

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le q.l.c. sollevate dalla sesta sezione del Consiglio di Stato e relative alla omessa previsione di retroattività della norma sanzionatoria più favorevole per il trasgressore in tema di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante. La decisione ha evidenziato che la presenza del giudicato non può essere superata mediante applicazione dei principi evidenziati dalla giurisprudenza penale in tema di esaurimento del rapporto nelle sanzioni penali coercitive della libertà personale: le sanzioni amministrative non mettono in gioco beni essenziali come la libertà personale e la mancata completa definizione della fase esecutiva della misura non impedisce di considerare il rapporto esaurito.

Corte costituzionale, sentenza 28 luglio 2020, n. 171 – Pres. Cartabia, Red. Amato

Autorità garante della concorrenza e del mercato – Disciplina sanzionatoria delle intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante – Mancata previsione retroattività della norma più favorevole – Questioni inammissibili di costituzionalità

Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 4, della legge 5 marzo 2001, n. 57 (Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati), modificativo dell'art. 15, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione – quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate – sulla base dei parametri degli artt. 3 e 117, primo comma della Costituzione – dalla sesta sezione del Consiglio di Stato con ordinanze 14 maggio 2019, n. 3135 e 14 maggio 2019, n. 3134, in relazione alla disciplina contenuta nell'art. dell'art. 11, comma 4, della legge 5 marzo 2001, n. 57 (Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati), modificativo dell'art. 15, comma 1, della l. 10 ottobre 1990, n. 287, nella parte in cui non prevede la retroattività della norma introdotta dalla novella legislativa, ritenuta dal rimettente più favorevole.

La disposizione censurata modifica, infatti, l'art. 15, comma 1, della l. n. 287 del 1990 che disciplina le diffide e le sanzioni irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante, la quale, per le sanzioni amministrative pecuniarie, ha sostituito la forbice compresa fra l'uno e il dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente – in riferimento ai prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante e

nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida – con il solo massimo edittale del dieci per cento del fatturato globale realizzato dall'impresa nell'ultimo esercizio.

L'incidente di costituzionalità si è innestato in una vicenda contenziosa nella quale:

- a) l'AGCM, con apposito provvedimento ha riscontrato l'esistenza di un'intesa vietata ai sensi dell'art. 101 TFUE fra imprese produttrici di calcestruzzo preconfezionato e volta a ripartire le forniture destinate a vari cantieri edili;
- b) di conseguenza, l'Autorità ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria alle imprese partecipanti, ordinando di pagare tale sanzione entro novanta giorni dalla notifica dello stesso provvedimento, termine oltre il quale sarebbe stata dovuta la maggiorazione di cui all'art. 27, comma 6, della l. n. 689 del 1981 (Modifiche al sistema penale);
- c) con sentenza T.a.r per il Lazio, sez. I, 2 dicembre 2005, n. 12835, tale provvedimento è stato parzialmente annullato nella parte in cui le relative sanzioni non risultavano proporzionate ai limitati effetti dell'intesa, trattandosi d'infrazione da non qualificarsi come "*molto grave*", ma soltanto "*grave*";
- d) con sentenza Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864 (in *Giornale dir. amm.*, 2009, 1315) il giudice d'appello ha confermato la natura solo "*grave*" dell'intesa, riducendo altresì il periodo di durata a quello intercorrente tra settembre 1999 e dicembre 2000: da qui la decisione ha altresì desunto la necessità di applicare le sanzioni ai sensi della formulazione originaria dell'art. 15, comma 1, della l. n. 287 del 1990, poiché l'intesa non si era protratta sino all'entrata in vigore della novella legislativa;
- e) in ottemperanza a tale decisione l'AGCM, ha, quindi, rideterminato le sanzioni.

