

Publicato il 11/05/2021

N. 03707/2021 REG.PROV.COLL.
N. 07904/2019 REG.RIC.
N. 09281/2019 REG.RIC.
N. 09340/2019 REG.RIC.
N. 09552/2019 REG.RIC.
N. 09592/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7904 del 2019, proposto da Colt Technology Services s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Fioretti, Nico Moravia e Marco Giustiniani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Nico Moravia (studio legale Pavia e Ansaldo) in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

contro

il Ministero della giustizia, il Ministero dello sviluppo economico ed il Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 9281 del 2019, proposto da Wind Tre s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Sara Fiorucci e Roberto Santi,

con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6;

contro

il Ministero della giustizia, il Ministero dello sviluppo economico ed il Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

della Procura generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Reggio Calabria, della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari, della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 9340 del 2019, proposto da Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Zoppini e Giorgio Vercillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Zoppini in Roma, piazza di Spagna, n. 15;

contro

il Ministero della giustizia, il Ministero dello sviluppo economico ed il Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 9552 del 2019, proposto dal Ministero dello sviluppo economico, dal Ministero della giustizia, dalla Procura della

Repubblica presso il Tribunale di Roma, dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari e dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Reggio Calabria, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Wind Tre s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Sara Fiorucci e Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 9592 del 2019, proposto da Vodafone Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano D'Ercole, Nicola Palombi e Francesco Pignatiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano D'Ercole in Roma, via in Arcione, n. 71;

contro

il Ministero della giustizia, il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero dell'economia e delle finanze, la Procura generale della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, la Procura generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Reggio Calabria e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Locri, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati ex lege in Roma, via dei

Portoghesi, n. 12;

per la riforma

quanto al ricorso n. 7904 del 2019, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma, Sezione Prima, n. 4600 del 9 aprile 2019, resa tra le parti,

quanto ai ricorsi n. 9281 e n. 9552 del 2019, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma, Sezione Prima, n. 4604 del 9 aprile 2019, resa tra le parti,

quanto al ricorso n. 9340 del 2019, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma, Sezione Prima, n. 4594 del 9 aprile 2019, resa tra le parti,

quanto al ricorso n. 9552 del 2019, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma, Sezione Prima, n. 4596 del 9 aprile 2019 resa tra le parti,

tutte concernenti la disciplina delle spese per lo svolgimento delle prestazioni obbligatorie di intercettazione;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimare e di Wind Tre s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Amministrazioni intimare nel ricorso n. 9592 del 2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2021, svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020 convertito con legge n. 176 del 2020, il Cons. Luca Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Roberto Santi, Giorgio Vercillo, Francesco Pignatiello per sé e per gli avvocati Stefano D'Ercole e Nicola Palombi, nonché l'avvocato dello Stato Giorgio Santini, che partecipano da remoto alla discussione orale ai sensi della citata disposizione;

SINTESI DEL GIUDIZIO

1. Con distinti ricorsi, gli operatori di telecomunicazione Colt Technology Services s.p.a., Wind Tre s.p.a., Telecom Italia s.p.a. e Vodafone Italia s.p.a. hanno impugnato avanti il T.a.r. per il Lazio il decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, emesso dal Ministro della giustizia e dal Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con cui, in attuazione dell'art. 96 del decreto legislativo n. 259 del 2003 (denominato "*Codice delle comunicazioni elettroniche*"), sono stati stabiliti i criteri del rimborso spettante agli operatori di telecomunicazioni per lo svolgimento delle attività di intercettazione di flussi di comunicazioni (voce, dati, informatiche, telematiche) disposte dall'Autorità giudiziaria, al cui espletamento sono per legge tenuti.
2. Gli operatori hanno, tra l'altro, censurato il fatto che, rispetto alla precedente regolamentazione tariffaria, risalente al decreto del Ministro delle comunicazioni del 26 aprile 2001, l'ammontare del rimborso sarebbe stato notevolmente ridotto (in tesi nella misura del 90%), senza consentire neppure la copertura dei costi affrontati per lo svolgimento delle attività di intercettazione e delle attività strumentali e connesse.
3. Vodafone Italia s.p.a. ha, altresì, sollecitato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea.
4. Con le sentenze indicate in epigrafe, il T.a.r. per il Lazio ha respinto tutte le censure formulate dalle società ricorrenti, ritenendo che, in base a quanto emerso nel corso del procedimento amministrativo curato da un gruppo di lavoro istituito presso il Ministero della giustizia, non risulterebbe la lamentata insufficienza delle tariffe fissate dal decreto a remunerare i costi che gli operatori incontrano nello svolgimento delle attività di intercettazione: per tale ragione, pertanto, il Tribunale non ha ravvisato le condizioni per deferire alla Corte di giustizia l'esame delle questioni formulate da Vodafone Italia s.p.a.

