 467, *infra*, sez. IV).

3. Il danno da risoluzione nei contratti con adempimento istantaneo: vendita e appalto

La questione del danno da risoluzione è stata indagata, per lo più, con riferimento a contratti caratterizzati da una vicenda solutoria istantanea e in cui l'elemento temporale non connota la prestazione e la stessa causa del contratto. In essi, la soddisfazione economica dell'interesse e l'adempimento dell'obbligazione non hanno carattere continuativo ma, appunto, istantaneo (vendita), ciò anche quando l'esecuzione necessiti materialmente di un certo tempo (appalto).

Il caso paradigmatico e probabilmente più ricorrente in giurisprudenza è quello dell'inadempimento del contratto preliminare di vendita e rispetto ad esso è opinione diffusa che debba essere risarcito l'interesse positivo e che il contraente deluso debba essere portato in una situazione patrimoniale equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto (CC ASS. CIV., 11.11.2015, n. 22979; CC ASS. CIV., 30.8.2012, n. 14714; CC ASS. CIV., 28.7.2010, n. 17688, *infra*, sez. III): espunto dal valore della prestazione attesa, quello della prestazione che non si è più tenuta ad eseguire o di cui si può pretendere la restituzione, il contenuto del risarcimento include esclusivamente il lucro cessante (COVIELLO JR., 35 e nota 52, *infra*, sez. IV). Quest'ultimo è in sostanza calcolato sulla differenza tra il valore di mercato del bene, al momento in cui l'inadempimento diviene definitivo, e il prezzo pattuito.

Una soluzione analoga è adottata dai giudici rispetto alla risoluzione del contratto di appalto per inadempimento dell'appaltatore (CC ASS. CIV., 17.6.2021, n. 17453, *infra*, sez. III). In tal caso, la misura del risarcimento coincide con la differenza tra l'importo pattuito con l'appaltatore inadempiente e il costo del contratto sostitutivo (valore di mercato), ove quest'ultimo risulti maggiormente oneroso.

Tale esito interpretativo rivela una certa coerenza del sistema, poiché anche in questo caso siamo al cospetto di un contratto in cui l'adempimento è istantaneo, per quanto l'esecuzione della prestazione richieda materialmente tempi più lunghi. La soluzione risulta peraltro armonica con la regola codificata all'art. 1671 cod. civ., la quale consente al committente di recedere dal contratto, assicurando al contempo all'appaltatore la soddisfazione dell'interesse positivo all'esecuzione dell'appalto, potendo quest'ultimo pretendere l'utile che avrebbe ricavato se il rapporto non si fosse estinto.

4. Il danno da risoluzione nella ricostruzione dell'ordinanza: critica

Nel tratteggiare i termini del contrasto tra i propri precedenti, la Suprema Corte segnala alle Sezioni Unite alcuni «nodi» dal cui scioglimento discenderebbe la soluzione del contrasto, suggerendo: (1) di valutare la portata della disposizione normativa che individua nel «corrispettivo convenuto» il criterio di liquidazione del danno da ritardata restituzione della cosa locata (art. 1591 cod. civ.), in quanto la stessa potrebbe trovare applicazione anche nel caso del ritardo nella restituzione conseguente (non alla scadenza ma) alla risoluzione del contratto, consentendo di risarcire, a titolo di «maggior danno», il pregiudizio corrispondente alla mancata percezione dei canoni di locazione sino al reperimento del nuovo conduttore; (2) di prendere in considerazione, a sostegno della tesi contraria al risarcimento dell'interesse positivo, l'argomento messo in campo in CC ASS. CIV., n. 27614/2013 (*infra*, sez. III), ovvero che il rilascio del bene locato conseguente alla risoluzione, stante «il carattere corrispettivo del canone rispetto alla privazione del godimento», impedirebbe il configurarsi di una perdita patrimoniale in capo al locatore risolvente.

Entrambe le indicazioni risultano però poco pertinenti: (1) la prima, perché, anche applicando analogicamente il criterio di liquidazione del danno del «corrispettivo convenuto» all'ipotesi della (ritardata) restituzione conseguente alla risoluzione, la formula del «maggior danno» rimane comunque agganciata alla violazione dell'obbligazione di restituzione del bene e non può invece inglobare il pregiudizio che consegue (non alla mancata restituzione, ma) allo scioglimento anticipato del rapporto; (2) la seconda, perché confonde il piano del sinallagma con quello risarcitorio: la circostanza che, con l'estinzione del rapporto contrattuale, le prestazioni non siano più dovute, non impedisce, di per sé, di considerare ristorabile il danno cagionato all'interesse del locatore all'attuazione del contratto, calibrandolo sulla differenza tra il valore della prestazione attesa (canoni) e quello della controprestazione (valore locativo dell'immobile), così come non impedisce al venditore, che recupera il bene a seguito dell'inadempimento dell'acquirente, di ottenere il risarcimento del danno contrattuale positivo parametrato al lucro cessante.

5. Il danno da risoluzione nei contratti di durata a tempo determinato: mutuo e locazione

Ai giudici della terza sezione non sfugge la circostanza che a venire in rilievo sia «una nozione generale del diritto dei contratti nei rapporti che si protraggono nel tempo (contratti ad esecuzione continuata, contratti di durata), quella che si esprime con il concetto del c.d. interesse positivo al perdurare del regolamento contrattuale fino alla scadenza». Perché in effetti il conflitto tra opposti orientamenti verte sulla questione del risarcimento del danno da risoluzione nel contratto di locazione, ovvero rispetto ad un tipo contrattuale riconducibile alla categoria dei rapporti di durata a tempo determinato, in quanto la misura della prestazione che ciascun contraente è tenuto ad eseguire è determinata in

funzione del tempo, la soddisfazione dell'interesse del locatore e di quello del conduttore non sono istantanee, così come continuativo è l'adempimento delle relative obbligazioni. Ciononostante, l'ordinanza trascura di considerare e segnalare alle Sezioni Unite alcune soluzioni interpretative offerte dalla Suprema Corte proprio sul terreno dei contratti di durata a tempo determinato: si allude, in particolare, al caso della risoluzione del contratto di mutuo oneroso per inadempimento del mutuatario.

Rispetto a tale ipotesi, la regola applicata dalla Cassazione prevede che il mutuante non possa pretendere a titolo di risarcimento gli interessi conglobati nelle rate non scadute (CC ASS. CIV., sez. un., 19.5.2008, n. 12639, *infra*, sez. III), che altro non sono se non il corrispettivo per il godimento del capitale residuo con riferimento al periodo successivo allo scioglimento del rapporto. Il mutuatario, afferma la Suprema Corte, deve provvedere «alla immediata restituzione della quota di capitale ancora dovuta, ma non al pagamento degli interessi conglobati nella semestralità a scadere, dovendosi invece calcolare, sul credito così determinato, gli interessi di mora a un tasso corrispondente a quello contrattualmente pattuito, se superiore al tasso legale, secondo quanto previsto dall'art. 1224, 1° comma, cod. civ.».

Questa regola sembra porsi in contrasto con la soluzione più accreditata in tema di danno da anticipata risoluzione del contratto di locazione che, come si è visto, calibra il risarcimento sui canoni che il locatore avrebbe percepito sino alla scadenza del contratto o al reperimento di un nuovo conduttore. L'antinomia può essere, almeno in parte, spiegata con il fatto che, nel caso del mutuo, il problema risarcitorio è risolto, preventivamente e forfettariamente, con la pattuizione degli interessi di mora: per l'ipotesi dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria avente ad oggetto la restituzione del capitale residuo, i contraenti fissano convenzionalmente la misura del risarcimento, individuandola in un incremento percentuale del valore del capitale residuo da restituire. In tal modo, viene concordato un criterio di liquidazione del danno da ritardo funzionalmente assimilabile a quello indicato dal legislatore per la restituzione del bene locato (art. 1591 cod. civ.). La predeterminazione convenzionale del danno nel mutuo e il congegno definito dal legislatore per la locazione risolvono, però, esclusivamente il problema del ritardo nell'adempimento dell'obbligazione di restituzione – del capitale prestato o del bene locato – sorta a seguito della risoluzione del contratto. In entrambi i casi, rimane insoluto il nodo del risarcimento del pregiudizio, patito dal mutuante e dal locatore, conseguente alla anticipata risoluzione per l'inadempimento dell'obbligazione di corrispondere gli interessi e i canoni.

6. Considerazioni conclusive.

Se quanto detto è corretto, sembra possibile fissare alcuni punti fermi che dovrebbero orientare la decisione delle sezioni unite.

Intanto, deve escludersi che alla questione del danno da risoluzione debba darsi una soluzione diversa a seconda che il contratto sia istantaneo o, invece, di durata, perché ciò

che rileva è l'equilibrio economico fissato dai contraenti e il rapporto tra prezzo, canone o interessi, da un lato, e valori oggettivi di mercato, dall'altro lato, ancorché per il calcolo del danno risarcibile occorra poi tener conto dell'intera durata del contratto. In entrambi i casi, viene tutelato l'interesse del contraente leso all'attuazione del rapporto, assicurando allo stesso un risarcimento pari alle utilità che lo stesso avrebbe ricavato dal contratto, con la sola differenza che nel caso del contratto di durata l'operazione di calcolo del danno risarcibile tiene conto della durata residua del rapporto.

Messa da parte l'idea che l'esito interpretativo cui perviene CC ASS. CIV., sez. un., n. 12639/2008 possa essere spiegato con il carattere non istantaneo del contratto di mutuo, deve altresì escludersi che tale soluzione possa trovare argomenti nella specificità del meccanismo degli interessi moratori. Essi, infatti, non coincidono, funzionalmente e quantitativamente, con il danno contrattuale positivo del mutuante: dal momento dello scioglimento del rapporto, gli interessi moratori, pattuiti in una misura percentuale superiore a quella degli interessi corrispettivi, sostituiscono questi ultimi, come accade per il credito risarcitorio *ex art. 1591* cod. civ., soltanto sino alla restituzione del capitale residuo e non, invece, sino alla scadenza naturale del contratto. Ne discende l'astratta compatibilità di tale meccanismo di determinazione convenzionale del danno da ritardo con una richiesta risarcitoria per il pregiudizio patito dal mutuante a causa dell'anticipata risoluzione del rapporto.

Il danno contrattuale positivo non andrebbe, tuttavia, quantificato avendo riguardo all'importo complessivo degli interessi corrispettivi conglobati nelle rate non scadute: se nel caso del preliminare di vendita o dell'appalto, il ristoro ottenibile è pari alla differenza tra prezzo pattuito e valore di mercato del bene venduto o appaltato, nell'ipotesi del mutuo, il risarcimento andrebbe quantificato sulla differenza tra il valore degli interessi corrispettivi pattuiti e quello oggettivo degli interessi che potrebbero essere pattuiti tornando sul mercato.

Queste considerazioni valgono anche per il danno risarcibile per l'anticipata risoluzione del contratto di locazione, poiché anche qui il congegno normativo disegnato dal legislatore con l'art. 1591 cod. civ. risolve esclusivamente il problema del ritardo nella restituzione del bene locato, mentre insoluta rimane la questione del danno da anticipata risoluzione. La risposta che si intenda dare a quest'ultima non può, in ogni caso, consistere in un ristoro parametrato ai canoni non percepiti per il periodo successivo alla restituzione dell'immobile: il risarcimento andrebbe semmai calibrato sulla differenza tra canone pattuito e valore locativo del bene, ove al momento della domanda di risoluzione, quest'ultimo risulti inferiore al primo.

III. I precedenti

Sulla questione del danno da risoluzione anticipata del contratto di locazione, l'orientamento del tutto prevalente in giurisprudenza si esprime in senso favorevole al risarcimento del danno commisurato ai canoni non percepiti, CC ASS. CIV., 5.1.2023, n. 194, in

One Legale; CC ASS. CIV., 5.5.2020, n. 8482, in *Danno e resp.*, 2021, 100, con nota di BBOSETTI; CC ASS. CIV., 13.2.2015, n. 2865; CC ASS. CIV., 24.4.2008, n. 10677; CCASS. CIV., 29.1.1980, n. 676, tutte in *One Legale*. In senso contrario, CCASS. CIV., 9.11.2013, n. 27614, in *Corr. giur.*, 2014, 1341, con nota di Morozzo della Rocca e CC ASS. CIV., 20.1.2017, n. 1426, in *One Legale*.

La tesi del risarcimento calcolato sulla differenza tra prezzo pattuito e valore commerciale del bene al momento della definitività dell'inadempimento o della proposizione della domanda di risoluzione (interesse positivo) è quella più accreditata sia in caso di inadempimento del contratto preliminare di vendita: CC ASS. CIV., 4.10.2022, n. 32536; CC ASS. CIV., 30.6.2021, n. 18498; CC ASS. CIV., 11.11.2015, n. 22979; CC ASS. CIV., 30.8.2012, n. 14714; CC ASS. CIV., 28.7.2010, n. 17688; CC ASS. CIV., sez. un., 25.7.1994, n. 6938, tutte in *One Legale*; sia nell'ipotesi di inadempimento dell'appaltatore, CC ASS. CIV., 17.6.2021, n. 17453, in *One Legale*. Analogamente, in caso di recesso "ante tempus" illegittimo del datore di lavoro, il lavoratore può pretendere un risarcimento pari alle retribuzioni che avrebbe percepito sino alla scadenza: cfr. CC ASS. CIV., 27.5.2009, n. 112333; CC ASS. CIV., 1° 7.2004, n. 112092, in *One Legale*.

Esclude invece che il mutuante possa pretendere a titolo di risarcimento gli interessi conglobati nelle rate non scadute, CC ASS. CIV., sez. un., 19.5.2008, n. 12639, in *One Legale*.

L'orientamento prevalente afferma che grava sul locatario la dimostrazione, *ex art. 1227* cod. civ., comma 2°, che il ritardo nel trovare un nuovo conduttore, o il reperimento di esso ma a condizioni contrattuali meno favorevoli, sia, in tutto o in parte, addebitabile alla inerzia del locatore (CC ASS. CIV., 5.5.2020, n. 8482; CC ASS. CIV., n. 2865/2015, in *One Legale*). In alcuni precedenti, si legge invece che è il locatore a dover dimostrare di non aver potuto locare l'immobile, o di averlo locato a un canone inferiore, per cause diverse dalla sua volontà (CC ASS. CIV., 14.1.2014, n. 530, in *One Legale*).

IV. La dottrina

Si esprimono a favore della tesi della risarcibilità dell'interesse positivo: CCOVIELLO JR., *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, 30 ss.; AAULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, rist. anast., Napoli, 1980, 137 ss.; BBELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Giuffrè, 1988, 313 ss.; PP. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 637 ss.; IID., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, 83 ss.; Sacco, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SSACCO, Utet, 2004, 673; Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, 838 ss.; PPAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Giuffrè, 2006, 169 ss.; LLUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in LLUMINOSO-CARNEVALI-COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di GGALGANO, Zanichelli-Foro it., 1990, I, 1,

sub. artt. 1453-1454, 199; SSICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario Schlesinger*, diretto da BBUSNELLI, Giuffrè, 2007, sub. artt. 1453-1459, 448 ss.; VVILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, nel *Tratt. contratto*, diretto da RROPPO, V, *Rimedi – 2*, 2a ed., a cura di RROPPO, Giuffrè, 2022, 1123 ss.; PPUTTI, *La risoluzione*, in *Diritto civile*, III. *Obbligazioni. 2. Il contratto in generale*, diretto da LLIPARI e RRESCIGNO, coordinato da ZZOPPINI, Giuffrè, 2009, 1156 s.; NNICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 792 ss.; Dellacasa, *Risarcimento e adempimento nei contratti di scambio*, Giappichelli, 2013, 71 ss.; Id., *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il “danno da risoluzione” alla prova*, in questa *Rivista*, 2016, II, 1095 ss.; TRANQUILLO, *Risoluzione per inadempimento e funzione delle restituzioni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, 824 ss.

La tesi dell'interesse negativo è invece sostenuta, pur con diversità di sfumature, da CCARNELUTTI, *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, 328; BBIGIAMI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 701; MMARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1985, I, 369; MMONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Giappichelli, 2013, 113 s.; PPIRAINO, *Danno da risoluzione*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Jovene, 2018, 467.

Con specifico riferimento al contratto di locazione, si esprimono favorevolmente a sostegno della risarcibilità dell'interesse positivo, CCOVIELLO JR., *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, cit., 38; LLUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 333.

Note:

(*) **Contributo pubblicato in base a referee.**

3. Schema di svolgimento

Traccia

“Premessi cenni sui rimedi avverso l’inadempimento contrattuale, esaminare il candidato, con riferimento al contratto di locazione, i parametri cui la parte adempiente può commisurare il risarcimento del danno, sia in caso di esperimento dell’azione di adempimento, sia di risoluzione contrattuale”.

Svolgimento

1. I tre rimedi avverso l’inadempimento.

1.1. caratteristiche, natura giuridica e fondamento normativo.

Per inadempimento si intende la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta dal debitore al creditore.

L’ordinamento giuridico accorda al creditore tre rimedi avverso l’inadempimento.

A) L’azione di esatto adempimento (arg. ex art. 1453 c.c.). Essa ha finalità ripristinatoria e satisfattoria, in quanto è diretta a soddisfare l’interesse specifico del creditore e consente a quest’ultimo di ottenere esattamente la prestazione dedotta nell’obbligazione.

B) L’azione di risarcimento del danno (art. 1218 c.c.). Essa ha funzione riparatoria, attuandosi tramite l’attribuzione al creditore non del bene oggetto della prestazione dedotta nell’obbligazione, ma di un altro bene, una somma di denaro. In tal caso si parla di esecuzione per equivalente.

C) La risoluzione per inadempimento contrattuale (art. 1453 c.c.). Tale azione opera in riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive, ha efficacia retroattiva, postula un’azione giudiziale dichiarativa o costitutiva e consente la ripetizione delle prestazioni eventualmente svolte. Essa ha sia finalità riparatoria, sia ripristinatoria. Tale azione muove dal rilievo per il quale il decorso del tempo riduce l’interesse del creditore a ottenere la prestazione.

1.2. esclusione di un rapporto gerarchico tra essi.

L’art. 1453 c.c. evidenzia come il debitore possa liberamente scegliere (“a sua scelta”) una delle tre azioni indifferentemente, con l’unico limite per il quale, una volta scelta l’azione di risoluzione del contratto, non si potrà poi agire per ottenere l’adempimento (mentre l’ipotesi contraria è possibile). E ciò in quanto, per effetto della domanda di risoluzione, l’inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione (art. 1453 co. 3 c.c.) e si presume che il creditore non abbia più interesse all’adempimento. **Non sussiste quindi gerarchia tra le due azioni.** L’azione di risarcimento del danno ben può invece cumularsi alle azioni prospettate, trattandosi di rimedio di carattere generale. Del resto, ove il creditore, una volta domandato l’adempimento, fosse vincolato a tale tipo di azione, lo si obbligherebbe a mantenere in piedi un rapporto che potrebbe portare all’esecuzione di una prestazione per esso infruttifera.

2. Contratto di locazione:

2.1. Definizione del contratto.

Si tratta di un contratto consensuale, oneroso e a effetti obbligatori, disciplinato dagli artt. 1571 e ss. c.c., nonché dalle leggi speciali. Esso è un contratto a prestazioni corrispettive, in quanto il locatore si impegna a consegnare l'immobile al conduttore e quest'ultimo a pagare periodicamente un canone a titolo di corrispettivo per il godimento del bene. Il rapporto che ne deriva è un rapporto di durata.

3. Rimedi in caso di inadempimento:

In caso di inadempimento rispetto alle obbligazioni derivanti dal contratto di locazione, il locatore può avvalersi, alternativamente dell'azione di esatto adempimento, ovvero di risoluzione del contratto. Entrambe ben possono essere accompagnate dall'azione risarcitoria.

3.1. L'azione di esatto adempimento.

Tramite essa si chiedono i canoni scaduti (maturati e non corrisposti) sino alla domanda giudiziale, nonché quelli a scadere sino all'effettiva scadenza del contratto. Trattandosi di azione di adempimento e non invece di risarcimento del danno, il locatore può chiedere al giudice di conseguire l'interesse positivo, ossia il vantaggio che esso consegue o conseguirà in virtù della stipula del contratto. Per tal via, il locatore fa valere il diritto di credito che gli deriva dal rapporto giuridico (non risolto, ma in essere) e processualmente esperisce l'azione di condanna futura.

In tale ambito, l'azione risarcitoria ha solo valenza riparatoria del danno da ritardo nell'adempimento, in linea con la disciplina delle obbligazioni pecuniarie *ex art. 1224 c.c.*

3.2. L'azione di risoluzione del contratto di locazione, unitamente all'azione di risarcimento del danno.

Tramite l'azione di risoluzione del contratto di locazione, il locatore ottiene la frustrazione del vincolo contrattuale, previa prova dell'inadempimento del conduttore da fornire ai sensi dell'art. 2697 c.c. (ordinari canoni probatori in ambito contrattuale).

Con l'azione di risarcimento del danno, il locatore ha certamente diritto, in punto di danno emergente, al pagamento dei canoni scaduti (maturati e non corrisposti) sino alla domanda giudiziale.

In ordine ai canoni a scadere a far data dalla domanda sino all'effettivo rilascio dell'immobile, e quindi al profilo del lucro cessante, si registra un contrasto giurisprudenziale che ha portato alla rimessione alle Sezioni unite. Al riguardo, si contrappongono due tesi.

3.2.1. La prima.

Il lucro cessante oggetto dell'azione risarcitoria consiste, al pari di quanto accade in relazione all'azione di esatto adempimento, nella lesione dell'interesse positivo e quindi il locatore ben può avere diritto al ristoro dei canoni a scadere. Si tratta della tesi largamente prevalente in giurisprudenza.

In tale ottica, nemmeno la restituzione dell'immobile locato in favore del locatore farebbe venir meno il diritto di quest'ultimo di percepire i canoni a scadere.

3.2.2. La seconda.

Il lucro cessante oggetto dell'azione risarcitoria non può consistere nella lesione dell'interesse positivo, essendo venuto meno il rapporto contrattuale in ragione dell'intervenuta risoluzione del contratto di locazione. Esso, quindi, consiste nella lesione dell'interesse negativo e deve essere parametrato alla differenza tra il canone percepito alla data di stipula del contratto e quello percepito alla data di risoluzione, oltre alla perdita delle occasioni più favorevoli (di cui deve però essere fornita la prova). Si tratta della tesi minoritaria in giurisprudenza.

In tale ottica, la restituzione dell'immobile locato in favore del locatore farebbe invece venir meno il diritto di quest'ultimo di percepire i canoni a scadere.

3.2.3. La rimessione alle SS.UU.

Di tale contrasto si fa carico la sezione rimettente, sposando la tesi minoritaria.

4. La risoluzione nei contratti istantanei (vendita e appalto).

La giurisprudenza ha poi esteso le conclusioni di cui al descritto orientamento maggioritario in tema di locazione, sul presupposto per il quale anche in caso di risoluzione (*in specie* del contratto preliminare di vendita) debba essere risarcito l'interesse positivo. E ciò in quanto il patrimonio del contraente adempiente deve essere riportato alla situazione patrimoniale equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto.

SEZIONE II DIRITTO PENALE

1. Contrasto giurisprudenziale in tema di abrogato delitto di millantato credito “corruttivo”: assorbimento nel delitto di traffico di influenze illecite o qualificazione in termini di truffa?

a. *Cassazione penale, sez. VI, 26 maggio 2022, n. 32574*
(orientamento che afferma la continuità normativa tra art. 346 comma 2 c.p. e art. 346 bis c.p.)

MASSIMA

Sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, comma 2, c.p. – formalmente abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), l. 9 gennaio 2019, n. 3 - ed il reato di traffico di influenze illecite di cui al novellato art. 346-bis c.p., atteso che, in quest'ultima fattispecie, risulta attualmente ricompresa la condotta di chi, vantando un'influenza, meramente asserita, presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, riceve o si faccia dare o promettere denaro o altra utilità col pretesto di dovere comprare il pubblico agente o di doverlo comunque remunerare.

b. *Cassazione penale, sez. VI, 10 marzo 2022, n. 23407*
(orientamento che esclude la continuità normativa tra art. 346 comma 2 c.p. e art. 346 bis c.p., e la afferma invece tra millantato credito e truffa)

MASSIMA

Non sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, comma 2, c.p., abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), l. 9 gennaio 2019, n. 3, e quello di traffico di influenze illecite di cui al novellato art. 346-bis c.p., in quanto, in quest'ultima fattispecie, non risulta ricompresa la condotta di chi, mediante raggiri o artifici, riceve o si fa dare o promettere danaro o altra utilità col pretesto di dovere comprare il pubblico ufficiale o impiegato o doverlo, comunque, remunerare, condotta che integra, invece, il delitto di cui all'art. 640, comma 1, c.p. (In motivazione, la Corte ha precisato che la punibilità del privato si giustifica a condizione che il rapporto tra il mediatore ed il pubblico agente sia effettivamente esistente o, quanto meno, potenzialmente suscettibile di instaurarsi, posto che solo in tal caso si realizza un “vulnus” agli interessi pubblici teleologicamente tutelati dalla norma incriminatrice del traffico di influenze).

1.1. Secondo le Sezioni Unite non sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito e il reato di traffico di influenze illecite

a. Cassazione penale, sez. un., 15 maggio 2024, n. 19357

MASSIMA

Non sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, comma 2, c.p. – abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), l. 9 gennaio 2019, n. 3 – e il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t) della citata legge. Le condotte, già integranti gli estremi dell'abolito reato di cui all'art. 346, comma 2, c.p., potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa (in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito corruttivo), purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie incriminatrice.

SENTENZA

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è il seguente:

“se sussista continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, secondo comma, cod. pen. – abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), legge 9 gennaio 2019, n. 3 – e il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis cod. pen., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t) della citata legge”.

2. Nella **ordinanza della Seconda Sezione penale di rimessione** del ricorso sono state efficacemente **esposte le contrapposte ragioni che hanno determinato il contrasto** giurisprudenziale che questo Collegio è oggi chiamato a risolvere.

Il tema, in sostanza, è quello di comprendere se le modifiche introdotte nella materia de qua dalla legge n. 3 del 2019 – con la formale «cancellazione» dell'art. 346, secondo comma, cod. pen. e la contestuale rimodulazione del testo previgente dell'art. 346-bis cod. pen. – abbiano comportato un mero fenomeno di successione di leggi penali rispetto allo stesso reato, integrando gli estremi di quel «meccanismo» di successione modificativa che la dottrina e la giurisprudenza hanno definito come di **abrogatio sine abolitione** (con conseguente applicazione della disposizione dell'art. 2, quarto comma, cod. pen.); **o se, invece, quelle modifiche abbiano determinato un fenomeno di abolitio criminis, sia pur parziale, con espunzione dall'ordinamento della illiceità penale di parte dei fatti precedentemente previsti come reato (con relativa applicazione della diversa disposizione dell'art. 2, secondo comma, cod. pen.).**

2.1. **La prima delle due antitetiche opzioni ermeneutiche** è stata privilegiata dall'orientamento tendenzialmente **maggioritario nella giurisprudenza di legittimità, se-**

condo il quale le scelte operate dal legislatore del 2019 hanno realizzato un fenomeno di “fusione, mediante incorporazione” di due disposizioni incriminatrici, mediante la formale abrogazione della prima e la modifica del testo della seconda.

La riconosciuta continuità normativa tra le due considerate disposizioni, quella dell’abrogato art. 346, secondo comma, cod. pen., e quella del ridisegnato art. 346-bis cod. pen., si fonda essenzialmente sulle ragioni sviluppate nel percorso argomentativo di quella che può essere considerata la prima e principale decisione che ha propugnato tale soluzione, contenuta nella sentenza “Nigro” (Sez. 6, n. 17980 del 14/03/2019, Nigro, Rv. 275730 – 01).

Da un lato, è stata posta in evidenza la circostanza che, nella relazione introduttiva al disegno di legge governativo C-1189, poi tradottosi, al termine dell’iter parlamentare, nella legge n. 3 del 2019, i proponenti avevano espressamente chiarito come la finalità della riforma fosse stata quella di “fondere” le due disposizioni, previste rispettivamente nell’art. 346 cod. pen. e nel «vecchio» art. 346-bis cod. pen., in una “nuova” norma incriminatrice contenuta nel modificato art. 346-bis cod. pen.

