

13 DICEMBRE 2023

Poteri privati e diritti dei consumatori:
un caso emblematico di mancata
retroattività della legge civile a
discapito del legittimo affidamento in
tema di fornitura del servizio elettrico

di Vincenzo Tondi della Mura
Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università del Salento

Poteri privati e diritti dei consumatori: un caso emblematico di mancata retroattività della legge civile a discapito del legittimo affidamento in tema di fornitura del servizio elettrico*

di Vincenzo Tondi della Mura

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università del Salento

Abstract [It]: Il lavoro intende evidenziare le difficoltà di un'effettiva tutela del consumatore nell'ambito dei c.d. rapporti privati asimmetrici, specialmente se preordinati alla fornitura di servizi pubblici essenziali. Lo squilibrio fra la posizione di supremazia dei gestori e quella di debolezza degli utenti, infatti, resta segnato da un'autonomia contrattuale che fatica a essere mantenuta nei limiti del sistema costituzionale: mentre sul piano generale è chiara la tendenza alla costituzionalizzazione del diritto dei contratti, non altrettanto può dirsi su quello specifico delle leggi di settore e della relativa giurisprudenza di merito. In tali casi, alla difficoltà del Legislatore d'intervenire in modo adeguato nella regolazione del mercato, corrisponde la pari difficoltà del giudice di merito d'inquadrare le conseguenti contraddizioni nell'ambito del sistema costituzionale, quasi a rinvenire nella specie una zona d'ombra all'accesso della giustizia costituzionale. Il tutto, con una conseguente mancanza di effettiva tutela del legittimo affidamento.

Title: Private powers and consumer rights: a symbolic case of non-retroactivity of civil law to the detriment of legitimate expectations in electricity service provision

Abstract [En]: The work intends to highlight the difficulties of effective consumer protection in the sphere of so-called asymmetrical private relationships, especially if they are preordained to the provision of essential public services. The imbalance between the position of supremacy of the operators and the position of weakness of the users, in fact, remains marked by a contractual autonomy that struggles to be maintained within the limits of the constitutional system: while on the general level the tendency towards the constitutionalisation of contract law is clear, the same cannot be said on the specific level of sector laws and the relative case law. In such cases, the Legislature's difficulty in adequately intervening in the regulation of the market is matched by the equal difficulty of the court of merit in framing the consequent contradictions within the constitutional system, almost as if to find in this case a grey area for the access of constitutional justice. All this, resulting in a lack of effective protection of legitimate expectations.

Parole chiave: tutela del legittimo affidamento, retroattività della legge civile, consumatori, zone d'ombra nella giustizia costituzionale

Keywords: protection of legitimate expectations, retroactivity of civil law, consumers, grey areas in constitutional justice

Sommario: **1.** Premessa: alcuni interrogativi sui presupposti che rendono effettiva la tutela del consumatore. **1.1.** I rapporti privati "asimmetrici" mal regolati dal legislatore e i rischi di una mancata effettiva garanzia dei consumatori nel mercato di fornitura del servizio elettrico. **2.** "Chi ha avuto, ha avuto, ha avuto; chi ha dato, ha dato, ha dato": la legge di Bilancio 2018 (L. n. 295 del 27 dicembre 2017, art. 1, commi 4 e 10), il nuovo regime della prescrizione biennale dei conguagli ritardati e la questione della imprescrittibilità dei crediti pregressi, già fatturati (illecitamente) e ancora pendenti. **2.1.** (segue): la precedente prassi dei conguagli pluriennali e delle c.d. maxi-bollette di conguaglio. **2.2.** (segue): il nuovo regime della prescrizione biennale dei conguagli ritardati posto

* Articolo sottoposto a referaggio.

a “tutela rafforzata” del legittimo affidamento. **2.3.** (segue): l’eccezione temporale alla regola generale della prescrizione biennale del conguaglio ritardato: violazione dei principi del legittimo affidamento, ragionevolezza e coerenza dell’ordinamento giuridico. **2.4.** (segue): la questione della retroattività della legge civile a tutela del legittimo affidamento.

1. Premessa: alcuni interrogativi sui presupposti che rendono effettiva la tutela del consumatore

Quanto vale per l’ordinamento l’effettiva tutela del consumatore, specialmente se in tema di servizi pubblici essenziali? Quanto pesano i condizionamenti lobbistici a sostegno degli interessi contrapposti? Entro quale misura la mediazione legislativa fra gli uni e gli altri è sindacabile dalla Consulta, senza il rischio di essere attratta nella suggestione di quelle *zone d’ombra* (culturalmente e materialmente) esenti da ogni controllo di legittimità? E, soprattutto, quale livello di garanzia riesce a coprire l’attuale tendenza alla *costituzionalizzazione del diritto dei contratti*, volta a vincolare l’autonomia contrattuale dei poteri privati al legittimo affidamento delle parti deboli?

Si tratta di interrogativi che aprono la via a riflessioni senza fine, tali e tanti sono i profili coinvolti. Eppure, se *il diavolo è nei dettagli*¹, è proprio nelle regolamentazioni settoriali che divengono stridenti le contraddizioni derivanti dalla tensione fra le opposte esigenze e, soprattutto, fra le opposte prospettive: quella incline a misurare e sindacare la legittimità e l’efficacia delle politiche pubbliche anche sul piano privatistico; quella, al contrario, restia ad allontanarsi dallo schema formale delle garanzie del tradizionale assetto codicistico.

L’una, fondata sul presupposto lucidamente anticipato da Giorgio Lombardi già nel 1970, secondo cui la tensione dialettica fra autorità e libertà, lungi dall’esaurirsi nel rapporto fra potere pubblico e cittadino, interessa anche le dinamiche del potere privato; reca con sé la necessità di spingere il momento sostanziale delle garanzie “*oltre alle ipotesi previste dal codice civile, ai fini, ad esempio, della individuazione delle cause di invalidità o di illiceità dei comportamenti privati*”².

L’altra, al contrario, segnata dal perdurante ritardo culturale nel recepimento della svolta assiologica imposta dal Codice del Consumo sul duplice piano politico-legislativo e giurisdizionale; una svolta che ha ribaltato lo stesso *consumerism* da una dimensione meramente patrimonialistica a una dimensione personalistica³, andando *oltre* la logica del semplice diritto contrattuale, per ricomprendere tutte le fasi

¹ Su cui da ultimo la raccolta di L. SLIMANI, *Il diavolo è nei dettagli. Sei pezzi inediti della scrittrice simbolo della Francia contemporanea*, tr. it. a cura di E. Cappellini, Rizzoli, Milano, 2020.

² G.M. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Giappichelli, Torino, 1970, 114 (corsivo testuale), su cui più in generale: T. CERRUTI, A. POGGI, M. ROSBOCH (a cura di), *“Spazio e frontiera”*. In ricordo di Giorgio Lombardi, Giappichelli, Torino, 2022.

³ P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo* (1995), in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, E.S.I., Napoli, 2003, 312. In senso variamente critico verso il riduzionismo economico che connota il diritto europeo dei consumi: S. RODOTÀ, *Persona-consumatore*, in P. STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999, 19 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 345 ss.; M. BARCELLONA, *L’interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, *ivi*, 2011, 329 ss.

anteriori e posteriori della stipulazione dell'accordo. Del resto, è l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ad avere imposto un'interpretazione sistematica del nuovo Codice, fondata sulla necessità di assicurare la continuità fra diritti, principi e rimedi “secondo la tecnica normativa delle esperienze continentali, che dapprima istituiscono il diritto e di poi la tecnica per tutelarlo”⁴. Sicché il confronto tra il consumatore e il produttore di beni e servizi non può prescindere dal riconoscimento della “pretesa di un rimedio effettivo”, da intendere quale “diritto ad adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato”⁵.

Si torna così agli interrogativi iniziali sulle condizioni che rendono effettiva la tutela del consumatore, se non proprio dell'*homo consumens*⁶.