5. Gli operatori di telecomunicazioni hanno proposto appello al Consiglio di Stato, riproponendo le doglianze e le richieste già formulate in primo grado; la società Vodafone Italia s.p.a. ha, altresì, riproposto l'istanza di rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

6. I ricorsi sono stati trattati alla pubblica udienza del 13 febbraio 2020, al cui esito il Collegio ha emanato l'ordinanza n. 2040 del 23 marzo 2020, con cui, previa riunione dei gravami e con contestuale sospensione del giudizio, ha sollevato questione pregiudiziale in adempimento del dovere di rimessione stabilito dall'art. 267, paragrafo 3, TFUE, sottoponendo alla Corte di Giustizia i profili di possibile contrasto fra il diritto unionale e la normativa italiana avanzati da Vodafone Italia s.p.a.

7. Con ordinanza del 26 novembre 2020, la Corte di Giustizia ha giudicato “*manifestamente irricevibile*” la domanda di pronuncia pregiudiziale, facendo espressamente salva la facoltà di questo Consiglio di Stato di “*presentare una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale contenente le indicazioni che consentano alla Corte di fornire una risposta utile alla questione sollevata*”.

8. Ripreso il giudizio, la società Vodafone Italia s.p.a. e le società Telecom Italia s.p.a. e Wind Tre s.p.a. hanno formulato un'ulteriore richiesta di rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

9. I ricorsi sono stati trattati alla pubblica udienza dell'8 aprile 2021 e, all'esito, sono stati trattenuti in decisione.

10. Il Collegio si ritiene obbligato a sollevare nuovamente la questione di pregiudizialità ai sensi dell'art. 267, paragrafo 3, TFUE, sulla base delle considerazioni che seguono.

PREMESSA METODOLOGICA

11. Nello sforzo di rappresentare a Codesta Corte gli elementi di fatto e di diritto di interesse nel contesto della presente questione pregiudiziale, il Collegio è tenuto ad attenersi alle “*Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*”, pubblicate

sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dell'8 novembre 2019 (GU 2019/C 380/01).

12. Queste “*Raccomandazioni*”, in particolare, dispongono che:

- il Giudice del rinvio è tenuto ad una “*redazione semplice, chiara e precisa, senza elementi superflui*”;
- “*una decina di pagine è spesso sufficiente per esporre in maniera adeguata il contesto di fatto e di diritto di una domanda di pronuncia pregiudiziale, nonché i motivi per cui la Corte è adita*”;
- l'illustrazione dell'oggetto della controversia e dei fatti rilevanti deve essere “*sommari*”;
- deve essere riportato “*il contenuto delle norme nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia*”;
- “*i riferimenti delle disposizioni nazionali applicabili ai fatti della controversia principale e delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui è richiesta l'interpretazione*” devono essere “*precisi*” e, “*per quanto possibile*”, debbono includere “*tanto l'indicazione del titolo esatto e della data di adozione degli atti che contengono le disposizioni di cui trattasi, quanto i riferimenti di pubblicazione di tali atti*”;
- il Giudice, ove lo ritenga “*necessario*”, può “*indicare succintamente i principali argomenti delle parti del procedimento principale*”;
- il Giudice può, altresì, “*indicare sinteticamente il suo punto di vista sulla risposta da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte*”;
- “*le questioni sottoposte alla Corte in via pregiudiziale devono figurare in una parte distinta e chiaramente individuata della decisione di rinvio, preferibilmente all'inizio o alla fine di questa*” e “*devono essere comprensibili già da sole, senza che occorra far riferimento alla motivazione della domanda*”.

13. Nel doveroso rispetto di tali “*Raccomandazioni*” (che, del resto, recano la specificazione di quanto già è desumibile dall'art. 94 del “*Regolamento di procedura della Corte di giustizia*”), il Collegio si atterrà, dunque, ad un criterio espositivo connotato da una rigorosa sintesi, pur avendo le parti del

procedimento principale esposto le proprie prospettazioni difensive con ben altra ampiezza.

14. Ciò, si ritiene, non configura violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione della Repubblica Italiana (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 298 del 27 dicembre 1947 – Serie generale), giacché, nell'ambito del sistema di tutela giurisdizionale euro-unitario, in cui si iscrive il rinvio pregiudiziale, tale fondamentale diritto:

- si modula e si conforma in funzione della peculiare natura dell'ordinamento unionale e delle sue specifiche caratteristiche sostanziali e procedurali (pluralità di lingue e connessa necessità di un'onerosa attività di traduzione; esistenza di diverse tradizioni giuridiche; natura incidentale della cognizione della Corte adita ex art. 267 TFUE);

- è comunque garantito dalla possibilità, per le parti del procedimento principale, di prendere parte alla fase scritta e, eventualmente, a quella orale del procedimento avanti la Corte.