Da altro lato, è stata richiamata la equipollenza semantica delle formule linguistiche utilizzate nelle due disposizioni, quella abrogata e quella modificata. A fronte dell’analogia condotta di ricezione o di promessa di denaro o altra utilità, l’espressione “vantando relazioni ... asserite” equivale a quella precedente del “millantando credito”: il risultato era stato quello di equiparare “sul piano penale la mera vanteria di una relazione o di credito con un pubblico funzionario soltanto asserita ed in effetti insussistente (dunque la relazione solo millantata) alla rappresentazione di una relazione realmente esistente con il pubblico ufficiale da piegare a vantaggio del privato.” In tal modo, si era aggiunto, la fusione di quelle due disposizioni aveva permesso di superare “le difficoltà, spesso riscontrate nella prassi giudiziaria, nel tracciare in concreto il discrimen fra il delitto di millantato credito ... e quello di traffico di influenze ..., scaturenti dalla difficoltà di verificare l’esistenza – reale o solo ostentata – della possibilità di influire sul pubblico agente”.

Tali conclusioni sono state riproposte, talora in maniera assertiva, da numerose successive pronunce, in molte delle quali il tema della continuità normativa tra il “nuovo” art. 346-bis cod. pen. e l’abrogato art. 346 cod. pen. è stato, invero, affrontato senza una precisa differenziazione tra le due fattispecie incriminatrici rispettivamente previste dal primo e dal secondo comma di tale art. 346 cod. pen. A quelle già indicate nell’ordinanza della Sezione rimettente (v. supra par. 5 del “Ritenuto in fatto”), vanno segnalate le seguenti ulteriori sentenze conformi: Sez. 6, n. 20935 del 22/03/2022, Cobalchini, Rv. 283270 – 01; Sez. 2, n. 44329 del 10/11/2022, Sponsillo, non mass.; Sez. 6, n. 1869 del 07/10/2020, Gangi, Rv. 280348 – 01; Sez. 6, n. 41726 del 14/06/2019, C.L.C, Srl e altri, non mass.; Sez. 6, n. 36222 del 18/04/2019, Perrotta, non mass.; Sez. 6, n. 21049 del 28/03/2019, Filice, non mass.

Va qui ricordata la motivazione di quella pronuncia che, nell’ottica della riconosciuta continuità normativa, ha valorizzato una sorta di “parallelismo” con la questione esaminata dalla pronuncia delle Sezioni Unite “Maldera” n. 12228 del 24/10/2013. Si è posto in rilievo che la legge n. 190 del 2012 aveva considerato meritevole di sanzione, sia

nell'art. 346-bis, secondo comma, cod. pen., sia nell'art. 319-quater cod. pen., la condotta di coloro che approfittino, a vario titolo, dell'infedeltà dell'agente pubblico: da tanto desumendo che la previsione della punibilità del "compratore di fumo" prevista dal "nuovo" art. 346-bis, secondo comma, cod. pen. «non modifica la fattispecie naturalisticamente intesa: il patto, cioè, da lui stipulato con il millantatore e soggetto a sanzione già secondo la norma previgente; né l'estensione della punizione anche al suo interlocutore incide, sotto il profilo assiologico, sul disvalore della condotta di esso millantatore, che rimane evidentemente identico» (Sez. 6, n. 35581 del 12/05/2021, Grasso, non mass.).

Non va trascurato che l'effetto della riconosciuta continuità normativa tra la fattispecie formalmente abrogata dell'art. 346 cod. pen. e quella modificata dell'art. 346-bis cod. pen., ha comportato, in quelle sentenze, l'applicazione dei criteri di successione delle leggi penali nel tempo di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen., con la conseguente applicazione retroattiva, per i fatti commessi prima della entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, della disciplina cronologicamente posteriore perché più favorevole (in tal senso Sez. 6, n. 22101 del 28/04/2021, Tari, cit.; Sez. 6, n. 1659 del 12/11/2020, Marchio, cit.; Sez. 6, n. 1869 del 07/10/2020, Gangi, cit.; Sez. 6, n. 21049 del 28/03/2019, Filice, cit.; Sez. 6, n. 17980 del 14/03/2019, Nigro, cit.).

2.2. Il contrario indirizzo interpretativo, pur ammettendo l'esistenza di una continuità normativa tra la fattispecie incriminatrice del millantato credito c.d. "semplice" disciplinata dal primo comma dell'abrogato art. 346 cod. pen. e la fattispecie del traffico di influenze illecite di cui al modificato art. 346-bis cod. pen., ha negato la configurabilità di un mero fenomeno di successione di leggi penali in senso stretto, con riferimento al rapporto tra l'ipotesi di millantato credito c.d. "corruttivo" di cui al secondo comma dell'art. 346 cod. pen. e la «nuova» figura di reato dell'art. 346-bis cod. pen. (Sez. 6, n. 5221 del 19/09/2019, dep. 2020, Impeduglia, Rv. 278451 – 01).

Tale orientamento giurisprudenziale – recepito favorevolmente dalla gran parte degli studi dottrinali – partendo dalla constatazione della "non riuscita" operazione di "incorporazione" prospettata nella sopra citata relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo, da cui era partito l'iter conclusosi con l'approvazione della più volte menzionata legge n. 3 del 2019, è stato accreditato sulla base di due ordini di argomenti.

In primo luogo, è stato considerato come il reato di traffico di influenze illecite fosse stato introdotto per prevenire le più gravi condotte di corruzione, anticipando "la soglia di punibilità rispetto a condotte che difficilmente avrebbero potuto integrare il delitto di corruzione (neppure nella forma tentata) e che fanno chiaramente presagire come la tutela sia eminentemente volta a salvaguardare l'attività della pubblica amministrazione nelle sue varie articolazioni nazionali ed internazionali": finalità questa che difficilmente appariva compatibile con una fattispecie delittuosa, quale quella disciplinata dall'art. 346, secondo comma, cod. pen., nella quale risultava evidente la tutela del patrimonio della vittima del "venditore di fumo". Situazioni nelle quali, non essendo riconoscibile alcuna concreta messa in pericolo degli interessi connessi all'operato della pubblica amministrazione, è sembrata irragionevole la previsione della punibilità anche di colui che, mero

“truffato” dai raggiri del mediatore, non pone in essere alcuna condotta lesiva del bene giuridico protetto.

Si è poi rimarcato come non sia riconoscibile una corrispondenza tra la condotta descritta dalla norma abrogata e quella prevista dalla “nuova” disposizione riformulata, in quanto, in questa seconda, non è stato riproposto il termine “pretesto” presente nella disposizione previgente: “il riferimento (nell’art. 346-bis cod. pen.) al “vanto a relazioni asserite” non può essere inteso come condotta sovrapponibile a quella posta in essere con l’inganno (resa palese con il termine “pretesto”), dovendosi ritenere che l’enunciazione da parte del mediatore-faccendiere al rapporto con i pubblici poteri non sia rivolta ad indurre in errore, per mezzo di artifici e raggiri, il cliente, quanto necessariamente a prospettare, seppure non in termini di certezza, la concreta possibilità di influire sull’agente pubblico”. In questo senso – si è arguito – la “nuova” fattispecie del traffico di influenze illecite dovrebbe ritenersi integrata solo quando esprime la “concreta possibilità di riuscire a influenzare l’agente pubblico, (con un) comportamento che si pone, a ben osservare, nella fase immediatamente prodromica rispetto a un eventuale reale coinvolgimento dell’agente pubblico, circostanza che, qualora si realizzi, integra le fattispecie di cui agli artt. 318, 319 e 319-ter e i reati di corruzione di cui all’art. 322-bis cod. pen., enunciati nella riserva contenuta nell’incipit della norma penale di cui all’art. 346-bis cod. pen.” (Sez. 6, n. 5221 del 19/09/2019, Impeduglia, cit., par. 3.2.1).

In tale filone giurisprudenziale si inscrivono, oltre a quelle richiamate nell’ordinanza di rimessione, anche Sez. 6, n. 47671 del 15/09/2023, D’Andrea, non mass., e Sez. 6, n. 28946 del 16/09/2020, Lattanzi, non mass., nella prima delle quali, per cercare di dare una coerenza al sistema, è stata ribadita la necessità di assegnare alla formula “vantando ... relazioni asserite”, presente nel testo vigente dell’art. 346-bis cod. pen., un ambito applicativo ristretto, dovendosene escludere la operatività in quei casi in “il sedicente mediatore prospetta l’eventualità della corruzione soltanto per indurre il privato a consegnargli il denaro e ottenere un indebito vantaggio patrimoniale ... vicende che non sono nemmeno astrattamente idonee a pregiudicare l’imparzialità e il buon andamento della P.A. e (che), dunque, (sono) inoffensive dell’interesse giuridico tutelato dall’art. 346-bis cod. pen.”.

(omissis)

4. Le Sezioni Unite ritengono di aderire al secondo dei due orientamenti interpretativi sopra illustrati.

4.1. Per risolvere la questione di diritto portata all’attenzione del Collegio, non è possibile far riferimento in via, per così dire, dirimente, alla “volontà del legislatore” come esplicitata nei considerati atti parlamentari preparatori della legge n. 3 del 2019.

Nella giurisprudenza di legittimità si è reiteratamente sottolineato come “l’intenzione del legislatore” – che, ai sensi dell’art. 12 preleggi, rappresenta uno dei molteplici criteri per l’interpretazione di una norma di legge – costituisca un canone sussidiario e recessivo rispetto al criterio della interpretazione letterale; e, soprattutto, come quella formula debba essere intesa in senso “oggettivo”, dunque espressivo del significato immanente nella stessa legge, e non anche in senso “soggettivo”, vale a dire come volontà del legislatore dal punto di vista storico-psicologico.

In tale ottica, si è precisato che quello letterale è il principale criterio interpretativo della legge perché costituisce il “limite” alla operatività di ogni altro criterio utilizzabile nell’ermeneutica di un testo normativo (Sez. U, n. 11 del 19/05/1999, Tucci, non mass, sul punto); e che “è certamente corretto l’assunto per il quale, in base all’art. 12 disp. prel., nell’applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, e della intenzione del legislatore; tuttavia, non può certo negarsi che proprio l’intenzione del legislatore deve essere “estratta” dall’involucro verbale (“le parole”), attraverso il quale è resa nota ai destinatari e all’interprete...(in quanto è fuor di dubbio)... che detta intenzione non si identifichi con quella dell’organo o dell’ufficio che ha predisposto il testo, ma vada ricercata nella volontà statale, finalisticamente intesa” (così Sez. U, n. 22474 del 31/3/2016, Passarelli, non mass, sul punto; in senso conforme, tra le diverse, Sez. U, n. 7029 del 28/09/2023, dep. 2024, Giampà, non mass, sul punto; Sez. U, n. 1626 del 24/09/2020, dep. 2021, Bottari, non mass, sul punto; Sez. U, n. 8770 del 21/12/2017, dep. 2018, Mariotti, non mass, sul punto; Sez. U, n. 47970 del 20/07/2017, Rezmuves, non mass, sul punto).

Ad analoghe conclusioni, peraltro, è pervenuta la giurisprudenza di legittimità civile, per la quale l’interpretazione di ogni norma di legge non si sottrae al primato del criterio letterale, che, per il suo carattere di oggettività e per il suo naturale obiettivo di ricerca del senso normativo maggiormente riconoscibile e palese, rappresenta il criterio cardine nella interpretazione della legge e concorre alla definizione in termini di certezza, determinatezza e tassatività della fattispecie applicabile (in questo senso Sez. U civ., n. 23051 del 25/07/2022, Rv. 665453 – determinante nel procedimento di interpretazione delle leggi: essi, infatti, pur offrendo elementi per l’interpretazione di singole disposizioni, non possono sovrapporsi alla volontà della legge, quale risulta consacrata ed obiettivata nel testo della legge e quale si desume dal significato proprio delle parole usate, dall’interpretazione del legislatore, dalla sua ratio e dal suo coordinamento nel sistema nel quale va ad inserirsi (Sez. U civ., n. 1455 del 21/05/1973, Rv. 364180 – 01; Sez. U civ., n. 509 del 01/03/1971, Rv. 350169 – 01; in senso sostanzialmente conforme Sez. U civ., n. 23051 del 25/07/2022, Rv. 665453 – 01; Sez. U civ., n. 20181 del 25/07/2019, Rv. 654876 – 02).

4.2. Per risolvere il quesito in argomento – riguardante una peculiare ipotesi di successione di leggi penali caratterizzata dall’abrogazione di una disposizione e dalla contestuale modifica del contenuto di altra già esistente – lungi dal poter fare affidamento sulla sola verifica del bene giuridico tutelato o delle modalità dell’offesa qualificanti ciascuna delle norme poste a raffronto, ovvero sulla regola della c.d. doppia punibilità in concreto (in quanto canoni caratterizzati da troppo ampi margini di incertezza), l’unico attendibile criterio utilizzabile è quello fondato sul formale confronto strutturale tra le considerate fattispecie incriminatrici, da compiere con una esegesi letterale e logico-sistematica dei modelli astratti di reato in avvicendamento cronologico.

Costituisce espressione di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità il principio secondo il quale, in tema di successione di leggi penali, perché sia applicabile la regola del quarto comma dell’art. 2 cod. pen., occorre che il fatto costituente reato secondo la legge precedente sia tuttora punibile secondo la nuova legge; laddove

vanno considerati non più punibili, a mente del secondo comma dello stesso art. 2 cod. pen., i fatti commessi in precedenza, ma rimasti fuori del perimetro della nuova fattispecie. Tali situazione vanno verificate in base ad un confronto tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, cioè prescindendo dalle peculiarità del fatto concreto: allo scopo di accertare in maniera autonoma, senza l'impiego di criteri assiologici, se l'intervento legislativo posteriore assuma carattere demolitorio di un elemento costitutivo del fatto tipico, alterando radicalmente una precedente figura di reato, ovvero, non incidendo sulla struttura della stessa, consenta la sopravvivenza di un eventuale spazio comune alle suddette fattispecie (in questo senso, tra le altre, Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, Rv. 243585 – 01; Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224607 – 01).

In tale ben definito quadro giurisprudenziale, si è condivisibilmente sottolineato che è “attraverso la fattispecie legale astratta che il legislatore individua i fatti ritenuti meritevoli del presidio penale o, specularmente, rinuncia a punire determinati fatti, non più considerati, in base a scelte politico-criminali, in linea col ‘giudizio di disvalore astratto espresso dalla legge precedente’. Incisivamente si è detto che Ma funzione della fattispecie legale è duplice: non solo strumento di selezione dei fatti penalmente rilevanti, ma anche strumento di deselegione dei fatti stessi. L'interprete, quindi, per accertare (se vi sia stata) abolitio criminis, deve procedere al confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, quella precedente e quella successiva all'intervento del legislatore, al fine di verificare la sussistenza di uno spazio comune alle dette fattispecie ... Se l'intervento legislativo posteriore altera la fisionomia della fattispecie, nel senso che sopprime un elemento strutturale della stessa e, quindi, la figura di reato in essa descritta, ci si trova – di norma – di fronte ad una ipotesi di abolitio criminis, il fatto cioè, già penalmente rilevante, diventa penalmente irrilevante per effetto dell'abrogazione di quell'elemento, quale conseguenza del mutato giudizio di disvalore insito nella scelta di politica criminale; in questo caso, non può non trovare applicazione la disciplina prevista dal secondo comma dell'art. 2 cod. pen.” (così Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, cit.).

Alla stregua di tali principi, è possibile fondatamente sostenere che la scelta del legislatore del 2019 di abrogare l'art. 346 cod. pen. e contestualmente di modificare – nei termini sopra tratteggiati – il contenuto dell'art. 346-bis cod. pen., ha comportato un fenomeno di abolitio criminis con riferimento ai fatti di millantato credito c.d. “corruttivo”, già previsti dall'art. 346, secondo comma, cod. pen. Conclusione alla quale si perviene sulla base di un duplice ordine di ragioni.

4.3. In primo luogo, va evidenziato il risultato del raffronto generale tra i modelli tipici delle due fattispecie delittuose poste a raffronto.

Nella figura prevista dall'abrogato art. 346, secondo comma, cod. pen., il reato era monosoggettivo, in quanto la disposizione era tutta “concentrata” sulla condotta dell'unico soggetto di cui era prevista la punizione (“millantando credito ... riceve, si fa dare o promettere ... con il pretesto ...”), a differenza della “vittima” del millantato credito, raffigurato come soggetto danneggiato perché tratto in inganno dalla vanteria di una inesistente relazione con il pubblico agente, i cui favori il millantatore si proponeva di

“comprare”. Né il risultato dell’analisi muterebbe laddove si volesse accedere alla (solo formalmente) diversa ricostruzione offerta da una parte della dottrina, la quale, a proposito di tale illecito, preferisce parlare di reato plurisoggettivo improprio ovvero di reato naturalisticamente plurisoggettivo, ma comunque a punibilità monosoggettiva (al pari di quanto accade per la truffa o per la concussione).

Nella figura prevista dal “nuovo” art. 346-bis cod. pen., il reato è, al contrario, normativamente plurisoggettivo, perché si sanzionano – con la stessa pena – entrambe le parti di una intesa, sia il trafficante di influenze che “vanta una relazione asserita”, sia il committente che dà o promette denaro o altra utilità. L’illecito si atteggia come reato-contratto e il medesimo trattamento sanzionatorio riservato ad entrambi i coautori, compreso il privato che paga o che promette di pagare, è ragionevolmente compatibile con i principi costituzionali di materialità e di offensività solamente ritenendo che il committente, lungi dall’essere un soggetto ingannato, è consapevole che il trafficante non ha (ancora) una relazione effettiva con il pubblico agente (“vantando ... relazioni asserite”, si legge nella disposizione).

Il confronto tra le linee strutturali generali delle due fattispecie di reato poste a raffronto risulta, perciò, più coerente con l’idea di una “discontinuità normativa” tra le considerate disposizioni incriminatrici.

4.4. Non conduce a differenti esiti il riferimento ad un analogo caso di successione di leggi penali, dovuto alle modifiche introdotte con la legge n. 190 del 2012 nella parte in cui tale provvedimento aveva disposto la separazione delle due fattispecie previste dalla previgente disposizione sul reato di concussione, lasciando nella «nuova» versione dell’art. 317 cod. pen. la sola ipotesi della concussione per costrizione e «spostando» la figura della concussione per induzione nella nuova fattispecie della induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui al contestualmente introdotto art. 319-quater cod. pen.

Come noto, le Sezioni Unite, nel sostenere la tesi della continuità normativa fra la fattispecie della concussione per induzione di cui al previgente art. 317 cod. pen. ed il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all’art. 319-quater cod. pen., avevano asserito come la prevista punibilità, nella seconda di quelle disposizioni, del soggetto indotto, che in precedenza era considerato vittima del reato di concussione, non avesse mutato la struttura di base delle due norme poste a raffronto (in questo senso Sez. U, n. 12228 del 24/10/2013, dep. 2014, Maldera, Rv. 258473 – 01).

Tuttavia, le valutazioni espresse in quella sentenza non sono esattamente replicabili nel caso di cui ci si occupa in questa sede.

In quella occasione le Sezioni Unite, dopo aver qualificato la nuova fattispecie dell’art. 319-quater cod. pen. in termini di reato plurisoggettivo a concorso necessario, che si poneva «in una posizione intermedia tra la condotta sopraffattrice, propria della concussione, e lo scambio corruttivo», non avevano potuto esimersi dal riconoscere nelle scelte del legislatore del 2012 «una qualche approssimazione ... nel calibrare il regime sanzionatorio», tanto da prospettare possibili questioni di legittimità costituzionale. Ma soprattutto, nell’impiegare il citato criterio del confronto strutturale, le Sezioni Unite, pur

sottolineando come nel reato di cui all'art. 319-quater cod. pen. vi sia una «necessaria convergenza ... dei processi volitivi di più soggetti attivi e la punibilità dei medesimi», avevano finito per ammettere che tale delitto è qualificato da un peculiare rapporto, del tutto «squilibrato», tra i due concorrenti: per un verso, «concentrando», nello sviluppo di quella comparazione strutturale, tutte le loro attenzioni sulla sola condotta del pubblico ufficiale e giudicando, così, immutato, nel passaggio dal «vecchio» art. 317 cod. pen. al «nuovo» art. 319-quater cod. pen., «il volto strutturale dell'abuso induttivo»; per altro verso «marginalizzando» la prevista punibilità dell'indotto, perché novità ritenuta inidonea a investire «direttamente la struttura tipica del reato, (rispetto alla quale essa) interviene, per così dire, solo al suo esterno».

Tali argomentazioni non sono evidentemente riproponibili nella valutazione comparativa tra la fattispecie del millantato credito c.d. «corruttivo» e la «nuova» fattispecie del traffico di influenze illecite. In tale seconda figura il legislatore ha considerato in maniera esattamente paritaria la posizione dei due «contraenti», che normalmente sono entrambi privati: quella del «trafficante», che vantando relazioni asserite, mette a disposizione i suoi buoni uffici per realizzare una mediazione illecita verso il pubblico agente, e la posizione del committente che, dando o promettendo denaro o altra utilità, è interessato a beneficiare dei risultati di quella medesima mediazione.

Ed infatti, nell'art. 346-bis cod. pen. come modificato dalla legge n. 3 del 2019, la finalizzazione di quella comune intesa alla possibile commissione di un illecito costituisce la funzione propria del reato-accordo, dei cui effetti i «contraenti» sono chiamati a rispondere ad uguale titolo, come confermato dalla previsione di un omogeneo trattamento sanzionatorio: la causa di quel «contratto», concluso tra soggetti con posizioni paritarie, rappresenta il «nucleo essenziale» della relativa fattispecie incriminatrice, aspetto, questo, di cui non vi è assolutamente traccia nella fattispecie disciplinata dall'abrogato art. 346, secondo comma, cod. pen.

4.5. Sotto altro ma complementare punto di vista, va evidenziata la differente formulazione letterale delle due fattispecie criminose poste a raffronto.

Nell'art. 346, secondo comma, cod. pen. la formula «millantando credito presso un pubblico ufficiale o un pubblico impiegato», tradizionalmente evocatrice di un'attività latamente ingannatrice, è collegata a quella «col pretesto di dover comprare il favore» di quel pubblico agente «o di doverlo remunerare». Termine, questo del «pretesto», espressione di una componente frodatoria ovvero di una più marcata falsa rappresentazione della realtà, che – significativamente presente nell'art. 640, secondo comma, n. 1, cod. pen. con riferimento ad una ipotesi di truffa aggravata – è assente nel «nuovo» art. 346-bis cod. pen.: nel quale la formula «vantando relazioni ... asserite» potrebbe ritenersi parificabile a quella del «millantando credito» di cui alla disposizione abrogata, senza potersi considerarsi comprensiva anche dello specifico sintagma «col pretesto di comprare».

Nel reato di millantato credito c.d. «corruttivo» – a differenza di quanto accade nel millantato credito c.d. «semplice», nel quale la sola formula del «millantare un credito» sembra avere un più ampio orizzonte di significati, potendovi far rientrare anche casi di mera accentuazione di un dato reale – il «pretesto» di corrompere il pubblico funziona-

rio diventa la specifica causa della dazione o della promessa del privato, il quale assume quell'impegno perché vittima di un abuso di fiducia, soggetto tratto in inganno: senza che rilevi l'eventuale fine illecito perseguito dall'ingannato, essendo pacificamente ammessa anche la tutela del truffato in re illecita (v. Sez. 1, n. 42890 del 27/09/2013, Paterlini, Rv. 257296 – 01; Sez. 2, n. 10792 del 23/01/2001, Delfino, Rv. 218673 – 01). Ciò a differenza di quanto accade nel reato di traffico di influenze illecite nel quale, come si è già chiarito, la “mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio” è la causa “tipica” dell'accordo raggiunto tra il trafficante che chiede e il committente che dà o promette un corrispettivo sinallagmaticamente collegato alla iniziativa assunta dal “faccendiere”.

La considerata difformità lessicale tra le due fattispecie si connette, dunque, alle rispettive rationes giustificatrici dell'intervento punitivo. Come si è già anticipato, se la formula “vantando una relazione ... asserita”, contenuta nel testo vigente dell'art. 346-bis cod. pen., fosse interpretata come comprensiva del caso del privato che dà o promette perché tratto in inganno dal mediatore circa la possibilità che questi possa corrompere il pubblico agente, diventerebbe logicamente non accettabile la punizione del privato committente. A differenza di quanto previsto nella abrogata disposizione dell'art. 346, secondo comma, cod. pen., nella quale era comprensibilmente punito il solo mediatore perché lo stesso non aveva avuto alcuna intenzione di instaurare un “contatto” o una relazione con il pubblico agente, avendo anzi programmato di appropriarsi del corrispettivo ricevuto o promesso, riconoscendo una continuità normativa con il “nuovo” art. 346-bis cod. pen., si finirebbe per sanzionare anche il committente solo per il disvalore delle sue intenzioni e non per una condotta, del tutto inidonea a creare un vulnus dell'interesse al retto e imparziale operato della pubblica amministrazione.

È ragionevole, pertanto, ribadire che il legislatore del 2019, inserendo nell'art. 346-bis cod. pen. la formula «vantando relazioni ... asserite», senza riproporre il sintagma «col pretesto» presente nella figura del millantato credito c.d. «corruttivo», abbia voluto far riferimento non alla ipotesi del soggetto tratto in inganno dal mediatore (che resta, in tal modo, espunta dall'ambito del penalmente rilevante, a norma dell'art. 2, secondo comma, cod. pen.), ma a quella di colui che partecipa a pieno titolo ad una intesa criminosa. Soggetto punibile, al pari del “trafficante”, perché, pur consapevole che la relazione con il pubblico funzionario è ancora inesistente e solo “vantata”, decide di fare affidamento sulla potenziale capacità del mediatore di instaurare quel “rapporto affaristico”: in tal modo concorrendo a determinare quella effettiva messa in pericolo del bene giuridico protetto, che, in una lettura costituzionalmente orientata, è l'unica condizione che può legittimare l'omogeneo trattamento sanzionatorio per entrambi i correi.

5. **In molte delle sentenze** che hanno contribuito alla formazione dell'indirizzo giurisprudenziale che in questa sede si è inteso privilegiare, si è sostenuto che la riconosciuta discontinuità tra l'abrogato reato di millantato credito, di cui all'art. 346, secondo comma, cod. pen., e il “nuovo” reato di traffico di influenze illecite, di cui all'art. 346-bis cod. pen., comporta una **“riespansione” della fattispecie incriminatrice dell'art. 640 cod. pen., con la possibilità di riqualificare i fatti in termini di truffa** (così, tra le altre,

Sez. 6, n. 11342 del 12/12/2022, Rustemi, cit.; Sez. 6, n. 23407 del 10/03/2022, Ferrara, cit.; Sez. 6, n. 28657 del 02/02/2021, Lepore, cit.; Sez. 6, n. 5221 del 19/09/2019, Impe-
duglia, cit.).

Tale soluzione interpretativa, valorizzata anche dal Pubblico Ministero nelle richieste formulate nell'odierna udienza, merita qui di essere precisata.

Il tema è stato affrontato, in via generale, dalle Sezioni Unite, le quali hanno chiarito come possa accadere “che il sistema giuridico risultante dopo la modificazione legislativa continui ad allegare rilevanza penale a classi di fatti descritti nella norma incriminatrice considerata, perché inquadrabili ... in una fattispecie già prevista dall'ordinamento giuridico e divenuta applicabile solo dopo la modifica legislativa ... In queste ipotesi si parla comunemente di abrogatici sine abolitone, fenomeno che si verifica quando ad essere abrogata è una norma incriminatrice in rapporto di specialità con una o più norme diverse, aventi regolare efficacia operativa, perché preesistenti a quella abrogata ...” (Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, cit.).

Seguendo la medesima impostazione si è aggiunto che la punibilità di un fatto commesso nel vigore di una norma generale, che sia stata sostituita da una norma speciale, non costituisce applicazione retroattiva di questa, ma piuttosto ne esclude l'efficacia abolitrice per la porzione della fattispecie prevista dalla norma generale che coincide con quella della norma successiva, salvo che il legislatore con la medesima legge speciale stabilisca, in deroga alla disposizione dell'art. 2, (quarto) comma, cod. pen., la non punibilità dei reati in precedenza commessi (Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224608 – 01).