Sul piano costituzionale detta tutela è certamente percorribile, posto che i diritti fondamentali sono garantiti nei confronti tanto del potere pubblico quanto di quello privato. In tale ultimo caso, se mai, essa necessita di specifiche formule di collegamento normativo, volte a rendere operanti verso le posizioni private di supremazia le medesime garanzie impiegate verso lo Stato. Nel caso della tutela del consumatore, pertanto, sovviene la previsione del secondo comma dell'art. 41 Cost., la quale esprime un collegamento fra abuso di poteri privati di supremazia e garanzia dei diritti di libertà in relazione alla sfera privatistica, offrendo un criterio per la risoluzione del contrasto a vantaggio del principio di libertà⁷.

La libertà individuale del contratto, del resto, non gode di una collocazione costituzionale autonoma, derivando la propria garanzia dalla strumentalità all'esercizio dei diritti d'iniziativa economica privata e di proprietà (artt. 41 e 42, Cost.). In tal senso, essa è rimessa a una tutela costituzionale solo indiretta e mediata dalla legge, posto che i diritti fondamentali non possono incidere nei rapporti negoziali privati se non come criteri o direttive d'interpretazione delle leggi che li regolano⁸. Spetta al Legislatore il compito di armonizzare l'esercizio dei diritti coinvolti con il rispetto dell'utilità sociale, delle libertà e della dignità umana, secondo soluzioni ovviamente sindacabili dalla Corte costituzionale sul duplice piano della ragionevolezza e del rispetto dei principi coinvolti. Ed è in tale contesto, per l'appunto, che risalta il

⁴ G. ALPA, in G. ALPA, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario*, E.S.I., Napoli, 2005, 18.

⁵ G. VETTORI, in ID., *Codice del Consumo*, Cedam, Padova, 2007, 6.

⁶ Z. BAUMAN, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Il Margine, Trento, 2021. Sulla particolare vulnerabilità dell'*homo consumens*, “sempre a rischio di perdersi di fronte all'eccesso di stimoli a cui è di continuo e suo malgrado esposto”, M. MAGATTI, *Introduzione*, *ivi*, 7.

⁷ G.M. LOMBARDI, *Potere privato*, cit., 100 ss., spec. 117. Sull'incidenza dei limiti dell'art. 41 comma secondo anzitutto sul diritto soggettivo di libertà economica al di là di un intervento attuativo del legislatore, si v. già C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss. e A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 142 ss. Con specifico riferimento alla tutela dei consumatori nel comma secondo dell'art. 41, A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2010, spec. p. 10 e ss., in cui si richiama M. ESPOSITO, *La tutela dei consumatori tra codice civile e Costituzione*, in *Giur. merito*, 2000.

⁸ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, n. 1/1997, 3.

progressivo allargamento della frontiera del costituzionalismo verso i rapporti privati *asimmetrici*⁹; rapporti destinati a sbilanciare l'equilibrio fra le parti a discapito di quelle più deboli¹⁰ e, in quanto tali, richiedenti una tutela dell'autonomia contrattuale più stringente e accurata.

Sul piano del diritto privato, del pari, detta tutela è pure percorribile, posto che la frontiera tra interessi pubblici e interessi privati è tornata ad assumere i contorni estremamente labili della concezione classica dello *ius civile* in senso stretto¹¹. Si pensi ai profili marcatamente pubblicistici del diritto dei consumatori penetrati nello stesso Codice del Consumo, con peculiare riferimento ai servizi, alla disciplina dei prezzi, al consumo «sostenibile»¹², all'intervento delle Autorità amministrative indipendenti e alla loro forte attitudine a plasmare il diritto privato contemporaneo¹³, alla disciplina del commercio e così via¹⁴. Sicché - ancora una volta - a emergere è lo stretto legame tra la recente esperienza codificatoria italiana e l'evoluzione del diritto unionale dei consumi nel rispetto delle disposizioni della Carta costituzionale¹⁵.

⁹ Su cui da ultimo: E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, spec. 77 ss.; A. IANNOITI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, spec. 42 ss.; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione, Enc. dir., I tematici*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, 1008 ss.

¹⁰ Sull'asimmetria di potere nei rapporti privati si v. da ultimo S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Autonomia negoziale e riequilibrio delle asimmetrie contrattuali: un'indagine multilivello*, in *Federalismi.it*, n. 23/2023. Più in generale, resta fondamentale lo studio di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, spec. 54 ss.; ma già P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515 ss.; nonché D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.

¹¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. I, Metodi e tecniche*, E.S.I., Napoli, 113 e 144 ss.

¹² Le politiche europee per la crescita sostenibile stanno imprimendo un'ulteriore curvatura assiologica alla disciplina consumeristica di derivazione europea: C. MIGNONE, *Consumer Rights to support Europe's Green and Digital Transitions. Towards Sustainable Consumer Law*, in *Annali SISDiC*, 2022, 141 ss.; A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2021, 529 ss.; H.W. MICKLITZ, *Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, in *Journ. Eur. Cons. Market L.*, 2019, 8, 229.

¹³ Sulla prospettiva, divenuta oggi imprescindibile, di un "diritto privato regolatorio", si v. quantomeno: A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 517; A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 23. Più ampiamente, sul nesso tra giustizia contrattuale (del singolo scambio) e regolazione del mercato: P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e diritto dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 879 ss.; H.W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook of European Law*, 2009, 28, p. 3 ss.

¹⁴ E. CAPOBIANCO, *Art. 1*, in E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, E.S.I., Napoli, 2018, 1 ss., spec. 7. Il rilievo che assumono gli interessi superindividuali, generali e sociali nelle pieghe della disciplina consumeristica, non è circoscritto alle sole forniture dei servizi essenziali, ma investe anche il settore dei beni, come accade nel mercato immobiliare. La prospettiva è stata ripresa opportunamente da M. FRANCESCA, *Consumerismo ed effetti della neolingua nel settore immobiliare*, in *Pers. merc.*, 2022, 20, nel contesto di uno studio civilistico critico verso gli effetti prodotti dal processo di "consumerizzazione" del bene-casa, il quale sta oscurando "il valore d'uso teso alla soddisfazione di esigenze innanzitutto primarie degli individui e della famiglia". Il retroterra sociale dell'apparato di tutele consumeristiche traspare nella articolata ricostruzione di S. BUDELLI, *La nuova disuguaglianza nel mercato consumeristico*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, E.S.I., Napoli, 2017, 215 ss.

¹⁵ G. ALPA, *Codice del Consumo*, cit., 18; ID., *I diritti dei consumatori in ambito europeo e nel diritto interno*, 21 ss. Sull'impatto dei principi costituzionali nell'orizzonte interpretativo del diritto dei consumatori, v. anche H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 859 ss.; L. MEZZASOMA, *Disciplina del contratto*,

1.1. (segue): i rapporti privati “asimmetrici” mal regolati dal legislatore e i rischi di una mancata effettiva garanzia dei consumatori nel mercato di fornitura del servizio elettrico

Se la tutela del consumatore è garantita sul duplice piano costituzionale e del diritto privato, non può dirsi altrettanto in ordine a quello politico-legislativo e giurisprudenziale. Qui resta vivo il rischio della mancanza di un’effettiva garanzia a dispetto dell’elevato grado di protezione pure invocato dall’art. 38 della Carta dei diritti (“Nelle politiche dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori”).

Il riferimento, fra gli altri, è a quelle leggi di settore in tema di servizi pubblici essenziali, che intervengono nel rapporto fra gestori e consumatori senza considerare la specificità dei beni interessati dall’autonomia contrattuale. Con la conseguenza di non riuscire a prevenire gli abusi contrattuali provocati dalla supremazia degli uni sulla debolezza degli altri, così da lasciare esposti questi ultimi a pregiudizi non sempre agevolmente tutelati dagli organi di controllo e di garanzia.

Il *primato* del mercato, in realtà, piuttosto che essere assoluto e indiscriminato secondo la regola empirica del *laissez faire*¹⁶, presuppone un intervento regolatorio del potere pubblico finalizzato a vincolare l’esercizio dell’autonomia contrattuale nel quadro dei principi costituzionali; necessita che la funzione della normazione valga a porsi quale vincolo e strumento delle politiche pubbliche¹⁷. Anche il mercato, del resto, non può sfuggire al compito supremo della Repubblica di *rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana* (art. 3 Cost.), dovendo rimanere vincolato al duplice fine perseguito dall’intervento pubblico: quello della promozione dell’utilità sociale, secondo la valorizzazione delle intrinseche attitudini del medesimo mercato a produrre ricchezza e benessere; quello della correzione delle disparità di potere contrattuale, diversamente suscettibili di pregiudicare la libertà e la razionalità delle scelte economiche individuali¹⁸.

La questione diviene cruciale nel caso in cui a interessare il mercato non siano più i beni comuni, ma i beni essenziali. Questi ultimi, infatti, mancando ontologicamente degli *anticorpi* tipici degli altri, sono suscettibili di subire la “contaminazione degli aspetti peggiori della traslazione del bene verso il mercato di consumo”. Una volta sottratti alle garanzie sociali del mercato tutelato, essi rischiano di originare “nuovi domini” e “nuovi poteri privati autolegittimanti”; poteri “abnormi”, in quanto continuamente

tutela del contraente debole e valori costituzionali, in *Revista Brasileira de Direito Civil*, 2015, 6, 95 ss.; ID., *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 313 ss.

¹⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali* (Parte speciale), Cedam, Padova, 1992, II ed., 458 e 489; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi* (1964), Cedam, Padova, rist. 2014, 81.

¹⁷ Da ultimo S. STAIANO, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, n. 29/2022, 190.

¹⁸ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit.,

ripiegati su sé stessi, privi delle contromisure di reazione al mercato e con spazi minimi di apertura a un sistema di valutazione esterno dei torti e delle ragioni ¹⁹.

Di qui la delicatezza costituzionale del regime dei contratti privati di fornitura di energia elettrica, stante la natura del servizio pubblico coinvolto, qualificato dalla Costituzione come *essenziale* (art. 43) e dal Trattato unionale come *d'interesse economico generale* (art. 14 TFUE). E invero, la pretesa dell'individuo alla fornitura di energia è configurabile oramai come un diritto fondamentale, o quanto meno come un diritto strumentale indispensabile all'effettiva realizzazione dei diritti fondamentali legati alla dignità e allo sviluppo della persona umana (salute, istruzione, informazione, comunicazione, ecc.). Emblematica è la sequenza multilivello della disciplina interessata. Se l'*accesso universale* all'energia costituisce un obiettivo dell'ONU da assicurare entro il 2030 ²⁰, il diritto di accedere alle cosiddette "forme moderne di energia" (elettricità e gas) in termini di uniformità qualitativa e di accessibilità economica è sancito sul duplice piano euro-unitario e nazionale. Essenziale al riguardo è quanto disposto dall'art. 27 della direttiva UE 2019/944, che assicura il diritto di tutti i clienti finali di essere riforniti di energia a un livello qualitativo definito e a prezzi ragionevoli ("Gli Stati membri provvedono affinché tutti i clienti civili [...] usufruiscano nel rispettivo territorio del servizio universale, vale a dire del diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi competitivi, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori").

Eppure, nonostante una simile sequenza di previsioni generali, permangono sul piano nazionale le contraddizioni derivanti da leggi settoriali non adeguate alla natura *asimmetrica* dei contratti di fornitura di energia elettrica e gas; rimangono i rischi di interventi lesivi della certezza e della ragionevolezza dei prezzi da parte dei gestori.

Ovvio che valgano le consuete forme di tutela approntate dall'ordinamento. E tuttavia, si tratta di tutele *faticose*, in quanto rimesse all'*attivismo civico* del consumatore e alla sensibilità ermeneutica del giudice adito.

¹⁹ Su tali aspetti M. FRANCESCA, *Tempi moderni e nuovi domini: il caso del bene energia*, in *Scritti in onore di Giancarlo Vallone*, in corso di pubblicazione, e ampia bibliografia richiamata, con l'amara e realistica conclusione: "È forte, a questo punto, la sensazione che sia venuta meno la relazione tra poteri e che ciò rientri tra gli effetti di un inaugurato appiattimento dei beni essenziali all'ortopedia del diritto dei consumi e ai relativi sistemi autogiudicanti".

²⁰ L'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile è stata adottata con Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015 (A/RES/70/1) (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>). Gli Accordi di Parigi sono stati adottati il 12 dicembre 2015 dalla XXI Conferenza delle Parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (COP21), con la decisione 1/CP21 (<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>). *Sustainable Energy for All (SEforALL)* è nato come un partenariato multilaterale tra governi, settore privato e società civile, finalizzato ad assicurare, entro il 2030, l'accesso universale a servizi energetici moderni, raddoppiare il tasso globale di miglioramento dell'efficienza energetica, raddoppiare la quota di energia rinnovabile nel mix energetico globale ([https://www.seforall.org/who-we-are#:~:text=Sustainable%20Energy%20for%20All%20\(SEforALL,Development%20Goal%207%20\(SDG7\)%20%E2%80%93](https://www.seforall.org/who-we-are#:~:text=Sustainable%20Energy%20for%20All%20(SEforALL,Development%20Goal%207%20(SDG7)%20%E2%80%93)).

Nella specie non rileva soltanto il “coraggio”²¹ di manifestare quella *disobbedienza civile* verso le leggi sospettate d’incostituzionalità, così necessaria all’attivazione del relativo giudizio incidentale²²; risalta altresì il pari *coraggio* del giudice *a quo*, di cogliere le ragioni di una tale *disobbedienza* e di superare una duplice resistenza di ordine interpretativo e sistematico: da un lato, quella di riuscire a spingere il momento sostanziale delle garanzie *oltre* le classiche ipotesi previste dal codice civile e verso nuove cause d’invalidità o illiceità dei comportamenti privati, secondo la prospettiva tracciata da Giorgio Lombardi e sperimentata dalla Suprema Corte²³; dall’altro, quella di affrancare la coraggiosa *resistenza* costituzionale del singolo consumatore dalle sabbie mobili di quelle *zone d’ombra* che ipotecano l’accesso al sindacato costituzionale²⁴: *zone* incerte nei confini, ma destinate a inibire l’effettività dei meccanismi di tutela giurisdizionale (natura e contenuto dell’atto; particolare efficacia nel tempo della fonte; mancanza di un giudice competente a conoscere della questione; condizioni e limiti previsti dalla legge o dalla giurisprudenza costituzionale per l’instaurazione del giudizio incidentale)²⁵. Eppure, come evidenziava Valerio Onida, il sistema costituzionale impone che “per ogni diritto sostanziale ci sia un giudice e un giudizio nel quale quella particolare situazione giuridica soggettiva possa essere azionata e fatta valere”²⁶.

Ecco, dunque, attestata la necessità costituzionale di riannodare il sistema delle garanzie secondo operazioni ermeneutiche finalizzate a rimediare agli squilibri privatistici provocati da mediazioni legislative settoriali, improntate a soluzioni *al ribasso* e inadeguate, se non proprio sospette (anche economicamente). Tornando all’anticipazione di Giorgio Lombardi, infatti, “il problema dell’efficacia

²¹ L’espressione rimanda alla critica di P. CALAMANDREI sulle imperfezioni del sistema di giustizia costituzionale, per la cui attivazione “bisogna avere il coraggio” di violare la legge sospettata d’incostituzionalità, così che il singolo “sfidi il rischio della sanzione individuale che la violazione di quella legge comporta”; ciò nella consapevolezza che “il resistere deliberatamente alla legge nell’opinione che essa sia costituzionalmente illegittima esporrà sempre il resistente al pericolo di sentirsi dire dal giudice che la sua opinione è sbagliata, e di dover subire di conseguenza la sanzione della violazione”, ID., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 13, su cui T. GROPPI, la quale rinviene al riguardo l’esercizio del “diritto individuale di resistenza”, ID., *La Corte e “la gente”: uno sguardo “dal basso” all’accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2019, 428.