IL DIRITTO NAZIONALE

15. Le disposizioni del diritto nazionale rilevanti nella specie sono le seguenti.

16. L'art. 28 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, pubblicato nel Supplemento Ordinario n. 150 della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 214 del 15 settembre 2003– Serie generale, dispone, nel testo vigente *ratione temporis*, come segue:

“Art. 28 - Condizioni apposte all'autorizzazione generale, ai diritti di uso delle frequenze radio e dei numeri.

1. L'autorizzazione generale per la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, i diritti di uso delle frequenze radio e dei numeri possono essere assoggettati esclusivamente al rispetto delle condizioni elencate, rispettivamente, nelle parti A, B e C dell'allegato n. 1. Tali condizioni devono essere non discriminatorie, proporzionate e trasparenti e, nel caso dei diritti d'uso delle frequenze radio, conformi all'articolo 14 del Codice. L'autorizzazione generale è sempre sottoposta alla condizione n. 11 della parte A dell'allegato n. 1.”

17. L'allegato n. 1 reca *“l'elenco esaustivo delle condizioni che possono corredare le autorizzazioni generali (Parte A), i diritti di uso delle frequenze radio (Parte B) e i diritti di uso delle numerazioni (Parte C) come precisato agli articoli 28, comma 1 e 33, comma 1 del Codice”*; la Parte A dell'allegato indica le *“condizioni delle autorizzazioni generali”*, fra cui quella *sub 11*, ossia *“assicurare le prestazioni ai fini di giustizia, di cui all'articolo 96 del Codice, sin dall'inizio dell'attività”*.

18. L'art. 96 del medesimo decreto legislativo stabilisce come segue:

“Art. 96 - Prestazioni obbligatorie

1. Le prestazioni a fini di giustizia effettuate a fronte di richieste di intercettazioni e di informazioni da parte delle competenti autorità giudiziarie sono obbligatorie per gli operatori; i tempi ed i modi sono concordati con le predette autorità fino all'approvazione del decreto di cui al comma 2.

2. Ai fini dell'adozione del canone annuo forfetario per le prestazioni obbligatorie di cui al comma 1, con decreto del Ministro della giustizia e del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro il 31 dicembre 2017, è attuata la revisione delle voci di listino di cui al decreto del Ministro delle comunicazioni 26 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 104 del 7 maggio 2001. Il decreto:

a) disciplina le tipologie di prestazioni obbligatorie e ne determina le tariffe, tenendo conto dell'evoluzione dei costi e dei servizi, in modo da conseguire un risparmio di spesa di almeno il 50 per cento rispetto alle tariffe praticate. Nella tariffa sono ricompresi i costi per tutti i servizi contemporaneamente attivati o utilizzati da ogni identità di rete;

b) individua i soggetti tenuti alle prestazioni obbligatorie di intercettazione, anche tra i fornitori di servizi, le cui infrastrutture consentono l'accesso alla rete o la distribuzione dei contenuti informativi o comunicativi, e coloro che a qualunque titolo forniscono servizi di comunicazione elettronica o applicazioni, anche se utilizzabili attraverso reti di accesso o trasporto non proprie;

c) definisce gli obblighi dei soggetti tenuti alle prestazioni obbligatorie e le modalità di esecuzione delle stesse, tra cui l'osservanza di procedure informatiche omogenee nella

trasmissione e gestione delle comunicazioni di natura amministrativa, anche con riguardo alle fasi preliminari al pagamento delle medesime prestazioni.

3. In caso di inosservanza degli obblighi contenuti nel decreto di cui al comma 2, si applica l'articolo 32, commi 2, 3, 4, 5 e 6.

4. Fino all'emanazione del decreto di cui al comma 2 il rilascio di informazioni relative al traffico telefonico è effettuato in forma gratuita. In relazione alle prestazioni a fini di giustizia diverse da quelle di cui al primo periodo continua ad applicarsi il listino adottato con decreto del Ministro delle comunicazioni del 26 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 104 del 7 maggio 2001.

5. Ai fini dell'erogazione delle prestazioni di cui al comma 2 gli operatori hanno l'obbligo di negoziare tra loro le modalità di interconnessione allo scopo di garantire la fornitura e l'interoperabilità delle prestazioni stesse. Il Ministero può intervenire se necessario di propria iniziativa ovvero, in mancanza di accordo tra gli operatori, su richiesta di uno di essi”.