II. – La Corte è giunta alla declaratoria di inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza sulla base del seguente iter argomentativo:

- f) le ordinanze di rimessione riconoscono l'esistenza di un giudicato interno, in forza del quale la norma sanzionatoria applicabile nella fase di rideterminazione delle sanzioni dovrebbe essere, appunto, quella precedente alla novella del 2001 di cui si è detto;
- g) a confutazione della naturale, conseguente, irrilevanza di un'eventuale declaratoria d'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, in considerazione che il giudicato precluderebbe in ogni caso l'applicazione retroattiva della sanzione più favorevole, il giudice *a quo* ha ritenuto tale argomento superabile alla luce dei principi elaborati dalla Corte di cassazione in tema di esecuzione delle sanzioni penali (con particolare riferimento a Cassazione penale, sezioni unite, sentenze 7 maggio 2014, n. 18821 e 14 ottobre 2014, n. 42858,

in *Gazzetta forense*, 1, 63, con nota di FRANCESCHINI; *Dir. pen. e proc.*, 2015, 173, con nota di PECORELLA; *Cass. pen.*, 2015, 41, con nota di GAMBARDELLA; *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 975, con nota di VICOLI; *Processo penale e giustizia*, 2015, 3, 50, con nota di TURCO), secondo cui il rapporto deve ritenersi “esaurito”, non semplicemente quando su di esso si sia formato un giudicato, ma soltanto con l’esecuzione dell’ultimo “*frammento di pena*”;

- h) in altre parole, sino a quando l’esecuzione della pena è in atto, secondo il giudice *a quo* il rapporto non potrebbe ritenersi esaurito e una dichiarazione d’illegittimità costituzionale della sanzione in corso di esecuzione potrebbe comunque produrre i propri effetti, con conseguente declaratoria d’illegittimità costituzionale dell’art. 11, comma 4, della l. n. 57 del 2001, nella parte in cui non si applica retroattivamente;
- i) tale disposizione sarebbe rilevante nei giudizi di cui trattasi, non essendosi ancora del tutto esaurita la fase esecutiva della sanzione amministrativa pecuniaria;
- j) tale ragionamento del giudice *a quo* non può trovare utile ingresso – con conseguente inammissibilità delle questioni – sul rilievo che:
 - j1) nella richiamata giurisprudenza della Corte di cassazione la possibilità d’incidere sul giudicato penale è riferita alle sole sanzioni penali coercitive e recanti limitazioni della libertà personale, dove vengono in gioco valori costituzionali che devono ragionevolmente prevalere sul principio dell’intangibilità del giudicato;
 - j2) siffatti profili non sono presenti nel caso di una sanzione amministrativa pecuniaria: essa, invero, non mette in gioco beni essenziali come la libertà personale e se un “*frammento*” della stessa risulta ancora non eseguito, ciò dipende dalla volontà dell’interessato;
 - j3) il sistema penale prevede una fase esecutiva della sanzione, in cui garante della legalità della pena è il giudice dell’esecuzione, cui compete di ricondurre la pena inflitta a legittimità; per le sanzioni amministrative pecuniarie, invece, sia la loro irrogazione, sia la relativa fase esecutiva obbediscono a principi ben diversi, poiché il giudice preposto è investito della sola cognizione del titolo esecutivo (Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43, in *Foro it.*, 2017, I, 3251);
 - j4) ne deriva che la declaratoria d’illegittimità costituzionale dell’art. 11, comma 4, della l. n. 57 del 2001 non potrebbe produrre effetti, atteso l’intervenuto esaurimento dei rapporti di cui ai giudizi *a quibus* in virtù del giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 5864 del 2009, concernente la gravità e la durata dell’infrazione determinata dall’intesa restrittiva e, conseguentemente, la normativa applicabile *ratione temporis*.

III. – Per completezza si veda:

- k) sul requisito della “rilevanza” della questione nel giudizio di costituzionalità:
- k1) sulla nozione generale, Corte cost. 24 luglio 2019, n. 199 (in *Foro it.* 2019, I, 2973, oggetto della News US in data 18 ottobre 2019); 20 maggio 2019, n. 122 (in *Foro it.*, 2019, I, 2232); 14 luglio 2016, n. 174 (in *Foro it.*, 2016, I, 3052); 30 aprile 2015, n. 71 (in *Foro it.*, I, 2629, con nota di PARDOLESI; *Urbanistica e appalti*, 2015, 767, con nota di ARTARIA, BARILA’; *Guida al dir.*, 2015, 21, 84, con nota di PONTE; *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1492, con nota di REGA; *Giur. cost.*, 2015, 998, con nota di MOSCARINI; *Europa e dir. privato*, 2015, 951, con nota di GRISI; *Riv. giur. edilizia*, 2015, I, 581, con nota di MARI, STRAZZA); 5 maggio 2006, n. 184 (in *Cass. pen.*, 2006, 2811);
 - k2) sul requisito dell’attualità: Corte cost., ordinanza 16 febbraio 2012, n. 26 (in *Famiglia e dir.*, 2012, 984, con nota di VULLO);
 - k3) sulla non implausibilità alla stregua della motivazione offerta dal rimettente: Corte cost., 25 luglio 2011, n. 242 (in *Giust. civ.*, 2012, I, 600); 5 febbraio 2010, n. 34 (in *Foro it.*, 2010, I, 2266, con nota di D’AURIA; *Lavoro nelle p.a.*, 2010, 144 (m), con nota di DI NARDO; *Regioni*, 2010, 1135 (m), con nota di MERLONI);
 - k4) sull’influenza della posizione giuridica dedotta nel ricorso principale: Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 337 (in *Ragiusan*, 2009, 303, 170); 24 luglio 2000, n. 336 (in *Cons. Stato*, 2000, II, 1271);
 - k5) sul carattere prematuro della questione in quanto relativa a norma non ancora entrata in vigore: Corte cost., 28 marzo 2014, n. 60 (in *Giur. cost.*, 2014, 1292); ordinanza 4 luglio 2002, n. 314 (in *Giur. cost.*, 2002, 2418);
 - k6) sul *petitum* della questione di legittimità costituzionale: Corte cost., 27 luglio 2018, n. 180 (in *Guida al dir.*, 2018, 35, 64, con nota di CIAMPI; *Processo penale e giustizia*, 2019, 78, con nota di ALESCI); 10 aprile 2014, n. 90 (in *Cass. pen.*, 2014, 2465);
 - k7) sulla valutazione di “necessarietà” della norma per la definizione del giudizio: Corte cost., ordinanza 21 dicembre 2018, n. 242; 8 novembre 2018, n. 194 (in *Foro it.*, 2019, I, 89, con nota di ROMBOLI); 31 maggio 2018, n. 114 (id., 2018, I, 2247, con nota di PERRINO); ordinanza 9 febbraio 2018, n. 22 (in *Arch. circolaz.*, 2018, 187, con nota di CARRATO; *Giur. it.*, 2018, 1495, con nota di ZUFFADA; *Guida al dir.*, 2018, 11, 50, con nota di MINNELLA); 2 febbraio 2018, n. 18 (in *Foro it.*, 2018, I, 701); 29 novembre 2017, n. 248; 13 luglio 2017, n. 187 (in *Corriere trib.*, 2017, 2773, con nota di FERRANTI; *Giur. cost.*, 2017, 1729, con nota di PERRONE; *Dir. e pratica trib.*, 2018, 1185, con

- nota di RAVERA); Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, cit.; 12 dicembre 2012, n. 280 (in *Foro it.*, 2013, I, 1065, con nota di TRAVI); 22 dicembre 2011, n. 338 (in *Bollettino trib.*, 2012, 629, con nota di BRIGHENTI; *Urbanistica e appalti*, 2012, 529, con nota di FOSSATI; *Giust. civ.*, 2012, I, 883, con nota di GALLO);
- k8) sull'inerenza della questione a disposizione di decreto-legge non ancora convertito in legge: Corte cost., ordinanza 7 novembre 2001, n. 356 (in *Dir. e tecnica circolaz. e assic. obbl.*, 2001, 392);
- k9) sull'incidenza della questione su norma non più in vigore (in assenza di motivazione sulla inerenza della fattispecie al periodo di suo pregresso vigore): Corte cost., 16 maggio 2002, n. 204 (in *Lavoro giur.*, 2002, 632);
- k10) sull'omessa indicazione, con riguardo a disposizione recante norme plurime, degli elementi di collegamento della fattispecie alla specifica norma effettivamente applicabile; Corte cost., ordinanza 10 maggio 2002, n. 181 (in *Foro it.*, 2002, I, 0);
- k11) sull'eccezione relativa genericamente a interi complessi normativi: Corte cost., ordinanza 31 gennaio 2020, n. 8; ordinanza 18 luglio 2002, n. 364 (in *Giur. cost.*, 2002, 2720); con particolare riferimento all'impugnazione di un'intera legge: 18 luglio 2014, n. 218 (in *Giur. cost.*, 2014, 3476, con nota di CERESA-GASTALDO);
- k12) sul difetto di motivazione della rilevanza: Corte cost., ordinanza 25 giugno 2015, n. 120; 3 marzo 2015, n. 25 (in *Cass. pen.*, 2015, 2230);
- k13) sull'insufficiente descrizione della fattispecie: Corte cost., ordinanza 17 dicembre 2015, n. 271;
- k14) sulle sopravvenienze legislative: Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203 (in *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 789); 5 novembre 2015, n. 222 (in *Foro amm.*, 2015, 2733); 16 aprile 2014, n. 98 (in *Riv. giur. trib.*, 2014, 469, con nota di GLENDI; *Dir. e pratica trib.*, 2014, II, 439, con nota di CORASANITI; *Corriere trib.*, 2014, 1787, con nota di MARINI; *Dir. e pratica trib.*, 2014, II, 628 (m), con nota di MARINELLO; *Giur. cost.*, 2014, 1723, con nota di CHIEPPA; *Giur. it.*, 2014, 2450 (m), con nota di BENIGNI; *Riv. dir. proc.*, 2015, 813, con nota di SANDULLI);
- k15) sulla ricostruzione del quadro normativo di riferimento: tra le diverse, Corte cost., 19 giugno 2019, n. 150 (in *Foro it.*, 2019, I, 2603 nonché oggetto della News US in data 16 luglio 2019); 26 gennaio 2018, n. 9 (in *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, 23, nonché oggetto della News US 8 febbraio 2018, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti); ordinanza 17 febbraio 2016, n. 33 (in *Riv. giur. edilizia*, 2016, I, 437); 29 ottobre 2015, n. 210 (in *Foro it.*, 2016, I, 783, con nota di DE LUNGO); 15 maggio 2015, n. 82 (in *Foro it.*, 2016, I, 45, con

nota di D'AURIA); 25 ottobre 2000, n. 440 (in *Foro it.*, 2001, I, 40, con nota di DI CHIARA; *Corriere giur.*, 2000, 1580, con nota di CORBETTA; *Guida al dir.*, 2000, 41, 100, con nota di BRICCHETTI);

- 1) sul quadro dei principi elaborati in materia di sanzioni amministrative dalla giurisprudenza in tema di legalità, tassatività, irretroattività, offensività, *ne bis in idem*, proporzionalità, *Engel criteria*, si vedano tra le altre:
 - 11) Corte cost., 29 maggio 2019, n. 134 (in *Foro it.*, 2019, I, 2217, cui si rinvia), con particolare riferimento al principio di legalità;
 - 12) Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117, e Corte Cost., 10 maggio 2019, n. 112 (entrambe in *Foro it.*, 2019, I, 3421, cui si rinvia anche per ulteriori precedenti giurisprudenziali e dottrinali), in tema di sanzioni amministrative su abusi di mercato;
 - 13) Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63 (in *Foro it.*, 2019, I, 2662), in tema di applicazione retroattiva di sanzioni amministrative;
 - 14) Cass. pen., sez. V, 9 novembre 2018, n. 5679 e 16 luglio 2018, n. 45829 (entrambe in *Foro it.*, 2019 II, 279, con nota di DE MARZO), sul tema del *ne bis in idem*; Corte di giustizia UE, 9 giugno 2016, C-78/16, C-79/16 (in *Foro it.*, 2016, IV, 352, con note di LAGHEZZA, PALMIERI A., anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali; *Guida al dir.*, 2016, fasc. 29, 78, con nota di CASOLARI; *Riv. giur. urbanistica*, 2018, 78, con nota di NATALELLO);
 - 15) con particolare riferimento alla retroattività della *lex mitior* applicata al campo delle sanzioni pecuniarie amministrative v.: Cass civ., sez. II, 25 ottobre 2019, n. 27405, in *Foro it.*, 2019, I, 256 e Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, in *Foro it.*, 2019, I, 2662 con nota di PALMIERI.