Declinando tali indicazioni ermeneutiche nel caso di specie – nel quale, come si è detto, si è negata la continuità normativa tra l'abrogata fattispecie del millantato credito c.d. “corruttivo” e quella contestualmente modificata del traffico di influenze illecite – un “automatico” effetto riespansivo di altra disposizione incriminatrice, preesistente alla novella del 2019, si potrebbe astrattamente ammettere solamente se fosse possibile riconoscere l'esistenza di un rapporto di specialità tra una norma speciale abrogata e altra norma generale preesistente, che torna così ad essere applicabile anche ai fatti pregressi.

Al riguardo va ricordato come costituisca espressione di un consolidato orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità l'affermazione secondo la quale, per poter definire l'ambito di applicabilità del principio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen., **l'unico criterio utilizzabile è quello che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie poste a confronto, perché è il solo affidabile per rilevare l'eventuale esistenza di una relazione unilaterale di genus a species: non essendo valorizzabili altri criteri, quale quello della consunzione o quello dell'assorbimento, perché privi di agganci normativi e di basi ricostruttive certe, dunque incompatibili con il principio di legalità (in questo senso, tra le altre, Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668 – 01; Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, Rv. 248722 – 01; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248864 – 01).**

Alla luce di tale regula iuris, va rilevato che tra le norme previste dagli artt. 640 e 346, secondo comma, cod. pen. non esisteva affatto un rapporto di genere a

specie, inteso come relazione di specialità unilaterale per specificazione o per aggiunta: perché il confronto della struttura astratta dei due illeciti permette di affermare che nella fattispecie del millantato credito c.d. “corruttivo” non erano presenti tutti gli elementi costitutivi della truffa, ma solo alcuni latamente comuni (il millantare credito in una, gli artifici e raggiri nell’altra) ed altri specializzanti (il pretesto di dover comprare o remunerare, e la promessa di altra utilità); senza, però, che nell’art. 346, secondo comma, cod. pen. fossero richiamati gli ulteriori elementi specializzanti propri del solo reato di truffa (l’induzione in errore, l’atto di disposizione patrimoniale e l’ingiusto profitto con altrui danno). Il rapporto tra le due considerate norme incriminatrici si atteggiava, cioè, con quelle caratteristiche nelle quali la dottrina ha ravvisato gli estremi di una relazione di specialità bilaterale o «di interferenza», in cui ognuna delle fattispecie poste a raffronto presenta elementi speciali ulteriori ed estranei rispetto all’altra: ipotesi queste che, per quanto innanzi premesso, non rientrano nella sfera di operatività della regola dettata dall’art. 15 cod. pen.

Il rapporto tra le norme rispettivamente previste dagli artt. 346, secondo comma, e 640 cod. pen., dunque, poteva dar luogo solo ad un concorso formale eterogeneo di reati, laddove la condotta accertata avesse realizzato contemporaneamente gli elementi riconducibili ad entrambe le fattispecie incriminatrici, qualificate da disomogeneità strutturale. Conclusione, peraltro, alla quale – sia pur talora in una indistinta considerazione di entrambe le ipotesi di reato di millantato credito – era pervenuto anche l’orientamento esegetico nettamente maggioritario nella giurisprudenza di legittimità (v., tra le molte, Sez. 6, n. 16467 del 23/03/2021, Zarrillo, non mass, sul punto; Sez. 6, n. 45889 del 06/10/2013, Di Matteo, Rv. 257463 – 01; Sez. 6, n. 9470 del 05/11/2009, dep. 2010, Sighinolfi, Rv. 246399 – 01; Sez. 6, n. 35340 del 23/04/2008, Zocco, Rv. 241246 – 01; Sez. 6, n. 19647 del 24/02/2004, Milia, Rv. 229547 – 01).

Per le vicende verificatesi prima della entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, dunque, va negata la possibilità di una “automatica” riespansione applicativa dell’art. 640 cod. pen., laddove risulti che i fatti siano stati addebitati all’imputato e siano stati accertati in base alla sola disposizione a suo tempo prevista dall’abrogato art. 346, secondo comma, cod. pen., e siano mancate una formale contestazione e un accertamento anche degli elementi specializzanti riconducibili al reato di truffa. In altri termini, l’assenza di una relazione di specialità unilaterale tra le due considerate disposizioni incriminatrici impedisce di ravvisare gli estremi di quella continuità normativa che, ai sensi dell’art. 2, quarto comma, cod. pen., consentirebbe al giudice di riqualificare i fatti, già integranti gli estremi di una fattispecie incriminatrice speciale ormai abolita, ai sensi di altra norma generale preesistente e tornata ad essere applicabile.

Tale conclusione è **coerente con le valutazioni offerte dalle Sezioni Unite**, le quali, nell’esaminare un analogo caso di successione di leggi penali nel tempo, hanno asserito che, mentre “l’abrogazione di una norma incriminatrice determina certamente

una situazione di c.d. abrogatici sine abolitione se la scelta legislativa mantiene fermo il disvalore delle classi di fatti conformi alla detta norma, riportandole implicitamente alla disciplina prevista da altra norma preesistente, in rapporto di specialità con la prima ..., non è (invece) riconducibile nell'ambito della previsione di cui al quarto comma dell'art. 2 cod. pen." il differente caso della applicazione di una norma preesistente riguardante una ipotesi di reato strutturalmente diversa da quella abrogata: situazione nella quale "opera certamente ... il disposto del secondo comma dell'art. 2 cod. pen., quanto alla fattispecie soppressa, non trovando la medesima, nel suo aspetto strutturale essenziale, riscontro in altra norma dell'ordinamento" (Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, cit.).

In conclusione, va affermato che il fatto commesso in epoca anteriore alla entrata in vigore della novella legislativa del 2019 ben poteva astrattamente corrispondere alle due fattispecie incriminatrici in esame, da considerarsi eventualmente in concorso formale: con la conseguenza che, abolita la fattispecie di millantato credito c.d. "corruttivo", l'imputato può essere chiamato a rispondere dell'altro reato, quello di truffa, purché nel processo siano stati formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie. Ad analoga soluzione si perviene per le condotte poste in essere dopo l'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 che restavano (e restano tuttora) punibili ai sensi dell'art. 640 cod. pen., in presenza di tutti i relativi elementi costitutivi, purché formalmente contestati all'imputato e accertati in fatto nel processo.

6. Alla luce delle argomentazioni fin qui esposte, la questione oggetto di rimessione va risolta enunciando, a norma dell'art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen. i seguenti principi di diritto:

"Non sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, secondo comma, cod. pen. – abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 – e il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis cod. pen., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t) della citata legge". "Le condotte, già integranti gli estremi dell'abolito reato di cui all'art. 346, secondo comma, cod. pen., potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa (in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito corruttivo), purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie incriminatrice".

(omissis)

2. Osservatorio Contrasti giurisprudenziali – Traffico di influenze illecite

in “Diritto Penale e Processo”, n. 2, 1 febbraio 2023, p. 261

NOTA A SENTENZA

a cura di Irene Scordamaglia

Riferimenti

Cass. pen. Sez. VI Sent., 26 maggio 2022, n. 32574

Il fatto e l'impugnazione

Il ricorrente era stato ritenuto responsabile del delitto di traffico di influenze di cui all'art. 346- *bis* c.p.- in tali termini essendosi riqualificata, nella sentenza di primo grado, l'originaria imputazione di cui all'art. 346 cpv. c.p. - per avere ricevuto da più persone distinte somme di denaro con il pretesto che le stesse dovessero essere versate a pubblici ufficiali che avrebbero potuto assumerle presso un ente per il tutoraggio di fondi comunitari.

Il difensore denunciava la violazione dell'art. 522 c.p.p. ed eccepiva che la riqualificazione del fatto era stata operata dal Tribunale in spregio alle garanzie difensive dell'imputato. Infatti, il difetto di correlazione tra l'accusa e la condanna, in assenza di preventiva interlocuzione sulla mutata qualificazione giuridica, essendosi rivelata d'ostacolo alla possibilità di articolare una strategia difensiva calibrata sulla specificità della ritenuta fattispecie di reato, aveva determinato una nullità generale e a regime intermedio della sentenza, pur se la nuova fattispecie era più favorevole in concreto.

La soluzione della Suprema Corte

La Sesta Sezione Penale della Cassazione ha respinto il ricorso perché infondato.

La Corte ha, infatti, sostenuto che vi è *continuità normativa* tra l'ipotesi prevista dall'abrogato art. 346, comma 2, c.p. (“La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 516 a euro 3.098, se il colpevole *riceve o fa dare o promettere a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato o di doverlo remunerare*”) e il novellato [per effetto dell'art. 1, lett. t), L. 9 gennaio 2019, n. 3] art. 346- *bis* c.p. (“Chiunque... *sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio..., indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio...*, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle

sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi”).

In tal senso orienterebbe: 1) *la comparazione tra gli elementi di struttura* delle fattispecie incriminatrici, posto che, salvo che per aspetti secondari ed esterni al nucleo fondante della incriminazione, il cui disvalore rimane invariato, *vi è sostanziale sovrapposibilità* sia della *condotta strumentale* dei due reati (stante l’equipollenza semantica fra le espressioni “sfruttando o vantando relazioni... asserite” e “millantando credito”), sia della *condotta “principale”*, che consiste pur sempre nella ricezione o promessa, per sé o per altri, di denaro o altra utilità; 2) il *profilo teleologico della condotta*, ossia il fine di “remunerare” il pubblico ufficiale che coincide con il “pretesto”; 3) la connotazione *modale* della *vanteria*, considerato che “le relazioni *asserite*” sono quelle oggetto di vanteria senza un minimo dato di realtà e la loro spendita è tratto di condotta che assorbe il richiamo, operato dalla norma abrogata, al “pretesto” di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale, di modo che in ambedue i casi si prescinde dall’ancoraggio della condotta ad un elemento oggettivo preesistente, ossia ad una relazione in essere col pubblico ufficiale; 4) la *voluntas legis*, posto che il nomoteta ha voluto sanzionare la millanteria di chi offende il prestigio della pubblica amministrazione in maniera diversa e specifica rispetto all’artificio e raggirò utilizzato da un generico truffatore; 5) *il bene giuridico tutelato*, che nella truffa è il patrimonio e nel millantato credito il prestigio della pubblica amministrazione, tanto vero che si è ritenuto possibile il concorso tra i due reati alla condizione che alla millanteria si accompagni un’ulteriore attività ingannatoria.

Il contrasto

Come anticipato, all’esito della riforma di cui alla L. 9 gennaio 2019, n. 3, che ha abrogato la figura del millantato credito e ridisegnato lo spazio applicativo del traffico di influenze, si è delineata un’area di interferenza tra le relative fattispecie incriminatrici, che ha alimentato un contrasto di orientamenti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità ad oggi non risolto.

Secondo una prima opzione, sussiste continuità normativa tra il reato di millanteria formalmente abrogato e quello di traffico di influenze, atteso che in quest’ultima fattispecie risulta attualmente ricompresa anche la condotta di chi, vantando un’influenza - meramente asserita - presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si faccia dare denaro ovvero altra utilità per remunerare il pubblico agente (Cass. Pen., Sez. VI, 27 maggio 2022, n. 20935; Cass. Pen., Sez. VI, 27 settembre 2021, n. 35581; Cass. Pen., Sez. I, 17 giugno 2021, n. 23877; Cass. Pen., Sez. VI, 18 gennaio 2021, n. 1869; Cass. Pen., Sez. VI, 30 aprile 2019, n. 17980). Tale approdo troverebbe fondamento nella *genesì* dell’art. 346- bis c.p., introdotto anche allo scopo di dare veste normativa alla figura di millantato credito di matrice giurisprudenziale, che *prescinde dall’esistenza effettiva delle relazioni vantate dal trafficante*: in effetti, la fattispecie di cui all’art. 346- bis c.p. è stata *dichiaratamente* intro-

dotta per estendere l'area della rilevanza penale, senza alcun intento selettivo rispetto alle situazioni già sanzionate, ma per ampliarne, semmai, lo spettro applicativo (Cass. Pen., Sez. VI, n. 1869/2021).

Secondo altro orientamento, invece, è da escludere che il rapporto tra le fattispecie in rassegna si atteggi in termini di continuità. Si assume, al riguardo, che non possa ritenersi compresa nella norma di cui all'art. 346- bis c.p. la condotta di chi, mediante artifici o raggiri, riceve o si fa dare o promettere danaro o altra utilità, col pretesto di dovere comprare il pubblico ufficiale o impiegato o di doverlo comunque remunerare, integrando, la stessa, piuttosto, il delitto di truffa di cui all'art. 640, comma 1, c.p. (Cass. Pen., Sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23407; Cass. Pen., Sez. VI, 22 luglio 2021, n. 28657; Cass. Pen., Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 5221). La chiave ermeneutica di tale impostazione sta nella individuazione dell'ipotesi di cui all'art. 346, comma 2, c.p. quale fattispecie autonoma, sulla base di un'analisi lessicale che ne consente l'assimilazione al tipo normativo della truffa, sul cui paradigma sarebbe ricalcata; in particolare, posto che il "pretesto" evoca una componente fraudolenta, ossia la prospettazione di una falsa causa giustificativa della corresponsione del danaro o della utilità, avente portata decettiva, la mancata riproposizione del detto termine, ovvero di altro avente significato equipollente, non potrebbe che essere letto quale segno di discontinuità. Donde, la punibilità del privato si giustifica a condizione che il rapporto tra il mediatore ed il pubblico agente sia effettivamente esistente o, quanto meno, potenzialmente suscettibile di instaurarsi, posto che solo in tal caso il bene giuridico tutelato dalla norma viene leso, mentre, nel caso in cui il privato sia tratto in errore, si realizza esclusivamente un pregiudizio alla sua sfera patrimoniale.

La dottrina

In seno alla ricca produzione dottrinale sul tema esaminato (A. Merlo, *Traffico di influenze illecite e millantato credito: successione di leggi o abrogazione parziale?*, in *Foro it.*, 2020, fasc. 10, parte 2, 662; S. Prandi, *Questioni di diritto intertemporale e continuità normativa tra millantato credito e "nuovo" traffico di influenze illecite*, in questa *Rivista*, 2020, fasc. 9, 1237; G. Pontepriano, *L'incerta qualificazione giuridica della venditio fumi. Conseguenze (in)attese dell'abrogazione del millantato credito*, in *Sistema Penale*, 2020 (17 giugno 2020); M. Gambardella, *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa*, in *Cass. pen.*, 2020, fasc. 4, sez. 2, 1535; M.P. Astorina, *L'unificazione di traffico di influenze e millantato credito: una crisi mal riuscita*, in *Sistema Penale*, 2020 (26 maggio 2020); A. Natalini, *Chiarito e risolto il discrimine tra le due fattispecie*, in *Guida al diritto, Il Sole 24ore settimanale*, 2019, fasc. 30, 61), si coglie una diffusa propensione per la tesi della discontinuità normativa tra l'abrogata seconda ipotesi di millantato credito e il riformulato delitto di cui all'art. 346- bis c.p.

3. Schema di svolgimento

DIRITTO PENALE

“Premessa la distinzione tra successione immediata e mediata delle leggi penali nel tempo ed enucleati i criteri discretivi, esamini il candidato, con riferimento alla prima (successione immediata), il rapporto tra l’abrogato delitto di millantato credito, il delitto di traffico di influenze illecite e il delitto di truffa”.

SVOLGIMENTO

1. La successione delle leggi penali del tempo.

La premessa deve muovere dalla circostanza per la quale la legge penale può mutare nel tempo e quindi dare luogo al fenomeno della successione delle leggi e alla necessità di individuare quale sia la fattispecie da applicare al caso concreto.

Tale successione si verifica sia se a succedersi sono leggi penali determinate nel loro contenuto e in tutti i loro elementi (successione immediata), sia se trattasi di norme penali in bianco il cui contenuto viene in parte demandato a leggi extrapenali (successione mediata).

1.1. La successione immediata nelle leggi penali nel tempo e criteri discretivi.

In tal caso, occorre dare atto della distinzione tra *abolitio criminis* e *abrogatio sine abolitio-
ne*, tratteggiando gli effetti della distinzione sul giudicato. Si tratta quindi di esaminare il comma 2, 3 e 4 dell’art. 2 c.p.

I criteri che sono stati a tal fine individuati sono quelli: a) della doppia punibilità in concreto; b) della continuità normativa; c) del raffronto strutturale tra le fattispecie.

1.2. La successione mediata nelle leggi penali nel tempo e criteri discretivi.

In tal caso, occorre verificare se la legge extrapenale integra o meno il precetto. Solo nel primo caso (integrazione) si pone il problema della successione mediata delle leggi penali nel tempo e della necessità di individuare i relativi criteri. Nel secondo caso, invece, trova applicazione l’art. 11 disp. prel. c.c.

I criteri che sono stati a tal fine individuati sono quelli: a) della specificazione; b) dell’incorporazione; c) della verifica in concreto.

2. Successione immediata e delitto di millantato credito.

Con riferimento al delitto di millantato credito, viene in rilievo la successione immediata della leggi penali nel tempo, atteso che trattasi di fattispecie definita dalla legge penale in tutti i suoi elementi costitutivi.

Prima della Legge Severino del 2012, l’ordinamento giuridico disciplinava solamente il reato di millantato credito e puniva la condotta del privato che millantava relazioni inesistenti con il pubblico ufficiale (o con l’incaricato di pubblico servizio) e chiedeva un prezzo per l’attività di mediazione o per la remunerazione proprio del pubblico ufficiale. La giurisprudenza interpretava tale fattispecie, estendendola anche alle relazioni esistenti effettivamente tra il privato e il pubblico ufficiale. Nel primo caso (relazione inesistenti),

il reato era a concorso necessario improprio, in quanto veniva punito unicamente il privato mentre, nel secondo caso (relazione esistenti), era a concorso necessario proprio, in quanto veniva punito anche il pubblico ufficiale.

Con l'entrata in vigore della legge Severino, l'art. 346 c.p. ha introdotto due diverse fattispecie: il millantato credito aveva a oggetto le relazioni esistenti del privato con il pubblico ufficiale, mentre il traffico illecito di influenze aveva a oggetto relazioni effettivamente esistenti tra il privato e il pubblico ufficiale.

La Legge del 2019 ha abrogato l'art. 346 c.p. e introdotto l'art. 346 *bis* c.p. (traffico influenze illecite). L'attuale disposto normativo ha unificato le due fattispecie e previsto, al di fuori dei casi di concorso, la punibilità della condanna sia di chi millanta relazioni esistenti, sia di chi millanta relazione inesistenti.

2.1. Contrasto.

La dizione della norma di nuovo conio ha determinato un contrasto giurisprudenziale.

Secondo un primo orientamento, il nuovo delitto di traffico di influenze illecite ha assorbito l'abrogato delitto di millantato credito, sussistendo continuità normativa tra le due fattispecie, sulla base dei criteri sopraesposti.

Secondo altro orientamento, deve, invece, essere esclusa siffatta continuità normativa sulla base del comma 2 dell'art. 346 *bis* c.p. (*cf.* Cass. Sez. Un. u.p. 29 febbraio 2024), cosicché l'abrogato reato di millantato credito deve essere oggi ricondotto al delitto di truffa.

SEZIONE III DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. Il principio di tempestività dell'azione amministrativa: i termini relativi al potere punitivo sono implicitamente perentori

a. Cons. stato, sez. V, 22 novembre 2022, n. 10197

MASSIMA

In base ai principi generali in materia di tempestività dell'azione amministrativa ed effettività del diritto di difesa, deve ritenersi che i termini fissati normativamente per l'esercizio di un potere amministrativo sostanzialmente punitivo abbiano carattere indefettibilmente perentorio.

1. La società Ristorante – *omissis* –. (di seguito “– *omissis* –”) ha impugnato con ricorso al TAR del Lazio **la delibera dell'ANAC-Autorità Nazionale Anticorruzione n. – *omissis* –, notificatale a mezzo pec in data 30.07.2021, con cui le sono state irrogate la sanzione di 45 giorni di interdizione dalla partecipazione alle procedure di gara e la sanzione pecuniaria di € 2.500,00**; ha altresì domandato l'annullamento della conseguente iscrizione nel casellario informatico disposta ai sensi dell'art. 80, comma 12, del D.Lgs. 50/2016, della comunicazione di avvio del procedimento del 17.05.2021 e di ogni altro atto premesso, connesso e/o consequenziale; in via subordinata alla declaratoria di illegittimità degli atti gravati, ha domandato la riforma, nell'esercizio dei poteri di merito riconosciuti al giudice amministrativo, delle sanzioni irrogate a mezzo del provvedimento impugnato.

2. **Le sanzioni impuginate sono scaturite dall'esclusione (con determina n. – *omissis* –) della società – *omissis* – dalla procedura di gara bandita dal Comune di Agerola per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli anni 2019/2022**, cui la stessa aveva partecipato quale mandataria del RTI risultato aggiudicatario, venendone poi esclusa per falsa dichiarazione in merito al possesso del requisito di adeguata capacità tecnico-organizzativa, in quanto, all'esito dei controlli effettuati da parte delle Amministrazioni competenti, era emerso che il locale del quale aveva dichiarato di disporre quale centro di cottura non era idoneo allo scopo, poiché all'interno vi erano ancora lavori in corso e non erano state reperite le attrezzature necessarie.

2.1. **In data 9 aprile 2021, a distanza di 14 mesi dall'accertamento dei fatti, il Comune segnalava l'irregolarità accertata all'ANAC la quale, acquisite le memorie difensive degli operatori economici coinvolti e della stazione appaltante,**

all'esito del procedimento adottava i provvedimenti sanzionatori impugnati e disponeva l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, in quanto riteneva imputabile a titolo di dolo la falsa dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione alla gara in merito al possesso del requisito richiesto dalla *lex specialis* e immune da censure l'operato della Stazione appaltante poiché il ritardo nella segnalazione della vicenda all'Autorità sarebbe dipesa dall'esigenza di attendere l'esito del giudizio pendente innanzi al T.A.R. Campania Napoli sul ricorso proposto dalla società avverso l'esclusione dalla gara nonché da difficoltà operative degli uffici comunali determinate dall'emergenza Covid.

...*Omissis*...

8. È fondato in via assorbente il primo motivo di doglianza con cui la società – *omissis* – lamenta **la violazione del termine di cui all'art. 10, comma 2, del Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**, approvato giusta delibera dell'Autorità n. 920 nell'adunanza del 16 ottobre 2019, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, **per la segnalazione della causa di esclusione all'ANAC da parte della stazione appaltante.**

In particolare, **l'art. 10, comma 2, del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio di ANAC** prevede che *“le segnalazioni sono formulate compilando in tutte le parti gli appositi moduli pubblicati sul sito istituzionale dell'Autorità. Tali moduli dovranno essere corredati della necessaria documentazione tecnico-amministrativa ed inviati all'Autorità entro 30 giorni dal verificarsi dell'evento o dalla conoscenza del fatto oggetto di segnalazione”*.

8.1. Deve innanzitutto osservarsi come **dalla qualificazione della natura giuridica del termine in questione, se perentorio oppure ordinatorio (o meramente “acceleratorio”** come ritenuto dalla sentenza appellata), dipende la fondatezza della censura in esame.

8.2. Rileva il Collegio che la questione appena delineata non può che essere risolta avendo riguardo ai principi generali di certezza, efficienza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Per quanto in particolare concerne i procedimenti sanzionatori, **l'applicazione dei suddetti principi postula che l'amministrazione (pur in assenza di una espresa qualificazione come perentorio di un termine stabilito) agisca comunque in modo tempestivo, rispettando l'esigenza del cittadino di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri**, e che, ove protragga in modo ingiustificato l'esercizio del potere, dia puntuale motivazione delle ragioni che le hanno, in ipotesi, impedito di applicare la sanzione in contiguità temporale con l'accertamento dell'illecito (negli stessi termini Cons. Stato, VII, 14 febbraio 2022, n. 1081).

8.3. Al riguardo, deve infatti rilevarsi che **tutti gli atti appartenenti alla categoria dei provvedimenti sanzionatori vanno analizzati secondo un criterio di “stretta tipicità legale”** (esattamente in termini si veda Cons. Stato, V, 25 gennaio 2022, n. 491) e che, per una ragione anche di interesse pubblico superiore, il potere sanzionatorio va esercitato a non eccessiva distanza dai fatti che ne costituiscono il fondamento: ciò

anche per la particolare afflittività della potestà sanzionatoria, essendo i procedimenti sanzionatori “micromodelli” di processi penali laddove l’ordinamento ritiene sufficiente restare all’interno dell’ordinamento amministrativo (così Cons. Stato, VI, 19 gennaio 2021, n. 584).

Nel procedimento sanzionatorio vi è infatti una stretta correlazione tra il rispetto del termine per l’adozione del provvedimento finale e l’effettività del diritto di difesa dell’incolpato, avente protezione costituzionale (nel combinato disposto degli articoli 24 e 97 Cost.). Rilevano poi, come evidenziato, preminenti esigenze di certezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive.

Ne consegue che **la particolarità del procedimento sanzionatorio assume, quanto al tema della tempistica procedimentale e alla sua scansione** (sia essa stabilita da norme di legge o di regolamento), **carattere decisivo rispetto al generale paradigma del procedimento amministrativo** di cui alla legge n. 241 del 1990 (in cui è pacifico, per contro, che lo spirare del termine per provvedere non determina conseguenze invalidanti sul provvedimento tardivamente adottato).

Il tempo dell’azione amministrativa non è, infatti, uniforme rispetto a tutti i sistemi di relazione tra amministrazione e amministrato: *“la relazione che può generarsi è chiaramente poliforme e dipende dalla trama normativa di riferimento, nonché dagli interessi sostanziali in gioco”* (Cons. Stato, VI, n. 584/2021). Pertanto, sia la potestà amministrativa che la posizione giuridica soggettiva dell’amministrato possono comporsi in modo differente: la esemplificazione di una pluralità di figure di interesse legittimo evidenzia la presenza di un diverso atteggiarsi della potestà pubblica, che a sua volta impone la presenza di regole sostanziali differenti nel delineare facoltà e obblighi dell’amministrazione e dell’amministrato.

8.4. In particolare, **nel procedimento sanzionatorio** (ove l’interesse dell’amministrato è quello che il procedimento si concluda tempestivamente con un provvedimento a lui favorevole) **la previsione di un “tempo procedimentale”** garantisce che l’accertamento della violazione non sia distante dalla sua punizione: ciò in quanto il tempo dell’agire amministrativo sostiene nell’ipotesi dell’esercizio potere sanzionatorio il soddisfacimento di interessi ulteriori rispetto al mero rilievo dell’avvenuta infrazione. È evidente, infatti, che il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale, poiché se l’irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo sia dalla sua commissione che dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo (in tali esatti termini, Cons. Stato, V, n. 584/2021 cit.).

8.4.1. Su queste basi, **un consolidato orientamento della giurisprudenza ha ritenuto che, in materia di sanzioni amministrative, il termine fissato per l’adozione del provvedimento finale ha natura perentoria**, a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo preveda (così, Cons. St., Sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; Id., 6 agosto 2013 n. 4113; Id., 29 gennaio 2013 n. 542; Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3015; cfr. Cons. St., Sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289; Cons. St. Sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695; Id., 3 maggio 2019, n. 2874; Cons. St., Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 2042; Cons. St., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153).

8.4.2. Inoltre, secondo la giurisprudenza, le norme di principio, relative ad una immediatezza della contestazione o comunque a una non irragionevole dilatazione dei suoi tempi, contenute nel Capo I della l. 24 novembre 1981, n. 689, sono dotate di applicazione generale dal momento che, in base all'art. 12, le stesse devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è applicata la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di danaro, compresa la materia dell'Antitrust (Cons. Stato, VI, 21 gennaio 2020, n. 512; cfr. anche Cass. Civ., sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1614): ciò in quanto l'intento del Legislatore è stato quello di assoggettare ad un statuto unico ed esaustivo (e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedurali per il soggetto inciso) tutte le ipotesi di sanzioni amministrative. È stato poi anche chiarito che l'ampia portata precettiva di una regola siffatta (che cioè induce generalmente a connotare di perentorietà i termini per la contestazione delle violazioni amministrative) è esclusa soltanto dalla presenza di una diversa regolamentazione da parte di fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre deroga alla norma generale e di principio (in tal senso v. Cons. Stato, VI, 512/2020 cit.).