IL DIRITTO UNIONALE

19. Le disposizioni del diritto unionale rilevanti nella specie sono le seguenti.

20. L'art. 18 TFUE (ex articolo 12 del TCE) dispone come segue:

“Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni”.

21. L'art. 26 TFUE (ex articolo 14 del TCE) dispone come segue:

“1. L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati.

2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.

3. Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati”.

22. L'art. 49 TFUE (ex articolo 43 del TCE) dispone come segue:

“Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”.

23. L'art. 54 TFUE (ex articolo 48 TCE) dispone come segue:

“Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.

Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro”.

24. L'art. 55 TFUE (ex articolo 294 del TCE) dispone come segue:

“Fatta salva l'applicazione delle altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri applicano la disciplina nazionale nei confronti della partecipazione finanziaria dei cittadini degli altri Stati membri al capitale delle società a mente dell'articolo 54”.

25. L'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea dispone come segue:

“Articolo 16 - Libertà d'impresa

È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”.

26. L'art. 52 della medesima Carta stabilisce dispone come segue:

“Articolo 52 - Portata e interpretazione dei diritti e dei principi

1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e

libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui?.

27. L'art. 3, paragrafo 2, della direttiva 2018/1972/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, sostitutiva delle direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 ed istitutiva del codice europeo delle comunicazioni elettroniche, dispone come segue:

“Nel contesto della presente direttiva, le autorità nazionali di regolamentazione e le altre autorità competenti, nonché il BEREC, la Commissione e gli Stati membri perseguono ciascuno dei seguenti obiettivi generali?”, fra cui la lett. b) indica la promozione della “concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate, compresa un’efficace concorrenza basata sulle infrastrutture, e nella fornitura dei servizi di comunicazione elettronica e dei servizi correlati” e la lett. c) indica la contribuzione allo “sviluppo del mercato interno rimuovendo gli ostacoli residui e promuovendo condizioni convergenti per gli investimenti in e la fornitura di reti di comunicazione elettronica, servizi di comunicazione elettronica, risorse correlate e servizi correlati in tutta l’Unione, sviluppando norme comuni e approcci normativi prevedibili e favorendo l’uso effettivo, efficiente e coordinato dello spettro radio, l’innovazione aperta, la creazione e lo sviluppo di reti transeuropee, la fornitura, la disponibilità e l’interoperabilità dei servizi paneuropei e la connettività da punto a punto (end-to-end)”.

28. Il successivo paragrafo 4 del medesimo articolo stabilisce che *“Nel perseguire le finalità programmatiche di cui al paragrafo 2, specificate nel presente paragrafo, le autorità nazionali di regolamentazione e le altre autorità competenti?”:*

- *“garantiscono che, in circostanze analoghe, non vi siano discriminazioni nel trattamento dei fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica”* (lett. b);
- *“promuovono investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate, anche garantendo che qualsiasi obbligo di accesso tenga debito conto del rischio sostenuto dalle imprese che investono e consentendo vari accordi di cooperazione tra gli investitori e le parti che richiedono accesso onde diversificare il rischio di investimento, assicurando nel*

contempo la salvaguardia della concorrenza nel mercato e del principio di non discriminazione”.

29. L’art. 13 della medesima direttiva dispone come segue:

“Articolo 13 - Condizioni apposte all’autorizzazione generale, ai diritti d’uso dello spettro radio e delle risorse di numerazione e obblighi specifici.

1. L’autorizzazione generale per la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, i diritti d’uso dello spettro radio e i diritti d’uso delle risorse di numerazione possono essere assoggettati esclusivamente alle condizioni elencate nell’allegato I. Tali condizioni sono non discriminatorie, proporzionate e trasparenti”.

30. L’allegato I della direttiva menziona, fra le altre condizioni, la *“possibilità per le autorità nazionali competenti di effettuare legalmente intercettazioni delle comunicazioni in conformità del regolamento (UE) 2016/679 e della direttiva 2002/58/CE”.*

LA POSIZIONE DELLE PARTI

31. Le parti ricorrenti Vodafone Italia s.p.a., Telecom Italia s.p.a. e Wind Tre s.p.a. ritengono che l’art. 96 del decreto legislativo n. 259 del 2003, di cui l’impugnato decreto interministeriale costituisce attuazione, contrasti con le riferite previsioni del diritto unionale, giacché:

- rende obbligatorio, per gli operatori di telecomunicazioni, lo svolgimento delle attività di intercettazione disposte dall’Autorità giudiziaria, la cui eventuale omissione è soggetta a gravose sanzioni amministrative, che possono giungere sino alla revoca dell’autorizzazione stessa;
- impone che la fissazione, in via amministrativa, delle tariffe da riconoscere agli operatori per lo svolgimento delle attività di intercettazione sia tale da *“conseguire un risparmio di spesa di almeno il 50 per cento rispetto alle tariffe”* sino ad allora praticate, in tal modo non solo non consentendo agli operatori alcun guadagno, ma addirittura impedendo loro di coprire financo i relativi costi, posto, oltretutto, che l’espletamento dei servizi *de quibus* richiederebbe investimenti specifici ed impiego di personale altrimenti non necessari.