²² T. GROPPI, *op. ult. cit.*, 423.

²³ V. *infra*, par. 2.2.

²⁴ Da tempo la dottrina costituzionalistica si è soffermata sui limiti dei meccanismi di accesso alla giustizia costituzionale, interrogandosi sui rischi derivanti dalle “zone d’ombra” del relativo sistema di controllo (cfr. i due importanti convegni del Gruppo di Pisa: R. BALDUZZI e P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007; R. PINARDI (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2007). Quanto alla differenza con quelle “zone franche” che in piena coerenza col sistema costituzionale impediscono di esercitare alcun controllo di legittimità, P. ZICCHITTO, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 5 ss.

²⁵ P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all’accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello. Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana*, E.S.I., Napoli, 2006, 778.

²⁶ V. ONIDA, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, II, Giuffrè, Milano, 1999, 1095 ss.

rispetto ai terzi dei diritti fondamentali è [...] questione che sorge su di un piano generale [...] ma che si risolve sul piano dello stretto diritto positivo”²⁷.

Ed è per l'appunto sul piano della legislazione di settore e della giurisprudenza di merito, che si gioca oramai la vera sfida della tutela dei diritti fondamentali. Se è nelle regolamentazioni settoriali che divengono stridenti le contraddizioni di un legislatore che fatica a bilanciare gli interessi dei poteri privati con quelli dei singoli, è nei conseguenti rapporti giuridici che si sostanziano le inevitabili ingiustizie contrattuali. È nello scarto fra le grandi garanzie unionali, costituzionali e codicistiche, da un lato, e le specifiche legislazioni di settore, dall'altro, che si registrano i disagi e le incertezze della tutela dei diritti dei consumatori. Sicché è nelle aule dei Tribunali e nelle affollate udienze di merito, che la *coraggiosa* resistenza costituzionale del consumatore deve (avere la fortuna di) incrociare l'altrettanto *coraggiosa* sensibilità costituzionale dei giudici *a quibus*, capace di sostenere il difficile impegno professionale della stesura dell'ordinanza di rimessione al giudizio della Consulta; prospettiva, questa, che presuppone un capitale umano non sempre a disposizione. E così, per inciso, viene in mente l'amara riflessione di Mario Bertolissi a proposito degli esiti forensi derivanti dall'avvento di un'intelligenza artificiale già incipiente: “nell'illustrare il divenire di talune professioni liberali: in primis, dell'avvocatura, ci si sofferma sugli studi internazionali, che si occupano di transazioni planetarie, dimenticando che, i più, sono altri; vale a dire, i milioni e milioni di persone, che avranno bisogno di un avvocato qualunque, che ha avuto come maestri Demostene e Cicerone, non un avvocato d'affari. È in atto la commedia degli equivoci, che è ostile – ove si guardi oltre l'apparenza –, innanzi tutto, alla Costituzione”²⁸.

2. “Chi ha avuto, ha avuto, ha avuto; chi ha dato, ha dato, ha dato”: la legge di Bilancio 2018 (L. n. 295 del 27 dicembre 2017, art. 1, commi 4 e 10), il nuovo regime della prescrizione biennale dei conguagli ritardati e la questione della imprescrittibilità dei crediti pregressi, già fatturati (illecitamente) e ancora pendenti

Emblematico delle contraddizioni rilevate è il caso preso in considerazione. *Banalmente* (nel senso *harendtiano* del termine) la vicenda è sempre la solita: forti delle *maglie larghe* delle garanzie codicistiche, gli operatori energetici e idrici avevano inaugurato una pratica commerciale gravemente lesiva dei diritti del consumatore, lucrandone i vantaggi per lungo tempo nella colpevole latitanza degli organi di controllo e di garanzia. Un simile *Bengodi* commerciale, tuttavia, non sarebbe potuto durare all'infinito, sicché finalmente è intervenuto il Legislatore a regolare il tutto. Il guaio però è che detto intervento è stato inadeguato, proiettandosi solo verso il futuro e non anche verso le pendenze del passato; è stato

²⁷ G.M. LOMBARDI, *Potere privato*, cit., 100 (corsivo testuale).

²⁸ M. BERTOLISSI, *Costituzione, persona, dignità: tre parole-chiave del lessico giuridico di Lorenza Carlassare*, in *Lo Stato*, n. 19/2022, 322.

improntato a scongiurare prossime storture e non anche a regolarizzare quelle trascorse e ancora azionabili; in altri termini, è stato modellato alla nota massima napoletana per la quale “*chi ha avuto, ha avuto, ha avuto; chi ha dato, ha dato, ha dato*”.

E così i prenditori hanno potuto continuare ad agire indisturbati, a pretendere quanto maturato (illecitamente) a loro favore e a fare *man bassa* del legittimo affidamento dei consumatori.

Venendo al dettaglio, la legge di Bilancio 2018 (L. 27 dicembre 2017, n. 205) è intervenuta per limitare la portata della prassi dei *conguagli pluriennali* e delle c.d. *maxi-bollette* di conguaglio nei settori di luce, acqua e gas. Si è occupata del rapporto privatistico fra consumatori e gestori di beni e servizi, regolandone e modificandone le condizioni in nome del ruolo di controllo riconosciuto allo Stato specialmente nell’ambito dei servizi pubblici essenziali; in tal senso, per inciso, non si è mossa nella sola prospettiva del secondo comma dell’art. 41 Cost., ma anche del terzo comma dello stesso articolo e della funzione regolatoria della normazione a esso sottesa²⁹.

La legge, più precisamente, ha introdotto il nuovo regime della prescrizione biennale - c.d. prescrizione breve - per i crediti vantati dagli operatori energetici e idrici in ordine ai consumi pregressi. E tuttavia, nel restringere i tradizionali margini codicistici di autonomia contrattuale, essa ha assunto una soluzione contraddittoria: certamente orientata verso le finalità sancite dal Codice di Consumo, ma con una delimitazione temporale destinata a salvaguardare i crediti pregressi già fatturati (illecitamente) e ancora pendenti.

Sicché, per un verso, ha sancito la regola generale secondo cui “*Nei contratti di fornitura di energia elettrica e gas il diritto al corrispettivo si prescrive in due anni, sia nei rapporti tra gli utenti domestici o le microimprese [...], o i professionisti [...] e il venditore, sia nei rapporti tra il distributore e il venditore, sia in quelli con l’operatore del trasporto e con gli altri soggetti della filiera. Nei contratti di fornitura del servizio idrico, relativi alle categorie di cui al primo periodo, il diritto al corrispettivo si prescrive in due anni*” (art. 1, comma 4); per altro verso, tuttavia, ha introdotto un’eccezione temporale, che limita l’applicazione dell’innovazione soltanto alle “*fatture la cui scadenza è successiva: a) per il settore elettrico, al 1° marzo 2018; b) per il settore del gas, al 1° gennaio 2019; c) per il settore idrico, al 1° gennaio 2020*” (art. 1, comma 10).

In altri termini, l’operatività del nuovo regime non è stata riferita a *tutte* le fatture di consumo ancora pendenti, con una conseguente limitazione *ex tunc* della prassi dei *conguagli pluriennali* e delle *maxi-bollette* di conguaglio; per contro, è stata riferita alle sole fatture aventi scadenza variamente successiva alla pubblicazione della legge, con una limitazione *ex nunc* della medesima prassi.

²⁹ Nel caso in oggetto la legge di Bilancio altro non ha fatto se non imporre (pur con le lacune di seguito rilevate) vincoli di natura sociale per contenere forme di abuso da parte dei poteri privati. Sulla funzione regolatoria e predeterminativa di fini anzitutto da parte della legge (e poi dalle fonti sublegislative) nei confronti di attività economiche e servizi, espressa dal terzo comma dell’art. 41 Cost., cfr. almeno U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 130-132 e A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, spec. 219-221.