8.4.3. **Ai fini del legittimo esercizio del potere sanzionatorio attribuito dalla legge all'ente titolare sono, dunque, immanenti allo specifico settore ordinamentale** (a ragione del carattere affittivo della sanzione e a garanzia dell'incolpato) i **principi di tempestività della contestazione, di proporzionalità e ragionevolezza**; il fatto poi che il successivo processo amministrativo si svolga secondo un modello pienamente aderente ai dettami dell'art. 6 CEDU non consente di recuperare il tempo del procedimento sanzionatorio inutilmente decorso né di ritenere, di conseguenza, sanato il termine ragionevole non rispettato all'interno di quest'ultimo (si veda in analoghi termini Cons. Stato, VI, n. 584/2021 cit.).

8.4.4. Occorre ricordare che di recente la **Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 12 luglio 2021 ha affermato i seguenti principi**: *“Nel procedimento sanzionatorio, riconducibile nel paradigma dell'agere della pubblica amministrazione, ma con profili di specialità rispetto al procedimento amministrativo generale, rappresentando la potestà sanzionatoria – che vede l'amministrazione direttamente contrapposta all'amministrato – la reazione autoritativa alla violazione di un precetto con finalità di prevenzione, speciale e generale, e non lo svolgimento, da parte dell'autorità amministrativa, di un servizio pubblico (Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 15 luglio 2014, n. 15825), l'esigenza di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, da parte dei consociati, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri, assume una rilevanza del tutto peculiare, proprio perché tale esercizio si sostanzia nella inflizione al trasgressore di svantaggi non immediatamente correlati alla soddisfazione dell'interesse pubblico pregiudicato dalla infrazione”*.

La Corte ha statuito che, in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità non solo impone la predeterminazione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della misura della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti (Corte cost. n. 5/2021), ma deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento affittivo con specifico riguardo alla scansione crono-

logica dell'esercizio del potere: ciò in quanto la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell'esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell'interesse soggettivo alla tempestiva definizione della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale.

Infatti, secondo la Corte Costituzionale *“Alla peculiare finalità del termine per la formazione del provvedimento nel modello procedimentale sanzionatorio corrisponde una particolare connotazione funzionale del termine stesso. Mentre nel procedimento amministrativo il superamento del limite cronologico prefissato dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990 per l'esercizio da parte della pubblica amministrazione delle proprie attribuzioni non incide ex se, in difetto di espressa previsione, sul potere (sentenze n. 176 del 2004, n. 262 del 1997), in quanto il fine della cura degli interessi pubblici perdura nonostante il decorso del termine, la predefinitiva legislativa di un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso risulta coesistente ad un sistema sanzionatorio coerente con i parametri costituzionali sopra richiamati”*.

8.5. Tanto evidenziato osserva il Collegio che **il potere esercitato dall'ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ha natura sanzionatoria ed affittiva** (come di recente ritenuto con riferimento al potere esercitato dalla stessa Autorità ai sensi dell'analogo art. 38, comma 1 *ter*, del d.lgs. n. 163 del 2006 dalla decisione di questa Sezione 25 gennaio 2022, n. 491).

8.5.1. In particolare, il menzionato art. 80 comma 12, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie, dispone che: *“In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione delle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a 2 anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”*.

8.5.2. Così richiamata la norma a fondamento del potere esercitato dall'Autorità, non può dubitarsi che **l'annotazione nel casellario informatico ha certamente natura sanzionatoria**, a prescindere (come già ritenuto anche da Cass., SS.UU., 4 dicembre 2020, n. 27770) dalla ravvisabilità degli indici elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per l'affermazione di un *quid pluris* e cioè della natura sostanzialmente penale (cui devono correlarsi determinate garanzie) della sanzione ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ed in particolare di quelli della qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, della intrinseca natura dell'illecito e del grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (c.d. *“Engel criteria”*, affermati per la prima volta dalla Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi, e poi ribaditi dalla sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia), tematica cui è applicabile la recente giurisprudenza costituzionale evocata dall'appellante e sopra richiamata (si veda anche Corte cost., 16 aprile 2021, n. 68 concernente l'estensione dello *“statuto costituzionale”* delle sanzioni penali a quelle amministrative a carattere punitivo).

8.5.3. Infatti, come affermato dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato *“occorre considerare che, seppure l'annotazione sia generalmente ricondotta nell'ambito della funzione di vigilanza*

e controllo dell'ANAC (argomentando anche dall'art. 213, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016), con riguardo alla falsa dichiarazione o falsa documentazione non costituisce un mero atto dovuto da parte dell'ANAC a seguito della segnalazione, imponendo altresì un giudizio di imputabilità della falsa dichiarazione (in termini di dolo o colpa grave), e producendo delle conseguenze inequivocabilmente afflittive, in particolare l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalti per un dato arco temporale, così da assumere –lo si ripete– natura sanzionatoria (in termini Cons. Stato, V, 13 dicembre 2019, n. 8480)” (in tal senso Cons. Stato, V, n. 491/2022 cit.).

8.5.4. In definitiva, **le previsioni del Regolamento in questione disciplinano l'esercizio di un potere sanzionatorio da parte di Anac che si manifesta nell'adozione di provvedimenti dotati di un tasso di discrezionalità coesistente alla loro natura, sia in ordine all'accertamento dei fatti e alla loro qualificazione giuridica** (per i quali sussiste una accentuata discrezionalità tecnica), sia in ordine alla quantificazione della sanzione.

8.6. Ciò posto, acclarato che l'Autorità esercita un potere sanzionatorio di natura discrezionale, non si intravede qui ragione per discostarsi dai principi, pienamente mutuabili alla presente fattispecie e al *thema decidendi* oggetto dell'odierno giudizio, affermati dalla costante giurisprudenza sopra richiamata in materia di procedimenti sanzionatori, secondo cui: *“Il tempo dell'agire amministrativo nel suo valore intrinseco va declinato non in termini assoluti ma in termini relativi, mentre deve essere declinato in termini assoluti solo quando si rifletta sul suo valore estrinseco, ossia sulla sua rilevanza effettuale. Il tempo dell'azione amministrativa, infatti, rappresenta una parentesi all'interno della quale la potestà amministrativa spiega efficacia attrattiva sulla sfera giuridica dell'amministrato. Il processo sanzionatorio (quasi penale) è di per sé una pena, e per cittadini e imprese i tempi moderni esigono certezze dei rapporti giuridici, per ulteriori plurime ragioni: a) la possibilità dell'amministrazione di provare la sussistenza della violazione si deteriora con il decorso del tempo; b) la possibilità per l'amministrato di offrire la prova contraria soffre la stessa sorte; c) l'effetto dissuasivo di prevenzione speciale è assicurato dall'esistenza di un lasso temporale ristretto tra contestazione della violazione e adozione del provvedimento sanzionatorio; d) lo stesso dicasi per l'effetto dissuasivo di prevenzione generale; e) in generale, il tempo ha la sua rilevanza come fatto giuridico e, in materia sanzionatoria, alla lunga, esso cancella ogni cosa. Risulta ragionevole, pertanto, affermare che in questo caso l'inutile decorso tempo dell'agire amministrativo ridonda in illegittimità del provvedimento sanzionatorio”* (Cons. Stato, VI, 19 gennaio 2021, n. 584 e giurisprudenza ivi richiamata).

8.7. Pertanto, se con riferimento all'esercizio della potestà sanzionatoria, i **ricordati principi di tempestività della contestazione o comunque di non irragionevole dilatazione dei suoi tempi (Cons. Stato, VI, 21 gennaio 2020, n. 512) sono volti a garantire un effettivo esercizio del diritto di difesa dell'interessato**, di sicura ascendenza costituzionale, deve rilevarsi come tali primarie finalità sono senz'altro soddisfatte anche dalla previsione espressa del termine di segnalazione delle falsità (dichiarative o documentali) accertate, implicanti l'esercizio del potere sanzionatorio di ANAC, da parte della stazione appaltante.

8.7.1. **Vi è dunque un primo argomento di carattere teleologico, fondato sulla ratio** della previsione regolamentare, che non consente al Collegio di condividere l'impo-

stazione accolta dal primo giudice secondo cui, non avendo il Regolamento qualificato espressamente come perentorio il termine per la segnalazione, debba per ciò solo escludersi tale natura: infatti, il potere sanzionatorio (e tale è certamente quello qui in concreto esercitato da parte di ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50/2016) deve esercitarsi nel rispetto delle esigenze di certezza giuridica della posizione dell'incolpato e dell'effettività del suo diritto di difesa; ne consegue che la previsione di termini perentori nel procedimento sanzionatorio è coerente con i principi di efficacia, di imparzialità e buon andamento e, prima ancora, con il canone della ragionevolezza, immanente all'ordinamento e trasversalmente applicabile a tutti i suoi settori, anche nella sua specifica declinazione di "ragionevole" durata del procedimento (cfr. Cons. Stato, VII, n. 1081/22 cit.; nonché Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2015, n. 1330 in tema di durata del procedimento preistruttorio dell'AGCom).

8.7.2. Già alla luce dei riportati principi generali non può essere allora condivisa l'interpretazione prospettata dai provvedimenti impugnati prima e dalla sentenza appellata poi sulla natura ordinatoria o meramente "acceleratoria" del termine in questione: essa esporrebbe l'incolpato a un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa.

8.7.3. Pertanto, **il fatto che il Regolamento Anac sulla potestà sanzionatoria non contenga un'esplicita previsione di perentorietà del termine in questione non ha efficacia decisiva ai fini della soluzione della presente controversia**: ma se anche ANAC avesse operato un'autoqualificazione del termine di segnalazione come *ordinatorio* (il che non è), ciò non sottrarrebbe la detta operazione al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, trattandosi dell'esercizio del potere di autoorganizzazione che deve necessariamente svolgersi nel rispetto dei ricordati parametri legislativi e costituzionali.

8.7.4. Inoltre, al riguardo non è superfluo osservare che **risulta assente a livello sostanziale una norma di carattere generale quale quella contenuta nel comma 2 dell'art. 152 c.p.c., secondo il quale: "I termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori"**. Quest'ultimo precetto non può, infatti, che trovare applicazione in ambito processuale (in tal senso Cons. Stato, VI, 584/2021 cit.).

8.7.5. Per converso, a prescindere da un'espressa qualificazione contenuta nel Regolamento, **deve ritenersi che vi è un'implicita previsione di perentorietà, desumibile dal sistema ordinamentale, anche del termine stabilito per l'invio della segnalazione ad ANAC da parte della stazione appaltante ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 80, comma 12, d.lgs. 50 del 2016; sicché il suo superamento, in assenza di giustificati impedimenti, non può che connotare in termini di illegittimità l'operato dell'amministrazione e, di conseguenza, il provvedimento sanzionatorio impugnato.**

8.8. Molteplici argomenti depongono in tal senso.

8.8.1. In primo luogo, il fatto che siano generalmente ritenuti perentori i termini di avvio e conclusione del procedimento sanzionatorio nonché ragioni di coerenza con i ricordati principi generali sottesi alla previsione di termini in tale materia portano a rite-

nera che **tutto il procedimento sanzionatorio innanzi all'ANAC sia caratterizzato da una logica acceleratoria per il corretto funzionamento del sistema.**

8.8.2. Se è vero che un regolamento può stabilire la perentorietà dei termini del procedimento qualora vi sia una base normativa, deve allora rilevarsi come nel caso in esame il precedente Regolamento per l'esercizio sanzionatorio di ANAC, che ha base normativa (è infatti la legge che ha delegato ANAC a disciplinare il procedimento sanzionatorio e a stabilire i termini ai fini del legittimo esercizio del potere), statuisse espressamente la perentorietà dei termini del procedimento sanzionatorio.

Pertanto, sebbene non vi sia un'espressa previsione in tal senso, **anche il termine di segnalazione all'Autorità deve considerarsi perentorio, avuto riguardo alle norme regolamentari che, stabilendo una precisa scansione temporale per ogni fase procedimentale, introducono l'obbligo di osservare il principio di tempestività sia nella fase di avvio che in quella di definizione del procedimento sanzionatorio.**

Infatti, se il *dies a quo* del termine per l'avvio del procedimento sanzionatorio e per procedere alla contestazione dell'addebito decorre, ai sensi dell'art. 11 del Regolamento (*Fase pre-istruttoria*), dalla ricezione della documentazione completa all'Autorità, mentre dalla data della ricezione della contestazione decorre, ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. b) del medesimo Regolamento, il termine di 180 giorni per la conclusione del procedimento, il mancato rispetto del termine per effettuare tale segnalazione non può allora che influire sull'avvio e, in definitiva, sulla stessa conclusione del procedimento sanzionatorio, riverberandosi in senso negativo sui relativi termini.

8.8.3. Nel caso di specie, **a fondamento della previsione dei termini procedurali vi è un'esigenza di certezza giuridica e tutela dell'impresa**, che non può essere esposta *sine die* al potere sanzionatorio di ANAC per gli effetti che esso determina sulla partecipazione alle gare (e quindi sulle esigenze organizzative delle risorse imprenditoriali).

8.8.4. Vi sono poi **ulteriori ragioni oltre a quelle esposte che depongono nel senso della perentorietà del termine *de quo*: anzitutto, un argomento di carattere testuale** laddove sono la stessa norma di legge (art. 80 comma 12 cit.: "*la stazione appaltante dà segnalazione all'Autorità*") e la previsione regolamentare (art. 10, comma 2: i moduli contenenti le segnalazioni "*dovranno*" essere inviate all'Autorità "*entro 30 giorni dal verificarsi dell'evento o dalla conoscenza del fatto oggetto di segnalazione*") a connotare l'adempimento in questione in termini di obbligatorietà e tempestività, e non di mera facoltà rimessa *ad libitum* alla stazione appaltante.

8.8.5. Sovvengono poi **non meno rilevanti esigenze di interpretazione sistematica**, per rendere la norma coerente con altre previsioni contenute nello stesso Regolamento per l'esercizio del potere sanzionatorio e con la stessa impostazione generale che, per superiori ragioni di interesse generale finalizzate al corretto e regolare funzionamento del sistema delle commesse pubbliche, ne è alla base.

8.8.6. Sul punto giova richiamare il precedente della Sezione (13 dicembre 2019, n. 8480) che— seppure con riguardo a fattispecie regolata dal precedente Regolamento uni-

co in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Anac (già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) approvato giusta delibera dell'Autorità del 24 febbraio 2014 e successive modifiche e integrazioni, *ratione temporis* lì applicabile – ha posto in risalto ragioni analoghe a quelle sopra esposte a fondamento della generale perentorietà dei termini del procedimento sanzionatorio innanzi all'Anac, rilevando come *“la natura affittiva delle sanzioni applicate all’esito dei procedimenti in esame assegna natura perentoria (...) al termine di inizio del procedimento al fine di evitare che l’impresa possa essere esposta a tempo indefinito all’applicazione della sanzione stessa”* (Cons. Stato, VI, 11 giugno 2019, n. 3919; nello stesso senso, implicitamente, VI, 8 aprile 2019, n. 2289): ragioni che sono pienamente mutuabili anche alla presente fattispecie disciplinata dal vigente Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità di cui si lamenta la violazione nei sensi sopra indicati.

8.8.7. In quest’ottica se l’art. 28, comma 6, del previgente Regolamento stabilisce che l’unità organizzativa responsabile *“comunica alle parti l’avvio del procedimento sanzionatorio, entro il termine massimo di 90 giorni dalla ricezione della segnalazione completa”*, il successivo art. 48, comma 2, chiarisce inequivocabilmente che *“i termini di avvio del procedimento (...) sono perentori”*.

8.8.8. Il che trova ragione, come già evidenziato, nei profili di specialità del procedimento sanzionatorio rispetto al paradigma generale del procedimento amministrativo, e in particolare nella natura affittivo-sanzionatoria del provvedimento che ne deriva, e dunque nel principio secondo cui *“l’esercizio di una potestà sanzionatoria, di qualsivoglia natura, non può restare esposta sine die all’inerzia dell’autorità preposta al procedimento sanzionatorio, ciò ostando ad elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei comportamenti”* (così Cons. Stato, 8480/2019 cit.; cfr. anche Cons. Stato, V, 3 maggio 2019, n. 2874; 3 ottobre 2018, n. 5695, nelle quali si chiarisce peraltro come, nel termine relativo alla conclusione del procedimento, vada computato anche il tempo occorso alla comunicazione del provvedimento all’interessato; v. anche V, 30 luglio 2018, n. 4657; VI, 30 aprile 2019, n. 2815).

8.8.9. **La norma di riferimento di rango primario idonea a giustificare la qualificazione di perentorietà dei termini procedurali è stata poi rinvenuta dalla richiamata giurisprudenza nell’art. 8, comma 4, d. lgs. n. 163 del 2006** – norma che si pone a fondamento del Regolamento sanzionatorio – secondo cui *«il regolamento dell’Autorità disciplina l’esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità nel rispetto dei principi»* anzitutto *«della tempestiva comunicazione dell’apertura dell’istruttoria»*, nonché *«della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti»* (così Cons. Stato, V, n. 8480/2019 e giurisprudenza ivi richiamata).

8.9. In conclusione, deve ritenersi che il termine di 30 giorni, previsto dal Regolamento sull’esercizio del potere sanzionatorio dell’Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, entro cui la stazione appaltante deve portare a conoscenza dell’Autorità la fattispecie

oggetto di possibile sanzione ha natura perentoria: tanto a ragione della portata afflittiva del provvedimento sanzionatorio e in ossequio ai canoni di certezza del diritto e di ragionevolezza.

Diversamente opinando, si rischierebbe l'aggiramento degli stessi termini del procedimento sanzionatorio dinanzi all'ANAC stabiliti dal Regolamento secondo una precisa scansione cronologica dell'esercizio del potere, nel contemperamento degli opposti interessi, quelli connessi all'applicazione delle sanzioni in gioco e la tutela del diritto di difesa.

Del resto non sussiste qui neppure una diversa regolamentazione da parte di una fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre una deroga alla generale perentorietà dei termini del procedimento sanzionatorio innanzi all'ANAC: perentorietà che era anzi affermata dal previgente Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio con riferimento ai termini di avvio e conclusione, secondo una *ratio* logica da estendere ragionevolmente anche al termine per la segnalazione dell'evento o dei fatti da porre a fondamento della futura contestazione, attività amministrativa per la quale il Regolamento qui applicabile pure stabilisce una precisa "*scansione procedimentale*" che non può essere tenuta *in non cale* da parte dell'ente segnalante.

Al riguardo, è opportuno anche precisare che il decorso dei trenta giorni è collegato dalla stessa norma regolamentare alla conoscenza dei fatti oggetto di segnalazione da parte della Stazione appaltante e, perciò, inevitabilmente al tempo di accertamento dell'infrazione, da intendersi come riferita all'acquisizione della piena conoscenza della condotta nella sua esistenza ed entità (*id est*: nel caso di specie, la falsità della dichiarazione resa o della documentazione presentata dall'operatore economico) e dei suoi effetti.

...*Omissis*...

9.5. La segnalazione all'Autorità da parte del Comune è avvenuta a distanza di quattordici mesi sia dagli accessi al centro cottura che dal provvedimento di esclusione del 27 febbraio 2020 (con il quale l'amministrazione aveva già preannunciato la doverosa segnalazione della vicenda all'ANAC); anche poi a voler considerare la sospensione dei procedimenti amministrativi collegati all'emergenza Covid, l'atto di segnalazione avrebbe dovuto essere al più inoltrato all'Autorità entro e non oltre il 15.06.2020.

9.6. Si tratta, in effetti, di un **tempo dell'agire amministrativo eccessivamente lungo e dilatato (oltre un anno), che appare obiettivamente incongruo sia in sé sia rispetto ai principi di tempestività e ragionevolezza sopra richiamati.**

Ne consegue che la tardività della segnalazione si è negativamente riverberata, con ciò che ne deriva in termini di illegittimità, sulla tempestività dell'avvio del procedimento sanzionatorio e dell'adozione dello stesso provvedimento finale impugnato (che, a causa del ritardo nella segnalazione, ha irrogato la sanzione a distanza di circa due anni dall'accertamento dei fatti).

La stazione appaltante non ha poi comunque addotto ragioni apprezzabili a giustificazione della violazione del termine anzidetto: tale non può ritenersi, anche

in considerazione dell'eccessivo lasso temporale decorso tra l'accertamento dei fatti e la loro segnalazione, nonché in mancanza di concreti e specifici elementi probatori, la situazione di emergenza sanitaria occorsa per un certo tempo nel Comune di Agerola; tanto più che vanno anche qui condivise le doglianze dell'appellante sulla genericità delle asserite giustificazioni da parte dell'ente segnalante e sulla mancanza di prova adeguata, da fornire nel contraddittorio tra le parti, in ordine all'assoluta impossibilità di adempimento dell'obbligo di tempestiva segnalazione, se del caso con l'adozione delle opportune misure organizzative.

10. Per le sopra esposte ragioni, ritiene il Collegio che la violazione del termine per l'invio della segnalazione all'Autorità di cui all'art. 10 del menzionato Regolamento comporta l'illegittimità dei provvedimenti sanzionatori impugnati in primo grado dalla società appellante.

L'accoglimento dello scrutinato motivo, portando all'annullamento degli atti impugnati, ha efficacia assorbente ed esime il Collegio dalla disamina degli altri profili di doglianza articolati, i quali corrispondono peraltro a motivi di ricorso di primo grado promossi in via espressamente subordinata dalla società appellante.

Appare utile solamente aggiungere, per completezza di esposizione, che, stante la natura perentoria del termine violato, doveva ritenersi necessaria anche la comunicazione delle risultanze istruttorie emerse soltanto nel corso del procedimento sanzionatorio in ordine all'esimente invocata dal Comune a giustificazione del superamento del termine di segnalazione della falsità dichiarativa, garantendo sul punto il contraddittorio pieno e adeguato con la società interessata.

11. L'appello, pertanto, deve essere accolto, restando assorbiti gli ulteriori motivi, in relazione al cui esame non residua alcun interesse in capo alla società appellante; di conseguenza, in riforma della sentenza appellata, deve essere accolto nei termini suindicati il ricorso di primo grado, con annullamento dei provvedimenti impugnati.

1.1. Alla Corte di giustizia UE la questione circa la compatibilità con il diritto eurounitario dell'applicazione dell'art. 14 l. n. 689 del 1981 alle procedure *antitrust*

a. Tar Lazio, sez. I, ord. 1 agosto 2023, n. 12962

MASSIMA

*È rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE: "Se l'art. 102 Tfue, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che **osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che***

impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito»(1).

(1) Il Tar per il Lazio ha evidenziato che viene spesso argomentato come l'inerzia dell'Agcm determinerebbe un *vulnus* agli interessi pubblici alla cui cura essa è preposta, sicché il termine sarebbe posto anche al fine di sollecitare un pronto intervento repressivo, evitando così il consolidarsi dell'affidamento dell'impresa, ma che, tuttavia, **l'applicazione di un termine decadenziale per l'avvio del procedimento istruttorio, a fronte di condotte illecite ancora in corso, apparirebbe, per certi versi, contraddittoria ed illogica, atteso che determina una sostanziale impossibilità per l'Autorità di reprimere fatti illeciti che continuano ad offendere l'interesse pubblico che la medesima autorità è istituzionalmente deputata a curare.** Infine, in relazione all'esigenza di certezza del diritto, il Tar per il Lazio ha osservato come l'ordinamento italiano già preveda, proprio onde evitare contestazioni che sopraggiungano dopo un tempo eccessivamente lungo, un diverso termine di prescrizione quinquennale dalla cessazione della condotta illecita (art. 28 l. n. 689 del 1981).

B – Diritto nazionale applicabile

§ 17. **La principale fonte normativa interna è la legge 10 ottobre 1990, n. 287 «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato», di cui si riporteranno gli articoli rilevanti ai fini della decisione.**

§ 18. Art. 1. Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario

«1. Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese.

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10, di seguito denominata "Autorità", applica anche parallelamente in relazione a uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della presente legge in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante.

4. L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

§ 19. Art. 3 Abuso di posizione dominante

«1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose [...].».

§ 20. Art. 12 Poteri di indagine (versione vigente al momento dell'apertura dell'istruttoria).

«1. L'Autorità, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative

dei consumatori, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3 [...]».

§ 21. L'articolo appena trascritto veniva modificato a mezzo dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185 e dell'art. 35, comma 1, lett. a), l. 5 agosto 2022, n. 118: si riportano solo le novità maggiormente rilevanti per il caso in esame.

«[...] 1-ter. L'Autorità ha il potere di definire le priorità di intervento ai fini dell'applicazione della presente legge e degli articoli 101 e 102 del Tfu. L'Autorità può non dare seguito alle segnalazioni che non rientrino tra le proprie priorità di intervento.

1-quater. I procedimenti relativi alle infrazioni degli articoli 101 o 102 del Tfu ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, incluso l'esercizio dei poteri di cui al presente capo II da parte dell'Autorità, rispettano i principi generali del diritto dell'Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...]»

§ 22. Art. 14 Istruttoria (versione vigente al momento dell'apertura dell'istruttoria)

«1. L'Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati [...]»

§ 23. Anche l'articolo appena trascritto veniva modificato dall'art. 1, comma 3, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185: si riportano gli stralci di rilievo ai fini della decisione.

«1. L'Autorità, nei casi di presunta infrazione degli articoli 101 o 102 del Tfu ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, svolge l'istruttoria in tempi ragionevoli e ne notifica l'apertura alle imprese e agli enti interessati [...]».

§ 24. Art. 15 Diffide e sanzioni (versione vigente al momento dell'apertura dell'istruttoria)

«1. Se a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in misura fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida [...]».

§ 25. Anche quest'ultima disposizione veniva modificata per mezzo dell'art. 1, comma 6 d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, nel seguente modo.

«1. Se, a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14 della presente legge, l'Autorità ravvisa un'infrazione degli articoli 101 o 102 del Tfu ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, fissa alle imprese e associazioni di imprese interessate il termine per l'eliminazione dell'infrazione stessa ovvero, se l'infrazione è già cessata, ne vieta la reiterazione. A tal fine l'Autorità può imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. Al momento di scegliere fra due rimedi ugualmente efficaci, l'Autorità opta per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità.

1-bis. Tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o associazione di imprese nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione [...]».

1-quater. Se, in base alle informazioni di cui dispone, l'Autorità ritiene che non sussistono le condizioni per ravvisare un'infrazione, l'Autorità può assumere una decisione in tal senso. Quando, dopo aver informato la Commissione europea ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, del regolamento (Ce) n. 1/2003, l'Autorità ritiene che sono venuti meno i motivi di intervento e chiude pertanto il procedimento istruttorio, ne informa di conseguenza la Commissione europea [...]».

§ 26. Art. 31 Sanzioni

«1. Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689»

§ 27. Di rilievo, in forza del rinvio appena trascritto è la legge 24 novembre 1981, n. 689 «Modifiche al sistema penale», che detta la disciplina generale delle sanzioni pecuniarie amministrative.

§ 28. Art. 12 Ambito di applicazione

«Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari»

§ 29. Art. 14 Contestazione e notificazione

«La violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa.

Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento.

Quando gli atti relativi alla violazione sono trasmessi all'autorità competente con provvedimento dell'autorità giudiziaria, i termini di cui al comma precedente decorrono dalla data della ricezione.

Per la forma della contestazione immediata o della notificazione si applicano le disposizioni previste dalle leggi vigenti. In ogni caso la notificazione può essere effettuata, con le modalità previste dal codice di procedura civile, anche da un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione.

Per i residenti all'estero, qualora la residenza, la dimora o il domicilio non siano noti, la notifica non è obbligatoria e resta salva la facoltà del pagamento in misura ridotta sino alla scadenza del termine previsto nel secondo comma dell'art. 22 per il giudizio di opposizione.

L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto»

§ 30. Art. 28 Prescrizione

«Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione.

L'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile».

§ 31. Infine, assume rilievo nel caso in esame anche il decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 «Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», fonte gerarchicamente subordinata alla legge ed emanato ai sensi dell'art. 10, comma 5, legge 10

ottobre 1990, n. 287 («con decreto del Presidente della Repubblica [...] sono stabilite procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione»).