32. Ciò integrerebbe:

- a) una discriminazione in base alla dimensione, giacché le imprese più piccole sarebbero proporzionalmente meno penalizzate rispetto ai grandi operatori, come le società Vodafone Italia s.p.a., Telecom Italia s.p.a. e Wind Tre s.p.a.;
- b) una discriminazione in base alla nazionalità, giacché le imprese non stabilite in Italia sarebbero favorite rispetto agli operatori stabiliti in Italia, come le società Vodafone Italia s.p.a., Telecom Italia s.p.a. e Wind Tre s.p.a.;
- c) un'alterazione della concorrenza con riflessi su scala continentale, atteso che lo stabilimento nel mercato italiano di imprese straniere e, più in generale, il relativo ingresso da parte di nuovi operatori sarebbe reso strutturalmente meno conveniente, per il carattere anti-economico delle attività di intercettazione determinato dalla normativa italiana in commento;
- d) un'espropriazione sostanziale delle capacità imprenditoriali di operatori economici privati del tutto sproporzionata rispetto allo scopo di interesse pubblico da raggiungere.

33. In sostanza, secondo le ricorrenti l'intrinseca anti-economicità dell'espletamento delle attività di intercettazione derivante dalla cennata legislazione italiana:

- a) peserebbe in maniera più che proporzionale sugli operatori di dimensioni maggiori, che, proprio per la più estesa base di utenza ad essi contrattualmente legata, avrebbero probabilità più elevate di vedersi destinatari di richieste di intercettazioni da parte dell'Autorità giudiziaria, con conseguente impatto esponenziale dell'anti-economicità di siffatta attività;
- b) graverebbe in maniera più che proporzionale sugli operatori stabiliti in Italia, giacché gli operatori esteri, in conseguenza dell'abbattimento delle tariffe per il *roaming* (cfr. il regolamento 531/2012/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2012 ed il conseguente regolamento di esecuzione n. 2016/2286/UE della Commissione del 15 dicembre 2016), potrebbero offrire servizi più convenienti ai clienti italiani che si rendessero acquirenti di SIM straniere; in particolare, tali operatori potrebbero:

b1) o limitare il complessivo impatto anti-economico delle attività di intercettazione, in virtù del margine di affari realizzato con i clienti del Paese di stabilimento;

b2) o, addirittura, escluderlo del tutto, nei casi in cui nel Paese di stabilimento si possano acquistare SIM senza previa necessità di accertamento dell'identità personale, sì che l'Autorità giudiziaria italiana, non potendo ricollegare la SIM ad un nominativo specifico, si troverebbe nella pratica impossibilità di disporre le intercettazioni;

c) introdurrebbe uno strutturale ed indebito "gradino" di accesso al mercato italiano per gli operatori esteri interessati a stabilirvisi e, più in generale, per i soggetti intenzionati ad entrarvi *ex novo* e, al contempo, determinerebbe "a valle" un verosimile rialzo delle tariffe applicate ai clienti finali (dovendo gli operatori rientrare dai costi affrontati per lo svolgimento in perdita dei servizi di intercettazione), a tutto detrimento della spinta benefica per i consumatori connessa all'operare del meccanismo concorrenziale, cui tutto il disegno unionale sarebbe finalisticamente orientato;

d) farebbe gravare i costi per lo svolgimento di una prestazione di interesse pubblico pressoché interamente su soggetti privati operanti, a fini di lucro, in un mercato concorrenziale, in violazione del diritto al libero esercizio dell'attività di impresa, diritto fondamentale dell'Unione.

34. Al contrario, secondo le società Vodafone Italia s.p.a., Telecom Italia s.p.a. e Wind Tre s.p.a. l'unica modalità tariffaria compatibile con il diritto dell'Unione sarebbe quella che prevedesse l'integrale copertura dei costi concretamente sostenuti dagli operatori di telecomunicazione in relazione alle attività di intercettazione espletate su incarico dell'Autorità giudiziaria.