In tal modo – come anticipato - è rimasta impregiudicata la possibilità degli operatori dei servizi pubblici di continuare a lucrare indisturbati i benefici di una pratica commerciale pur sempre contraria ai diritti del consumatore. Di qui, per l'appunto, le conseguenti resistenze giudiziarie ancora in cerca di un rinvio incidentale.

2.1. (segue): la precedente prassi dei conguagli pluriennali e delle c.d. maxi-bollette di conguaglio

La valenza del nuovo regime della prescrizione breve risulta meglio comprensibile alla luce della pratica commerciale oggetto delle relative restrizioni.

Si tratta di una pratica gravemente stigmatizzata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato³⁰. Questa ha contestato la legittimità di un regime commerciale delle forniture dei servizi pubblici “caratterizzato da frequente fatturazione tardiva e/o rettifica dei consumi accompagnata dall'addebito di importi significativi”; tale da rendere i consumatori “gravemente penalizzati anche nella possibilità di controllare i propri consumi e pianificare la spesa correlata”. Ciò in palese violazione degli obblighi contrattuali inerenti al rapporto di consumo fra la Società di vendita e relativi clienti, destinati invece a obbligare il venditore “a relazionarsi con i clienti secondo la «diligenza professionale» prescritta dal Codice del Consumo, in osservanza dei principi codicistici di correttezza e buona fede”.

La forza semantica della terminologia impiegata dall'Autorità è significativa. L'Antitrust ha qualificato detta prassi come *grave*; ha definito i relativi effetti come *gravemente penalizzanti* i consumatori, in quanto impossibilitati a *controllare* i consumi e *pianificare* la spesa correlata; ha giudicato la scelta commerciale perseguita dagli operatori come lesiva dei *principi codicistici di correttezza e buona fede*, in quanto destinata a ingenerare negli utenti *addebiti assai ingenti*.

Apprezzamenti ancora più radicali sono stati espressi dalla medesima Autorità nel corso di un'audizione parlamentare sul tema. Facendo riferimento alla prassi delle *maxi-bollette* di conguaglio, essa ha rimarcato la necessità di scongiurare “il reiterarsi di violazioni dei requisiti di correttezza e buona fede da parte di alcuni operatori nell'emissioni di fatture di conguaglio con addebito di ricalcoli pluriennali opache e mal comunicate in danno degli utenti”³¹. Anche in tal caso è significativo il richiamo all'*opacità* di fatture consegnate *in malam partem* con la tecnica del conguaglio pluriennale.

³⁰ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adunanza del 22 dicembre 2020, PS11564 - ENEL/SEN-PRESCRIZIONE BIENNALE, *Provvedimento n. 28509*, spec. § 80 e 87, in [https://agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/1/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/D09EF4E9F644EDC1C12586680050831A/\\$File/p28509.pdf](https://agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/1/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/D09EF4E9F644EDC1C12586680050831A/$File/p28509.pdf)

³¹ Senato della Repubblica, X Commissione, Audizione del Cons. E. Quaranta, 9 luglio 2020, Atto n. 397 - *Affare sulla razionalizzazione, la trasparenza e la struttura di costo del mercato elettrico e sugli effetti in bolletta in capo agli utenti*, in https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/167/201/2020_07_09_Autorità_garante_concorrenza_e_mercato.pdf

Ed effettivamente, la prassi in contestazione integrava quella pratica commerciale aggressiva già sanzionata dal Codice di Consumo (art 24)³². Oltre a infliggere all'utente i danni economici derivanti dal "blocco di fatturazione" e dal "ritardo di conguaglio", essa ne condizionava la libera determinazione. Alterava la libera capacità di valutazione dell'utente, condizionandone le determinazioni con l'implicita minaccia del distacco del servizio pubblico a seguito dell'inserimento nella fattura dell'intimazione di pagamento immediato della somma a conguaglio. Non si trattava, insomma, della mera scorrettezza commerciale tipica delle altre tipologie di pratiche (artt. 20 e ss.), bensì della più grave aggressività di una "condotta illecita" destinata ad alterare le precedenti condizioni contrattuali; una condotta capace di "offendere in maniera particolarmente grave l'individualità [del consumatore] indipendentemente dal pregiudizio patrimoniale patito"³³.

Di qui, per l'appunto, il successivo intervento legislativo intenzionato a "neutralizzare/ridurre" una prassi "che generava addebiti assai ingenti per gli utenti a fronte dell'inerzia dei Distributori nell'attività di misurazione dei consumi"³⁴.

2.2. (segue): il nuovo regime della prescrizione biennale dei conguagli ritardati posto a "tutela rafforzata" del legittimo affidamento

La rilevanza dell'innovazione introdotta dalla legge di Bilancio 2018 è stata prontamente colta dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente. Questa ha considerato positivamente l'iniziativa di fornire al cliente finale una "tutela rafforzata", consistente nella "possibilità [...] di eccepire la prescrizione del diritto al corrispettivo oggetto di fatture riferite a consumi risalenti a più di due anni". Ciò sul presupposto che la diffusione del "mercato liberalizzato" rende "auspicabile che il cliente finale abbia piena coscienza dei propri diritti e delle modalità con cui esercitarli e al contempo, sia in grado di valutare la sua posizione contrattuale nei confronti del venditore e possedere tutti gli strumenti per usufruire in maniera tempestiva di eventuali opportunità introdotte da innovazioni legislative". In tal senso ha convenuto sulla scelta legislativa di "potenziare la posizione contrattuale" del consumatore,

³² Art. 24 (Pratiche commerciali aggressive): "1. È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

³³ R. CALVO e I. RIVA, *Art. 24*, in E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del Consumo*, cit., spec. 104. È un dato acquisito che le pratiche scorrette siano sanzionate in virtù della loro capacità d'incidere su interessi seriali dei consumatori e, mediamente, sull'interesse ordinamentale al "corretto funzionamento della macchina economica": così, tra molti, A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, E.S.I., Napoli, 2012, 198.

³⁴ A.G.C.M., 22 dicembre 2020, cit., 87.

assicurandogli la crescita come soggetto “consapevole [...] informato e partecipe nel mercato medesimo”³⁵.

In pari modo ha rimarcato il giudice di merito. Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha riconosciuto “il diritto dei consumatori-utenti di eccepire la prescrizione [biennale]”, sul presupposto che “il legislatore ha voluto richiamare i gestori ad un corretto e tempestivo comportamento nella fatturazione dei pagamenti richiesti ai consumatori”³⁶.

Ed effettivamente il merito della legge è consistito nell’aver fissato un punto di equilibrio e di bilanciamento fra gli opposti interessi: quello del gestore dei servizi, di fatturare in modo eventualmente intempestivo e a seconda delle proprie esigenze di organizzazione commerciale; quello del consumatore, di non soggiacere a fatture *opache e gravemente penalizzanti*. Il periodo biennale di ritardo nella fatturazione, per tale via, è stato considerato quale soglia temporale massima del legittimo contemperamento fra i due opposti, oltre la quale ritenere illegittimo ogni ulteriore restrizione del legittimo affidamento del consumatore; ciò a dimostrazione di come l’affidamento sussista solo e nella misura in cui sia ritenuto meritevole di tutela dall’ordinamento³⁷.

Il rilievo è essenziale e deve essere compreso nelle sue implicazioni.

In via generale, come noto, la tutela del legittimo affidamento rappresenta uno dei principali ambiti di applicazione del principio di buona fede, a sua volta inteso quale regola di condotta ispirata ai canoni di lealtà e correttezza nei rapporti giuridici. Essa salvaguarda quelle situazioni giuridiche consolidate per effetto di atti idonei a generare un’aspettativa nel destinatario e a determinare una posizione di vantaggio nella parte agente; protegge l’aspettativa originata dall’altrui comportamento, garantendo che i successivi comportamenti siano coerenti e compatibili con il precedente.

Sul piano costituzionale, la salvaguardia di una tale aspettativa è stata valutata soprattutto nella dimensione verticale del confronto fra interesse pubblico e interesse privato, a vantaggio della stabilità del trattamento giuridico da riservare all’interessato nel caso di un’eventuale decisione del potere pubblico peggiorativa della situazione coinvolta. Il principio di legittimo affidamento, in tal senso, è stato considerato quale

³⁵ AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE, *Prescrizione per fatturazione di importi riferiti a consumi risalenti a più di due anni: strumenti di rafforzamento delle tutele a vantaggio dei clienti finali (ambito soggettivo di applicazione, obblighi informativi dei venditori e gestione reclami)*. Documento per la consultazione, 408/2018/R/COM, 26 luglio 2018, in <https://www.arera.it/allegati/docs/18/408-18.pdf>, spec. par. nn. 2.13 e 3.2; si v. inoltre ID., *Attuazione urgente delle disposizioni della legge 205/2017 in materia di fatturazione e misura nel mercato al dettaglio dell’energia elettrica e avvio di procedimento per la completa attuazione delle suddette disposizioni nei settori dell’energia elettrica e del gas naturale*. Deliberazione 22 febbraio 2018, 97/2018/r/com, in <https://www.arera.it/allegati/docs/18/097-18.pdf>.

³⁶ Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sent. n. 1282/2023, 1-4-2003 (corsivo non testuale).

³⁷ R. MUSONE, *Il fondamento costituzionale del principio di buona fede nel diritto amministrativo alla luce dell’evoluzione dottrinale*, in *Federalismi.it*, n. 24/2023, 3; A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell’affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, n. 2, 6 ss., 7, nt. 1.

“grande frontiera operativa” della certezza del diritto³⁸ ed è stato riferito a un autonomo fondamento costituzionale³⁹ variamente rinvenuto: nel dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) e nel connesso principio del *neminem laedere*⁴⁰; nel principio personalistico e nel rispetto della dignità della persona⁴¹; ovvero, secondo l’indirizzo prescelto dalla giurisprudenza costituzionale⁴², nel principio generale di ragionevolezza delle leggi (art. 3, comma 1, Cost.) e in quello dello Stato di diritto⁴³. Ecco perché, come ha rilevato Massimo Luciani, “Ogni colpo inferto alla certezza e all’affidamento deve essere inteso come una violazione – oltre che dei principi dello Stato di diritto – dello stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani, patto radicato”⁴⁴.

Sul piano civile, di rimando, la salvaguardia del legittimo affidamento, pur riconducibile al tradizionale strumentario codicistico antecedente alle solenni enunciazioni costituzionali, è da contestualizzare nella recente tendenza alla *costituzionalizzazione del diritto dei contratti*; è da considerare alla luce del riconoscimento della *funzione sociale* dell’accordo negoziale, del ruolo strategico delle clausole generali, del dovere di correttezza e del principio di buona fede oggettiva in sede contrattuale e di esecuzione come cartine di tornasole nell’opera di riequilibrio delle poste negoziali⁴⁵.

Già in linea generale, dunque, il principio di legittimo affidamento impone che anche in sede contrattuale la sfera prescrittiva del sinallagma sia interamente e facilmente conoscibile dall’utente, così da consentire a quest’ultimo di potersi regolare con scienza e coscienza in merito alle proprie scelte. Come insegnava Rodolfo Sacco, una qualunque “situazione di fatto o di diritto è inoperante, se non è nota” alla parte astrattamente obbligata. Le norme sull’affidamento, infatti, valgono a proteggere “l’interesse di un certo

³⁸ A. PREDIERI, *Certezza e innovazione*, in AA.VV., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Atti del convegno di Firenze, 2-3 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1993, 36

³⁹ Diversamente si v. tuttavia: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all’«alternanza»*, Giuffrè, Milano, 2001, 13; F.F. PAGANO, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3/2014, 7 ss.

⁴⁰ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, 117, ma già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), Giuffrè, Milano, rist. integrata, 2004, 171 ss., oltreché G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell’economia e di diritto dell’energia*, Giuffrè, Milano, 1962, II, 144.

⁴¹ S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive in peius della normativa pensionistica: il limite dell’affidamento*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/1998, spec. 808 ss.

⁴² C. cost., n. 108/2019, § 5 del *considerato in diritto* “[...] ritenuto principio connaturato allo Stato di diritto, trova copertura costituzionale nell’art. 3 Cost., ed è da considerarsi ricaduta e declinazione “soggettiva” dell’indispensabile carattere di coerenza di un ordinamento giuridico, quale manifestazione del valore della certezza del diritto”. In senso analogo sentenze n. 188 e 136 del 2022, n. 241 del 2019, n. 73 del 2017, n. 170 e n. 160 del 2013.

⁴³ P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell’ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, III, 1927 sss; ID., *Legge di interpretazione autentica, tutela dell’affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del “tributo” pagato dal legislatore-interprete “in materia tributaria” al principio di salvaguardia dell’interpretazione “plausibile”*, in *Giur. it.*, 2001, 2415 ss.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della nozione di retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, (prima parte), in *Giur. it.*, 2007, 1838.

⁴⁴ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, 54.

⁴⁵ Su cui da ultimo S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Autonomia negoziale e riequilibrio delle asimmetrie*, cit., spec. 31.

soggetto a che l'effetto delle situazioni giuridiche e di fatto si produca sempre e solo quando egli conosce, o quando egli erroneamente immagina come esistenti, tali situazioni giuridiche e di fatto, o, in subordine, quando gli è stato possibile conoscere il vero stato delle cose mediante opportuni indici esterni e mediante la propria diligenza”⁴⁶. La mancata conoscibilità della sfera sinallagmatica, pertanto, prospetta un dato patologico che di per sé tocca l'essenza stessa del fenomeno negoziale, inteso quale libero e consapevole esercizio del potere normativo privato⁴⁷.

La tutela ha trovato ulteriori ragioni di sostegno giurisprudenziale specialmente sulla scorta dell'inquadramento del principio generale della buona fede nell'alveo del dovere di solidarietà (art. 2, Cost.). L'ancoraggio dell'uno nell'altro ha portato a riconoscere alla buona fede una funzione integrativa dell'assetto negoziale. E ciò sia in generale, con riguardo al dovere di lealtà e correttezza, sia nello specifico, con riguardo al dovere di salvaguardia, il quale a sua volta impone alle parti del rapporto di agire in modo tale da “salvaguardare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse e con l'interesse per il quale il potere gli è stato conferito”⁴⁸.

Di qui, due conseguenze essenziali per la comprensione del caso in questione: per un verso, l'autonomia negoziale non può esentare il contraente dal dovere di collaborare con la controparte a garanzia della soddisfazione del relativo interesse; per altro verso, l'attività del giudice non solamente deve essere volta all'accertamento della condotta contraria al dovere di buona fede, ma deve essere orientata a un intervento modificativo o integrativo del regolamento negoziale, finalizzato a ricondurne il contenuto al giusto equilibrio tra gli interessi delle parti⁴⁹.

Per analogia, infine, il rilievo trova conferma nei recentissimi sviluppi giurisprudenziali in materia di negoziazione in derivati finanziari. Perfino in questo settore, dove la regola del dare e dell'avere è governata da indici puramente probabilistici ed esterni al rapporto, si fa strada l'idea che la conoscenza

⁴⁶ R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, 664. Sul principio dell'affidamento, inteso come tecnica di cui l'ordinamento si serve per coniugare certezza degli scambi ed eguaglianza dei contraenti, attenuando gli effetti della concentrazione del potere economico, nella letteratura civilistica sono classici: A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, 682 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, 464 ss.; utili indicazioni anche in P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, 7^a ed., Laterza, Roma-Bari, 2001, 31.

⁴⁷ Da tale punto di vista, per inciso, v'è spazio anche per dubitare che il principio di democraticità, operante in ambito contrattuale, sia compatibile con il vincolo nascente da quei contratti, ai quali l'utente aderisce senza poter prevedere il costo dell'effettivo servizio, o anche l'inizio delle relative obbligazioni. Il dubbio postula un'autonoma valutazione di legittimità, che si appunta direttamente sul principio secondo cui nessuno può essere vincolato da una regola privata “alla quale non abbia acconsentito”. Si v. al riguardo R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, E.S.I., Napoli, 2003, 67, il quale, spostando l'accento “da un generico principio di libertà a quello di democrazia”, sposta specularmente il relativo sindacato “dalla mera esistenza formale alla *effettività* del consenso, quale condizione di legittimità delle regole private”.

⁴⁸ Cass. civ., I, 18 luglio 1989, n. 3362. Sui timori di una progressiva erosione dei canoni della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni ad opera di un simile orientamento, si v. E. CREMONA, *I poteri privati*, cit., 88 ss. ed *ivi* i riferimenti alle diverse posizioni della dottrina.

⁴⁹ E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, II ed., 2017, 177.

del *valore ipotetico* che il contratto finanziario potrebbe avere nel tempo (sulla base dei c.dd. scenari probabilistici) integri un elemento essenziale del contratto, dalla cui mancata indicazione discende la nullità del contratto ora per mancanza di causa, ora per indeterminabilità dell'oggetto⁵⁰. Come pure e in una diversa prospettiva, si fa strada l'idea che la razionalità del “perimetro” dell'alea, ossia l'oggettiva conoscibilità *ex ante* del grado di rischio assunto in capo al cliente, rappresenti una condizione indispensabile per vagliare la funzione socioeconomica dell'operazione⁵¹ ed effettuare il necessario controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti *ex art.* 1322 c.c.⁵². Di qui, la conclusione delle Sezioni Unite nel senso della nullità del contratto privo degli elementi informativi volti a consentire al cliente di conoscere i parametri di calcolo indispensabili per valutare rischi e costi a suo carico⁵³. E tuttavia, se la prospettiva è quella che nega la possibilità di “negoziare al buio”, non è pensabile che un simile divieto valga solo per i derivati finanziari e non anche per le forniture di servizi pubblici essenziali. Anche per tale via, in definitiva, trova implicita conferma la lucida riflessione di Giorgio Lombardi sulla necessità di spingere il momento sostanziale delle garanzie del rapporto fra potere privato e singolo “oltre alle ipotesi previste dal codice civile, ai fini, ad esempio, della individuazione delle cause di invalidità o di illiceità dei comportamenti privati”⁵⁴.

2.3. (segue): l'eccezione temporale alla regola generale della prescrizione biennale del conguaglio ritardato: violazione dei principi del legittimo affidamento, ragionevolezza e coerenza dell'ordinamento giuridico

Delineata la coerenza sistematica delle ragioni sottese alla regola generale della prescrizione breve del conguaglio ritardato, risultano incomprensibili le ragioni fondanti la delimitazione temporale della relativa

⁵⁰ Nella giurisprudenza di merito: App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, in *Contratti*, 2019, 139 ss.; Trib. Bologna, 3 luglio 2018, n. 2042, in *dirittobancario.it*.

⁵¹ Anche nella dottrina civilistica è viva la consapevolezza che i disastri sociali prodotti dalla finanziarizzazione dell'economia, dalla quale originano le crisi d'inizio millennio, siano intellegibili soltanto alla luce della “progressiva eclisse degli strumenti di controllo sostanziale, che hanno investito dapprima la ‘socialità’ del contratto, poi la sua ‘funzione economico-individuale’ e, da ultimo, finanche la stessa ‘razionalità’ del singolo atto di scambio”: così C. MIGNONE, *Finanziarizzazione del welfare e funzione degli atti di autonomia*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 571; nonché, con diversità di accenti, M. FRANCESCA, *Inclusione finanziaria e modelli discriminatori*, in EAD. e C. MIGNONE (a cura di), *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, 2020, 211 ss.

⁵² Fa ordine nell'ampio contenzioso originato dalla sciagurata parabola dei derivati speculativi: S. POLIDORI, *Investimento ad alto rischio e tutela del cliente: nullità per immeritevolezza della causa dell'operazione*, in *Foro nap.*, 2015, p. 523 ss., ove si sostiene che la nullità per immeritevolezza, oltre a percorrere “un sentiero più piano” a paragone delle “sabbie mobili” dei doveri informativi, rappresenta il “giusto rimedio” a fronte di una contrattazione che “impatta su larga scala” con operazioni di ingegneria finanziaria “totalmente inidonee ad attuare le direttive costituzionali orientate verso la tutela del risparmio”. Sul ruolo dell'art. 47 cost. nel giudizio di meritevolezza v. anche G. BERTI DE MARINIS, *L'«incostituzionalità» del contratto immeritevole*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, 563 ss. In giurisprudenza, sono tappe significative: Cass. 31 luglio 2017, n. 19013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, 9 ss.; Cass., 28 luglio 2017, n. 18781, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 1 ss.

⁵³ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, I, p. 60 ss.

⁵⁴ G.M. LOMBARDI, *Potere privato*, cit., 114 (corsivo testuale).

applicabilità. L'aver riferito l'operatività dell'innovazione solamente alle fatture aventi una scadenza successiva alla pubblicazione della legge (art. 1, comma 10), anziché a tutte le fatture ancora pendenti (con una conseguente limitazione *ex nunc*, anziché *ex tunc* della prassi delle c.d. *maxi-bollette* di conguaglio), confligge con il tipo di bilanciamento legislativo fra gli opposti interessi coinvolti (quello lucrativo dell'operatore e quello dell'affidamento del consumatore); contrasta con i principi di ragionevolezza e di tutela del legittimo affidamento.

È vero che detto ultimo principio non opera "in termini assoluti e inderogabili", bensì relativi e sottoposti al normale bilanciamento proprio di tutti i diritti e valori costituzionali; di talché, anche nel caso della disciplina dei rapporti aventi per oggetto diritti soggettivi perfetti, la concreta misura della relativa restrizione è rimessa all'ampia discrezionalità legislativa⁵⁵.

E tuttavia, è pur vero che una tale discrezionalità non è incondizionata e illimitata, così da consentire di frustrare l'affidamento dei consumatori a discapito dei principi di coerenza dell'ordinamento e di certezza del diritto. Al contrario, essa è vincolata in relazione alla natura propria dell'autonomia contrattuale, la quale può essere incisa dai principi costituzionali non direttamente, bensì con la mediazione della legge e nella misura specificata dalla stessa. La discrezionalità legislativa, per tale via, resta vincolata tanto ai valori costituzionali ("ogni limite posto all'autonomia contrattuale è legittimo solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione")⁵⁶, quanto al principio di ragionevolezza, cioè di congruità e di proporzione allo scopo⁵⁷. Essa è da parametrare agli appositi indici rivelatori indicati dalla giurisprudenza costituzionale, quali: a) la permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio formale e sostanziale; b) il grado di consolidamento della situazione soggettiva di affidamento riconosciuta; c) il contesto sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento⁵⁸.

Proprio tali indici rivelatori, tuttavia, risultano violati dalla delimitazione temporale in questione. Permanendo la delimitazione temporale dell'applicabilità del nuovo regime, infatti, divengono inevitabili le relative conseguenze.

- a) Quanto al tempo riconosciuto agli operatori per ritardare legittimamente la fatturazione dei crediti pregressi, una volta esclusa dalla legge un'apposita soglia, esso resta illimitato. Di conseguenza, resta altresì impregiudicata la corrispondente pretesa degli operatori di continuare a lucrare i benefici economici ancora pendenti di una pratica commerciale non più indiscriminata.

⁵⁵ C. cost., n. 188/2022, § 4 del *considerato in diritto*, ma già sentenze n. 89 del 2018 e n. 56 del 2015.

⁵⁶ C. cost., n. 30/1965, § 2 del *considerato in diritto*.

⁵⁷ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 4.

⁵⁸ C. cost., n. 169/2022, § 12 del *considerato in diritto* e n. 108/2019, § 7 del *considerato in diritto*.

- b) Quanto al grado di consolidamento della situazione soggettiva del destinatario, esso è reso irrilevante dal riconoscimento all'operatore energetico dell'illimitata disponibilità temporale della propria pretesa creditoria. Di conseguenza, la situazione di legittimo affidamento del consumatore continua a risultare degradata nell'opposta situazione d'indebita aleatorietà e di mera soggezione del medesimo consumatore verso la situazione di vantaggio dell'operatore.
- c) Quanto al contesto sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento, esso è parimenti ignorato. Ciò a definitiva conferma dell'incontrastabile posizione di vantaggio derivata all'operatore dall'assenza di una delimitazione cronologica dell'operatività della prescrizione biennale per i crediti energetici.

Il tutto è aggravato da un'ulteriore considerazione sul piano della ragionevolezza. La contemporanea vigenza della regola generale della prescrizione breve e della relativa eccezione temporale determina un trattamento diverso per situazioni eguali. Consente che a seconda della data di emissione della fattura a debito, antecedente o successiva alla pubblicazione della legge, il medesimo rapporto di credito assoggetti il consumatore a un differente (e opposto) regime giuridico: vessatorio, nel primo caso; di “*tutela rafforzata*”, nel secondo.

L'irragionevolezza registrata trova ulteriori conferme sul piano del necessario rispetto del principio di coerenza dell'ordinamento giuridico.

Per un verso, sul piano della coerenza interna alla legge di Bilancio 2018, occorre rimarcare la violazione; e ciò atteso il ravvisato contrasto fra lo scopo legislativo perseguito (certezza dei rapporti giuridici pendenti e bilanciamento fra gli opposti interessi coinvolti), lo strumento prescrittivo utilizzato (limitazione dell'impiego della prescrizione biennale solamente ai crediti di successiva fatturazione) e l'opposto risultato conseguito (violazione del legittimo affidamento dell'utente)

Per altro verso, sul piano della coerenza esterna alla medesima legge, occorre ricordare la successiva modifica operata dalla legge di Bilancio del 2020 (L. 27 dicembre 2019, n. 160). Quella del 2018, infatti, aveva subordinato l'operatività del regime della prescrizione breve a un accertamento di ordine soggettivo, riguardante l'eventuale responsabilità dell'utente per la mancata o erronea rilevazione dei dati di consumo⁵⁹. Così disponendo, tuttavia, aveva offerto all'Enel un comodo pretesto per aggirare la mannaia della prescrizione e per rigettare un numero spropositato di relative istanze (60.000-70.000 per un ammontare complessivo di 1-5 milioni di euro)⁶⁰. E così, allo scopo di venire incontro alle inevitabili contestazioni dei consumatori, il Legislatore del 2020 ha abrogato detta condizione di ordine soggettivo,

⁵⁹ L'art. 1, comma 5, della legge di Bilancio 2018, stabiliva: “*Le disposizioni di cui al comma 4 [regime prescrizione biennale] non si applicano qualora la mancata o erronea rilevazione dei dati di consumo derivi da responsabilità accertata dell'utente*”.

⁶⁰ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Provvedimento n. 28509*, cit.

senza però aggiungere alcuna delimitazione temporale ⁶¹. Di conseguenza, ha esteso l'operatività della prescrizione breve a *tutti* gli utenti del servizio pubblico, indipendentemente dal relativo profilo soggettivo, riconoscendo l'applicabilità del nuovo regime a *tutte* le fatture aventi scadenza antecedente al 2020 (anno di riferimento della legge), ma successiva al 1° marzo 2018 (soglia di riferimento della precedente legge). Ciò, per l'appunto, a dimostrazione della legittimità di interventi legislativi retroattivi, purché rispondenti a esigenze ragionevoli.

2.4. (segue): la questione della retroattività della legge civile a tutela del legittimo affidamento

Si arriva così alla questione che ha segnato *al ribasso* la mediazione tra consumatori e gestori di beni e servizi nella vicenda legislativa rappresentata. Essa concerne il *Convitato di pietra* della scelta disposta dalla legge di Bilancio del 2018; dimostra quanto resti culturalmente imperante il retaggio dell'ordine delle fonti sancito dalle preleggi del Codice civile, di ardua contestazione nelle aule del Tribunale e innanzi ai giudici *a quibus* (soprattutto se non togati); rende emblematico il caso rappresentato in quanto espressivo di un (pre)giudizio ancora radicato, tale da relegarne la soluzione in quelle *zone d'ombra* all'accesso della giustizia costituzionale non dichiarabili, né fondate, ma sempre incumbenti sul piano materiale.

La questione è quella della retroattività della legge civile a tutela del legittimo affidamento. A ben vedere, proprio il (trascorso) principio dell'irretroattività della legge civile di cui all'art. 11 delle preleggi sembra porsi a tacita giustificazione della delimitazione temporale della regola generale della prescrizione breve dei conguagli ritardati.

E tuttavia, come insegna la costante giurisprudenza costituzionale, detto principio risulta vincolante solamente per la materia penale (art. 25, comma 2, Cost.); in tutte le altre materie, per contro, l'intervento retroattivo del Legislatore rimane legittimo, a condizione di essere fondato sull'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale ⁶². Le leggi retroattive, per tale via, devono trovare "adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza attraverso un puntuale bilanciamento tra le ragioni che ne hanno motivato la previsione e i valori, costituzionalmente tutelati, al contempo potenzialmente lesi dall'efficacia a ritroso della norma adottata" ⁶³. Fra questi, inevitabilmente, rientra il legittimo affidamento del privato, la cui tutela resta condizionata al rispetto degli indici rivelatori della ragionevolezza delle disposizioni sopravvenute all'assetto regolatorio originario. Il riferimento, ancora una volta, è alla permanenza nel tempo della diversa situazione sostanziale che si vuole riconosciuta, "sia per essersi

⁶¹ L. 27 dicembre 2019, n. 160, art. 1, 295: "Il comma 5 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205, è abrogato".

⁶² P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit.; ID., "...Al fuggir di giovinezza... nel domani s'ha più certezza". *Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 3652.

⁶³ C. cost., n. 108/2019, § 5 del *considerato in diritto*.



protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento”⁶⁴.

La legge civile, in definitiva, non può tradire l'affidamento del privato in nessuna delle evenienze ipotizzabili, tanto più attese le tensioni sempre più stridenti fra poteri privati e consumatore; e ciò specialmente in considerazione della richiamata funzione di controllo della normazione, da intendere quale vincolo e strumento delle politiche pubbliche soprattutto nel settore dei servizi pubblici essenziali. In dinamiche come quelle rappresentate, piuttosto, occorre che la legge intervenga non solo per colmare lacune normative, o per restringere le tradizionali maglie larghe delle garanzie codicistiche variamente legittimanti prassi lesive dell'affidamento del privato; più ancora, occorre che un simile intervento possa essere anche retroattivo, così da sanare gli effetti ancora perduranti prodotti da simili prassi ai danni del consumatore. L'affidamento del privato, insomma, deve essere tutelato in via legislativa anche da una disciplina retroattiva rispondente ai richiamati indici rivelatori, pena l'irragionevolezza e la contrarietà ai principi coinvolti dal relativo diniego; diversamente esso sarebbe doppiamente beffato: prima, da una prassi commerciale lasciata consolidare indisturbata nel tempo; dopo, da un intervento legislativo non disposto a *eradicare* gli esiti ancora pendenti della propria trascorsa inerzia.

Per concludere, l'operatività retroattiva della prescrizione biennale del conguaglio ritardato, da riferire alle fatture aventi scadenza *anteriore* alla pubblicazione della legge, si rende costituzionalmente necessaria e legittima; sicché l'opposta delimitazione temporale è da considerare illegittima. La retroattività del nuovo regime vale a rendere certa, eguale per tutti i crediti pendenti e ragionevole la soglia di compressione della situazione soggettiva di affidamento del consumatore; ciò a beneficio del carattere di coerenza dell'ordinamento giuridico e del valore della certezza del diritto, dei quali il principio di tutela del legittimo affidamento rappresenta la declinazione “soggettiva”.

Amareggia che simili considerazioni debbano continuare a essere affidate alla coraggiosa *resistenza* costituzionale del singolo consumatore.

⁶⁴ C. cost., n. 154/2017, § 4.4.2 del *considerato in diritto*.