C – La giurisprudenza in materia

§ 32. Le disposizioni sopra trascritte costituiscono il diritto nazionale applicabile alle procedure istruttorie svolte dall'Agcm per accertare e sanzionare gli illeciti anticoncorrenziali (quale l'abuso di posizione dominante contestato con il provvedimento oggetto del presente giudizio).

§ 33. In particolare, la questione che si rimette alla Corte di giustizia concerne la compatibilità con l'ordinamento europeo dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, per come interpretato nel diritto vivente.

§ 34. Appare opportuno, a questo punto, evidenziare come un primo e più risalente filone della giurisprudenza amministrativa italiana (che giudica della legittimità degli atti, anche sanzionatori, dell'Agcm) non reputava riferibile ai procedimenti dell'Agcm l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, in ragione della formulazione del rinvio disposto dall'art. 31 legge 10 ottobre 1990, n. 287, limitato alle disposizioni «*in quanto applicabili*». In particolare, essendo il procedimento istruttorio regolato dal decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 (fonte normativa subordinata alla legge), il quale non fissa alcun termine per la notifica dell'avvio dell'indagine, si è ritenuto insussistente l'onere di immediata contestazione (v. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2020, n. 1046, secondo cui «*appare condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale, per cui i termini perentori previsti dall'art. 14 l. n. 689/1981 non siano applicabili ai procedimenti di competenza dell'Agcm in materia di illeciti anticoncorrenziali, avendo tale norma carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale, nel caso di specie costituita dalla disciplina dei procedimenti di competenza dell'Autorità dettata dal d.P.R. n. 217/1998*»).

§ 35. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale appena descritto è stato oggetto di una più particolare riflessione che, invece, ha concluso per applicabilità del termine di novanta giorni previsto dall'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689: nel dettaglio, l'*accertamento* viene inteso come completamento della fase pre-istruttoria e valutazione, *in tempi ragionevoli*, delle emergenze raccolte al fine di formulare la contestazione («*in linea di principio, quindi, il fatto che l'Autorità Antitrust deliberi l'avvio della istruttoria a distanza di vari mesi dalla segnalazione della possibile infrazione non può in alcun modo essere considerato come una violazione dei diritti delle imprese coinvolte, né un superamento dei termini procedurali, in quanto la stessa valutazione della esigenza di avviare o meno l'istruttoria può presentarsi complessa. L'invocato termine di novanta giorni previsto dal comma 2 dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981 inizia a decorrere solo dal momento in cui è compiuta – o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in relazione alla complessità della fattispecie – l'attività amministrativa intesa a verificare la esistenza dell'infrazione, comprensiva delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi dell'infrazione stessa*», così Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896).

§ 36. Conseguentemente, nelle procedure istruttorie *antitrust*, al fine di non incorrere nella decadenza, l'Autorità deve entro novanta giorni formulare l'addebito: in altre parole,

una volta completata la fase pre-istruttoria, l'Autorità è tenuta a contestare, entro il citato breve termine, la violazione mediante la notifica dell'atto di apertura del procedimento. Il *dies a quo*, quindi, non coincide necessariamente con la prima segnalazione dell'illecito, bensì con la conclusione dell'*accertamento* svolto nella fase pre-istruttoria: pertanto, i novanta giorni decorrono una volta completata la raccolta degli elementi fattuali necessari a contestare l'illecito (sul punto v. Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2020, n. 3572 secondo cui «*deve però precisarsi che il decorso dei novanta giorni è collegato dall'art. 14 della legge n. 689 del 1981, non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell'infrazione. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita implicante il riscontro [...] della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti*»).

§ 37. Ovviamente, l'avvenuta conclusione dell'*accertamento* costituisce oggetto di valutazione del giudice amministrativo, che può verificare se ad una certa data potesse ragionevolmente formularsi la contestazione.

§ 38. Su quest'ultimo punto, appare opportuno citare un recente pronunciamento giurisprudenziale che costituisce utile parametro per evidenziare le modalità di sindacato del giudice amministrativo sull'avvio del procedimento: **Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512, reputava infatti eccessiva la durata della fase pre-istruttoria, protrattasi per circa quattro anni, in un procedimento concernente un'intesa anticoncorrenziale**. Invero, dopo una segnalazione pervenuta nel novembre 2011 l'Autorità avviava una complessa attività pre-istruttoria, consistente nell'audizione del segnalante, nell'invio di alcune richieste di informazioni, anche a soggetti istituzionali, le cui ultime risposte pervenivano nel febbraio 2014; successivamente venivano acquisiti ulteriori documenti nel settembre 2015, per poi procedere all'apertura dell'istruttoria nell'ottobre 2015. Orbene, il giudice amministrativo reputava illegittimo il ritardo nell'apertura del procedimento istruttorio, atteso che gli atti acquisiti nel settembre 2015 non venivano reputati necessari al fine dell'*accertamento* dell'illecito, retrodatando così il giorno di perfezionamento dell'*accertamento* al febbraio 2014: conseguentemente, essendo trascorsi circa venti mesi tra l'*accertamento* e l'apertura del procedimento (quindi più dei novanta giorni previsti dalla legge), si sentenziava la decadenza dal potere sanzionatorio, annullando quindi l'atto impugnato.

§ 39. Va poi notato che la riscontrata tardività determina l'assorbimento di ogni altra contestazione, anche nei casi in cui l'intesa venga (dall'Agcm) reputata perdurante oltre l'avvio dell'istruttoria: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2022, n. 878, che ha evidenziato come «*la decadenza dell'Autorità dal potere tardivamente esercitato, potrebbe essere assimilata in una qualche misura al vizio di incompetenza [che determina] un'ipotesi di assorbimento legale ovvero obbligatorio di ogni altro vizio dedotto*».

§ 40. Questa seconda lettura dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, appare consolidarsi in maniera assai rigorosa negli ultimi più importanti pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa che, oltre a ribadire la certa applicabilità della disposizione, procede ad un attento scrutinio degli elementi acquisiti durante la fase pre-istruttoria: così, esemplificativamente, è stata reputata tardiva la contestazione di avvio notificata

quattro anni dopo la segnalazione di possibile illecito *antitrust*, in ragione della sufficienza del primo atto per procedere alla contestazione della violazione, chiarendo che nei «casi in cui un procedimento istruttorio sia avviato a seguito di una segnalazione pervenuta all’Autorità, si può desumere dalla previsione di cui all’art. 13 della L. n. 287/1990 che, tendenzialmente, il termine per la contestazione dell’illecito/avvio dell’istruttoria decorre da tale momento, salvo che la segnalazione sia “incompleta” o “non veritiera”» (Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1761).

§ 41. Conseguentemente, seguendo l’ermeneusi di cui agli ultimi consolidati arresti giurisprudenziali, può affermarsi come il *dies a quo* fissato per determinare il termine di novanta giorni non sia individuabile *ex ante* in maniera inequivocabile, essendo sempre dipendente dalla completezza degli elementi indicati nella segnalazione, ovvero dagli atti acquisiti immediatamente dopo. Pertanto, ove dedotta la censura in sede di impugnazione giurisdizionale, il giudice deve procedere ad un giudizio di prognosi postuma, ossia ad immedesimarsi nella posizione dell’Autorità e verificare se gli elementi disponibili in un certo momento fossero o meno sufficienti a formulare la contestazione.

§ 42. A conferma che sia quella descritta nei paragrafi precedenti l’interpretazione (ormai granitica) della giustizia amministrativa, può citarsi un altro arresto nel quale si è reputata tardiva l’apertura dell’istruttoria intervenuta circa tre anni dopo la prima segnalazione pervenuta all’Autorità da parte di una primaria impresa pubblica operante nel trasporto ferroviario. Irrilevante veniva reputata l’attività pre-istruttoria condotta, nonché la successiva denuncia anonima giunta all’Agcm circa 20 giorni prima della notifica dell’avvio dell’istruttoria, in quanto «pare evidente [...] che fin dal 2015 l’Autorità era stata resa edotta, con riferimento a più di un episodio rilevante, come il mercato [...] era percorso da potenziali interventi distorsivi coagulati in intese tra player leader del settore [inoltre] tale situazione conoscitiva imponeva all’Autorità un pronto intervento istruttorio, non solo volto al fine di sanzionare i protagonisti dei comportamenti anticoncorrenziali ma, soprattutto, a tutela del mercato di riferimento e degli altri operatori economici esclusi dall’asserito collegamento illecito nonché a tutela delle stazioni appaltanti. Ciò, per come è documentato in atti, non è avvenuto se non dopo l’esposto anonimo (ma estremamente circostanziato e predisposto con linguaggio giuridico-economico assolutamente appropriato e denso di informazioni rilevanti): si constata, dunque, nella vicenda qui in esame, che sono trascorsi circa tre anni tra il ricevimento delle prime segnalazioni e la comunicazione dell’atto di contestazione, senza che nel frattempo l’Autorità abbia svolto alcuna attività istruttoria finalizzata a stabilirne la verità e completezza» (Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503).

§ 43. Come già anticipato, l’applicazione meccanicistica dell’art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, seguendo l’ermeneusi descritta, determina che **l’eventuale sforamento (anche solo di un giorno) del termine di contestazione si traduce nell’annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento dell’Autorità**. Difatti, sebbene l’art. 15 legge 10 ottobre 1990, n. 287, chiarisca che la principale conseguenza dell’accertamento dell’infrazione sia l’intimazione a rimuovere la stessa (essendo la sanzione pecuniaria comminata solo per i casi più gravi), l’unicità dell’atto e, soprattutto, del procedimento determinano che il tardivo avvio di quest’ultimo infici inevitabilmente il provvedimento finale adottato. Pertanto, la pronuncia del giudice investe sia la sanzione pecuniaria, sia eventuali ulteriori disposizioni (es. ordini di cessazione o obblighi di astensione), ponendo

do sostanzialmente nel nulla l'operato dell'Agcm (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2022, n. 834).

§ 44. Inoltre, in forza del principio del *ne bis in idem* si determina l'impossibilità di riaprire successivamente una nuova istruttoria per il medesimo fatto, anche nelle ipotesi di illecito permanente, ossia per i casi in cui l'impresa non avesse mai interrotto la propria condotta illecita.

D – I motivi del rinvio

§ 45. Chiarito il diritto vivente rilevante, **appare dirimente, ai fini della risoluzione della presente controversia, sciogliere il dubbio circa la compatibilità con il diritto euorunitario dell'applicazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689 alle procedure *antitrust* condotte dall'Agcm.**

§ 46. A tal fine si rammenta in primo luogo che **la materia di cui è causa (ossia l'art. 3 legge 10 ottobre 1990, n. 287) costituisce trasposizione nell'ordinamento nazionale dell'art. 102 Tfu**, essendo le due disposizioni sostanzialmente equivalenti nella portata precettiva: per l'esatto rapporto tra le due fattispecie si rinvia all'art. 3 Reg (Ce) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002.

§ 47. Conseguentemente, pur essendo in contestazione un abuso di posizione dominante limitato al mercato nazionale, alla luce del disposto dell'art. 1, comma 4, legge 10 ottobre 1990, n. 287, risulta sussistente un interesse dell'Unione europea alla corretta applicazione delle disposizioni di legge per la repressione degli illeciti anticoncorrenziali. In tal senso appare opportuno richiamare un precedente pronunciamento della Corte di giustizia che ha evidenziato come *«esiste un interesse comunitario certo a che le regole del diritto comunitario, qualora appaiano dubbi nell'ambito dell'applicazione del rinvio operato dal diritto interno, possano ricevere un'interpretazione uniforme mediante sentenze rese dalla Corte su domanda di pronuncia pregiudiziale»* atteso che, *«per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano una interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate»* (così, testualmente Corte giust. Ue, 11 dicembre 2007, causa C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775).

§ 48. Orbene, come evidenziato ai paragrafi §§ 32 ss., **l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689 impone all'Agcm l'avvio del procedimento istruttorio entro un termine decadenziale di novanta giorni, mentre, come è noto, la Corte di giustizia, in relazione alle procedure *antitrust* condotte a livello europeo, ha statuito l'obbligo per la Commissione europea di concludere il procedimento (inteso come fase **pre-istruttoria ed istruttoria vera e propria**) entro un *termine ragionevole*** (v. Corte giust. Ue, 15 ottobre 2002, causa C-254/99 ECLI:EU:C:2002:582).

§ 49. Risulta quindi necessario chiarire se tale disarmonia nell'avvio delle indagini *antitrust* in ragione del mercato (nazionale o comune) nel quale si sviluppa l'illecito sia compatibile o meno con il diritto dell'Unione europea.

§ 50. Sul punto va rilevato come l'Agcm evidenzi che l'applicazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, può pregiudicare la propria operatività, ostacolando il corretto *enforcement* del diritto nazionale ed europeo in materia di concorrenza. Difatti, l'Autorità

sarebbe costretta a portare avanti in parallelo una pluralità di procedimenti che, per il loro numero, potrebbero compromettere il buon esito delle indagini, lasciando inevitabilmente impuniti alcuni illeciti.

§ 51. A tale riguardo, va tenuto a mente che l'attività dell'Autorità, specie nei casi di indagini condotte nei confronti dei maggiori *player* di mercato (si pensi, per tutti, alle *big tech*), risulta assai complessa, dovendo procedere già nella fase pre-istruttoria ad una serie notevole di verifiche, indipendentemente dalla completezza della segnalazione, per poter formulare correttamente la contestazione.

§ 52. Va osservato, invero, che **l'accertamento dell'Agcm non si esaurisce nella verifica della ricorrenza o meno di un fatto unisussistente (es. un'omissione ovvero il possesso di un requisito), bensì si compone della presa di conoscenza di una serie complessiva di azioni, omissioni e fatti, dai quali inferire una condotta (di regola protratta nel tempo) da qualificare giuridicamente mediante un procedimento di sussunzione in una fattispecie astratta caratterizzata dalla descrizione del precetto tramite concetti normativi non rigidamente definibili**, nonché spesso riferibili ad altre scienze non esatte (es., per rimanere nel caso in esame, *«prezzi eccessivi»*, sintagma normativo che rimanda alla scienza economica).

§ 53. Si aggiunga, inoltre, come **la rigorosa applicazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, potrebbe incidere anche sull'autonomia dell'Autorità**: invero, risulta palese che l'imposizione di un termine decadenziale di novanta giorni si traduce, nella pratica, nell'obbligo di avviare le istruttorie secondo un criterio meramente cronologico, comprimendo così la discrezionalità che caratterizza l'operato dell'Agcm (su cui il giudice amministrativo in ogni caso eserciterebbe il proprio sindacato).

§ 54. Su quest'ultimo punto va rilevato come la normativa europea citata dall'Autorità resistente (ossia gli artt. 3 e 4, par. 5, dir. 2019/1/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018) non sia applicabile al caso in esame – essendo stata recepita nell'ordinamento italiano solo nel 2021, quindi successivamente all'avvio dell'istruttoria. Nondimeno, va al contempo osservato come la direttiva non appare avere natura innovativa, costituendo in realtà la semplice positivizzazione di un principio generale dell'ordinamento.

§ 55. A corroborare la fondatezza di questa seconda tesi, inoltre, può citarsi il regolamento sulle procedure istruttorie relative agli illeciti in tema di diritti dei consumatori (pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole etc...), che prevede all'art. 5, comma 1, lett. f), delibera Agcm 1° aprile 2015, n. 25411 la possibilità che l'Autorità si pronunci con un atto di *«non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa»*.

§ 56. Ciò posto in relazione alla decisione discrezionale di avviare l'istruttoria, **vanno precisate alcune ulteriori circostanze che si reputano utili, al fine di rendere completa l'illustrazione della problematica sottoposta alla Corte di giustizia**.

§ 57. In primo luogo, va evidenziato come **la riconducibilità delle sanzioni irrogate dall'Agcm al campo para-penalistico (secondo i citati *Engel criteria*) determi-**

na come logica conseguenza il rispetto delle garanzie, anche procedurali, di cui all'art. 6 Cedu e art. 41 Carta di Nizza. In particolare, tra i principi del *fair trial* vi è sicuramente l'obbligo, per l'autorità pubblica, di contestare immediatamente la violazione («nel più breve tempo possibile», per usare il linguaggio della Cedu), al fine di garantire la parità delle armi ed evitare che il tempo trascorso possa tornare in danno dell'accusato, ledendo il suo diritto di difesa. Tuttavia, va osservato come l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, applicato nel diritto vivente nei modi descritti, si spinga oltre, determinando una vera e propria presunzione assoluta di lesione del diritto di difesa dell'impresa, collegata allo spirare del termine decadenziale. Difatti, nel diritto vivente non è mai stata reputata necessaria la prova dell'effettivo pregiudizio patito dal tardivo avvio del procedimento istruttorio.

§ 58. Al contempo, va rilevato come, nella pratica, non risulti necessariamente lesiva del diritto di difesa delle imprese una tardiva contestazione dell'illecito: difatti, salvo i casi specifici in cui venga dimostrata l'impossibilità di sottoporre all'Autorità un elemento di prova, va osservato che per tutta la fase pre-istruttorio le aziende traggono (o potrebbero trarre) un vantaggio competitivo dalla commissione dell'illecito.

§ 59. Va poi osservato che **proprio la natura lato sensu** penale della sanzione giustifica l'esistenza di una fase «segreta» (ossia condotta senza contraddittorio) durante la quale l'Autorità è chiamata a raccogliere tutti gli elementi necessari per procedere alla contestazione: infatti, limitare la fase pre-istruttorio ad accertamenti sommari comporta un'irragionevole compressione dell'azione dell'Autorità che, gravata dell'onere della prova, potrebbe non riuscire a ricostruire in maniera corretta e completa l'illecito.

§ 60. Inoltre, **anticipare eccessivamente l'apertura del procedimento aumenta il rischio che l'Agcm non acquisisca gli elementi di prova utili a suffragare l'ipotesi d'incolpazione**. Difatti, va tenuto a mente che quanto più completa è la conoscenza della vicenda fattuale da parte dell'Agcm prima dell'avvio del procedimento, tanto meno invasiva sarà la fase istruttorio: effettivamente, atti come le ispezioni potranno essere eseguiti dall'Autorità in maniera mirata, essendo già noto l'obiettivo del controllo; viceversa, ove l'Agcm fosse costretta ad aprire il procedimento prima ancora di aver compiutamente inquadrato la vicenda fattuale, inevitabilmente dovrà procedere ad una sorta di *pesca a strascico* durante l'istruttorio in contraddittorio, acquisendo indistintamente tutti gli elementi in qualche modo collegati all'attività dell'impresa con notevoli «aggravi» per ambedue le parti (da un lato l'Autorità avrà più materiale da verificare, dall'altro l'impresa vedrà maggiormente pregiudicata la propria attività).

§ 61. Quanto al tema della **tutela del legittimo affidamento**, va ribadito (v. § 41) che il *dies a quo* per il calcolo del termine decadenziale non è rigido, ma dipende da fattori contingenti in relazione al singolo caso (es. la completezza o meno dell'esposto), sicché esso non appare neppure garantire adeguatamente i soggetti sanzionati, potendo il loro affidamento essere in realtà la conseguenza dell'assenza di segnalazioni o di un accertamento preistruttorio non concluso.

§ 62. In una prospettiva speculare, viene spesso argomentato come l'inerzia dell'Agcm determinerebbe un *vulnus* agli interessi pubblici alla cui cura essa è preposta, sicché il ter-

mine sarebbe posto anche al fine di sollecitare un pronto intervento repressivo, evitando così il consolidarsi dell'affidamento dell'impresa.

§ 63. Tuttavia, l'applicazione di un termine decadenziale per l'avvio del procedimento istruttorio, a fronte di condotte illecite ancora in corso, appare, per certi versi, contraddittoria ed illogica, atteso che determina una sostanziale impossibilità per l'Autorità di reprimere fatti illeciti che continuano ad offendere l'interesse pubblico che la medesima autorità è istituzionalmente deputata a curare.

§ 64. Infine, in relazione all'esigenza di certezza del diritto va osservato come l'ordinamento italiano già preveda, proprio onde evitare contestazioni che sopraggiungano dopo un tempo eccessivamente lungo, un diverso termine di prescrizione quinquennale dalla cessazione della condotta illecita (v. art. 28 legge 24 novembre 1981, n. 689).

E – *Le questioni pregiudiziali rimesse alla Corte di giustizia dell'Unione europea*

§ 65. Alla luce della precedente esposizione, pertanto, appare necessario a questo Tribunale, pur non essendo giudice di ultima istanza, rimettere la seguente questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 Tfu:

«Se l'art. 102 Tfu, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito».

§ 66. Pertanto, alla luce di quanto esposto, in attesa del pronunciamento pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 Tfu, della Corte di giustizia dell'Unione europea, va sospeso internamente il presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima):

- a) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione al paragrafo § 65;
- b) ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa;
- c) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, la sospensione del presente giudizio;
- d) riserva alla sentenza definitiva ogni pronuncia in ordine alle spese del presente giudizio.

1.2. Il Consiglio di Stato detta uno statuto incisivo e garantista del “tempo del potere sanzionatorio”

a. Cons. St., II, n. 3977/2023

MASSIME

- a) *il diritto di riscuotere le somme dovute per la violazione dipende ed è conformato dal potere, riservato all'Amministrazione, di accertamento della violazione e di quantificazione della sanzione, che si esercita nel procedimento sanzionatorio, il quale è una specie del genere del procedimento amministrativo;*
- b)-c) *a tal fine e l'autorità indipendente può disciplinare in autonomia il proprio procedimento sanzionatorio e, nel farlo, è tenuta a stabilire in via generale e preventiva un termine per la sua conclusione (eventualmente regolandone la prorogabilità, altrimenti insussistente), mentre, se non vi provvede, si applica quello di trenta giorni di cui all'art. 2, co. 2, della legge n. 241 del 1990;*
- d) *il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, comunque (ragionevolmente) determinato, deve considerarsi perentorio, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto degli artt. 3, 23, 24 e 97 Cost. e dello “statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni;*
- e) *in ogni caso, qualora l'autorità abbia indicato un termine di conclusione del procedimento nella comunicazione di avvio (e questo non sia oggetto di specifica contestazione), ciò comporta l'assunzione di un “autovincolo” in ordine al tempo di esercizio del potere sanzionatorio;*
- f) *il diritto di riscuotere le somme dovute per la violazione si estingue (oltre che per la prescrizione “civilistica” di cui all'art. 28 della legge n. 689 del 1981) anche – laddove astrattamente sussistente – per tardivo esercizio del potere amministrativo, da cui ne dipendono accertamento e determinazione.*

Ecco i **passaggi essenziali** della sentenza davvero innovativa e coraggiosa:

“45. La decisione della controversia, con riferimento sia ai motivi dell'appello principale proposto dall'ARERA, sia alle censure dichiarate assorbite del giudice di prime cure e riproposte in grado di appello dall'impresa, richiede di affrontare, in via generale, le **problematiche connesse al tempo dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Amministrazione.**

46. A tal proposito, **viene innanzitutto in rilievo la legge n. 689 del 1981**, il cui Capo I (intitolato “Sanzioni amministrative”) si applica, ai sensi dell'art. 12, «per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro», salvo che sia diversamente stabilito, dunque anche ai procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti (sul punto si v., tra le tante, Cons. St., sez. VI, sent. n. 1832 del 2020), compresi quelli dell'ARERA (come si evince dall'art. 45, co. 5, del d.lgs. n. 93 del 2011, il quale, nell'escludere per quest'autorità la possibilità di pagamento rateale della sanzione di cui **all'art. 26 della legge n. 689 del 1981**, lascia chiaramente intendere, a contrario, che si applichino le altre norme del medesimo testo, come confermato anche dal successivo periodo, in cui si precisa che il termine per la notifica della contestazione dell'illecito per i residenti in Italia «di cui **all'articolo**

14, comma 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689» è di 180 giorni, invece che di 90, come previsto in via ordinaria).

46.1. Questa legge delinea un procedimento sanzionatorio scandito in due fasi: la prima è deputata all'accertamento della violazione e si conclude con la sua contestazione al trasgressore; la seconda è finalizzata alla decisione dell'autorità competente, contempla l'esercizio del diritto di difesa dell'interessato (mediante presentazione di scritti difensivi e documenti nonché audizione, se richiesta) e si conclude con l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione oppure con un provvedimento motivato di archiviazione.

46.2. **Per la prima fase, l'art. 14 della legge n. 689 del 1981 prevede un termine entro cui la violazione deve essere contestata al trasgressore e al soggetto eventualmente obbligato in solido al pagamento della sanzione** (immediatamente o mediante notifica da effettuarsi, per i residenti in Italia, entro 90 giorni – estesi a 180 per i procedimenti dell'ARERA – e, per i residenti all'estero, entro 360 giorni) ed esso ha senza dubbio natura perentoria, perché l'ultimo comma della disposizione citata stabilisce che il suo superamento comporta che «l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue».

46.3. **Nella legge n. 689 del 1981, non è invece indicato espressamente un termine per la conclusione della fase decisoria e** la lacuna, secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, in particolare civile, non potrebbe essere colmata mediante applicazione della legge n. 241 del 1990, in quanto la disciplina sulle sanzioni amministrative costituirebbe un sistema organico e compiuto, speciale rispetto alla normativa generale sul procedimento (tra le tante, si v. Cass. civ., ss. uu., sent. n. 9591 del 2006 e sez. I, sent. n. 6965 del 2018).

46.4. Pertanto, salvo i casi in cui vi siano leggi speciali che prevedono termini di decadenza specifici (come avviene, per esempio, per le misure previste dal codice della strada e per le sanzioni tributarie), in linea generale le Amministrazioni potrebbero esercitare la potestà punitiva entro il termine di prescrizione quinquennale indicato dall'art. 28 della legge n. 689 del 1981 e suscettibile di essere interrotto (si v., tra le tante, Cass. civ., ss. uu., sent. n. 9591 del 2006 e, con riferimento alle controversie sulle sanzioni amministrative delle autorità indipendenti che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, Cass. civ., sez. II, sentt. n. 1621 e n. 9517 del 2018, relative, rispettivamente, alla Consob e alla Banca d'Italia).

47. Tuttavia, pur considerando gli indirizzi giurisprudenziali innanzi richiamati, **il Collegio ritiene che debba porsi in adeguata luce la differenza, e la distinzione, tra il termine di prescrizione di cui all'art. 28 della legge n. 689 del 1981 e il termine di conclusione del procedimento.**

47.1. A tal proposito, occorre considerare che, come si evince dal citato art. 28, l'illecito amministrativo è fatto costitutivo, per la parte pubblica, del «diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni», che sorge nel momento in cui è stata commessa la violazione e si prescrive in un termine di cinque anni da quel giorno.

47.2. Come, su un piano generale, l'illecito aquiliano è fonte dell'obbligazione risarcitoria del danneggiante e del correlato diritto di credito del danneggiato (che è soggetto

a prescrizione), così anche l'illecito amministrativo determina l'insorgere di un rapporto obbligatorio di natura sostanziale tra il trasgressore – che, violando la norma, ha arrecato pregiudizio ai beni di rilievo pubblico da questa protetti – e l'Amministrazione, cui è affidata la funzione di tutelare quei beni.

47.3. **Il termine di cui all'art. 28 è dunque previsto per l'esercizio di un diritto e ha natura sostanziale** (come afferma peraltro anche Cass. civ., ss. uu., sent. n. 9591 del 2006), come confermato dal fatto che può essere interrotto secondo le norme del codice civile, ossia mediante atti da cui si evinca la volontà dell'Amministrazione creditrice di riscuotere la somma, tra cui quelli che danno avvio, impulso e conclusione al procedimento sanzionatorio.

47.4. **A differenza dell'illecito aquiliano**, rispetto al quale il danneggiato, per ottenere il risarcimento, deve formulare una domanda all'autorità giudiziaria (che, ai sensi dell'art. 2907 cod. civ., provvede alla tutela giurisdizionale dei diritti), **nel caso di quello amministrativo è la pubblica autorità, direttamente e unilateralmente, ad accertare i presupposti della sanzione e, talvolta, persino a determinarne il contenuto, nell'esercizio di un potere discrezionale finalizzato alla protezione di beni e interessi pubblici** (potestà che viene talora ricondotta nell'ampio genere della "autotutela"), nei limiti della cornice edittale delineata dal legislatore e sotto il controllo del giudice (il quale, in questa materia, è dotato anche di un potere sostitutivo, quantomeno limitatamente all'entità della misura: per l'autorità giudiziaria ordinaria, si v. l'art. 6, co. 12, del d.lgs. n. 150 del 2011, mentre per il giudice amministrativo si consideri che la materia rientra tra quelle devolute alla giurisdizione di merito, ai sensi dell'art. 134, co. 1, lett. c), cod. proc. amm.).

47.5. **Il «diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni» e il potere dell'Amministrazione di emanare l'ordinanza-ingiunzione sono dunque correlati**, perché il primo, pur derivando dall'illecito, è determinato dal secondo e da esso dipende; ma sono altresì distinti, perché diversi sono i piani su cui si muovono, essendo il primo attinente al rapporto obbligatorio tra privato e Amministrazione e il secondo inerente all'esercizio del potere unilaterale di conformare tale rapporto.

47.6. Ne deriva che **il termine posto dall'art. 28 della legge n. 689 del 1981 attiene alla prescrizione di un diritto e non all'esercizio del potere, rispetto al quale sorge dunque l'esigenza d'individuare un termine diverso e specifico, che possa garantire «la certezza giuridica della posizione dell'incolpato e l'effettività del suo diritto di difesa, che richiedono contiguità temporale tra l'accertamento dell'illecito e l'applicazione della sanzione»** (Corte cost., sent. n. 151 del 2021, la quale ha ritenuto di non poter sanare un'eventuale omissione normativa, «essendo rimessa alla valutazione del legislatore l'individuazione di termini che siano idonei ad assicurare un'adeguata protezione agli evocati principi costituzionali, se del caso prevedendo meccanismi che consentano di modularne l'ampiezza in relazione agli specifici interessi di volta in volta incisi»).

47.7. A tal fine, **il giudice è chiamato a interpretare le varie norme che vengono in rilievo, comprese quelle «che regolano casi simili o materie analoghe» e finan-**

co i «**principi generali dell'ordinamento**» (art. 11 disp. prel. cod. civ.), per verificare se da questi sia ricavabile un termine per l'esercizio del potere sanzionatorio.

48. Per quanto attiene la potestà punitiva dall'ARERA – che è l'oggetto della presente controversia – l'art. 45 del d.lgs. n. 93 del 2011 affida alla stessa Autorità il compito di disciplinare, «con proprio regolamento, nel rispetto della legislazione vigente in materia, [...] i procedimenti sanzionatori di sua competenza, in modo da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie».

48.1. **Con questo regolamento, l'Autorità è chiamata a stabilire, in via generale e preventiva, anche il termine di conclusione dei propri procedimenti sanzionatori:** benché il citato art. 45 non lo prescriva espressamente, questo potere-dovere può farsi discendere dall'art. 2, co. 5, della legge n. 241 del 1990, secondo cui «fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza».

48.2. **Il procedimento sanzionatorio è infatti una specie** – in quanto regolato da «specifiche disposizioni normative» – **del genere del procedimento amministrativo** (in questi termini si v. anche Corte cost., sent. n. 151 del 2021, secondo cui esso è «riconducibile nel paradigma dell'agere della pubblica amministrazione») **e quest'affermazione è valida a maggior ragione per le autorità indipendenti**, che svolgono funzioni di natura «amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco» (sul punto si v. Corte cost., sent. n. 13 del 2019, riferita all'AGCM ma espressione di principi generali e argomentata, tra l'altro, in riferimento alla possibilità per l'autorità di concludere il procedimento sanzionatorio accettando gli impegni del privato, attribuita anche all'ARERA; sulla natura amministrativa delle autorità indipendenti, per l'impossibilità di configurare, nell'ordinamento italiano, un "tertium genus" tra amministrazione e giurisdizione, si v. anche Cass. civ., sez. I, sent. n. 7341 del 2002).

48.3. La legge n. 241 del 1990, dunque, ben può essere applicata per colmare eventuali lacune delle discipline particolari – tra cui, appunto, quelle che regolano l'irrogazione di sanzioni da parte delle autorità indipendenti – specie laddove essa esprima principi generali correlati al dovere di garantire i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., come avviene appunto per l'obbligo di provvedere entro un termine certo, in forza del richiamo operato dall'art. 29, co. 2-bis, della legge n. 241 del 1990 all'art. 2, co. 4, del medesimo testo.

A ciò va aggiunto, su di un piano più specifico, che **non sembrano sussistere argomenti sul piano letterale, tali da condurre l'interprete ad escludere l'applicazione della legge n. 241 ai procedimenti amministrativi sanzionatori.**

Anzi, occorre osservare come l'art. 21-bis della legge n. 241 (dedicato a "Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati"), considera, per i fini sinteticamente illustrati nella sua rubrica, tutti i predetti provvedimenti limitativi, sia qualora abbiano carattere sanzionatorio, sia qualora ne siano privi (prescrivendo, in quest'ultimo

caso, che essi possano contenere «una motivata clausola di immediata efficacia»). Con il che, appare essere testualmente dimostrato come i procedimenti sanzionatori (ed i relativi provvedimenti che di essi costituiscono conclusione espressa, ai sensi dell'art. 2, co. 1, della normativa in questione), non sono affatto ontologicamente estranei alla regolamentazione generale offerta dalla citata legge n. 241.

48.4. Corollario di questa impostazione, è che, ai sensi dell'art. 2, co. 2, della legge n. 241 del 1990, quando l'Autorità, nell'esercizio della sua ampia autonomia normativa e organizzativa, non ha previsto un termine diverso, il procedimento deve concludersi entro trenta giorni.

48.5. L'ARERA ha esercitato la propria autonomia adottando il regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori con deliberazione n. 243/2012/E/com del 14 giugno 2012, nel quale non ha fissato il termine per la loro conclusione, giustificando l'omissione «in considerazione della eterogeneità delle violazioni, della diversità degli elementi di volta in volta raccolti in fase preistruttoria a fondamento delle contestazioni e della conseguente diversa complessità dei procedimenti sanzionatori volti ad accertare le violazioni» e ritenendo quindi «che la sede migliore per fissare il termine massimo di conclusione del procedimento sia la delibera di avvio, in quanto solo in essa è possibile rapportare la durata del procedimento alla sua complessità».

48.6. Tuttavia, come già affermato, la mancata fissazione, con “regolamento”, dunque in via generale e preventiva rispetto all'esercizio del potere sanzionatorio, del termine di conclusione del procedimento non può che comportare l'applicazione del termine di trenta giorni previsto dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990.

Diversamente opinando si verrebbe meno – e proprio con riferimento a procedimenti amministrativi “affittivi” (quali sono quelli sanzionatori), dove invece più forte ricorre l'esigenza – ad una garanzia essenziale per il cittadino e le imprese, quale quella offerta dalla predefinita durata del procedimento e, dunque, del termine per l'esercizio del potere sanzionatorio.

Occorre ancora aggiungere che **la determinazione della durata del procedimento effettuata di volta in volta** (ossia con la singola delibera di avvio del procedimento), **porterebbe ad una possibile incisione del principio costituzionale di imparzialità, di cui all'art. 97 Cost., oltre che del principio di uguaglianza “formale”, di cui all'art. 3 Cost.,** laddove si rifletta che si avrebbe una determinazione temporale dell'esercizio del potere sanzionatorio fatta “caso per caso” per soggetti, e non già preventivamente per oggettiva e predefinita casistica di violazioni.

D'altro canto, è proprio l'individuazione di tale casistica, afferente alle “specificità” del settore che hanno determinato la scelta legislativa della costituzione di un'Autorità indipendente, che costituisce, tra le altre ragioni, il fondamento dell'attribuzione di autonomia normativa anche in relazione alla determinazione dei termini di durata del procedimento.

49. Una volta individuato il termine per la conclusione del procedimento, vi è il problema della ricognizione della sua natura, se sia perentorio ovvero ordinatorio.

49.1. Per un primo orientamento, ormai largamente maggioritario nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, il termine di conclusione del procedimen-

to sanzionatorio dell'ARERA – e, più in generale, delle autorità indipendenti – **deve ritenersi perentorio**, a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo preveda, con la conseguenza che il suo superamento comporta l'illegittimità della sanzione irrogata, perché «sussiste una stretta correlazione tra il rispetto del richiamato termine e l'effettività del diritto di difesa dell'incolpato, avente rilievo costituzionale (artt. 24 e 97 Cost.), ed emerge altresì una ineludibile esigenza di certezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive incise dal potere sanzionatorio», anche in considerazione del fatto che di fronte al tardivo esercizio di quest'ultimo potrebbe essere difficoltoso per l'incolpato approntare in concreto degli adeguati strumenti di difesa (Cons. St., sez. II, sent. n. 584 del 2021 e, più di recente, sent. n. 6588 del 2022; con riferimento ad altre autorità indipendenti, si v. sez. VI, sent. n. 8155 del 2021, rispetto all'AGCM, e n. 7150 del 2020, rispetto all'AGCom; sez. V, sent. n. 8481 del 2019, rispetto all'ANAC).

49.2. Secondo una diversa impostazione, il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio non potrebbe che considerarsi ordinatorio, poiché la tesi della natura perentoria sarebbe sfornita di base legale e dato che le garanzie costituzionali in materia di difesa dei diritti e interessi legittimi del singolo sarebbero soddisfatte dalla presenza del termine di prescrizione quinquennale e dalla possibilità di agire contro l'inerzia dell'Amministrazione (Cons. St., sez. VI, sentt. n. 3401 del 2015, n. 911 e n. 1053 del 2018 e n. 6888 del 2020; nella giurisprudenza di primo grado, si v. TAR Lombardia, Milano, sent. n. 2888 del 2018); sotto altro profilo, la violazione del termine rappresenterebbe un vizio di procedura inidoneo a invalidare la sanzione, ai sensi dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, data la sua natura doverosa e vincolata (tra le più recenti, si v. Cass. civ., sez. II, sent. n. 1740 del 2022, relativa alla Consob).

49.3. Secondo una terza posizione, benché in linea generale il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio sia ordinatorio, il suo decorso potrebbe in concreto rappresentare un elemento sintomatico di eccesso di potere laddove non sia stato rispettato per negligenza: conseguenza dell'adesione a questa tesi è il riconoscimento al giudice di un potere di valutazione, caso per caso, della “ragionevolezza” del tempo di cui l'autorità ha avuto necessità in concreto per emettere la sanzione in rapporto a quello che aveva previsto d'impiegare in origine (Cons. St., sez. VI, sentt. n. 3401 del 2015; nella giurisprudenza di primo grado, si v. TAR Lombardia, Milano, sentt. n. 2458 del 2018 e, più di recente, n. 1838 del 2022).

50. Il Collegio ritiene che la tesi della natura perentoria del termine debba essere ribadita, secondo un'interpretazione del sistema normativo sopra descritto costituzionalmente orientata al rispetto dei principi di eguaglianza «davanti alla legge» (e, giocoforza, davanti al potere amministrativo), di cui all'art. 3 Cost., di legalità di cui all'art. 23 Cost., del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e dei canoni d'imparzialità e buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost..

50.1. Come affermato dalla Corte costituzionale, la potestà sanzionatoria, benché costituisca comunque una delle forme dell'azione amministrativa (circostanza che, come argomentato, consente di sanare eventuali lacune della disciplina relativa mediante ap-

plicazione di quella generale sul procedimento amministrativo), è caratterizzata da tratti peculiari, in quanto rappresenta «la reazione autoritativa alla violazione di un precetto con finalità di prevenzione, speciale e generale, e non lo svolgimento, da parte dell'autorità amministrativa, di un servizio pubblico»; in questo contesto, il principio di legalità «deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento affittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere. Ciò in quanto la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell'esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell'interesse soggettivo alla tempestiva definizione della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale» (sent. n. 151 del 2021), oltre a garantire il diritto dell'incolpato di difendersi in maniera efficace, nel procedimento prima e nel processo poi, evitando che il passare del tempo renda più difficile l'acquisizione di prove a discarico.

50.2. La tesi della natura perentoria del termine non è, dunque, priva di base legale, perché la norma che regola l'esercizio del potere – e, a dire il vero, la norma giuridica in generale – è frutto dell'attività ermeneutica dell'interprete, che la trae dalle singole disposizioni considerate nel sistema in cui sono inserite: in questo caso, sono le peculiarità del potere sanzionatorio e delle garanzie che la Costituzione vi ricollega ad assegnare natura perentoria ai termini previsti dal legislatore per il suo esercizio (o, in assenza di termini specifici, a quello generale di trenta giorni di cui alla legge n. 241 del 1990, ove riferito alla potestà sanzionatoria).

50.3. Arbitrario, d'altronde, sarebbe consentire a un'autorità pubblica – già di per sé dotata di un'ampia autonomia organizzativa e amministrativa, comprensiva della facoltà di scandire unilateralmente i tempi della propria azione – **di fissare di volta in volta il termine per la conclusione dei propri procedimenti, di prorogarlo, di violarlo, senza conseguenza alcuna.**

51. La posizione qui ribadita appare inoltre in maggiore armonia, rispetto alle altre formatesi sulla questione, con la giurisprudenza costituzionale più recente, che «ha ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo – in quanto tali (independentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi) – larga parte dello “statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni penali» (sent. n. 68 del 2021, la quale – è doveroso sottolinearlo – riferisce tali principi a tutte le sanzioni a prescindere dalla loro qualificazione come “pene” ai sensi dell'art. 6 della CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo a partire dalla sentenza 8 giugno 1976, cause 5100-5101-5102/71 e 5354-5370/72, Engel v. The Netherlands).

51.1. Tra le regole che caratterizzano lo “statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni penali – e, com'è ormai acquisito, delle sanzioni tout court – vi è anche quella che impone, quale corollario del principio di legalità, la predeterminabilità della durata della “prescrizione”, ossia dell'estinzione dell'illecito per effetto del decorso del tempo e dell'affievolimento progressivo dell'interesse della collettività alla punizione del responsabile (Corte cost., sent. n. 140 del 2021, che si riferisce espressamente sia alle fattispecie di reato, sia alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo).

51.2. **Tale principio non è né può certo essere rispettato mediante l'applicazione della "prescrizione" di cui all'art. 28 della legge n. 689 del 1981**, la quale è disciplinata da regole civilistiche che ne consentono l'interruzione senza limiti, con la conseguenza che l'estinzione del diritto alla riscossione della sanzione potrebbe non sopraggiungere per un tempo indefinito, se l'Amministrazione è diligente nel compiere atti a tutela del proprio credito.

51.3. **Al contrario, è nell'ambito della disciplina del procedimento sanzionatorio che può e deve essere soddisfatta l'esigenza di assicurare un tempo massimo oltre il quale il privato si sottragga alla potestà punitiva dell'Amministrazione**, appunto riconoscendo natura perentoria al termine di conclusione dello stesso: in questa prospettiva, il diritto di credito dell'Amministrazione avente a oggetto le somme dovute per la violazione può estinguersi – oltre che per la prescrizione "civilistica" di cui all'art. 28 della legge n. 689 del 1990 (ovviamente, in difetto di atti interruttivi) – anche, laddove astrattamente sussistente, per tardivo esercizio del potere sanzionatorio da cui ne dipendono l'accertamento e la determinazione.

52. Per queste ragioni, **il Collegio non reputa convincenti le altre tesi elaborate rispetto alla problematica in esame.**

52.1. Non è condivisibile quella che ritiene che il termine sia ordinatorio, o che il suo superamento rappresenti un vizio non invalidante, perché trascura la peculiare natura del potere sanzionatorio e del procedimento che ne regola l'esercizio.

52.2. **Non può essere accolta quella che sostiene che sia legittimo stabilire il termine di conclusione caso per caso, rimettendo al giudice la valutazione della "scusabilità" della sua inosservanza**, perché in contrasto con i principi di legalità, certezza del diritto ed eguaglianza che devono informare l'azione amministrativa, specialmente in questa materia (peraltro, non è superfluo osservare che, proprio negli ambiti in cui operano le autorità indipendenti, l'incertezza regolatoria può rappresentare un disincentivo per gli investimenti degli operatori economici, con riduzione anche della capacità di attrarre capitali dall'estero).

Da quest'ultimo punto di vista, però, occorre considerare che, se il termine per la conclusione del procedimento è indicato nella comunicazione di avvio, esso – ove non contestato in sé, in quanto posto per il singolo caso invece che in via generale con "regolamento", come impongono l'art. 45 del d.lgs. n. 93 del 2011 e l'art. 2, co. 5, della legge n. 241 del 1990 – costituisce comunque un "autovincolo" al cui rispetto l'Autorità si assoggetta, con la conseguenza che il suo superamento comporta l'illegittimità della sanzione, sia per la natura perentoria che deve essergli riconosciuta, quale termine comunque riferito a una procedura sanzionatoria, sia in considerazione del dovere di buona fede che informa i rapporti tra Amministrazione e privato, in forza del quale la prima non può frustrare l'affidamento ingenerato circa il momento in cui il secondo vedrà definita la propria situazione giuridica, mediante liberazione dalla soggezione alla sanzione ovvero mediante la possibilità di contestarla dinanzi al giudice (munito, come ricordato in precedenza, anche di un potere sostitutivo della stessa).

53. **Pertanto, in conclusione, il Collegio ritiene di affermare che:**

- dalle violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro deriva il diritto dell'Amministrazione di riscuotere tale somma, che è soggetto alla prescrizione quinquennale "civilistica", di cui all'art. 28 della legge n. 689 del 1981, la quale può essere interrotta dalla creditrice senza limiti;

- il diritto di riscuotere le somme dovute per la violazione dipende ed è conformato dal potere, riservato all'Amministrazione, di accertamento della violazione e di quantificazione della sanzione, che si esercita nel procedimento sanzionatorio, il quale è una specie del genere del procedimento amministrativo;

- l'ARERA può disciplinare in autonomia il proprio procedimento sanzionatorio e, nel farlo, è tenuta a stabilire in via generale e preventiva un termine per la sua conclusione (eventualmente regolandone la prorogabilità, altrimenti insussistente), mentre, se non vi provvede, si applica quello di trenta giorni di cui all'art. 2, co. 2, della legge n. 241 del 1990;

- il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, comunque (ragionevolmente) determinato, deve considerarsi perentorio, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto degli artt. 3, 23, 24 e 97 Cost. e dello "statuto costituzionale" sostanziale delle sanzioni;

- in ogni caso, qualora l'ARERA abbia indicato un termine di conclusione del procedimento nella comunicazione di avvio (e questo non sia oggetto di specifica contestazione), ciò comporta l'assunzione di un "autovincolo" in ordine al tempo di esercizio del potere sanzionatorio;

- il diritto di riscuotere le somme dovute per la violazione si estingue (oltre che per la prescrizione "civilistica" di cui all'art. 28 della legge n. 689 del 1981) anche – laddove astrattamente sussistente – per tardivo esercizio del potere amministrativo, da cui ne dipendono accertamento e determinazione.

2. I provvedimenti *antitrust* riuniscono in un atto l'esercizio di due distinte potestà, sanzionatoria e ablatoria

a. Tar Lazio, Roma, sez. I, 11 maggio 2024, n. 9315

MASSIME

L'azione svolta dall'autorità garante della concorrenza e del mercato rientra nella categoria dei procedimenti sanzionatori esecutivi, in quanto i provvedimenti adottati all'esito dell'istruttoria hanno prioritariamente finalità conformativa dell'attività economica privata, essendo esercizio di un potere di natura ablatoria personale, volto ad eliminare la turbativa dell'interesse pubblico causato dall'infrazione.

I provvedimenti de quibus sono atti di amministrazione attiva, finalizzati alla cura diretta dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato; per cui sia l'impresa direttamente destinataria della decisione sia quelle concorrenti sono titolari di un interesse legittimo.

In ragione del momento retributivo-afflittivo, sono espressione dell'esercizio di un potere sanzionatorio puro, a fronte del quale il privato è titolare di un diritto soggettivo.

SENTENZA

(omissis)

24. Va poi osservato come, prima di affrontare lo scrutinio delle cinque impugnazioni, debbano essere spese alcune considerazioni di ordine generale sul potere esercitato dall'Autorità per mezzo del provvedimento gravato: ciò, infatti, risulta anche funzionale al successivo esame dei ricorsi.

24.1. Orbene, come la Sezione ha già avuto modo di chiarire (v. Tar Lazio, sez. I, 18 luglio 2022, n. 10148), **l'azione svolta dall'Agcm ai sensi dell'art. 15 l. 287/1990 rientra nella categoria dei procedimenti c.d. «sanzionatori esecutivi»**. Difatti, i provvedimenti dell'Autorità non hanno solamente finalità *lato sensu* retributive (o afflittive), bensì anche di conformazione dell'attività economica privata, risultando anzi quest'ultimo scopo addirittura prioritario: invero, l'art. 15 l. 287/1990 (rubricato «diffide e sanzioni») prevede come primo obiettivo dei provvedimenti dell'Agcm sia il ristabilire la concorrenzialità del mercato, risultando la sanzione pecuniaria assumere invece carattere succedaneo ed eventuale.

24.2. Conseguentemente, **il potere esercitato dell'Autorità è (in primo luogo) di natura ablatoria personale, essendo attribuito per eliminare la turbativa dell'interesse pubblico causato dall'infrazione**: quest'ultima, in altre parole, viene in rilievo in quanto oggettivamente (anche solo in potenza, come nel caso in esame) lesiva del corretto funzionamento del mercato. Pertanto, **l'atto conclusivo dell'istruttoria deve qualificarsi (anche) come «ordine repressivo»**: difatti, una volta accertata la menzionata infrazione, **l'Agcm potrà imporre (rectius, ordinare) quelle misure reputate idonee a rimuovere le cause (nonché le conseguenze) della turbativa, anche mediante la semplice prescrizione di non ripetizione della condotta**. Appare evidente, dunque, come l'intervento dell'Agcm nei termini descritti vada qualificato come di *amministrazione attiva*, atteso che esso è finalizzato alla cura diretta dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato.

24.3. Nondimeno, essendo al contempo comminata una sanzione amministrativa pecuniaria, va rilevato come **il provvedimento conclusivo, nel caso in esame, riunisca in un unico atto l'esercizio di due distinte potestà, ambedue repressive: da un lato quella sanzionatoria stricto sensu (o pura); dall'altro, quella ablatoria costrittiva**.

24.4. Tale duplicità determina, in capo ai soggetti destinatari del provvedimento, una scomposizione delle posizioni giuridiche soggettive: difatti, **a fronte dell'esercizio del potere sanzionatorio puro, il privato è titolare di un diritto soggettivo** (v. Tar Lazio, sez. I, 23 agosto 2023, n. 13410); **viceversa, contrapposto all'ordine repressivo vi è un interesse legittimo**.

24.5. A corroborare la ricostruzione giuridica del potere esercitato dall'Agcm, risulta calzante il **richiamo all'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a.** che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione su «*tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori [...] dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*»: invero, in linea con la giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204), la devoluzione della cognizione in sede di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo risulta costituzionalmente legittima solo ove essa concerne particolari materie **caratterizzate dall'esercizio, anche mediato, di un potere pubblico** ovvero dalla commistione di differenti posizioni giuridiche soggettive che giustificano (razionalmente) la scelta legislativa di concentrazione delle tutele presso un unico giudice (v. Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191).

25. Svoltata questa doverosa premessa, va evidenziata un'altra circostanza che emerge immediatamente dalla lettura del provvedimento, ossia la sua intrinseca contraddittorietà. Difatti, come verrà esposto nel prosieguo con maggior precisione, l'Autorità, da un lato, evidenzia alcune circostanze che avrebbero leso la concorrenza, ma, dall'altro, non trae le logiche conclusioni (ciò vale in particolare per la valutazione della clausola di esclusiva).

25.1. Verosimilmente, tale contrasto tra premesse e conclusioni è da imputare all'apurata antieconomicità dell'intesa per Tim che (come già rilevato in precedenza) non ha ottenuto importanti incrementi nei ricavi dall'accordo con Dazn. Tuttavia, va precisato come la mancanza di un profitto immediato discendente dall'intesa non costituisca prova della sua liceità: invero, il guadagno economico diretto non è annoverato tra gli elementi costitutivi della fattispecie *antitrust* vietata (altrimenti il c.d. *dumping* – ossia la vendita sottocosto – non potrebbe essere mai sanzionato). Anzi, il caso in esame potrebbe essere descritto quasi come paradigmatico per dimostrare come una pratica anticoncorrenziale sia in grado di distruggere valore invece che crearlo.

26. Operate tali ulteriori precisazioni, può passarsi all'esame dei primi tre ricorsi presentati dalle società sanzionate (Dazn e Tim) che, stante la sostanziale similitudine di alcune delle censure spiegate, possono essere trattati congiuntamente.

26.1. In particolare, attesa la natura assorbente della doglianza, deve affrontarsi inizialmente il primo motivo del ricorso di Tim, con cui si lamenta il tardivo avvio del procedimento istruttorio.

26.2. Orbene, sul punto, va dato atto dell'esistenza di due distinti orientamenti in seno alla giustizia amministrativa: un primo e più risalente indirizzo non reputa pienamente applicabile al procedimento istruttorio dell'Agcm la l. 689/1981, essendo l'osservanza della citata legge di depenalizzazione (prevista dall'art. 31 l. 287/1990) circoscritta a quelle disposizioni «*in quanto applicabili*» (v. Cons. Stato, sez. VI, 21 dicembre 2021, n. 8492).

26.3. Viceversa, **un più recente indirizzo pretorio – che appare anche consolidarsi – prevede la diretta applicabilità delle disposizioni della l. 689/1981 anche ai procedimenti delle Autorità amministrative indipendenti** (salvo deroghe espressamente previste), **atteso che la legge sulla depenalizzazione detta regole generali valevoli per ogni procedimento amministrativo al cui esito viene irrogata una**

sanzione pecuniaria (v. Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8505). Nondimeno, **si precisa che il termine di novanta giorni, previsto dall'art. 14, comma 2, l. 689/1981, è riferito alla comunicazione di avvio del procedimento** (cfr. Tar Lazio, sez. I, 24 marzo 2022, n. 3335): **quanto al dies a quo, esso va individuato non nel momento in cui la violazione si verifica, bensì in quello in cui l'amministrazione la «accerta», ossia ha raccolto gli elementi conoscitivi necessari per formulare la contestazione** (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503; similmente, nella giurisprudenza ordinaria, v. Cass., sez. II, ord., 25 ottobre 2019, n. 27405).

26.4. Ciò premesso, il Collegio osserva come, nel presente giudizio, indipendentemente dall'indirizzo giurisprudenziale sposato, l'Autorità ha avviato tempestivamente l'istruttoria, atteso che ha preso piena cognizione del fatto illecito solo in data 23 giugno 2021 (allorquando le è stata fornita copia del *deal memo*), avviando il procedimento il successivo 6 luglio 2021 (13 giorni dopo).

26.5. Conseguentemente, non appare necessario neppure disporre la sospensione impropria del processo in attesa del pronunciamento della Corte di giustizia dell'Unione europea, investita sul punto proprio da questa Sezione (v. Tar Lazio, sez. I, ord., 1° agosto 2023, n. 12962 – causa C-511/23 tuttora pendente): difatti, anche nell'ipotesi in cui venisse confermata la piena compatibilità dell'art. 14 l. 689/1981 con il diritto eurounitario, la censura formulata da Tim andrebbe comunque respinta in quanto infondata, non essendo spirato il termine di novanta giorni previsto dalla legge.

27. Può ora passarsi all'esame dei primi tre motivi dei ricorsi Dazn unitamente al terzo e quarto motivo del ricorso Tim, che concernono tutti la natura dell'intesa e la sua qualificazione come restrizione *per oggetto* o *per effetto*.

27.1. I motivi sono tutti infondati.

27.2. In primo luogo, va ribadito come **l'intesa sia stata correttamente qualificata dall'Autorità come restrittiva per oggetto, atteso che lo scopo precipuo dell'accordo era pacificamente quello di escludere una serie di concorrenti sia dal mercato della pay tv sia da quello delle telecomunicazioni.**

27.3. All'uopo, assai rilevante è l'opuscolo informativo (prodotto da Sky) presentato da Tim agli investitori nel maggio 2021, ove si palesava la sua strategia commerciale: infatti, la *partnership* con Dazn avrebbe eliminato la trasmissione dei contenuti calcistici dal canale satellitare e dal digitale terrestre generando così un notevole incremento della domanda di connessioni *internet* in fibra ultraveloce.

27.4. La titolarità esclusiva nella trasmissione dei ridetti contenuti avrebbe dovuto quindi attrarre la clientela in uscita da Sky, fornendole un servizio combinato, in relazione al quale i diritti tv avrebbero agito come mezzo di aggancio: possibilità preclusa a tutti gli altri operatori telefonici che, invece, avrebbero potuto offrire solo il servizio di connettività (comunque indispensabile per la fruizione del servizio Dazn).

27.5. Similmente, quanto al mercato della *pay tv*, la clausola di esclusiva che precludeva a Dazn di trasmettere su canali diversi dalla rete *internet* aveva l'evidente scopo di impedire la distribuzione del servizio tramite satellite e digitale terrestre: in tal modo, gli operatori di questi mercati non avrebbero avuto alcuna possibilità di sfruttare la leva commerciale

rappresentata dai contenuti calcistici e Tim si sarebbe avvantaggiata della maggiore domanda di connessioni in fibra.

27.6. Orbene, se è lecito tentare di conquistare nuova clientela, appare evidente che tale obiettivo non può essere perseguito mediante tecniche che, come quelle appena descritte, escludano dal mercato i concorrenti: sul punto, assai indicativa è la *slide* n. 6 del documento appena citato, che evidenzia come il passaggio dei diritti calcistici da Sky a Dazn abbia determinato anche la riduzione degli operatori telecomunicazioni *partner* dell'assegnatario dei diritti tv da quattro a uno.

27.7. In ogni caso, va osservato come l'Agcm abbia comunque fornito piena prova degli effetti (quanto meno potenziali) di natura anticoncorrenziale dell'intesa. In merito a ciò, Tim, nel proprio ricorso, non distingue la potenzialità offensiva dell'intesa con le concrete conseguenze verificatesi: invero, la circostanza che solo un numero limitato di clienti avesse aderito all'offerta in *bundle* non costituisce prova dell'assenza di pregiudizio alla concorrenza, trattandosi di un'evenienza discendente dall'attività di *pre-emption* di Dazn, ossia posta in essere prima dell'entrata in vigore del *deal memo* (come già osservato *supra* §§ 17 ss. e § 20.4.). Difatti, l'Agcm ha evidenziato, in maniera logica e coerente, come le pattuizioni descritte in precedenza avrebbero potuto impattare sulle scelte dei consumatori, risultando tali paventati pericoli in parte sterilizzati anche dal tempestivo intervento cautelare.

(omissis)

33. In primo luogo, va esaminata l'eccezione di inammissibilità dei ricorsi sollevata, con varie argomentazioni, sia dall'Agcm sia da Tim e Dazn.

33.1. Essa è fondata unicamente con riferimento al sesto motivo del ricorso di Fastweb.

33.2. Invero, con tale doglianza Fastweb chiede la rideterminazione *in peius* della sanzione pecuniaria irrogata a Tim e Dazn: tuttavia, per tale censura risultano carenti tutte le condizioni dell'azione. Difatti, come osservato in precedenza (v. § 24.4.), **a fronte dell'esercizio del potere sanzionatorio puro (ossia meramente affittivo), il sanzionato è titolare di una posizione giuridica di diritto soggettivo; conseguentemente, l'interesse del segnalante (ossia di Fastweb) è di mero fatto, insuscettibile di tutela giurisdizionale.**

33.3. Inoltre, anche a voler reputare sussistente in capo a Fastweb la legittimazione ad agire (pur in assenza di una posizione giuridica sostanziale), va rilevato come **carente sia il requisito dell'interesse al ricorso**: a ben vedere, infatti, la comminazione di una sanzione pecuniaria ad un concorrente non determina, in capo al segnalante, né l'acquisto né la perdita, immediata e diretta, di alcun bene della vita, sicché per costui l'effettiva misura della sanzione risulta indifferente. Ne consegue che, **difettando l'utilità concreta ottenibile con l'azione giurisdizionale, quest'ultima debba essere dichiarata inammissibile.**

33.4. Né a diverse conclusioni potrebbe giungersi invocando l'art. 31 reg. Ce n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, che prevede l'estensione al merito della competenza giurisdizionale della Corte di giustizia dell'Unione europea «*per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può*

estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata»: tale disposizione non può reputarsi applicabile al giudizio amministrativo italiano atteso che esso è strutturato per garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive e non anche per il mero ripristino della legalità violata.

33.5. Per il resto, tutte le censure sono ammissibili.

33.6. Difatti, **ambedue le società ricorrenti (ossia Sky e Fastweb) hanno partecipato al procedimento istruttorio** (risultando altresì tra i soggetti segnalanti l'illecito). Come è noto, **la giurisprudenza esclude che la mera partecipazione al procedimento amministrativo determini il sorgere di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela giurisdizionale; nondimeno, nel caso in esame appare evidente la peculiarità della posizione delle ricorrenti nel procedimento, soprattutto in relazione all'esercizio del potere ablatorio** (il citato ordine repressivo).

33.7. Invero, **quest'ultimo è una manifestazione di una potestà di cura diretta dell'interesse pubblico, con la conseguenza che la posizione sia dei destinatari dell'ordine, sia delle altre società concorrenti risulta qualificabile come interesse legittimo** (sebbene mirante a beni della vita contrapposti). Difatti, le società concorrenti non possono dirsi indifferenti rispetto all'esercizio del potere amministrativo, ricavando un diretto beneficio sia dall'accertamento della violazione *antitrust* (stante l'efficacia di prova privilegiata nel giudizio risarcitorio) sia, soprattutto, dalla modalità di conformazione dell'assetto di mercato discendente dall'intervento dell'Autorità (circostanza peraltro non contestata dall'Avvocatura dello Stato, v. punto n. 33 della memoria).

33.8. **Acclarata, nei termini appena indicati, la sussistenza di una posizione di interesse legittimo**, va osservato come siano individuabili in capo alle società ricorrenti anche le altre due condizioni per l'esercizio dell'azione: difatti, è pacificamente **sussistente la legittimazione al ricorso** (allegando ambedue le società di essere titolari della posizione giuridica azionata con l'impugnazione); inoltre, **sicuramente riscontrabile è l'interesse al ricorso**, potendo le società trarre un beneficio immediato e diretto da un'eventuale pronuncia di annullamento che imponga la riedizione dei poteri ablatori secondo quanto dedotto in ricorso (v. Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 538).

33.9. Non persuasiva sul punto è la difesa dell'avvocatura erariale che, richiamando risalenti arresti di questo Tribunale, deduce l'insussistenza di un interesse concreto ed attuale al ricorso. Sotto tale profilo, censurabile è quanto esposto al punto n. 38 della memoria difensiva, atteso che le impugnazioni proposte da Sky e Fastweb mirano, come già osservato, ad un effettivo vantaggio personale, collegato però con la cura dell'interesse pubblico: in altre parole, la lesione lamentata in questa sede dalle ricorrenti non discende dalla condotta di Tim e Dazn, bensì dall'azione amministrativa dell'Agcm.

33.10. Similmente, non sono condivisibili le eccezioni formulate da Tim e Dazn: difatti, come già osservato in precedenza, Sky e Fastweb agiscono in giudizio per ottenere una pronuncia che imponga all'Autorità di esercitare correttamente (secondo la propria prospettiva) i poteri che la legge le attribuisce. In tal senso, le società sanzionate espongono una distorta lettura dell'art. 34 c.p.a.: invero, le censure spiegate non sono

finalizzate ad ottenere una pronuncia che accerti la commissione di una determinata infrazione, bensì alla verifica della conformità dell'atto dell'Agcm al parametro normativo.
(*omissis*)

3. Parere dell'US sul tema della tardività dell'avvio dell'azione sanzionatoria *Antitrust*

Ufficio studi e formazione
della Giustizia amministrativa

Il coordinatore

Premessa

È stato richiesto a questo Ufficio uno studio sull'esistenza, o meno, di un termine, e sulla sua natura, per la contestazione degli addebiti nei procedimenti sanzionatori dell'AGCM che chiarisca anche se altre autorità amministrative indipendenti hanno termini entro i quali notificare la violazione al trasgressore, se un meccanismo che prevede un termine massimo per la notifica della violazione presenti profili di contrarietà al diritto dell'Unione europea, se vi siano specifiche pronunce della Corte UE o della Corte EDU sul tema del termine massimo per l'avvio dell'azione sanzionatoria *antitrust* anche con riferimento ad altri ordinamenti e quali siano le discipline vigenti in tema di avvio dell'azione sanzionatoria *antitrust* per autorità omologhe di altri paesi UE, specie con riguardo alle esperienze di Francia, Germania e Spagna, oltre a indicare le eventuali opinioni dottrinali fino ad ora intervenute sull'argomento.

Il presente studio è stato redatto dal Cons. Stato Francesco Guarracino.

Il termine di decadenza per la contestazione dell'infrazione nella disciplina generale della l. 689/81

Un esercizio di potestà sanzionatoria che non sia puramente arbitrario presuppone anzitutto logicamente un momento di acquisizione dei fatti storici, attraverso il compimento di attività materiali più o meno complesse o di altre più propriamente intellettuali come le valutazioni tecniche, con funzione ricognitiva della ricorrenza di determinati presupposti nel mondo reale, e un momento di apprezzamento di quelle risultanze, il quale, distinto solo dal punto di vista concettuale nei casi in cui alla sussunzione del fatto nella fattispecie astratta è sufficiente la constatazione del fatto medesimo, presenta una rilevanza non meno determinante allorché l'irrogazione della sanzione e la sua graduazione non

possano prescindere da un giudizio critico su quei fatti.

Dal punto di vista valoriale, gli ordinamenti democratici non ammettono che quelle attività, se prodromiche alla decisione d'irrogare (o meno) sanzioni significativamente afflittive, possano essere interamente svolte e concluse senza consentire all'interessato di contraddire e difendersi prima ancora di essere sanzionato.

Il tema del "tempo" dell'accertamento e della sanzione è indissolubilmente legato all'esigenza di garantire il diritto di difesa dell'incolpato, che finisce per essere leso quando gli addebiti sono formulati a tale distanza di tempo che egli non possa più ricostruire con esattezza i fatti o raccogliere le prove a sua discolta.

La disciplina generale sulle sanzioni amministrative pecuniarie contenuta nel Capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, stabilisce, come è noto, due termini.

Da un lato, all'articolo 14 prevede che, ove sia possibile, la violazione dev'essere contestata al trasgressore e all'obbligato in solido immediatamente o, in mancanza, entro un termine, decorrente *"dall'accertamento"*, di 90 gg. per i residenti in Italia e 360 gg. per i residenti all'estero (commi 1 e 2), stabilendo che *"l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto"* (comma 6), per il che non si dubita che quel termine sia perentorio e in quanto tale non soggetto a interruzioni.

La contestazione della violazione cristallizza l'addebito e consente all'incolpato di contraddire.

Dall'altro lato, non prevede alcun termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio¹, ma stabilisce all'art. 28 che *"il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione"* (comma 1) e che tale termine è soggetto alle stesse regole sulla interruzione previste dal codice civile (comma 2).

Sull'assenza di un termine per l'adozione del provvedimento sanzionatorio si tornerà più avanti, a proposito della recente giurisprudenza costituzionale che ne ha criticato la mancanza.

La giurisprudenza civile è consolidata nel senso che l'effetto estintivo di cui all'art. 14, co. 6, riguarda solo il caso d'inosservanza del termine di notificazione e non anche quello di omessa contestazione immediata della infrazione quando possibile (ovviamente quando non diversamente disposto, come nel codice della strada) e che *"l'accertamento"* dal quale decorre il termine comprende l'attività di approfondimento e di valutazione delle circostanze acquisite.

È altrettanto pacifico, tuttavia, che tali attività non debbano essere strumentali al differimento del termine di decadenza e che la dilatazione dei tempi dovuta all'inefficienza dell'amministrazione non possa giustificare la compressione dei diritti del sanzionando,

¹ Per tutti, in dottrina, M. D'Orsogna, *Gli atti di accertamento della violazione*, in *La sanzione amministrativa*, a cura di A. Cagnazzo et al., Milano, 2016, pag. 597: *"l'art 28 (...), come è facile notare, si riferisce al diritto di riscuotere e non al diritto di sanzionare"*.

sicché la stessa giurisprudenza (ad esempio quella giuslavoristica² e tributaria³) ritiene sindacabile la ragionevolezza del termine impiegato per la conclusione degli accertamenti, ma non anche la discrezionalità delle scelte istruttorie dell'amministrazione.

Il termine per la contestazione, da parte delle Autorità amministrative indipendenti diverse dalla AGCM, delle violazioni delle discipline settoriali soggette a sanzione amministrativa pecuniaria e la sua natura

Per l'art. 12 (Ambito di applicazione) della l. 689/81 le disposizioni contenute nel Capo I in materia di sanzioni amministrative *“si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari”*.

Si tratta, perciò, di disposizioni di tendenziale applicazione generale, a meno che la loro applicabilità non vada esclusa per ragioni sistematiche che le rendano incompatibili con la disciplina di settore (difettando allora la condizione *“in quanto applicabili”*) oppure perché in quest'ultima *“sia diversamente stabilito”*, in generale o con riferimento a specifiche prescrizioni.

Per le Autorità amministrative indipendenti talora sono le stesse leggi che ne regolano l'esercizio dei poteri sanzionatori ad imporre l'osservanza di un termine per la contestazione delle violazioni al soggetto incolpato, talvolta richiamando l'art. 14 della l. n. 689/81, talvolta senza menzionarlo affatto.

Il primo caso è quello dell'ARERA, poiché il comma 5 dell'art. 45 del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, prevede che per i procedimenti sanzionatori dell'allora AEEG *“(…) il termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica, di cui all'articolo 14, comma 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689, è di centottanta giorni”*. Il richiamo presuppone l'applicabilità della legge n. 689/81 e in particolare dell'art. 14 sulla tempestiva notifica della contestazione della violazione a pena di decadenza, al netto di quanto diversamente disposto sulla lunghezza del termine⁴.

Il secondo caso è quello della CONSOB e della Banca d'Italia in relazione alle sanzioni amministrative previste dal Titolo II della Parte V del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria - TUIF), poiché in base all'art. 195, co. 1, TUIF *“le sanzioni amministrative previste nel presente titolo sono applicate dalla Banca d'Italia o dalla Consob, secondo le rispettive competenze, con provvedimento motivato, previa contestazione degli addebiti agli interessati, da effettuarsi entro centottanta giorni dall'accertamento ovvero entro trecentosessanta giorni se l'interessato risiede o ha la sede all'estero (…)”*.

² Ad es., Cass. sez. lav., 28 agosto 2003, n. 12654.

³ Ad es., Cass. sez. trib. 28 febbraio 2008, n. 5467.

⁴ L'affermazione di C.d.S., sez. VI, 20 giugno 2019, n. 4215, secondo cui l'art. 14 della l. 689/81 non si applicherebbe ai procedimenti in questione, si riferisce a fatti del 2008, anteriori a quella legge.

Il TUIF non menziona la legge n. 689/81, ma dall'esame della dottrina e della giurisprudenza edita non consta si sia mai dubitato (come pure in relazione alla norma che ha preceduto l'art. 195 TUIF, cioè l'art. 44 del D.lgs. 23 luglio 1996, n. 415) che il termine sia perentorio: conclusione alla quale si può alternativamente pervenire o ritenendo senz'altro applicabile il comma 6 dell'art. 14 della l. 689/81 (rispetto al quale il TUIF avrebbe diversamente disposto solo per la durata del termine) o per ragioni di ordine logico e funzionale, sulla scorta dell'orientamento di principio della giurisprudenza civile di legittimità per cui la mancata espressa previsione di un termine come perentorio non impedisce di dedurre la perentorietà, nel silenzio della legge, dallo scopo che persegue e dalla funzione che adempie⁵; argomentazioni queste nella sostanza fatte proprie dal Consiglio di Stato, quando se ne è presentata l'occasione, valorizzando la particolarità del procedimento sanzionatorio rispetto al generale paradigma del procedimento amministrativo⁶.

Per la COVIP, il termine è stabilito dall'art. 19-*quinquies* del d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, il quale prevede che l'avvio del procedimento sanzionatorio, mediante contestazione degli addebiti ai possibili responsabili della violazione, avvenga “*nel termine di novanta giorni dall'accertamento dell'infrazione ovvero nel termine di centottanta giorni per i soggetti residenti all'estero*” (l'articolo, inserito dal d.lgs. 13 dicembre 2018, n. 147, ne regola la procedura sanzionatoria a seguito della coeva eliminazione, nell'art. 19-*quater* co. 4, del rinvio alla procedura sanzionatoria regolata dal Testo unico bancario). La norma procedurale non fa menzione della legge n. 689/81, che viceversa è evocata nel precedente art. 19-*quater*, per il quale le sanzioni amministrative ivi previste, riguardanti le violazioni della normativa in materia di previdenza complementare, sono applicate nel rispetto dei principi di cui alla legge n. 689/81. La diversa collocazione potrebbe dare adito al dubbio che il richiamo valga solo per i principi sostanziali e non per quelli procedurali, ma, con tutta probabilità, si deve solo a un difetto di coordinamento in sede di ultima novella legislativa (lo spostamento della disciplina sulla procedura sanzionatoria dall'art. 19-*quater* all'art. 19-*quinquies*). D'altronde non si comprende perché solo le sanzioni previste dall'art. 19-*quater* dovrebbero essere applicate nel rispetto dei principi della l. n. 689/81 e non anche le altre pure di competenza della COVIP.

In altri casi le leggi di settore tacciono sul termine di contestazione delle violazioni al soggetto incolpato, non perché abbiano inteso dettare una disciplina affatto diversa in materia di procedimento sanzionatorio, ma perché il legislatore ha affidato alle stesse autorità di vigilanza il compito di emanare la relativa disciplina.

Così l'art. 222, comma 13, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, stabilisce che l'ANAC esercita il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie “*nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689*” e che “*con propri atti l'ANAC disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza*”, ma il regolamento attuale, a differenza del precedente⁷, nulla dice sul termine di avvio del procedimento sanzionatorio.

⁵ *Ex ceteris*, Cass., sez. lav. 25 giugno 2007, n. 14692; id., 1° luglio 2008, n. 17978; sez. VI, 15 ottobre 2010, n. 21365.

⁶ Cfr. C.d.S., sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289, con ampi richiami.

⁷ Cfr. C.d.S., sez. V, 16 giugno 2023, n. 5969.

Per le autorità del settore bancario, finanziario, assicurativo e della previdenza complementare si tratta di una scelta che affonda le sue radici nella decisione assunta, quasi venti anni fa, di semplificare l'assetto delle competenze in materia di sanzioni amministrative allocando in capo alle autorità di vigilanza funzioni e poteri che in precedenza spettavano ai ministeri competenti. In quella sede, infatti, l'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, introdusse una disposizione, comune per la Banca d'Italia, la CONSOB, l'ISVAP (ora IVASS) e la COVIP, che affida alle stesse l'adozione di disposizioni applicative dei principi sanciti dalla legge in materia di procedimenti volti all'emanazione di provvedimenti individuali, compresi quelli a carattere sanzionatorio.

Adesso l'art. 145-*quater* del testo unico bancario, inserito nel 2015, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di attuazione del Titolo VIII e quindi anche in materia di procedura sanzionatoria, per colmare la lacuna data dal fatto che il potere conferito dall'art. 24 della l. n. 262/05 ha un oggetto più limitato.

Le attuali “*Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa*” (nel testo aggiornato pubblicato nella G.U., serie gen. n. 186 del 10 agosto 2022) – che si applicano anche alle procedure sanzionatorie avviate dalla Banca d'Italia nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico, di cui l'Istituto fa parte nell'esercizio delle funzioni di vigilanza in virtù del reg. (UE) n. 1024/013 (cfr. pure gli artt. 6, 6-*bis* e 144-*septies* TUB) – prevedono un termine per avviare la procedura sanzionatoria, mediante la notifica della contestazione formale nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili delle violazioni riscontrate, che è di 90 gg o di 180 gg dall'accertamento, a seconda si tratti di procedura ex art. 145 TUB o 195 TUIF, per i soggetti residenti in Italia, e di 360 gg per i soggetti residenti all'estero.

A sua volta l'art. 9, co. 3, del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) prevede che “(...) *l'IVASS disciplina, in particolare, i procedimenti relativi all'accertamento delle violazioni ed all'irrogazione delle sanzioni (...)*”. Il regolamento sulla procedura d'irrogazione delle sanzioni amministrative dell'IVASS (reg. n. 39 del 2 agosto 2018, pubblicato nella G.U. n. 218 del 19 settembre 2018, S.O. n. 42, e s.m.i.) stabilisce che il procedimento sanzionatorio ha inizio, con la contestazione formale nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili delle violazioni riscontrate, nel termine di 120 o di 180 gg. dall'accertamento, a seconda che si tratti di soggetti residenti in Italia o all'estero (art. 12).

Nelle loro disposizioni la Banca d'Italia e l'IVASS (la seconda limitatamente al caso di illeciti emersi nell'ambito di verifiche ispettive) hanno normato anche il momento di conclusione degli accertamenti formalizzando la chiusura della fase preliminare, propedeutica all'avvio del procedimento sanzionatorio.

Come nel caso già visto della CONSOB, anche per la Banca d'Italia e l'IVASS la rispettiva normativa primaria non contiene alcun riferimento alla legge n. 689/81 e tuttavia non risulta che si sia mai dubitato della natura perentoria di quelle scadenze, valide restando le stesse ragioni sopra esposte (mentre la giurisprudenza civile esclude la perentorietà del termine fissato, viceversa, in sede di normativa secondaria per la conclusione del procedimento sanzionatorio⁸).

⁸ Per consolidata giurisprudenza della Cassazione la violazione di quel termine da parte della Banca d'I-

Piuttosto, le controversie riguardanti la tempestività della contestazione formale delle violazioni s'incentrano sul *dies a quo* del termine, cioè sul momento nel quale l'accertamento preliminare alla contestazione può dirsi concluso e sul tempo impiegato per concluderlo.

Su queste questioni gli approdi giurisprudenziali sono i medesimi raggiunti per l'art. 14 della legge 689/81 in generale, concordando sia la giurisprudenza civile⁹ sia quella amministrativa¹⁰ che il giudice può sindacare la ragionevolezza del tempo impiegato per l'accertamento e, in particolare, verificare se vi sia stata una ingiustificata e protratta inerzia, durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, e individuare il momento iniziale del termine per la contestazione non nel giorno in cui l'accertamento è stato concluso, ma in quello in cui avrebbe potuto esserlo (con un giudizio *ex ante*, sulla base delle deduzioni dell'amministrazione e dell'esame degli atti relativi all'accertamento, apprezzando l'eventuale superfluità degli atti di indagine ma senza sostituirsi nelle valutazioni dell'amministrazione).

Infine, un caso in cui, viceversa, l'applicabilità dell'art. 14 della legge 689/81 va esclusa sia per incompatibilità, sia per espresso disposto di legge è quello delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dal Garante per la protezione dei dati personali, che forma oggetto di una specifica e peculiare disciplina contenuta nel Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), segnatamente nei commi 5 e 7 dell'art. 166.

Il caso specifico del procedimento sanzionatorio dell'AGCM

In questo contesto si inserisce il controverso tema dell'applicabilità della disposizione generale sul termine di contestazione degli addebiti anche alle infrazioni in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante nell'ambito dei procedimenti sanzionatori regolati dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287.

L'art. 31 della l. n. 287/90 dispone, infatti, che “*per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenu-*

talia (ad es. Cass., sez. II, 3 settembre 2018, n. 21553) o della CONSOB (ad es. Cass, sez. II 3 novembre 2021 n. 31239) non determinerebbe l'illegittimità del provvedimento, che per la sua natura sanzionatoria sarebbe compiutamente retto dai principi sanciti dalla l. n. 689 del 1981 e quindi soggetto unicamente al termine di prescrizione dalla stessa stabilito, in difetto di una diversa norma di legge (il richiamo al difetto di norme speciali che stabiliscano sbarramenti temporali decadenziali è una costante dell'indirizzo in esame); si afferma talvolta che, in relazione al contenuto vincolato del provvedimento, si tratterebbe di un vizio che non influisce sul diritto di difesa e perciò non comporterebbe invalidità del provvedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. art. 21 octies della l. n. 241 del 1990 (Cass. n. 21553/18 cit., dove ulteriori rinvii).

⁹ *Ex multis*, Cass., sez. II, 19 aprile 2023, n. 10475; Cass., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820.

¹⁰ C.d.S., sez. VI, 12 gennaio 2023, nn. 410 e 413, per la COVIP; T.A.R. Lazio, sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1034 (non appellata), per l'IVASS.

te nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689” (la sez. I è rubricata “Principi generali”, la sez. II “Applicazione”), il cui art. 12, come poc’anzi ricordato, a propria volta prevede che le disposizioni contenute nel capo I della l. 689/81 “*si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro*”.

All’indomani dell’entrata in vigore della legge n. 287/90, tuttavia, la questione dell’applicabilità della legge n. 689/81 si era imposta in dottrina, piuttosto, con riferimento al tema della possibile estensione del giudizio di opposizione a ordinanza ingiunzione, previsto dalla legge n. 689/81, anche alle sanzioni amministrative in materia *antitrust*, discutendosi se la tutela nei loro confronti fosse attratta alla giurisdizione amministrativa in forza della previsione dell’art. 33 della stessa legge n. 287/90 - che all’epoca disponeva che “*i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi (...) della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*” – e dell’inciso “*in quanto applicabili*” contenuto nell’art. 31¹¹, oppure no¹².

La questione che in questa sede interessa, comunque, non poteva essere elusa, tanto più che la formulazione della clausola di rinvio si prestava facilmente a legittimare posizioni in contrasto tra loro.

In dottrina si è sostenuto che l’art. 14 della l. 689/81 sul termine per la contestazione degli illeciti non sarebbe applicabile *in subiecta materia* a causa della specialità della disciplina *antitrust* poiché l’ampio spazio previsto per la partecipazione degli interessati inciderebbe sui tempi della procedura¹³.

La giurisprudenza è divisa sulla questione di principio dell’applicabilità o meno dell’art. 14 della l. 689/81 ai procedimenti sanzionatori in materia *antitrust*, ma con esiti temperati dal fatto di non dubitare, comunque, della possibilità di sindacare la ragionevolezza della durata della fase preliminare delle indagini.

Come è noto, infatti, nella disciplina italiana *antitrust*, così come in quella europea, l’avvio del procedimento istruttorio volto all’accertamento di eventuali violazioni del diritto della concorrenza è preceduto da una fase comunemente definita preistruttoria nella quale l’AGCM, sulla base di segnalazioni, denunce o esposti o di notizie o informazioni autonomamente acquisite (ad esempio da organi di stampa), procede in via officiosa a una prima indagine, di tipo preliminare, per verificare la sussistenza dei presupposti per procedere all’avvio dell’istruttoria (è questa la valutazione di cui all’inciso del primo com-

¹¹ In questo senso, ad es., R. Alessi e (C. Olivieri), *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, pag. 168.

¹² Cfr. A. Barone, *Commento all’art. 31*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubetazzi, vol. 2, Bologna, 1993, pag. 1423 ss., il quale, tacciando l’inciso “in quanto applicabili” d’essere null’altro che una “formula vaga ed anfibologica” e osservando che l’art. 33 non conteneva una disposizione espressamente derogatoria rispetto alla disciplina generale della l. 689 né faceva alcun riferimento al problema della tutela avverso i provvedimenti sanzionatori, discuteva a lungo il problema, pervenendo alla conclusione che fosse plausibile ritenere in materia la competenza pretorile.

¹³ V. Freni, *Le sanzioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, 2011, pag. 831.

ma dell'art. 12 della l. 287/90). Qualora ne emerga un *fumus* d'infrazione (di "presunta infrazione" parla l'art. 14, co. 1, della l. 287/90) l'AGCM delibera di procedere all'istruttoria finalizzata a verificarne l'esistenza, notificandone l'apertura alle imprese e agli enti interessati (art. 14 l. 287/90; art. 6 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217).

Il problema dell'applicazione dell'art. 14 della l. 689/81 si è posto in concreto per entrambe le fasi, sia quella preistruttoria, sia quella istruttoria.

Per la fase preistruttoria, l'orientamento negativo si fonda sulla constatazione che l'art. 14 della l. 689/1981 è relativo alla contestazione della violazione a seguito dello svolgimento delle relative indagini e non all'avvio della fase istruttoria del procedimento¹⁴.

In questo senso non risultano arresti di segno contrario, diversamente da quanto affermato in dottrina¹⁵, che segnala un precedente per il quale, tuttavia, la tempestività della contestazione va, comunque, collegata "*all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti*"¹⁶.

Per la fase istruttoria, l'orientamento negativo¹⁷ ritiene che ai procedimenti dell'AGCM i termini perentori di cui all'art. 14 della l. 689/81 non si applichino perché la norma dell'art. 14 cit. avrebbe carattere suppletivo e quindi varrebbe soltanto ove non esista una normativa speciale incompatibile (anche non di rango primario), che nella specie sarebbe rappresentata dalla disciplina dettata dal d.P.R. n. 217/1998¹⁸, cioè dal regolamento in materia di procedure istruttorie dell'AGCM; l'inapplicabilità non comporterebbe esiti incostituzionali, nel senso di esporre l'interessato senza limiti di tempo al potere sanzionatorio, perché egli potrebbe agire col rito del silenzio contro l'Autorità stessa per costringerla a pronunciarsi in termini certi e perché anche alle sanzioni di competenza dell'AGCM si applicherebbe la previsione generale dell'art. 28 della l. 689/1981 sulla prescrizione¹⁹.

L'orientamento positivo²⁰, sulla premessa che la preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo, idonee ad assicurare la difesa dell'interessato già nella fase del procedimento anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, attiene ai principi del contraddittorio e svolge la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa, sostiene, invece, che l'ampia portata precettiva del capo I della legge 689/81 possa essere esclusa soltanto dalla presenza di una diversa regolamentazione da parte di una fonte

¹⁴ C.d.S., sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190; id., 3 aprile 2009, n. 2092.

¹⁵ P. Ziotti – I. Perego, *Il procedimento antitrust*, in *Diritto antitrust*, a cura di A. Catricalà, C.E. Cazzato, F. Fimmanò, Milano, 2021, pag. 572.

¹⁶ C.d.S., sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512; cfr. anche C.d.S., sez. VI, 17 novembre 2020, nn. 7150, 7151 e 7153.

¹⁷ C.d.S., sez. VI, 21 dicembre 2021, n. 8492, 12 febbraio 2020, n. 1046, 25 giugno 2019, n. 4357, tutte sulla falsariga di sez. VI, 20 giugno 2019, n. 4215, che però riguardava l'AEEGSI oggi ARERA.

¹⁸ Cfr. in particolare C.d.S., sez. VI, n. 8492/21 cit.

¹⁹ Cfr. C.d.S., sez. VI, n. 4357/19.

²⁰ C.d.S., sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512.

normativa pari ordinata, la quale, per il suo carattere di specialità, si configuri idonea a introdurre deroga alla norma generale e di principio, tanto che lo stesso art. 31 della l. n. 287/90 prevede l'applicazione delle norme generali di cui alla legge n. 689/81 *“in quanto applicabili”*. Nel caso specifico della disciplina della potestà sanzionatoria dell'AGCM non emergerebbero le condizioni per derogare al sistema della l. 689/81, in quanto il succitato d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, non recando indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti, non potrebbe far ritenere *“diversamente stabilita”* la scansione procedimentale. Per questo indirizzo, *“tale interpretazione è preferibile anche in quanto orientata dalla sicura ascendenza costituzionale del principio di tempestività della contestazione, posto a tutela del diritto di difesa”*²¹ e in tal senso le pronunce più recenti richiamano la decisione della Corte costituzionale (n. 151 del 2021) di cui più avanti si dirà, oltre a rimarcare che la soluzione proposta, oltre che rispondente al canone ermeneutico di tipo sistematico, s'imporrebbe anche alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme, quale logico corollario della natura sostanzialmente 'penale' delle sanzioni *antitrust* e della conseguente applicabilità ad esse dei principi fondamentali del diritto punitivo²².

Ciò detto, non pare dubitabile che il solo fatto che la l. n. 287/90 e il regolamento non indichino alcun termine per la contestazione degli addebiti non equivale ad aver *“diversamente stabilito”*, rispetto alla l. 689/81, sulla necessità di una formale e tempestiva contestazione delle infrazioni a pena di decadenza.

Rimangono da approfondire le ragioni del contrasto in merito (in)compatibilità sistemica della disciplina sul procedimento istruttorio dell'AGCM rispetto allo statuto generale delle sanzioni amministrative delineato dalla l. n. 689/81.

Le indicazioni ritraibili dalla giurisprudenza costituzionale

Su un piano generale, la tesi che l'esclusione dell'applicabilità del termine di decadenza per la contestazione degli addebiti non comporterebbe esiti incostituzionali in presenza della possibilità di agire contro l'inerzia dell'amministrazione e di un termine di prescrizione della sanzione appare ormai difficilmente sostenibile alla luce della recente giurisprudenza costituzionale²³ sulla legittimità dell'art. 18 della legge n. 689/81 nella parte in cui non prevede un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio mediante l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione o dell'ordinanza di archiviazione degli atti.

²¹ Ibidem.

²² C.d.S., sez. VI, 9 maggio 2022, nn. 3570 e 3572; 4 ottobre 2022, nn. 8503, 8504 e 8505; 15 febbraio 2023, n. 1580.

²³ Non si tratta di un *revirement* rispetto alla giurisprudenza costituzionale richiamata da C.d.S., sez. VI, n. 4215/19 cit. (che, come detto, riguarda l'AEEGSI ora ARERA) al punto 10.2 della motivazione, perché quei precedenti (Corte cost. n. 355 del 2002 e n. 262 del 1997) non riguardavano l'esercizio di poteri amministrativi sanzionatori (l'una atteneva all'approvazione del piano generale degli impianti pubblicitari; l'altra, alla trasformazione in definitivi di vincoli paesistici provvisori).

La Corte, infatti, si è espressa criticamente sull'idoneità del termine di prescrizione quinquennale, soggetto a interruzione, a garantire, di per sé solo, la certezza giuridica della posizione dell'incolpato e l'effettività del suo diritto di difesa, ritenendo coesistente a un sistema sanzionatorio coerente coi parametri costituzionali costituiti dagli artt. 24 e 97 Cost. la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, in modo da consentire all'incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio (C. cost. n. 151 e n. 260 del 2021); la declaratoria di inammissibilità della relativa questione di costituzionalità è avvenuta “*in ragione del doveroso rispetto della prioritaria valutazione del legislatore in ordine alla individuazione dei mezzi più idonei al conseguimento di un fine costituzionalmente necessario*” e la Corte ha ammonito che il protrarsi della lacuna normativa – che “*colloca l'autorità titolare della potestà punitiva in una posizione ingiustificatamente privilegiata che, nell'attuale contesto ordinamentale, si configura come un anacronistico retaggio della supremazia speciale della pubblica amministrazione*” - rende ineludibile un tempestivo intervento legislativo (C. cost. n. 151 del 2021).

Se, dunque, è “*un fine costituzionalmente necessario*” assicurare adeguata protezione al diritto di difesa e ai principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione stabilendo un limite temporale per l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso, può dubitarsi che sia costituzionalmente legittimo che un'autorità indipendente sia svincolata dall'osservanza del termine di decadenza previsto in via generale per contestare gli addebiti, una volta concluso l'accertamento, in modo da disporre, nella sostanza, del *dies a quo* dello stesso termine di prescrizione.

Da qui il richiamo da parte della più recente giurisprudenza amministrativa, come poc'anzi visto, all'obbligo di interpretazione conforme.

La questione diviene, allora, se la strutturazione dei procedimenti di competenza dell'AGCM valga già di per sé ad assicurare la necessaria tutela di quei valori costituzionali e se l'assenza di un termine perentorio per la contestazione degli addebiti risponda a un bisogno di omogeneità col procedimento *antitrust* europeo.

Il procedimento *antitrust* europeo e la giurisprudenza della Corte di giustizia

Il fatto che le autorità nazionali garanti della concorrenza applicano il proprio diritto nazionale *antitrust* e, in parallelo alla Commissione, il diritto europeo della concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 TFUE rende in effetti necessario verificare quali limiti o obblighi possano derivarsi da quest'ultimo in relazione alle tematiche oggetto della presente indagine.

Il diritto dell'UE non stabilisce un termine entro il quale la Commissione deve condurre le indagini *antitrust* e neppure un termine per la comunicazione formale degli addebiti una volta conclusa la fase preistruttoria, ma solo un termine di prescrizione per l'irrogazione delle sanzioni.

Come è noto, in base alla disciplina applicativa delle disposizioni in materia di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 TFUE (ex artt. 81 e 82 TCE), contenuta nel reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio e nel reg. (CE) n. 773/2004 della Commissione, anche il procedimento *antitrust* europeo risulta strutturato in tre fasi.

In una prima fase gli uffici della DG Concorrenza, acquisita notizia della sospetta condotta anticoncorrenziale, provvedono a effettuare accertamenti preliminari esercitando i poteri di cui agli artt. 17 ss. del reg. n. 1/2003. Tale fase va dall'apertura del fascicolo fino alla notifica della comunicazione degli addebiti ai sensi dell'art. 10 del reg. n. 773/04, il quale prevede che *“la Commissione informa le parti interessate degli addebiti mossi nei loro confronti”* e che *“la comunicazione degli addebiti è notificata per iscritto a ciascuna delle parti nei cui confronti sono mossi gli addebiti”*, ma non detta alcun termine per l'adempimento. La comunicazione degli addebiti (*statement of objections*) dà avvio alla procedura aprendo la fase istruttoria, in cui le parti possono esercitare i loro diritti difensivi (prendere visione del fascicolo investigativo, replicare per iscritto agli addebiti, essere sentite). La Commissione stessa ha chiarito che l'avvio del procedimento ha luogo *“quando l'iniziale valutazione porta a concludere che il caso merita ulteriori indagini e se la portata dell'indagine è stata definita in modo adeguato”*²⁴. La fase decisoria segue alla chiusura dell'istruttoria, per la quale pure, come detto, non è previsto un termine.

In origine non era previsto neppure un termine di prescrizione, ora stabilito dall'art. 25 del reg. n. 1/2003 (in base al quale il potere della Commissione di irrogare sanzioni è soggetto al termine di prescrizione di 3 anni per le infrazioni alle disposizioni relative alla richiesta di informazioni o all'esecuzione di accertamenti e di 5 anni per le altre infrazioni; la prescrizione decorre dal giorno in cui è stata commessa l'infrazione ovvero, per quanto concerne le infrazioni continuate o ripetute, dal giorno in cui è cessata l'infrazione ed è soggetto a interruzione).

Esso è stato introdotto per la prima volta col reg. CEE n. 2988/74 del 26 novembre 1974 al fine di colmare una lacuna riconosciuta dalla stessa Commissione, oltre che dalla Corte di giustizia²⁵; quest'ultima, preso atto che i testi che attribuivano alla Commissione il potere d'infliggere ammende in caso di violazione delle norme sulla concorrenza non prevedevano la prescrizione, aveva osservato che per adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto il termine di prescrizione dev'essere stabilito in precedenza, ma aveva ritenuto che la determinazione della sua durata e delle modalità d'applicazione fosse di competenza del legislatore comunitario²⁶.

Ciò non significa, peraltro, che la Commissione possa ritardare a piacimento l'avvio

²⁴ *Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE*, 2011/C 308/06, § 17

²⁵ Cfr. F. Tomat, *Commento all'art. 25, in L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, a cura di A. Adinolfi, L. Daniele, B. Nascimbene e S. Amadeo, Milano, 2007, pag. 316 s.; I. Van Bael – J-F. Bellis, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, pag. 100 s.

²⁶ C.G. CEE, 15 luglio 1970, *ACF Chemiefarma NV*, C-41/69, punti 19-20.

della procedura formale, poiché il procedimento, comunque, resta soggetto al rispetto del principio generale sulla ragionevolezza del termine che è sancito nell'art. 41, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate ... entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione”).

Infatti, come ancora di recente ricordato dal Tribunale UE, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia “l'obbligo di rispettare un termine ragionevole si applica a ciascuna fase che s'inscrive in un procedimento nonché al complesso da quest'ultimo formato (v., in tal senso, sentenza del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582, punti 230 e 231, e conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *Solvay/Commissione*, C-109/10 P, EU:C:2011:256, paragrafo 239)”²⁷.

Di conseguenza, nonostante la mancanza della previsione di termini intermedi, l'incolpato è garantito, oltre che dalla prescrizione, anche dal principio del termine ragionevole.

Al fine di verificare la ragionevolezza della durata del procedimento, per la Corte di giustizia occorre prendere in considerazione le circostanze proprie di ciascun caso e, segnatamente, la rilevanza della controversia per l'interessato, la complessità del caso nonché il comportamento della parte ricorrente e quello delle autorità competenti²⁸.

Così declinati, questi criteri corrispondono a quelli indicati dalla Corte E.D.U. con riferimento al diritto a un processo “entro un termine ragionevole” che è riconosciuto dall'art. 6, § 1, della Convenzione²⁹.

Per la giurisprudenza della Corte di giustizia, tuttavia, il superamento del termine ragionevole (che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che la Commissione è tenuta a rispettare nell'ambito delle sue procedure amministrative³⁰) può costituire un motivo di annullamento di una decisione della Commissione solo qualora risulti provato che tale superamento ha pregiudicato i diritti della difesa o se esista un indizio dell'incidenza dell'eccessiva durata del procedimento sulla soluzione del caso³¹.

²⁷ Tribunale UE, 9 novembre 2022, T-667/19, *Ferriere Nord c. Commissione*, punto 255.

²⁸ C.G.U.E., 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, C-238/99 P + a., punti 187-188.

²⁹ Corte EDU, prima sezione, 15 dicembre 2022, *Gherardi Martiri c. San Marino*, punto 125: “the “reasonableness” of the length of proceedings must be assessed in light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicant and the relevant authorities, and what is at stake for the applicant in the dispute (see, among other authorities, *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania* [GC], no. 76943/11, § 143, 29 November 2016; *Frydlender v. France* [GC], no. 30979/96, § 43, ECHR 2000-VII; *Comingersoll S.A. v. Portugal* [GC], no. 35382/97, § 19, ECHR 2000-IV; and *Süremeli v. Germany* [GC], no. 75529/01, § 128, ECHR 2006-VII)”.
Sul tema cfr. anche Corte EDU, Grande sezione, 3 novembre 2022, *Vegotex International S.A. c. Belgio*, punto 151; prima sezione, 11 gennaio 2018, *Cipolletta c. Italia*, punto 42.

³⁰ C.G.U.E., 7 aprile 2011, *Grecia c. Commissione*, C-321/09 P, punto 32 e giurisprudenza ivi citata.

³¹ C.G.U.E., 21 settembre 2006, *Technische Unie c. Commissione*, C-113/04 P, punti 47 e 48; 9 giugno 2016, *PROAS c. Commissione*, C-616/13 P, punto 74; 8 maggio 2014, *Bolloré c. Commissione*, C-414/12 P, punto

Le indicazioni ritraibili dalla direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018

La circostanza che sotto il profilo delle tempistiche procedurali il diritto europeo preveda unicamente un termine di prescrizione, soggetto a sospensione, e imponga l'osservanza di un principio di ragionevole durata la cui violazione, tuttavia, per la Corte di giustizia non basta a giustificare l'annullamento della sanzione se non risultino in concreto pregiudicati i diritti di difesa o l'esito del procedimento non legittima la conclusione che, in base ai principi di effettività e di equivalenza, il diritto nazionale non possa accordare maggior tutela anche attraverso la previsione di termini di natura decadenziale.

In tal senso depono la c.d. direttiva *European Competition Network+* (nota anche come direttiva ECN+), cioè la “*direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*”.

La direttiva non soltanto rafforza in maniera significativa le prerogative delle autorità nazionali garanti della concorrenza (che, secondo quanto si legge nella proposta di direttiva presentata nel 2017 dalla Commissione, in numerosi casi non disponevano di tutti gli strumenti necessari per individuare e combattere efficacemente le violazioni del diritto della concorrenza), ma allo stesso tempo è intesa a rafforzare anche i diritti procedurali delle imprese, in particolare in quei paesi in cui esistono margini di miglioramento (come precisava sempre la proposta).

Nel quattordicesimo considerando vi si afferma che “*l'esercizio dei poteri conferiti dalla presente direttiva alle ANC, compresi i poteri di indagine, dovrebbe essere soggetto a garanzie adeguate che soddisfino almeno i principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, in particolare nell'ambito di procedimenti che potrebbero dar luogo all'irrogazione di sanzioni*” (sottolineatura aggiunta) nonché, per quanto qui interessa, che “*in particolare, le ANC dovrebbero informare le parti oggetto dell'indagine in merito agli addebiti mossi nei loro confronti a norma dell'articolo 101 o 102 TFUE sotto forma di una comunicazione degli addebiti o di una misura simile prima di adottare una decisione che constata un'infrazione*” e che “*conformemente al diritto a una buona amministrazione, gli Stati membri dovrebbero garantire che, nell'applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, le ANC svolgano i procedimenti entro tempi ragionevoli, tenendo conto delle specificità di ciascun caso. Tali garanzie dovrebbero essere concepite in modo da trovare il giusto equilibrio tra il rispetto dei diritti fondamentali delle imprese e l'obbligo di garantire l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE*”.

A tale scopo la direttiva prevede all'art. 3 (“Garanzie”) che:

“1. I procedimenti relativi alle infrazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE, incluso l'esercizio dei poteri di cui alla presente direttiva da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza, rispettano i principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

2. Gli Stati membri provvedono a che l'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sia soggetto a garan-

84; da ultimo, al di fuori della materia *antitrust*, 26 giugno 2019, *Repubblica italiana c. Commissione*, C-247/18 P, punto 85.

zie adeguate per quanto concerne il diritto di difesa delle imprese, compresi il diritto di essere sentiti e il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice.

3. Gli Stati membri provvedono a che i procedimenti istruttori delle autorità nazionali garanti della concorrenza siano svolti in tempi ragionevoli. Gli Stati membri provvedono a che, prima di adottare una decisione ai sensi dell'articolo 10 della presente direttiva, le autorità nazionali garanti della concorrenza adottino una comunicazione degli addebiti”.

La direttiva non stabilisce un termine per la comunicazione degli addebiti, ma neppure impedisce che gli Stati membri impongano o conservino termini a pena di decadenza, a ciò espressamente non ostando la previsione da parte della direttiva di un termine di prescrizione in senso proprio.

Si legge, infatti, nel settantesimo considerando che “al fine di garantire l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE da parte delle ANC, è necessario prevedere norme funzionali in materia di termini di prescrizione. In particolare, in un sistema di competenze parallele, è opportuno sospendere o interrompere i termini nazionali di prescrizione per la durata del procedimento dinanzi alle ANC di un altro Stato membro o alla Commissione. Tale sospensione o interruzione non dovrebbe impedire agli Stati membri di mantenere o introdurre termini di prescrizione assoluti, purché la durata di tali limitazioni assolute non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE”; di conseguenza, nel Capo VIII sui termini di prescrizione, l'articolo 29 (“Norme relative ai termini di prescrizione in materia di irrogazione di ammende e di penalità di mora”) della direttiva, trattando nel paragrafo 1 della sospensione o interruzione dei termini di prescrizione per la durata dei procedimenti istruttori dinanzi alle autorità nazionali garanti della concorrenza di altri Stati membri o alla Commissione per un'infrazione riguardante lo stesso accordo, precisa che “la durata di tale sospensione o interruzione lascia impregiudicati i termini di prescrizione assoluti previsti dal diritto nazionale”.

I termini di prescrizione assoluti sono termini massimi, che non sopportano sospensioni o interruzioni, e per questo di norma sono più lunghi dei termini di prescrizione cc.dd. relativi.

Tuttavia, il principio essenziale desumibile da quanto sopra è che il diritto europeo non osta alla previsione, nel diritto interno, di termini invalicabili purché la durata di tali limitazioni assolute non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE.

E nel caso della notifica dell'avvio dell'apertura della fase istruttoria del procedimento *antitrust*, che definisce l'ipotesi di addebito, appare difficile immaginare che – conclusa ormai la fase preistruttoria – l'imposizione di un termine di novanta giorni per tale adempimento possa in qualche modo rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE.

Conclusioni

L'indagine svolta conduce a esiti coerenti con la più recente giurisprudenza d'appello sull'applicabilità anche al procedimento sanzionatorio condotto dall'AGCM in materia

di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante della previsione generale dell'art. 14 della legge n. 689/81 sul termine decadenziale per la contestazione degli addebiti.

A fronte di quanto previsto in generale dall'art. 12 della l. 689/81 e in particolare dall'art. 31 della l. n. 287/90 sull'applicazione del capo I della legge del 1981, non sono emerse disposizioni derogatorie o ragioni di natura sistematica che depongano in modo convincente per l'inapplicabilità di quella norma.

A conclusione non diversa conduce la nuova formulazione dell'art. 14 della l. 287/90, modificato dalla legge di recepimento della dir. 2019/1/UE, dove oggi recita che “*l'Autorità, nei casi di presunta infrazione degli articoli 101 o 102 del TFUE ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, svolge l'istruttoria in tempi ragionevoli e ne notifica l'apertura alle imprese e agli enti interessati*” (anziché “*l'Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati*”).

Al contrario, la necessità di interpretazione conforme a Costituzione convince, alla luce di quanto da ultimo chiarito dalla Corte costituzionale sull'insufficienza del termine di mera prescrizione a garantire l'effettività di diritto di difesa dell'incolpato, della estensione ai procedimenti *antitrust* della specifica previsione della legge del 1981.

Il fatto che già il prolungamento ingiustificato della fase preistruttoria sia causa di invalidità della successiva decisione non appresta un uguale livello di tutela, per la difficoltà di stabilire in concreto se la durata sia stata irragionevole e ancor prima, per il privato, di provarlo (ancor più ove lo si ritenesse onerato, in continuità con la giurisprudenza della CGUE e della CEDU, della dimostrazione della concreta lesione dei suoi diritti di difesa).

Viceversa, la circostanza che la decorrenza del termine viene comunque a legarsi alla definizione dell'ipotesi di infrazione, o al momento nel quale si sarebbero potuti formulare gli addebiti, è sufficiente per escludere che l'obbligo possa pregiudicare un'efficace applicazione della disciplina *antitrust*.

Il paragone con la disciplina del procedimento sanzionatorio di autorità amministrative indipendenti come CONSOB, Banca d'Italia e IVASS, dove l'effettività del contraddittorio è garantita anche grazie alla tempestiva contestazione dell'addebito, pare corroborare la conclusione malgrado la diversa struttura procedimentale.

Non emergono ostacoli dal raffronto con la disciplina europea *antitrust*, che non pregiudica, per precisa scelta del legislatore europeo, la possibilità degli Stati membri di mantenere termini non soggetti a sospensione, a interruzione o a proroga, purché tali limiti non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE. Può ragionevolmente ritenersi che l'assenza di questo ostacolo funzionale faccia premio sulla brevità del termine, pur potendosi presumere che la direttiva europea intendesse riferirsi a termini di un'apprezzabile durata.

Non sembra che un'analisi dei sistemi in vigore negli altri ordinamenti europei possa fornire ulteriori elementi utili di riflessione, una volta che la stessa Commissione europea, nella sua iniziativa legislativa, ha dato atto della notevole diversità di approccio delle legislazioni nazionali, fermo che l'Ufficio resta a disposizione anche per questo approfondimento.

4. Schema di svolgimento

DIRITTO AMMINISTRATIVO

“Premessa la nozione di tempestività dell'azione amministrativa e tracciata la differenza tra silenzio significativo e asignificativo, esamini il candidato la consumazione del potere dell'amministrazione in relazione all'esercizio della funzione sanzionatoria”.

SVOLGIMENTO

1. Principio di tempestività dell'azione amministrativa.

Il procedimento amministrativo risulta connotato dal **principio della doverosità dell'azione amministrativa e della certezza temporale dell'azione della P.A.** al fine di conferire al **tempo** un vero e proprio valore tutelato sia dall'ordinamento giuridico nazionale, sia da quello Unionale.

Alla stregua di tali principi, l'**art. 2, comma 2, L. 241/90** ha fissato quale termine generale per la conclusione del procedimento quello di giorni 30 a decorrere dalla presentazione dell'istanza da parte del privato o dall'inizio d'ufficio del procedimento.

Tali principi sono il precipitato dell'art. 97 Cost.: *sviluppare sempre tenendo a mente il principio di proporzionalità del tema.*

2. La differenza tra silenzio significativo e asignificativo.

Entro il predetto termine, la PA è tenuta a emanare un provvedimento, positivo o negativo, che conclude il procedimento, ovvero può avvalersi, nei casi previsti dalla legge, del **silenzio significativo** (assenso - diniego). Al di fuori di tali ipotesi, ove la PA non provveda si verifica il c.d. silenzio inadempimento. In altre parole, occorre chiedersi se il termine di cui all'art. 2 L. 241/90 abbia **natura perentoria** o **ordinatoria**. Per giurisprudenza costante, tale termine ha natura ordinatoria e non perentoria, cosicché alcuna decadenza può essere comminata a seguito dello sfioramento del termine. A riprova di ciò, la PA, spirato il termine, non perde il potere di emanare l'atto e l'emanazione di un atto tardivo non lo rende *ex se* illegittimo.

Declinare i corollari tra i due tipi di silenzio.

3. La consumazione del potere.

L'azione amministrativa è **doverosa**, ossia opera quale **risposta all'obbligo di provvedere** ed è **certa** nel termine di conclusione della stessa, previsto dall'art. 2 L. 241/90. Il potere pubblico, pur a fronte della sua tendenziale inesauribilità, deve **consumarsi in un tempo ragionevole**: l'esercizio del potere pubblico, che si concretizza mediante l'adozione del provvedimento finale, è la risposta doverosa all'obbligo di provvedere; l'esercizio del potere estingue l'obbligo di provvedere e, in tale estinzione, estingue anche se stesso.

La consumazione del potere è espressione dei principi di **buon andamento**, che guarda al lato della PA, e di **imparzialità**, che guarda al lato degli interessi dei privati, di cui all'art. 97 Cost.

3.1. Il potere sanzionatorio.

L'esercizio del potere sanzionatorio da parte della PA è articolato in due fasi: la prima è deputata all'accertamento della violazione e si conclude con la contestazione al trasgressore; la seconda è finalizzata alla decisione dell'autorità competente e, all'esito del contraddittorio con il trasgressore, si conclude con l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione (oppure con un provvedimento motivato di archiviazione).

La prima fase, disciplinata dall'art. 14 L. 689/1981, **prevede un termine entro cui la violazione deve essere contestata al trasgressore e al soggetto eventualmente obbligato in solido al pagamento della sanzione** (immediatamente o mediante notifica da effettuarsi, per i residenti in Italia, entro 90 giorni – estesi a 180 per i procedimenti dell'ARERA – e, per i residenti all'estero, entro 360 giorni). Il termine in esame è certamente perentorio, perché l'ultimo comma della disposizione citata stabilisce che il suo superamento comporta che *“l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue”*.

In relazione alla seconda fase non è indicato un termine per la conclusione della fase decisoria. Ci si è quindi chiesti se il termine sia o meno perentorio.

3.1.1. Contrasto giurisprudenziale.

Secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza civile, il termine è ordinario, non potendo trovare applicazione in via analogica l'art. 2 L. 241 del 1990, in quanto la disciplina sulle sanzioni amministrative costituirebbe un sistema organico e compiuto, speciale rispetto alla normativa generale sul procedimento.

Secondo l'orientamento che si fa largo tra i Giudici amministrativi, invece, il termine in esame è certamente perentorio e siffatta conclusione non è priva di base legale: infatti i principi di cui all'art. 97 Cost. impongono la tempestività dell'esercizio dell'azione amministrativa in generale, a garanzia del privato, e quindi anche di tipo sanzionatorio.



**OBIETTIVO
MAGISTRATO**
Scuola di formazione

OBIETTIVO-MAGISTRATO.COM