35. L'Amministrazione, viceversa, sostiene che sono infondate le doglianze delle società ricorrenti, giacché non sarebbero ristorabili:

- i costi connessi all'uso di apparati tecnici ed all'adozione di modalità operative non più giustificabili in termini tecnologici;

- i costi conseguenti all'utilizzo di apparati già comunque necessari per espletare il normale servizio commerciale reso all'utenza (ad esempio, le infrastrutture di distribuzione);
- i costi per l'esposizione di tali costi in bilancio, poiché si tratterebbe di spese di gestione proprie della società e non di voci di costo connesse *stricto sensu* al servizio.

36. Quanto ai costi del personale, sarebbero ristorabili soltanto quelli individuabili in via forfettaria alla luce del numero di giorni di intercettazioni effettuati nell'anno e della durata media delle singole operazioni di intercettazione.

37. Per l'Amministrazione, in sostanza, l'obiettivo del risparmio del 50% rispetto al pregresso, imposto dalla legge, conseguirebbe, in via prioritaria, all'evoluzione tecnologica, che avrebbe significativamente decurtato i costi (umani, strumentali, operativi) connessi allo svolgimento delle attività di intercettazione.

38. L'Amministrazione, peraltro, precisa espressamente (cfr., da ultimo, la memoria depositata nei ricorsi riuniti in data 8 marzo 2021, pag. 41; v anche pagine 16 e 17) che *“le tariffe sono state elaborate muovendo dalla ricostruzione meticolosa dei costi sopportati dagli operatori per espletare il servizio, sui quali sono state applicate le riduzioni volute dal legislatore per conseguire il risparmio di spesa”*: l'Amministrazione, in altre parole, conferma che sui costi calcolati induttivamente dall'apposito gruppo di lavoro istituito presso il Ministero della Giustizia *“tenendo conto dell'evoluzione”* tecnologica attuale, sono state applicate delle *“riduzioni”* al fine di conseguire la misura minima di risparmio di spesa imposta dal legislatore nazionale (*“il 50 per cento rispetto alle tariffe praticate”* in precedenza).

LE RAGIONI DELLA RIMESSIONE

39. Il Collegio premette che, in presenza della richiesta di una parte processuale di ottenere dalla Corte di giustizia l'esatta interpretazione del diritto unionale (originario o derivato) rilevante ai fini di causa, il Giudice

nazionale di ultima istanza – quale il Consiglio di Stato – è, di regola, tenuto a disporre la rimessione alla Corte, fatte salve puntuali e tassative ipotesi.

40. In particolare, in disparte i casi di controversie fittizie (Corte di giustizia, sentenza 11 marzo 1980, C-104/79, Foglia) o di questioni puramente ipotetiche (Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2013, C-136/12, Consiglio Nazionale dei geologi), secondo la consolidata giurisprudenza della stessa Corte di giustizia il dovere di rimessione esula soltanto in presenza delle seguenti ipotesi, che nella specie non sussistono:

- quando la questione sia identica ad altra già affrontata e risolta dalla Corte;
- quando la questione inerisca ad un punto di diritto già affrontato e risolto dalla Corte, sia pure nell'ambito di una controversia non strettamente identica;
- quando la questione, pur non ancora affrontata dalla Corte, sia comunque tale da non lasciare alcun ragionevole dubbio sull'esatta interpretazione da riconoscere al diritto unionale.

41. Peraltro, il mancato rinvio pregiudiziale può determinare la responsabilità dello Stato (sia civile, nei confronti delle parti che tale rinvio avevano invano sollecitato, sia in senso lato amministrativa nei confronti dell'Unione, per l'infrazione di un preciso dovere sancito dai Trattati) e, nell'ordinamento italiano, addirittura attivare forme di responsabilità civile dello stesso Giudice persona fisica.

42. Ciò premesso a chiarimento delle ragioni della pregressa e dell'attuale rimessione, il Collegio osserva che, secondo il diritto derivato dell'Unione (art. 13 della direttiva 2018/1972/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 e relativo allegato I, riproduttivi di quanto già disposto dall'art. 6 della previgente direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002), l'autorizzazione generale per la fornitura di servizi di comunicazione può essere sottoposta dal diritto nazionale alla condizione dell'esecuzione delle intercettazioni disposte dall'Autorità giudiziaria.

43. Vige, al riguardo, il solo limite previsto in via generale dal menzionato art. 13 per tutte le condizioni, ossia il loro carattere “*non discriminatorio, proporzionato e trasparente*”.

44. Il diritto unionale derivato vigente in materia, dunque, non impone espressamente che il diritto nazionale stabilisca l'integrale ristoro dei costi sopportati dall'operatore di telecomunicazioni in relazione allo svolgimento delle intercettazioni disposte dall'Autorità giudiziaria.

45. I ricorrenti ritengono che la doverosità unionale della copertura integrale dei costi – ossia di tutti quelli concretamente affrontati dagli operatori di telecomunicazione per lo svolgimento delle attività di intercettazione – debba implicitamente ma univocamente trarsi:

- dalla considerazione degli “*obiettivi generali*” cui tende la direttiva 2018/1972/UE, *in primis* la “*promozione della concorrenza*”, lo “*sviluppo del mercato interno*”, la “*promozione di condizioni convergenti per gli investimenti*”, la “*esclusione di discriminazioni*” (cfr. il relativo art. 3);

- da una lettura sistematica della normativa originaria dell'Unione e, più in particolare, dall'unitaria e reciproca considerazione dei generali principi di non discriminazione, di tutela della concorrenza, di libertà di stabilimento, di libertà di impresa e di proporzionalità dell'azione amministrativa, sanciti nei Trattati.

LA POSIZIONE DEL COLLEGIO

46. Il Collegio – nel rimettere la questione a Codesta Corte – rappresenta “*sinteticamente il suo punto di vista sulla risposta da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte*” (cfr. le “*Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*”, punto 18).

47. Il Collegio, in particolare, ritiene che né la normativa unionale derivata vigente in materia, né i principi generali dei Trattati evocati dalle parti ricorrenti impongano l'integrale copertura dei costi effettivamente affrontati (e debitamente documentati) dagli operatori per l'esecuzione delle attività di intercettazione e, pertanto, non ostino ad una disciplina nazionale che tale

integrale ristoro non preveda e che, inoltre, vincoli la revisione in via amministrativa delle tariffe da riconoscere agli operatori al conseguimento di “*un risparmio di spesa*”.

48. Invero:

a) in primo luogo, la direttiva 2018/1972/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 non impone espressamente agli Stati membri di riconoscere agli operatori l'integrale ristoro dei costi, potendosi dunque ritenere, in considerazione del carattere di normazione del fine e non dei mezzi proprio dell'istituto della direttiva (art. 288, paragrafo 3, TFUE), che si sia implicitamente inteso lasciare, sul punto, libertà agli Stati membri;

b) inoltre, tale direttiva consente che gli Stati membri impongano agli operatori di telecomunicazione l'espletamento delle attività di intercettazione legalmente disposte dall'Autorità giudiziaria: questa attività, in quanto normativamente imposta per fini primari, superiori ed imprescindibili di interesse pubblico, non può essere soggetta a condizionamenti finanziari se non entro limiti contenuti, tanto più se tali condizionamenti sono previsti a favore di privati che operano, previa autorizzazione amministrativa, in mercati regolati;

c) in termini più generali, è vero che, secondo il diritto unionale derivato, le condizioni apponibili all'autorizzazione generale all'esercizio di servizi di telecomunicazione, tra cui l'obbligatoria esecuzione delle attività di intercettazione, devono essere “*non discriminatorie, proporzionate e trasparenti*”, ma è altrettanto vero che le tariffe previste in via generale dal decreto legislativo n. 259 del 2003 per l'espletamento delle attività di intercettazione:

c1) sono assolutamente analoghe per tutti gli operatori, grandi e piccoli, nazionali ed esteri, che offrano servizi in Italia, per cui non si riscontra né un limite tecnico-giuridico alla libera concorrenza, all'ingresso nel mercato ovvero alle condizioni di contendibilità dello stesso, né, tanto meno, una discriminazione diretta od indiretta in base alla dimensione aziendale od alla nazionalità (le tariffe, dunque, sono “*non discriminatorie*”);

- c2) debbono essere computate dall'Amministrazione *“tenendo conto dell'evoluzione dei costi”*, giacché il vigoroso progresso tecnologico del settore ha reso sempre meno onerose certe prestazioni; di converso, queste prestazioni, imprescindibili per il perseguimento di fini generali di primario interesse pubblico, possono essere fornite esclusivamente dagli operatori di telecomunicazioni (le tariffe, dunque, sono complessivamente *“proporzionate”*);
- c3) sono pubbliche ed accessibili a tutti, in quanto calate in un formale provvedimento amministrativo (le tariffe, dunque, sono *“trasparenti”*);
- d) a tutto concedere, in termini giuridici il rimborso non è necessariamente e soltanto quello *“a pie' di lista”* (ossia quello parametrato alle spese effettivamente e concretamente sostenute), ma anche quello basato sulle spese ipoteticamente gravanti sull'operatore modello che adotti le migliori soluzioni tecnologiche ed organizzative disponibili in base alle conoscenze del momento storico; peraltro, in base alla vigente normativa unionale e nazionale, l'operatore di telecomunicazioni è tenuto a consentire lo svolgimento di intercettazioni, dunque ha – in termini giuridici – da un lato l'obbligo (nell'interesse pubblico) di predisporre una struttura organizzativa che ne renda possibile lo svolgimento nella maniera più fluida, efficace ed efficiente possibile, dall'altro l'onere (nell'interesse proprio) di ridurre al massimo i relativi costi; sotto altra prospettiva, una prestazione obbligatoria *ex lege* rende parimenti obbligatorio il propedeutico apprestamento dei necessari strumenti, delle opportune metodologie di lavoro e delle congrue soluzioni organizzative, la cui predisposizione, pertanto, può essere vista, in chiave di analisi economica del diritto, come un costo intrinseco ma ineludibile della stessa attività commerciale di prestazione di servizi di telecomunicazioni, che, del resto, nell'attuale regime normativo tanto unionale, quanto nazionale non è libera, ma sottoposta a regime autorizzatorio;
- e) in una prospettiva sistemica attenta al dato valoriale, infine, il diritto unionale originario (cfr. art. 4, paragrafo 2, TUE; art. 4, paragrafo 2, lett. j, TFUE; art. 72 TFUE; art. 82 TFUE; art. 84 TFUE) riconosce, direttamente o

indirettamente, la strutturale preminenza di alcuni interessi pubblici essenziali curati dagli Stati membri, fra cui quello al perseguimento dei reati, per il quale è strumentale e, spesso, indispensabile la captazione di conversazioni: orbene, giacché tale captazione può essere ottenuta unicamente con la collaborazione degli operatori di telecomunicazioni, che, dunque, si profila come indispensabile, ai fini della legittimità unionale lo Stato membro deve avere soltanto cura di apprestare una regolamentazione chiara, omologa per tutti gli operatori attivi nel mercato nazionale e ragionevolmente idonea a rendere economicamente tollerabile l'espletamento di tale attività.

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

49. Per queste considerazioni, il Collegio formula la seguente questione pregiudiziale: *“Dica la Corte se gli articoli 18, 26, 49, 54 e 55 del TFUE, gli articoli 3 e 13 della direttiva 2018/1972/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, nonché gli articoli 16 e 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ostino ad una normativa nazionale che, nel delegare all'autorità amministrativa il compito di stabilire il compenso da riconoscere agli operatori di telecomunicazioni per lo svolgimento obbligatorio delle attività di intercettazione di flussi di comunicazioni disposte dall'autorità giudiziaria, non imponga di attenersi al principio dell'integrale ristoro dei costi concretamente affrontati e debitamente documentati dagli operatori in relazione a tali attività e, inoltre, vincoli l'autorità amministrativa al conseguimento di un risparmio di spesa rispetto ai pregressi criteri di computo del compenso”*.

50. Il Collegio precisa di ritenere oggettivamente inconferenti taluni ulteriori parametri di legittimità unionale pure evocati dalle parti ricorrenti, che, pertanto, non vengono menzionati nel quesito deferito a Codesta Corte.

51. In particolare:

- l'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea attiene al diritto di proprietà, la cui interpretazione, per quanto ampia, non può comunque essere scissa dal rapporto dominicale con un bene in senso materiale (la *res romanistica*) o, quanto meno, giuridico (*e.g.* i diritti di

proprietà intellettuale), sì che ne resta *ratione materiae* fuori la pretesa alla tutela dell'astratta profittabilità di un'attività imprenditoriale;

- gli articoli 101 e 102 del TFUE sono relativi a condotte (intese o abusi) di operatori privati, mentre nella specie si tratta di scelte pubblicitarie, oltretutto scisse da previe intese fra imprese (art. 101) o da previ episodi di sfruttamento di posizione dominante (art. 102);
- l'art. 107 del TFUE si riferisce all'istituto dell'aiuto di Stato – ossia la corresponsione di risorse statali a favore di taluni operatori economici con effetto selettivo e con conseguente alterazione, quanto meno potenziale, della concorrenza su scala continentale – mentre nella specie si è in presenza dell'individuazione in via legislativa delle modalità del compenso da riconoscere a tutti gli operatori attivi in Italia in uno specifico settore di mercato per l'espletamento di prestazioni obbligatorie di primario interesse pubblico.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) così dispone:

- a) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione *sub* § 49;
- 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 ulteriore pronuncia, anche in ordine alle spese ed onorari del presente giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2021, svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020 convertito con legge n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere, Estensore

Alessandro Verrico, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere

L'ESTENSORE

Luca Lamberti

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO