

Pubblicato il 09/04/2019

N. 04600/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04609/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4609 del 2018, proposto da Colt Technology Services S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nico Moravia, Filippo Fioretti e Tommaso Filippo Massari, elettivamente domiciliata in Roma, via Bocca di Leone n. 78, presso lo studio legale Pavia e Ansaldo;

contro

Ministero della giustizia, Ministero dello sviluppo economico, Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domiciliano in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

a) del Decreto del Ministro della giustizia e del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, del 28 dicembre 2017 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 33 del 9 febbraio 2018 che reca la disciplina delle spese per prestazioni obbligatorie in tema di intercettazioni;

b) degli atti e provvedimenti connessi e/o presupposti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della giustizia, del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero dell'economia e delle finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Colt Technology Services S.p.A. (d'ora innanzi Colt) ha impugnato il decreto interministeriale indicato in epigrafe, adottato il 28 dicembre 2017 dal Ministro della giustizia e dal Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, recante 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.

Premessa un'introduzione sul quadro normativo di riferimento e puntualizzati i limiti del suo interesse a ricorrere, sostanzialmente corrispondenti alle previsioni del decreto concernenti le prestazioni che ad esso operatore vengono richieste, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di doglianza:

I. L'illegittimità di un listino che non garantisce almeno il rimborso del costo nell'erogazione delle prestazioni obbligatorie (“Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 96 del d.lgs. n. 259/03 – Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 23 della Costituzione – Violazione del principio di proporzionalità - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, manifesta irragionevolezza”).

Il decreto interministeriale impugnato, nello stabilire tariffe che non remunerano i costi sostenuti dagli operatori delle telecomunicazioni, sarebbe

illegittimo per violazione dell'art. 96 del Codice delle comunicazioni elettroniche

In tal modo le prestazioni da “*obbligatorie*”, che devono cioè essere necessariamente prestate ma che prevedono, quantomeno, la restituzione degli oneri che la società fornitrice sopporta, diverrebbero “*imposte*”, ossia doverose e prive di rapporto di sinallagmaticità, con conseguente violazione della riserva di legge posta in materia dall'art. 23 della Costituzione.

La ricorrente contesta, quindi, sia le modalità sia i criteri di calcolo seguiti dall'amministrazione del definire le tariffe, evidenziando come, delle specifiche attività ad essa richieste, solo una risulti ristorabile secondo il listino 2017

La ricorrente lamenta altresì il difetto di istruttoria e il travisamento dei fatti, confermato, a suo giudizio, *per tabulas*, da un semplice confronto tra costi sostenuti e rimborsi astrattamente corrispondenti.

II. L'erronea previsione del listino che impone l'erogazione gratuita della prestazione relativa alla c.d. “*documentazione traffico*” (“Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 96 del d.lgs. n. 259/03 – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23 della Costituzione – Violazione del principio di proporzionalità - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, manifesta irragionevolezza.

III. L'erronea previsione del listino che impone l'erogazione gratuita della prestazione relativa alla c.d. “*anagrafica cliente*” (“Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 96 del d.lgs. n. 259/03 – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23 della Costituzione – Violazione del principio di proporzionalità - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, manifesta irragionevolezza”).

IV. L'erronea previsione del listino che impone l'erogazione gratuita della prestazione relativa al c.d. “*web filtering*” (“Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 96 del d.lgs. n. 259/03 – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23 della Costituzione – Violazione del principio di proporzionalità - Eccesso di

potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, manifesta irragionevolezza -”).

La ricorrente contesta la legittimità delle previsioni del listino secondo cui la consegna dei tabulati, dell’anagrafica clienti e l’attività c.d. di *web filtering* debbano essere fornite gratuitamente, tali da trasformare le dette prestazioni da “*obbligatorie*” in “*imposte*”.

V In via subordinata: illegittimità costituzionale dell’art. 96 del Codice delle comunicazioni elettroniche per violazione dell’art. 23 della Costituzione.

In via subordinata e per il caso di mancato accoglimento delle censure precedenti volte a dimostrare che il decreto ministeriale impugnato è stato adottato in violazione e/o falsa applicazione dell’art. 96 del Codice delle comunicazioni elettroniche, la ricorrente rappresenta l’illegittimità costituzionale del detto art. 96, atteso che la norma disciplina in maniera non compiuta delle prestazioni imposte, in violazione della riserva di legge posta dall’art. 23 della Costituzione

Il Ministero della giustizia, il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero dell’economia e delle finanze, costituiti in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

All’udienza del 13 marzo 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L’art. 96 del decreto legislativo n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) - nel testo da ultimo modificato dall’articolo 1, comma 88, lettera a), della Legge 23 giugno 2017, n. 103 - ai commi 1 e 2, dispone che: “*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. 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?'.

La norma segna il punto di arrivo di una lunga evoluzione normativa, in parte di derivazione comunitaria, che in materia di attività di intercettazione svolte dagli operatori telefonici su richiesta dell'Autorità Giudiziaria è passata da un regime convenzionale puro, in cui vi erano singoli accordi in ordine all'oggetto e al corrispettivo della prestazione, a un sistema di obbligatorietà delle prestazioni, da remunerarsi sulla base di importi fissati dalla pubblica amministrazione.

In particolare, la direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo, che costituisce la "direttiva quadro" in materia di comunicazione elettronica, all'allegato A comma 11, ha previsto, tra le condizioni per la concessione dell'autorizzazione generale per la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, "La possibilità per le autorità nazionali competenti di effettuare legalmente intercettazioni delle comunicazioni in conformità della direttiva 97/66/CE e della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati?".

Ai sensi dell'art. 28 e allegato n. 1, punto 11, del Codice delle comunicazioni elettroniche, di conseguenza, la possibilità di realizzare prestazioni di intercettazione, a fini di giustizia, è da ritenersi una condizione preliminare ed indispensabile per poter ottenere l'iniziale autorizzazione, con tutto quanto ciò comporta in ordine alla scelta di sistemi operativi, tanto che la violazione degli obblighi connessi è espressamente sanzionata ai sensi dell'art. 98, comma 14, del citato Codice, anche con la revoca dell'autorizzazione.

Si tratta in sostanza di un obbligo di predisposizione distinto da quello di fornire le singole prestazioni ed entrambi gli obblighi sono volti ad assicurare all'Autorità Giudiziaria, nello svolgimento dell'attività di ricerca della prova penale, il supporto tecnico pieno ed incondizionato dei gestori dei sistemi di comunicazione, imponendo loro di predisporre adeguatamente per fornire ogni elemento utile alle indagini, comunque generato dal servizio gestito in regime di autorizzazione.

In attuazione del nuovo testo dell'art. 96 del codice delle comunicazioni elettroniche è stato adottato il decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, oggetto di impugnazione, il quale ha approvato, in sostituzione del listino di cui al decreto del Ministro delle comunicazioni del 26 aprile 2001, il nuovo listino relativo alle prestazioni obbligatorie per gli organismi di telecomunicazioni, individuando i soggetti tenuti alle dette prestazioni e le modalità esecutive delle stesse.

Con i primi quattro motivi di doglianza, che, stante la sostanziale omogeneità, possono essere analizzati congiuntamente, la ricorrente contesta il contenuto del decreto nella parte in cui provvede a determinare le tariffe.

L'atto, emesso all'esito di un'istruttoria carente e insufficiente, avrebbe infatti erroneamente determinato gli importi da corrispondere per le diverse prestazioni, sebbene, ai sensi del citato articolo 96, tali importi avrebbero dovuto assicurare l'integrale copertura dei costi sostenuti dagli operatori telefonici.

Il necessario ristoro dei costi, osserva ancora la ricorrente, sarebbe in ogni caso necessario in considerazione del fatto che il decreto disciplina la remunerazione di “*prestazioni obbligatorie*” per le quali, a differenza che per le “*prestazioni imposte*”, non può mancare il rapporto sinallagmatico.

Il fatto che il provvedimento abbia mirato solo a conseguire un consistente risparmio di spesa senza tener conto dei costi effettivi sostenuti dagli operatori, infine, vizierebbe l'intera attività di determinazione per eccesso di potere, nella forma dello sviamento.

La prospettazione non può essere condivisa.

Deve in proposito considerarsi come l'adozione del provvedimento impugnato sia stata preceduta da un'intensa e mirata attività istruttoria, che si è concretizzata nella costituzione, con decreto del Ministro della giustizia del 29 marzo 2017, di un gruppo di lavoro, al quale sono stati attribuiti compiti di analisi ed elaborazione delle voci di costo necessarie per l'aggiornamento del listino.

Il gruppo di lavoro, costituito da rappresentanti del Ministero della giustizia e dai rappresentanti di alcuni uffici giudiziari, ha preso le mosse dalla relazione redatta nel 2001 per l'emanazione del decreto oggetto di modifica, all'elaborazione della quale avevano concorso un esperto in controllo e intercettazione delle comunicazioni, consulente del Ministero della giustizia, un esperto in reti di telecomunicazioni funzionario dell'Istituto Superiore CTI, indicato dal Ministero delle comunicazioni, e un economista, docente all'Università LUISS Guido Carli in Roma.

Il gruppo di lavoro nominato nel 2017 ha quindi proceduto alla determinazione delle nuove tariffe, utilizzando una serie di argomentazioni logiche e di dati economici tratti dalla relazione 2001, tenendo conto dell'interlocuzione con l'associazione di categoria degli operatori telefonici (Asstel) e dei dati relativi alle spese sostenute dal Ministero, argomenti la valutazione dei quali è stata espressa in un documento finale le cui conclusioni sono state recepite nel decreto interministeriale impugnato.

Dalla lettura di tale documento emerge come, già nella relazione redatta nel 2001, e quindi in un assetto tecnologico decisamente meno avanzato di quello attuale e che comportava per gli operatori delle telecomunicazioni una gestione delle strutture più onerosa, era stato affermato il principio per cui *“in tanto può essere riconosciuto un ristoro in quanto le attività necessarie ad assicurare le prestazioni obbligatorie eccedano il normale servizio di telecomunicazioni?”* con esclusione, di conseguenza, delle voci di costo riconducibili a scelte dei gestori che abbiano optato per tecnologie diverse dal protocollo operativo *“ETSP”* e foriere, per tale specifica ragione, di costi aggiuntivi.

Il gruppo di lavoro ha, conseguentemente, escluso la ristorabilità dei costi per l'impiego di sistemi dedicati che già in passato non trovavano una giustificazione in termini tecnologici, tanto più che gli stessi operatori, rappresentati dall'associazione di categoria Asstel, non hanno fornito, nel corso dell'istruttoria, documenti utili a provare una giustificazione di tali costi sul versante tecnologico.

Sono stati di conseguenza esclusi dalle somme rimborsabili i costi relativi ad hardware e software dedicati e di esercizio delle applicazioni dedicate indicati nel documento Asstel del 4 agosto 2017.

Medesima valutazione di non ripetibilità è stata espressa in ordine al *“ristoro dei costi di trasporto delle informazioni che transitano su infrastrutture di distribuzione già in esercizio per i servizi”*, atteso che *“i costi di tali flussi, quanto alle intercettazioni, vengono già sostenuti dal bersaglio e dai soggetti che con lui interloquiscono oltre che dall'amministrazione che si serve dei sistemi di connessione già remunerati per le proprie attività istituzionali”*.

Con riferimento a tale voce, la relazione 2017 ha pure osservato come l'attività di intercettazione importa solo l'ascolto e il recepimento di conversazioni e traffico altrui, senza implementazione di ulteriori costi.

Il gruppo di lavoro ha infine escluso che possano essere ripetibili le spese sostenute per esposizione in bilancio dei costi dedicati, atteso che si tratta di

spese di gestione proprie dell'azienda e non di voci di costo connessi al servizio.

Quanto poi alle spese indicate da Asstel per l'impiego di personale, il gruppo di lavoro ha osservato come non sia stata fornita dall'associazione di categoria la prova della destinazione in via esclusiva delle unità indicate all'attività di intercettazione, addivenendo sul punto ad una valutazione forfettaria alla luce delle voci di costo indicate nella relazione medesima e del numero di giorni di intercettazioni effettuate su base annua e sulla durata media delle singole operazioni di intercettazione.

La finalità di conseguimento di un risparmio del 50% rispetto al precedente listino, di conseguenza, è stata collegata, in via prioritaria, alla diminuzione dei costi derivante dall'evoluzione tecnologica intervenuta nel campo dei servizi di telecomunicazione nel tempo trascorso tra l'adozione di due listini e agli obblighi degli operatori telefonici di dotarsi di sistemi avanzati.

Quanto infine alle prestazioni obbligatorie diverse dalle intercettazioni, il gruppo di lavoro ha proceduto a una stima comparativa, operata alla luce della natura delle prestazioni e della loro incidenza sulla complessiva organizzazione aziendale degli operatori.

In tale fase sono state valutate le indicazioni fornite da Asstel, gli importi indicati dalla quale sono stati ridotti del 50% in considerazione della diminuzione dei costi connessa al progresso tecnologico.

Con riferimento ai tabulati si è poi ritenuto di mantenere la gratuità, a suo tempo introdotta da una legge del 2010, in quanto già a seguito di tale previsione vari operatori hanno adottato un software (denominato Hydra), che consente all'autorità giudiziaria di acquisire i dati senza l'intervento degli operatori, mentre nessuna retribuzione è stata ritenuta correlata alla conservazione dei dati di traffico a fini di giustizia, atteso che i costi connessi alla sicurezza degli stessi dipendono da distinte disposizioni normative sulla base delle quali l'operatore deve sostenere dei costi generali, attinenti alla

gestione aziendale in sé e non alla specifica attività prestata in favore dell'autorità giudiziaria.

Analoga valutazione in ordine all'acquisibilità dei dati sulla base di un'autonoma attività degli uffici giudiziari è stata fatta per il servizio di produzione documentata delle mappe di copertura radio.

La determinazione finale operata dal gruppo di lavoro e recepita nel decreto interministeriale, appare dunque operata sulla base di dati istruttori intrinsecamente attendibili (relazione 2001 e dati tratti dall'attività svolta negli anni precedenti l'adozione del nuovo listino) e di deduzioni logiche connesse anche all'utilizzo di fatti notori o a dati esperenziali legati alle specifiche professionalità dei componenti del gruppo di lavoro.

Nell'attività di verifica dati è stato pure rilevato come l'associazione Asstel ha indicato una serie di costi non supportati da elementi probatori atti a sostenerne l'obiettiva ricorrenza.

Le carenze riscontrate nell'apporto partecipativo fornito dall'associazione in nome e per conto dei diversi operatori, dei quali avrebbe dovuto rappresentare le esigenze e al superamento delle quali le amministrazioni procedenti hanno invano invitato Asstel nel corso del procedimento, non possono oggi costituire indice di una pretesa incompletezza istruttoria, atteso che anche sulla parte privata grava un obbligo di lealtà procedimentale, tale per cui chi ha dato vita ad un'acquisizione istruttoria incompleta non può poi giovarsene in sede processuale per contestare le determinazioni assunte dall'amministrazione ovvero per sollecitare l'esercizio di poteri istruttori del giudice (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 22/12/2017, n. 1354 che ha osservato come *“Se è incontestabile che in ipotesi di carenze documentali l'Amministrazione non possa procedere al rigetto dell'istanza, dovendo garantire all'interessato la possibilità di integrazione, per basilari esigenze di collaborazione, lealtà procedimentale e buona amministrazione, è invece legittimo il rigetto qualora, a seguito delle molteplici richieste di integrazione - formulate nell'ottica di un dovere di collaborazione istruttorio -, l'interessato*

ometta di fornirle, non mettendo l'autorità amministrativa in condizione di esaminare compiutamente la domanda”).

L'inidoneità delle tariffe stabilite dal decreto a coprire i costi effettivamente sostenuti, in ogni caso, non risulta dimostrata da Colt neppure in sede processuale, atteso che la stessa ha indicato, nel ricorso e nella memoria dell'8 febbraio 2018, importi privi di un supporto probatorio volto a far emergere l'oggettiva rispondenza fattuale delle voci indicate ai costi effettivamente sopportati.

Il fatto che la retribuzione prevista copra i costi, e che quindi non vi è prestazione imposta ma solo obbligatoria, esclude la configurabilità dell'incostituzionalità del citato art. 96 articolata con il quinto motivo di doglianza.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO

Publicato il 09/04/2019

N. 04604/2019 REG.PROV.COLL.
N. 05561/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5561 del 2018, integrato da motivi aggiunti, 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, elettivamente domiciliata in Roma, via di Porta Pinciana n. 6, presso lo studio dell'avv. Beniamino Caravita Di Toritto;

contro

Ministero della giustizia, Ministero dello sviluppo economico- Dipartimento per le comunicazioni -, Ministero dell'economia e delle finanze, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari;

per l'annullamento,

quanto al ricorso introduttivo:

- del Decreto del Ministro della giustizia e del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze del 28 dicembre 2017 e del Listino delle prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni ad esso allegato (avviso pubblicato in G.U. il 9 febbraio 2018);

nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali ancorché non conosciuti, tra cui, ove occorrer possa:

- la nota del Ministero della giustizia, Dipartimento per gli affari di giustizia, Direzione generale per la giustizia civile, Ufficio I – Affari civili interni, n. 790 del 2 febbraio 2018 prot. 0023448.U;

- la nota della Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Reggio Calabria del 6 febbraio 2018;

- la circolare interpretativa della Procura Generale della Repubblica - Reggio Calabria del 20 marzo 2018 avente ad oggetto: “Decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, registrato alla Corte dei Conti il 23 gennaio 2018 ed in vigore a tale data – applicazione intertemporale del nuovo tariffario”;

e, quanto ai motivi aggiunti depositati il 28 novembre 2018,

per l'annullamento:

della circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma N. 2953/18 Prot. Gab. CIRC. 16 del 27 luglio 2018 avente ad oggetto: “Spese per intercettazioni – Nuovo listino e liquidazione”, nonché degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo e con il ricorso per motivi aggiunti;

e, quanto ai motivi aggiunti depositati l'11 marzo 2019:

per l'annullamento

della circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari – Ufficio intercettazioni – dell'11 gennaio 2019 Prot. 75U/2019 avente ad oggetto “Disposizioni di riordino delle spese per le prestazioni obbligatorie di cui all'art. 96 del D. Lgs. n. 259 del 2003 – Decreto Interministeriale del 28 Dicembre 2017 di revisione delle voci di listino di cui al D.M. 26 aprile 2001 –

Applicabilità delle nuove tariffe alle attività di intercettazione in corso alla data di entrata del nuovo listino”;

nonché degli atti già impugnati con ricorso introduttivo e con motivi aggiunti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della giustizia, del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero dell'economia e delle finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Wind Tre S.p.A. (d'ora innanzi Wind) ha impugnato il decreto interministeriale indicato in epigrafe, adottato il 28 dicembre 2017 dal Ministro della giustizia e dal Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, recante 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.

Ha impugnato, altresì, la nota del Ministero della giustizia, Dipartimento per gli affari di giustizia, Direzione generale per la giustizia civile, n. 790 del 2 febbraio 2018 prot. 0023448.U, che ha indicato, come data di entrata in vigore del nuovo listino, il 23 gennaio 2018, giorno in cui il decreto è stato registrato dalla Corte dei conti, nonché la nota della Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Reggio Calabria del 6 febbraio 2018 e la circolare interpretativa della Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria del 20 marzo 2018 nella parte in cui afferma che, a partire dall'entrata in vigore del decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, tutte le prestazioni, comprese quelle iniziate in data antecedente alla riforma, devono essere rimborsate secondo il nuovo tariffario.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

1. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 17, commi 3 e 4, della legge 400 del 1988.

Il provvedimento, che, in considerazione del suo contenuto, andrebbe ascritto ai decreti ministeriali di natura regolamentare e non, come ritenuto dalle amministrazioni precedenti, agli atti generali, sarebbe stato adottato in violazione delle prescrizioni di forma previste dall'art. 17 della legge n. 400/1988.

E infatti il provvedimento:

- a) non reca denominazione “*regolamento*”;
- b) è stato adottato senza il previo parere del Consiglio di Stato;
- c) non è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 96 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 1, lett. i-bis), del DPR 115 del 2002. Violazione e falsa applicazione dell'art. 24 della legge n. 167 del 2017. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità.

In violazione di quanto previsto dall'art. 96, comma 2, del d.lgs. n. 259/2003, il decreto impugnato avrebbe individuato tariffe tali da non garantire la copertura dei costi sostenuti dagli operatori di telecomunicazioni per fornitura del servizio.

La necessità che le prestazioni obbligatorie siano remunerate quantomeno mediante restituzione dei costi, tuttavia, discenderebbe direttamente dagli artt. 3 e 41 della Costituzione, in considerazione del fatto che l'iniziativa economica privata – intimamente connessa ai principi comunitari in materia di concorrenza e libera circolazione di beni e servizi – deve essere libera e può incorrere in limitazioni solamente ove queste risultino proporzionate e ragionevoli.

Sarebbero del pari illegittime le previsioni di gratuità di alcuni servizi, che lo stesso art. 96 disciplina espressamente come temporanee.

3. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 96 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche. Violazione del principio di certezza dei rapporti giuridici e del legittimo affidamento. Violazione dei principi di buon andamento e ragionevolezza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per illogicità, e ingiustizia manifesta.

La mancata commisurazione delle tariffe ai costi sostenuti degli operatori comporterebbe l'illegittimità del decreto impugnato per indeterminatezza e aleatorietà del pregiudizio economico sofferto dagli operatori di telecomunicazioni.

Gli operatori di telecomunicazioni, infatti, conosceranno solo *ex post* l'ammontare delle richieste indirizzate loro dalla singole Procure; inoltre la previsione di rimborsi forfettari mal si concilierebbe con l'esigenza di adeguare i rimborsi alla durata effettiva delle singole prestazioni.

4. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca. Violazione e falsa applicazione dell'art. 96 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della legge n. 241 del 1990.

Il provvedimento impugnato sarebbe totalmente privo di motivazione, così che non sarebbe possibile comprendere l'iter logico seguito nella determinazione delle tariffe.

La carenza istruttoria emergerebbe pure dalla mancata considerazione di quanto rappresentato, nella fase endoprocedimentale, dall'associazione di categoria Asstel, le cui indicazioni, inoltre, sono state immotivatamente disattese.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 96 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della

Costituzione. Violazione del principio di imparzialità, buon andamento e ragionevolezza nell'agire amministrativo.

In via subordinata la ricorrente rappresenta l'illegittimità della nota interpretativa del 20 marzo 2018 con cui la Procura Generale delle Repubblica di Reggio Calabria sostiene che, a partire dall'entrata in vigore del decreto interministeriale (erroneamente fissata alla data di registrazione della Corte dei conti anziché alla pubblicazione del provvedimento sulla Gazzetta ufficiale), tutte le prestazioni obbligatorie, comprese quelle iniziate in data antecedente alla riforma, devono essere rimborsate secondo il nuovo tariffario.

La posizione, oltre ad ancorare la retribuzione al momento della fatturazione, in sé estraneo alla fornitura della prestazione, lederebbe il legittimo affidamento dell'operatore economico ad essere retribuito secondo le tariffe vigenti al momento di conferimento dell'incarico.

IN VIA SUBORDINATA. Illegittimità del decreto interministeriale impugnato derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 96 del Codice delle comunicazioni elettroniche per violazione degli artt. 3, 23 e 41 e 97 della Costituzione.

In caso di mancato accoglimento delle censure rivolte al decreto interministeriale, la ricorrente rappresenta, in via subordinata, l'illegittimità costituzionale dell'art. 96 del codice delle comunicazioni elettroniche per violazione degli artt. 3, 23, 41 e 97 della Costituzione.

E infatti, l'assenza di un corrispettivo tale da consentire il rimborso dei costi sostenuti lederebbe irrimediabilmente la libertà di iniziativa economica dell'operatore di telecomunicazioni, atteso che alla stessa verrebbero posti limiti non proporzionali né ragionevoli.

Verrebbe del pari violata la riserva di legge posta dall'art. 23 con riferimento alle prestazioni imposte, atteso che tali dovrebbero considerarsi delle prestazioni obbligatorie non retribuite o retribuite in maniera insufficiente.

Con i primi motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato, oltre agli atti già gravati con il ricorso introduttivo, la circolare interpretativa della Procura della

Repubblica presso il Tribunale di Roma del 27 luglio 2018.

Il ricorso richiama tutte le doglianze già articolate nel ricorso introduttivo verso il decreto interministeriale ed estende alla nuova circolare le censure concernenti l'erronea fissazione dell'entrata in vigore e la lesione dell'affidamento, già spese nei confronti della circolare interpretativa della Procura Generale di Reggio Calabria.

Analogo contenuto presenta il terzo ricorso per motivi aggiunti, rivolto avverso la circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari.

Il Ministero della giustizia, il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero dell'economia e delle finanze, costituiti in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

All'udienza del 13 marzo 2019, nella quale il ricorso è stato trattenuto in decisione, il difensore della ricorrente ha rinunciato ai secondi motivi aggiunti, notificati e depositati due giorni prima dell'udienza.

DIRITTO

Preliminarmente deve rilevarsi, alla luce dell'intervenuta rinuncia, l'improcedibilità del secondo ricorso per motivi aggiunti.

L'art. 96 del decreto legislativo n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) - nel testo da ultimo modificato dall'articolo 1, comma 88, lettera a), della Legge 23 giugno 2017, n. 103 - ai commi 1 e 2, dispone che: *“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. 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?.

La norma segna il punto di arrivo di una lunga evoluzione normativa, in parte di derivazione comunitaria, che in materia di attività di intercettazione svolte dagli operatori telefonici su richiesta dell'Autorità Giudiziaria è passata da un regime convenzionale puro, in cui vi erano singoli accordi in ordine all'oggetto e al corrispettivo della prestazione, a un sistema di obbligatorietà delle prestazioni, da remunerarsi sulla base di importi fissati dalla pubblica amministrazione.

In particolare, la direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo, che costituisce la "direttiva quadro" in materia di comunicazione elettronica, all'allegato A comma 11, ha previsto, tra le condizioni per la concessione dell'autorizzazione generale per la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, "La possibilità per le autorità nazionali competenti di effettuare legalmente intercettazioni delle comunicazioni in conformità della direttiva 97/66/CE e della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati?.

Ai sensi dell'art. 28 e allegato n. 1, punto 11, del Codice delle comunicazioni elettroniche, di conseguenza, la possibilità di realizzare prestazioni di

intercettazione, a fini di giustizia, è da ritenersi una condizione preliminare ed indispensabile per poter ottenere l'iniziale autorizzazione, con tutto quanto ciò comporta in ordine alla scelta di sistemi operativi, tanto che la violazione degli obblighi connessi è espressamente sanzionata ai sensi dell'art. 98, comma 14, del citato Codice, anche con la revoca dell'autorizzazione.

Si tratta in sostanza di un obbligo di predisposizione distinto da quello di fornire le singole prestazioni ed entrambi gli obblighi sono volti ad assicurare all'Autorità Giudiziaria, nello svolgimento dell'attività di ricerca della prova penale, il supporto tecnico pieno ed incondizionato dei gestori dei sistemi di comunicazione, imponendo loro di predisporre adeguatamente per fornire ogni elemento utile alle indagini, comunque generato dal servizio gestito in regime di autorizzazione.

In attuazione del nuovo testo dell'art. 96 del codice delle comunicazioni elettroniche è stato adottato il decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, oggetto di impugnazione, il quale ha approvato, in sostituzione del listino di cui al decreto del Ministro delle comunicazioni del 26 aprile 2001, il nuovo listino relativo alle prestazioni obbligatorie per gli organismi di telecomunicazioni, individuando i soggetti tenuti alle dette prestazioni e le modalità esecutive delle stesse.

Con il primo motivo di doglianza la ricorrente, premessa la natura regolamentare delle disposizioni contenute nel decreto interministeriale impugnato, in quanto avente il carattere dell'astrattezza, lamenta la violazione delle prescrizioni di forma stabilite dall'art. 17 della l. n. 400/1988.

La prospettazione non può essere condivisa.

Deve, in primo luogo, rilevarsi come lo stesso articolo 96, fonte primaria dalla quale origina il potere di emanazione del decreto interministeriale, espressamente stabilisce che *“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”.

In tal modo, come condivisibilmente evidenziato dalla difesa erariale, la norma primaria ha qualificato l’emanando decreto interministeriale come atto avente la stessa valenza formale e sostanziale dell’atto oggetto di revisione.

Ne discende, in assenza di previsioni espressamente volte ad imporre prescrizioni di forma diverse da quelle in precedenza seguite o comunque finalizzate ad una diversa qualificazione dell’atto, la legittimità dell’iter procedurale seguito (sulla rilevanza dell’omogeneità del contenuto tra disposizione da modificare e disposizione che opera la modifica al fine di legittimare l’adozione dell’atto successivo con il medesimo iter formale dell’atto precedente, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 9/2012, che rileva pure come la detta omogeneità di contenuto, ove fosse ravvisata la natura normativa dell’atto sopravvenuto, comporterebbe l’illegittimità anche del provvedimento in precedenza adottato).

Né il tratto di novità, dal punto di vista contenutistico, può essere ravvisato nel fatto che il decreto 2017 definisca anche le tipologie di prestazioni obbligatorie.

Deve in proposito osservarsi come tale “*definizione*” abbia una valenza sostanzialmente ricognitiva delle opzioni tecnologicamente praticabili al momento dell’adozione dell’atto.

In ogni caso, tale ricognizione definitoria era presente anche nel decreto 2001 che, nel correlare le tariffe alle singole prestazioni, ne forniva, necessariamente, la descrizione.

Le conclusioni in ordine alla natura non regolamentare del decreto non mutano alla luce di un’analisi contenutistica dell’atto.

In proposito deve essere preliminarmente osservato come oggetto del provvedimento sia, fondamentalmente, la definizione del listino che fissa gli importi dei rimborsi dovuti agli operatori telefonici tenuti a prestazioni obbligatorie.

Tale attività è dunque riconducibile ad una funzione di definizione di prezzi e tariffe, che consolidata giurisprudenza ascrive agli atti generali e non a quelli regolamentari (Cassazione civile, sez. VI, 19/06/2018, n. 16165, Consiglio di Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823)

L'assunto trova conferma alla luce del contenuto del decreto, meramente esecutivo e specificativo di una normazione previgente (sulla natura amministrativa dei provvedimenti che abbiano una funzione attuativa, quand'anche la stessa si manifesti attraverso formulazioni di carattere generale, cfr. Corte costituzionale 22 giugno 1990, n. 311 e 20 luglio 1990, n. 348).

Dal punto di vista funzionale, inoltre, l'atto in esame persegue una finalità di cura di un interesse pubblico concreto, circostanza anche questa che depone a favore della natura non regolamentare del decreto.

Diversamente da quanto sostenuto in ricorso, infine, il provvedimento è privo del requisito dell'astrattezza.

Le disposizioni poste, infatti, non si prestano a un'infinita ripetibilità e applicabilità a fattispecie concrete, risultando i destinatari determinabili *ex post* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 823/2015, che rileva come, in generale, “*i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò, che quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili*”).

Con il secondo, il terzo e il quarto motivo di doglianza la ricorrente, sulla base di argomentazioni logicamente unitarie, contesta il contenuto del decreto nella parte in cui provvede a determinare le tariffe.

L'atto, emesso all'esito di un'istruttoria carente e supportato da una motivazione assolutamente insufficiente, avrebbe determinato gli importi da corrispondere per le diverse prestazioni in maniera tale da non assicurare l'integrale copertura dei costi sostenuti dagli operatori telefonici.

Il necessario ristoro dei costi, osserva la ricorrente, sarebbe, tuttavia, necessario alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dall'art. 96 del Codice delle comunicazioni elettroniche, atteso che, ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, la libertà di iniziativa economica può subire delle limitazioni solo se queste risultino proporzionate e ragionevoli, ciò che non sarebbe dato rilevare nel caso in esame in cui agli operatori telefonici sarebbero state imposte attività estremamente onerose.

La ricorrente osserva poi come, in maniera assolutamente illegittima e contraria alla lettera della norma, che espressamente stabiliva la temporaneità della misura, il decreto interministeriale ha confermato la previsione di gratuità della documentazione del traffico telefonico (i c.d. tabulati).

Secondo Wind, inoltre, il pregiudizio sofferto dagli operatori, anche in ragione della previsione di compensi forfettari, non sarebbe quantificabile ex ante, ciò che amplificherebbe, introducendo un effetto aleatorio, la lesione arrecata alla libertà di iniziativa economica.

Le carenze istruttorie e motivazionali dell'atto, infine, emergerebbero con particolare riguardo al diverso importo delle tariffe stabilite dal decreto impugnato rispetto alla rappresentazione dei costi fornita dall'associazione di categoria ASSTEL nel corso del procedimento.

La prospettazione non può essere condivisa.

Deve in proposito considerarsi come l'adozione del provvedimento impugnato sia stata preceduta da un'intensa e mirata attività istruttoria, che si è concretizzata nella costituzione, con decreto del Ministro della giustizia del 29 marzo 2017, di un gruppo di lavoro, al quale sono stati attribuiti compiti di analisi ed elaborazione delle voci di costo necessarie per l'aggiornamento del listino.

Il gruppo di lavoro, costituito da rappresentanti del Ministero della giustizia e dai rappresentanti di alcuni uffici giudiziari, ha preso le mosse dalla relazione redatta nel 2001 per l'emanazione del decreto oggetto di modifica, all'elaborazione della quale avevano concorso un esperto in controllo e

intercettazione delle comunicazioni, consulente del Ministero della giustizia, un esperto in reti di telecomunicazioni funzionario dell'Istituto Superiore CTI, indicato dal Ministero delle comunicazioni, e un economista, docente all'Università LUISS Guido Carli in Roma.

Il gruppo di lavoro nominato nel 2017 ha quindi proceduto alla determinazione delle nuove tariffe, utilizzando una serie di argomentazioni logiche e di dati economici tratti dalla relazione 2001, tenendo conto dell'interlocuzione con l'associazione di categoria degli operatori telefonici (Asstel) e con lo stesso operatore telefonico oggi ricorrente, nonché dei dati relativi alle spese sostenute dal ministero, argomenti, la valutazione dei quali, è stata espressa in un documento finale le cui conclusioni sono state recepite nel decreto interministeriale impugnato.

Dalla lettura di tale documento emerge come, già nella relazione redatta nel 2001, e quindi in un assetto tecnologico decisamente meno avanzato di quello attuale e che comportava per gli operatori delle telecomunicazioni una gestione delle strutture più onerosa, era stato affermato il principio per cui *“in tanto può essere riconosciuto un ristoro in quanto le attività necessarie ad assicurare le prestazioni obbligatorie eccedano il normale servizio di telecomunicazioni?”* con esclusione, di conseguenza, delle voci di costo riconducibili a scelte dei gestori che abbiano optato per tecnologie diverse dal protocollo operativo *“ETSP”* e foriere, per tale specifica ragione, di costi aggiuntivi.

Il gruppo di lavoro ha, conseguentemente, escluso la ristorabilità dei costi per l'impiego di sistemi dedicati che già in passato non trovavano una giustificazione in termini tecnologici, tanto più che gli stessi operatori, rappresentati dall'associazione di categoria Asstel, non hanno fornito, nel corso dell'istruttoria, documenti utili a provare una giustificazione di tali costi sul versante tecnologico.

Sono stati di conseguenza esclusi dalle somme rimborsabili i costi relativi ad hardware e software dedicati e di esercizio delle applicazioni dedicate indicati nel documento Asstel del 4 agosto 2017.

Medesima valutazione di non ripetibilità è stata espressa in ordine al “*ristoro dei costi di trasporto delle informazioni che transitano su infrastrutture di distribuzione già in esercizio per i servizi*”, atteso che “*i costi di tali flussi, quanto alle intercettazioni, vengono già sostenuti dal bersaglio e dai soggetti che con lui interloquiscono oltre che dall'amministrazione che si serve dei sistemi di connessione già remunerati per le proprie attività istituzionali*”.

Con riferimento a tale voce, la relazione 2017 ha pure osservato come l'attività di intercettazione importa solo l'ascolto e il recepimento di conversazioni e traffico altrui, senza implementazione di ulteriori costi.

Il gruppo di lavoro ha infine escluso che possano essere ripetibili le spese sostenute per esposizione in bilancio dei costi dedicati, atteso che si tratta di spese di gestione proprie dell'azienda e non di voci di costo connessi al servizio.

Quanto poi alle spese indicate da Asstel per l'impiego di personale, il gruppo di lavoro ha osservato come non sia stata fornita dall'associazione di categoria la prova della destinazione in via esclusiva delle unità indicate all'attività di intercettazione, addivenendo sul punto ad una valutazione forfettaria alla luce delle voci di costo indicate nella relazione medesima e del numero di giorni di intercettazioni effettuate su base annua e sulla durata media delle singole operazioni di intercettazione.

La finalità di conseguimento di un risparmio del 50% rispetto al precedente listino, di conseguenza, è stata collegata, in via prioritaria, alla diminuzione dei costi derivante dall'evoluzione tecnologica intervenuta nel campo dei servizi di telecomunicazione nel tempo trascorso tra l'adozione di due listini e agli obblighi degli operatori telefonici di dotarsi di sistemi avanzati.

Quanto infine alle prestazioni obbligatorie diverse dalle intercettazioni, il gruppo di lavoro ha proceduto a una stima comparativa, operata alla luce della natura delle prestazioni e della loro incidenza sulla complessiva organizzazione aziendale degli operatori.

In tale fase sono state valutate le indicazioni fornite da Asstel, gli importi indicati dalla quale sono stati ridotti del 50% in considerazione della diminuzione dei costi connessa al progresso tecnologico.

Con riferimento ai tabulati si è poi ritenuto di mantenere la gratuità, a suo tempo introdotta da una legge del 2010, in quanto già a seguito di tale previsione vari operatori hanno adottato un software (denominato Hydra) che consente all'autorità giudiziaria di acquisire i dati senza l'intervento degli operatori, mentre nessuna retribuzione è stata ritenuta correlata alla conservazione dei dati di traffico a fini di giustizia, atteso che i costi connessi alla sicurezza degli stessi dipendono da distinte disposizioni normative sulla base delle quali l'operatore deve sostenere dei costi generali, attinenti alla gestione aziendale in sé e non alla specifica attività prestata in favore dell'autorità giudiziaria.

Analoga valutazione in ordine all'acquisibilità dei dati sulla base di un'autonoma attività degli uffici giudiziari è stata fatta per il servizio di produzione documentata delle mappe di copertura radio.

La determinazione finale operata dal gruppo di lavoro e recepita nel decreto interministeriale, appare dunque operata sulla base di dati istruttori intrinsecamente attendibili (relazione 2001 e dati tratti dall'attività svolta negli anni precedenti l'adozione del nuovo listino) e di deduzioni logiche connesse anche all'utilizzo di fatti notori o a dati esperenziali legati alle specifiche professionalità dei componenti del gruppo di lavoro.

Nell'attività di verifica dei dati acquisiti è stato pure rilevato come l'associazione Asstel ha indicato una serie di costi non supportati da elementi probatori atti a sostenerne l'obiettivo ricorrenza.

Le carenze riscontrate nell'apporto partecipativo fornito dall'associazione in nome e per conto dei diversi operatori, dei quali avrebbe dovuto rappresentare le esigenze e al superamento delle quali le amministrazioni precedenti hanno invano invitato Asstel nel corso del procedimento, non possono oggi costituire indice di una pretesa incompletezza istruttoria, atteso

che anche sulla parte privata grava un obbligo di lealtà procedimentale, tale per cui chi ha dato vita ad un'acquisizione istruttoria incompleta non può poi giovare in sede processuale per contestare le determinazioni assunte dall'amministrazione ovvero per sollecitare l'esercizio di poteri istruttori del giudice (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 22/12/2017, n. 1354 che ha osservato come *“Se è incontestabile che in ipotesi di carenze documentali l'Amministrazione non possa procedere al rigetto dell'istanza, dovendo garantire all'interessato la possibilità di integrazione, per basilari esigenze di collaborazione, lealtà procedimentale e buona amministrazione, è invece legittimo il rigetto qualora, a seguito delle molteplici richieste di integrazione - formulate nell'ottica di un dovere di collaborazione istruttorio -, l'interessato ometta di fornirle, non mettendo l'autorità amministrativa in condizione di esaminare compiutamente la domanda”*).

Per le medesime ragioni la prospettata non remuneratività delle tariffe non può essere desunta dalle perizie di parte depositate dalla ricorrente dopo la proposizione del ricorso, tanto più che la ricorrente ha comunque partecipato al procedimento.

Con riferimento a tale profilo deve, poi, rilevarsi l'inammissibilità delle argomentazioni volte a contestare gli esiti delle valutazioni del gruppo di lavoro, le quali, pur formalmente prospettate come volte a sviluppare motivi di ricorso già proposti, risultano sostanzialmente articolate solo nelle memorie depositate in date 8 e 20 febbraio 2019.

Né può ravvisarsi il predicato difetto di motivazione, atteso che, ai sensi dell'art. 3 comma 2, *“La motivazione non è richiesta per gli atti ... a contenuto generale”*.

Non risulta, di conseguenza, fondato l'assunto principale sul quale è basato il ricorso e cioè la pretesa non remuneratività delle tariffe stabilite dal decreto interministeriale, così che non è configurabile alcuna lesione alla libertà di iniziativa economica, né, in considerazione della mancata ascrivibilità delle prestazioni dovute dagli operatori telefonici alle *“prestazioni imposte”* di cui

all'art. 23 della Costituzione, la pure prospettata violazione della riserva di legge.

La lesione non può ravvisarsi neppure con riferimento alle retribuzioni forfettarie che sono state individuate tenendo conto della durata media degli incarichi di intercettazione.

La richiesta di rimessione alla Corte costituzionale della valutazione in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 96 del d.lgs. n. 259/2003 va pertanto respinta.

Risultano invece fondati il quinto motivo di doglianza del ricorso introduttivo e il primo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti, a mezzo dei quali la ricorrente ha rappresentato l'illegittimità delle note interpretative della Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria e della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma nella parte in cui affermano che, a partire dall'entrata in vigore del decreto interministeriale - fissata, come già nella nota del Ministero della giustizia pure gravata, alla data di registrazione dell'atto presso la Corte dei conti - tutte le prestazioni, ancorché iniziate nella vigenza del vecchio listino, debbano essere liquidate secondo il nuovo tariffario.

Deve infatti osservarsi come, trattandosi di previsioni contenute in atti amministrativi generali, la loro applicabilità, in assenza di forme individuali di comunicazione, risultava subordinata all'attuazione di misure di pubblicità idonee a renderle conoscibili da parte dei destinatari.

E' quindi erroneo il riferimento, contenuto nella nota ministeriale e nelle circolari interpretative, alla mera registrazione del decreto presso la Corte dei conti.

L'applicazione del nuovo listino alle prestazioni commissionate e, in tutto o in parte, eseguite, sotto il vigore del precedente tariffario, infine, appare contraria al principio di irretroattività degli atti amministrativi, a sua volta basato sulla necessità di certezza dei rapporti giuridici e sulla tutela dell'affidamento, tanto più che le circolari, una sola delle quali richiama

giurisprudenza relativa alla diversa e non sovrapponibile fattispecie della liquidazione degli onorari di avvocato, non individuano la ricorrenza di presupposti legittimanti un'efficacia retroattiva dell'atto amministrativo (cfr., da ultimo Tar Abruzzo, L'Aquila, 12 aprile 2018, n. 129).

La nota e le circolari ministeriali impugnate con il ricorso introduttivo e con i primi motivi aggiunti, di conseguenza, vanno annullate *in parte qua*, con assorbimento delle ulteriori censure.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte respinge e in parte accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso introduttivo e per l'effetto annulla, nei sensi pure in motivazione indicati, la nota del Ministero della giustizia del 2 febbraio 2018 e la circolare interpretativa della Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria del 20 marzo 2018;

accoglie, nei sensi pure in motivazione indicati, il primo ricorso per motivi aggiunti, e per l'effetto annulla la circolare interpretativa della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma del 27 luglio 2018;

dichiara improcedibile il secondo ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

Roberta Cicchese

Carmine Volpe

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 09/04/2019

N. 04594/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04000/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4000 del 2018, proposto da Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Zoppini, Giorgio Vercillo e Giovanni Diele, elettivamente domiciliata in Roma, piazza di Spagna n. 15, presso lo studio dell'avv. Andrea Zoppini;

contro

Ministero della giustizia, Ministero dello sviluppo economico, Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domiciliano in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

del decreto adottato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e con quello dell'economia e delle finanze, in data 28 dicembre 2017, non comunicato alla Ricorrente, né pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, registrato dalla Corte dei Conti in data 23 gennaio 2018, «recante 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» e di tutti gli atti ad esso presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi compreso il «Listino delle prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni» allegato al citato decreto e di cui costituisce parte integrante.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della giustizia, del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero dell'economia e delle finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Telecom Italia S.p.A. (d'ora innanzi Telecom) ha impugnato il decreto interministeriale indicato in epigrafe, adottato il 28 dicembre 2017 dal Ministro della giustizia e dal Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, recante 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.

Ha domandato, altresì, l'annullamento degli atti ad esso presupposti, con particolare riferimento al "*Listino delle prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni?*" allegato al citato decreto e di cui costituisce parte integrante.

Premessa una ricostruzione sull'evoluzione storica della retribuzione delle prestazioni obbligatorie ai fini di giustizia rese dagli operatori di telecomunicazioni, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di doglianza

I. VIOLAZIONE DELL'ART. 17 DELLA LEGGE N. 488/1980 (recte 400/1988).

Il provvedimento, che, in considerazione del suo contenuto, andrebbe ascritto ai decreti ministeriali di natura regolamentare, sarebbe stato adottato in violazione delle prescrizioni di forma previste dall'art. 17 della legge n. 400/1988.

E infatti il provvedimento:

- a) non è stato comunicato al Presidente del Consiglio dei ministri prima della sua emanazione;
- b) non è stato adottato previo parere del Consiglio di Stato;
- c) non è stato pubblicato integralmente nella Gazzetta Ufficiale.

II. ILLEGITTIMITÀ DEL REGOLAMENTO IMPUGNATO PER NON AVER ISTITUITO UN «CANONE ANNUO FORFETARIO PER LE PRESTAZIONI OBBLIGATORIE» - VIOLAZIONE DELL'ART. 96, COMMA 2, DEL D.LGS. N. 259/2003 – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 23 E 41 COST.

In violazione di quanto previsto dall'art. 96, comma 2, del d.lgs. n. 259/2003, il decreto impugnato non avrebbe adottato il “*canone annuo forfettario per le prestazioni obbligatorie*”, finalizzato alla copertura minima dei costi sostenuti dagli operatori di telecomunicazioni per la predisposizione, l'attivazione, l'aggiornamento e la manutenzione dei servizi da prestare in favore delle Autorità giudiziarie.

Il canone, infatti, unitamente ai compensi previsti dalla tariffa delle prestazioni obbligatorie da fornire alle Autorità Giudiziarie, avrebbe dovuto consentire di remunerare “*i costi per tutti i servizi contemporaneamente attivati o utilizzati da ogni identità di rete*”.

Ne discenderebbe l'illegittimità delle tariffe complessivamente determinate, atteso che il ristoro dei costi costituisce la differenza tra le “*prestazioni obbligatorie*”, come quelle di cui si tratta, e quelle “*imposte*”, previste dall'art. 23 della Costituzione, e nelle quali manca un rapporto di sinallagmaticità.

III ILLEGITTIMITÀ DEL REGOLAMENTO IMPUGNATO PER AVER ISTITUITO UN «LISTINO DELLE PRESTAZIONI OBBLIGATORIE»

CHE NON RICOMPRENDE «I COSTI PER TUTTI I SERVIZI CONTEMPORANEAMENTE ATTIVATI O UTILIZZATI DA OGNI IDENTITÀ DI RETE» - VIOLAZIONE DELL'ART. 96, COMMA 2, DEL D.LGS. N. 259/2003 – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 23 E 41 COST. – ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO.

Nel definire le nuove tariffe l'amministrazione avrebbe mirato solo a conseguire un risparmio di spesa e non ad adeguare le spese oggettivamente sostenute dagli operatori telefonici al ristoro ottenuto.

Tanto emergerebbe dal semplice raffronto tra i dati forniti dall'associazione di categoria Asstel alle amministrazioni precedenti e i valori indicati nel decreto interministeriale impugnato, atteso che i secondi sono sensibilmente inferiori ai primi.

III VIOLAZIONE DELL'ART. 96, COMMA 2, DEL D.LGS. N. 259/2003 – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 23 E 41 COST. – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E PER TRAVISAMENTO DEI FATTI.

Il provvedimento sarebbe viziato da eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, in quanto il decreto interministeriale sarebbe stato emanato senza considerare l'evoluzione dei costi (in costante crescita, a fronte di una altrettanto costante diminuzione di ricavi) e dei servizi necessari per la attivazione e la fornitura delle prestazioni obbligatorie, tanto più che i medesimi obiettivi di risparmio perseguiti avrebbero potuto essere conseguiti razionalizzando le spese per le intercettazioni.

IN VIA SUBORDINATA. ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 96, COMMA 2, DEL D.LGS. N. 259/2003 PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 23 E 41 COST. – INVALIDITÀ DERIVATA DEL REGOLAMENTO IMPUGNATO.

Considerato che l'assenza di corrispondenza tra costi sostenuti dagli operatori telefonici e importi a questi corrisposti trasforma, almeno parzialmente, le prestazioni richieste ai primi da "*obbligatorie*" in "*imposte*", Telecom

rappresenta, in via subordinata, l'illegittimità costituzionale del citato art. 96 perché contenente una prescrizione normativa in bianco, tale da attribuire all'ente impositore il potere di determinare in maniera arbitraria l'oggetto e l'importo della prestazione imposta.

Il Ministero della giustizia, il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero dell'economia e delle finanze, costituiti in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

All'udienza del 13 marzo 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'art. 96 del decreto legislativo n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) - nel testo da ultimo modificato dall'articolo 1, comma 88, lettera a), della Legge 23 giugno 2017, n. 103 - ai commi 1 e 2, dispone che: *“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. 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?

La norma segna il punto di arrivo di una lunga evoluzione normativa, in parte di derivazione comunitaria, che in materia di attività di intercettazione svolte dagli operatori telefonici su richiesta dell'Autorità Giudiziaria è passata da un regime convenzionale puro, in cui vi erano singoli accordi in ordine all'oggetto e al corrispettivo della prestazione, a un sistema di obbligatorietà delle prestazioni, da remunerarsi sulla base di importi fissati dalla pubblica amministrazione.

In particolare, la direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo, che costituisce la "*direttiva quadro*" in materia di comunicazione elettronica, all'allegato A comma 11, ha previsto, tra le condizioni per la concessione dell'autorizzazione generale per la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, "*La possibilità per le autorità nazionali competenti di effettuare legalmente intercettazioni delle comunicazioni in conformità della direttiva 97/66/CE e della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati?*".

Ai sensi dell'art. 28 e allegato n. 1, punto 11, del Codice delle comunicazioni elettroniche, di conseguenza, la possibilità di realizzare prestazioni di intercettazione, a fini di giustizia, è da ritenersi una condizione preliminare ed indispensabile per poter ottenere l'iniziale autorizzazione, con tutto quanto ciò comporta in ordine alla scelta di sistemi operativi, tanto che la violazione degli obblighi connessi è espressamente sanzionata ai sensi dell'art. 98, comma 14, del citato Codice, anche con la revoca dell'autorizzazione.

Si tratta in sostanza di un obbligo di predisposizione distinto da quello di fornire le singole prestazioni ed entrambi gli obblighi sono volti ad assicurare all'Autorità Giudiziaria, nello svolgimento dell'attività di ricerca della prova penale, il supporto tecnico pieno ed incondizionato dei gestori dei sistemi di

comunicazione, imponendo loro di predisporre adeguatamente per fornire ogni elemento utile alle indagini, comunque generato dal servizio gestito in regime di autorizzazione.

In attuazione del nuovo testo dell'art. 96 del codice delle comunicazioni elettroniche è stato adottato il decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, oggetto di impugnazione, il quale ha approvato, in sostituzione del listino di cui al decreto del Ministro delle comunicazioni del 26 aprile 2001, il nuovo listino relativo alle prestazioni obbligatorie per gli organismi di telecomunicazioni, individuando i soggetti tenuti alle dette prestazioni e le modalità esecutive delle stesse.

Con il primo motivo di doglianza la ricorrente, premessa la natura regolamentare delle disposizioni contenute nel decreto interministeriale impugnato, in quanto aventi i caratteri della generalità e dell'astrattezza, lamenta la violazione delle prescrizioni di forma stabilite dall'art. 17 della l. n. 400/1988.

La prospettazione non può essere condivisa.

Deve, in primo luogo, rilevarsi come lo stesso articolo 96, fonte primaria dalla quale origina il potere di emanazione del decreto interministeriale, espressamente stabilisce che *“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”*.

In tal modo, come condivisibilmente evidenziato dalla difesa erariale, la norma primaria ha qualificato l'emanando decreto interministeriale come atto avente la stessa valenza formale e sostanziale dell'atto oggetto di revisione.

Ne discende, in assenza di previsioni espressamente volte ad imporre prescrizioni di forma diverse da quelle in precedenza seguite o comunque finalizzate ad una diversa qualificazione dell'atto, la legittimità dell'iter procedurale seguito (sulla rilevanza dell'omogeneità del contenuto tra

disposizione da modificare e disposizione che opera la modifica al fine di legittimare l'adozione dell'atto successivo con il medesimo iter formale dell'atto precedente, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 9/2012, che rileva pure come la detta omogeneità di contenuto, ove fosse ravvisata la natura normativa dell'atto sopravvenuto, comporterebbe l'illegittimità anche del provvedimento in precedenza adottato).

Né il tratto di novità, dal punto di vista contenutistico, può essere ravvisato nel fatto che il decreto 2017 definisca anche le tipologie di prestazioni obbligatorie.

Deve in proposito osservarsi come tale “*definizione*” abbia una valenza sostanzialmente ricognitiva delle opzioni tecnologicamente praticabili al momento dell'adozione dell'atto.

In ogni caso, tale ricognizione definitoria era presente anche nel decreto 2001 che, nel correlare le tariffe alle singole prestazioni, ne forniva, necessariamente, la descrizione.

Le conclusioni in ordine alla natura non regolamentare del decreto non mutano alla luce di un'analisi contenutistica dell'atto.

In proposito deve essere preliminarmente osservato come oggetto del provvedimento sia, fondamentalmente, la definizione del listino che fissa gli importi dei rimborsi dovuti agli operatori telefonici tenuti a prestazioni obbligatorie.

Tale attività è dunque riconducibile ad una funzione di definizione di prezzi e tariffe, che consolidata giurisprudenza ascrive agli atti generali e non a quelli regolamentari (Cassazione civile, sez. VI, 19/06/2018, n. 16165, Consiglio di Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823)

L'assunto trova conferma alla luce del contenuto del decreto, meramente esecutivo e specificativo di una normazione previgente (sulla natura amministrativa dei provvedimenti che abbiano una funzione attuativa, quand'anche la stessa si manifesti attraverso formulazioni di carattere

generale, cfr. Corte costituzionale 22 giugno 1990, n. 311 e 20 luglio 1990, n. 348).

Dal punto di vista funzionale, inoltre, l'atto in esame persegue una finalità di cura di un interesse pubblico concreto, circostanza anche questa che depone a favore della natura non regolamentare del decreto.

Diversamente da quanto sostenuto in ricorso, infine, il provvedimento è privo del requisito dell'astrattezza.

Le disposizioni poste, infatti, non si prestano a un'infinita ripetibilità e applicabilità a fattispecie concrete, risultando i destinatari determinabili ex post (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 823/2015, che rileva come, in generale, *“i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò, che quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili”*).

Con il secondo, il terzo e il quarto motivo di doglianza la ricorrente, con argomentazioni logicamente unitarie, contesta il contenuto del decreto nella parte in cui provvede a determinare le tariffe.

L'atto, emesso all'esito di un'istruttoria carente e insufficiente, avrebbe infatti ommesso di definire il canone annuo forfettario e avrebbe mal determinato gli importi da corrispondere per le diverse prestazioni, voci, che, nel loro insieme, avrebbero dovuto assicurare l'integrale copertura dei costi sostenuti dagli operatori telefonici.

Il necessario ristoro dei costi, osserva poi Telecom, sarebbe in ogni caso necessario in considerazione del fatto che il decreto disciplina la remunerazione di *“prestazioni obbligatorie”* per le quali, a differenza che per le *“prestazioni imposte”*, non può mancare il rapporto sinallagmatico.

La mancanza di piena remunerazione, sostiene ancora la ricorrente, sarebbe evidenziata dal confronto tra gli importi definiti dal decreto, con riferimento

alle singole prestazioni, e quelli indicati dall'associazione di categoria ASSTEL nel corso del procedimento.

Il fatto che il provvedimento abbia mirato solo a conseguire un consistente risparmio di spesa senza tener conto dei costi effettivi sostenuti dagli operatori, infine, vizierebbe l'intera attività di determinazione per eccesso di potere, nella forma dello sviamento.

La prospettazione non può essere condivisa.

Deve in proposito considerarsi come l'adozione del provvedimento impugnato sia stata preceduta da un'intensa e mirata attività istruttoria, che si è concretizzata nella costituzione, con decreto del Ministro della giustizia del 29 marzo 2017, di un gruppo di lavoro, al quale sono stati attribuiti compiti di analisi ed elaborazione delle voci di costo necessarie per l'aggiornamento del listino.

Il gruppo di lavoro, costituito da rappresentanti del Ministero della giustizia e dai rappresentanti di alcuni uffici giudiziari, ha preso le mosse dalla relazione redatta nel 2001 per l'emanazione del decreto oggetto di modifica, all'elaborazione della quale avevano concorso un esperto in controllo e intercettazione delle comunicazioni, consulente del Ministero della giustizia, un esperto in reti di telecomunicazioni funzionario dell'Istituto Superiore CTI, indicato dal Ministero delle comunicazioni, e un economista, docente all'Università LUISS Guido Carli in Roma.

Il gruppo di lavoro nominato nel 2017 ha quindi proceduto alla determinazione delle nuove tariffe, utilizzando una serie di argomentazioni logiche e di dati economici tratti dalla relazione 2001, tenendo conto dell'interlocuzione con l'associazione di categoria degli operatori telefonici (Asstel) e con lo stesso operatore telefonico oggi ricorrente, nonché dei dati relativi alle spese sostenute dal Ministero, argomenti, la valutazione dei quali, è stata espressa in un documento finale le cui conclusioni sono state recepite nel decreto interministeriale impugnato.

Dalla lettura di tale documento emerge come, già nella relazione redatta nel 2001, e quindi in un assetto tecnologico decisamente meno avanzato di quello attuale e che comportava per gli operatori delle telecomunicazioni una gestione delle strutture più onerosa, era stato affermato il principio per cui *“in tanto può essere riconosciuto un ristoro in quanto le attività necessarie ad assicurare le prestazioni obbligatorie eccedano il normale servizio di telecomunicazioni?”* con esclusione, di conseguenza, delle voci di costo riconducibili a scelte dei gestori che abbiano optato per tecnologie diverse dal protocollo operativo *“ETSP”* e foriere, per tale specifica ragione, di costi aggiuntivi.

Il gruppo di lavoro ha, conseguentemente, escluso la ristorabilità dei costi per l'impiego di sistemi dedicati che già in passato non trovavano una giustificazione in termini tecnologici, tanto più che gli stessi operatori, rappresentati dall'associazione di categoria Asstel, non hanno fornito, nel corso dell'istruttoria, documenti utili a provare una giustificazione di tali costi sul versante tecnologico.

Sono stati di conseguenza esclusi dalle somme rimborsabili i costi relativi ad hardware e software dedicati e di esercizio delle applicazioni dedicate indicati nel documento Asstel del 4 agosto 2017.

Medesima valutazione di non ripetibilità è stata espressa in ordine al *“ristoro dei costi di trasporto delle informazioni che transitano su infrastrutture di distribuzione già in esercizio per i servizi?”*, atteso che *“i costi di tali flussi, quanto alle intercettazioni, vengono già sostenuti dal bersaglio e dai soggetti che con lui interloquiscono oltre che dall'amministrazione che si serve dei sistemi di connessione già remunerati per le proprie attività istituzionali”*.

Con riferimento a tale voce, la relazione 2017 ha pure osservato come l'attività di intercettazione importa solo l'ascolto e il recepimento di conversazioni e traffico altrui, senza implementazione di ulteriori costi.

Il gruppo di lavoro ha infine escluso che possano essere ripetibili le spese sostenute per esposizione in bilancio dei costi dedicati, atteso che si tratta di

spese di gestione proprie dell'azienda e non di voci di costo connessi al servizio.

Quanto poi alle spese indicate da Asstel per l'impiego di personale, il gruppo di lavoro ha osservato come non sia stata fornita dall'associazione di categoria la prova della destinazione in via esclusiva delle unità indicate all'attività di intercettazione, addivenendo sul punto ad una valutazione forfettaria alla luce delle voci di costo indicate nella relazione medesima e del numero di giorni di intercettazioni effettuate su base annua e sulla durata media delle singole operazioni di intercettazione.

La finalità di conseguimento di un risparmio del 50% rispetto al precedente listino, di conseguenza, è stata collegata, in via prioritaria, alla diminuzione dei costi derivante dall'evoluzione tecnologica intervenuta nel campo dei servizi di telecomunicazione nel tempo trascorso tra l'adozione di due listini e agli obblighi degli operatori telefonici di dotarsi di sistemi avanzati.

Quanto infine alle prestazioni obbligatorie diverse dalle intercettazioni, il gruppo di lavoro ha proceduto a una stima comparativa, operata alla luce della natura delle prestazioni e della loro incidenza sulla complessiva organizzazione aziendale degli operatori.

In tale fase sono state valutate le indicazioni fornite da Asstel, gli importi indicati dalla quale sono stati ridotti del 50% in considerazione della diminuzione dei costi connessa al progresso tecnologico.

Con riferimento ai tabulati si è poi ritenuto di mantenere la gratuità, a suo tempo introdotta da una legge del 2010, in quanto già a seguito di tale previsione vari operatori hanno adottato un software (denominato Hydra), che consente all'autorità giudiziaria di acquisire i dati senza l'intervento degli operatori, mentre nessuna retribuzione è stata ritenuta correlata alla conservazione dei dati di traffico a fini di giustizia, atteso che i costi connessi alla sicurezza degli stessi dipendono da distinte disposizioni normative sulla base delle quali l'operatore deve sostenere dei costi generali, attinenti alla

gestione aziendale in sé e non alla specifica attività prestata in favore dell'autorità giudiziaria.

Analoga valutazione in ordine all'acquisibilità dei dati sulla base di un'autonoma attività degli uffici giudiziari è stata fatta per il servizio di produzione documentata delle mappe di copertura radio.

La determinazione finale operata dal gruppo di lavoro e recepita nel decreto interministeriale, appare dunque operata sulla base di dati istruttori intrinsecamente attendibili (relazione 2001 e dati tratti dall'attività svolta negli anni precedenti l'adozione del nuovo listino) e di deduzioni logiche connesse anche all'utilizzo di fatti notori o a dati esperenziali legati alle specifiche professionalità dei componenti del gruppo di lavoro.

Nell'attività di verifica dei dati è stato pure rilevato come l'associazione Asstel ha indicato una serie di costi non supportati da elementi probatori atti a sostenerne l'obiettiva ricorrenza.

Le carenze riscontrate nell'apporto partecipativo fornito dall'associazione in nome e per conto dei diversi operatori, dei quali avrebbe dovuto rappresentare le esigenze e al superamento delle quali le amministrazioni precedenti hanno invano invitato Asstel nel corso del procedimento, non possono oggi costituire indice di una pretesa incompletezza istruttoria, atteso che anche sulla parte privata grava un obbligo di lealtà procedimentale, tale per cui chi ha dato vita ad un'acquisizione istruttoria incompleta non può poi giovare in sede processuale per contestare le determinazioni assunte dall'amministrazione ovvero per sollecitare l'esercizio di poteri istruttori del giudice (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 22/12/2017, n. 1354 che ha osservato come *“Se è incontestabile che in ipotesi di carenze documentali l'Amministrazione non possa procedere al rigetto dell'istanza, dovendo garantire all'interessato la possibilità di integrazione, per basilari esigenze di collaborazione, lealtà procedimentale e buona amministrazione, è invece legittimo il rigetto qualora, a seguito delle molteplici richieste di integrazione - formulate nell'ottica di un dovere di collaborazione istruttorio -, l'interessato*

ometta di fornirle, non mettendo l'autorità amministrativa in condizione di esaminare compiutamente la domanda”).

La corrispondenza dei prezzi indicati da ASSTELL ai costi effettivamente sostenuti e il prospettato rilevante scollamento tra costi e tariffe - anche con riferimento ai costi infrastrutturali concernenti le prestazioni connesse al sistema Hydra e alla conservazione dei dati, ai quali dedica particolare attenzione la memoria di replica - non risulta dimostrata da Telecom, che pure aveva interloquuto con l'amministrazione nella fase istruttoria, neppure in sede processuale, atteso che la stessa ha depositato solo attestazioni di provenienza unilaterale, prive di un supporto probatorio volto a far emergere l'oggettiva rispondenza fattuale delle voci indicate ai costi effettivamente sopportati.

La determinazione del canone annuo, infine, alla luce del tenore letterale dell'art. 96 del Codice della comunicazioni elettroniche, non costituiva necessario oggetto del decreto, che doveva solo individuare i criteri (e dunque le tariffe) per addivenire alla quantificazione del canone suddetto, ciò che il provvedimento ha sicuramente fatto, anche con ricorso a retribuzioni forfettarie.

Queste ultime, tuttavia, essendo state calcolate su valori medi relativi agli anni precedenti, non risultano, in concreto, lesive dell'integrità patrimoniale degli operatori economici.

Non risulta, di conseguenza, fondato l'assunto principale sul quale è basato il ricorso e cioè la pretesa non remuneratività delle tariffe stabilite dal decreto interministeriale, così che non è configurabile alcuna lesione alla libertà di iniziativa economica, né, in considerazione della mancata ascrivibilità delle prestazioni dovute dagli operatori telefonici alle *“prestazioni imposte”* di cui all'art. 23 della Costituzione, la pure prospettata violazione della riserva di legge.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO

Publicato il 09/04/2019

N. 04596/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04018/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4018 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Vodafone Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano D'Ercole, Nicola Palombi e Francesco Pignatiello, elettivamente domiciliata in Roma, via in Arcione n. 71, presso lo studio dell'avv. Stefano D'Ercole;

contro

Ministero della giustizia, Ministero dello sviluppo economico, Ministero dell'economia e delle finanze, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari;

per l'annullamento,

quanto al ricorso introduttivo:

- del Decreto Interministeriale 28 dicembre 2017 emesso dal Ministro della Giustizia e dal Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, pubblicato sulla G.U.R.I., serie generale n. 33 del 9.2.2018, e dell'allegato "Listino delle prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni" con cui, in adempimento del disposto dell'art. 96 D. Lgs. n. 259/03 – Codice delle Comunicazioni Elettroniche, nel testo modificato e introdotto dall'art. 1, c. 88, L. n. 103/2017, sono state individuate e disciplinate le tipologie di prestazioni obbligatorie dovute, a fronte di richieste di intercettazioni e di informazioni provenienti dall'Autorità Giudiziaria, da parte degli Operatori di telecomunicazioni, nonché specificati gli stessi soggetti tenuti all'assolvimento di tali prestazioni, e d'altra parte, in violazione della medesima disposizione di cui al citato art. 96 CCE, è stata 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 7.5.2001 in modo tale da non consentire ai soggetti obbligati di recuperare neppure i costi dagli stessi sostenuti per assolvere alle richieste dell'AG;

- di ogni altro atto allo stesso presupposto, connesso o consequenziale allo stesso;

e, quanto ai motivi aggiunti depositati il 25 maggio 2018,

per l'annullamento:

- della circolare interpretativa della Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria, Prot. n. 1870 del 20 marzo 2018 avente ad oggetto: "Decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, registrato alla Corte dei Conti il 23 gennaio 2018 ed in vigore a tale data – applicazione intertemporale del nuovo tariffario", trasmessa tramite mail del 21.3.2018 dal dott. Giuseppe Buontempo, cancelliere presso la Procura della Repubblica di Locri unitamente alla nota del Ministero della giustizia, Dipartimento per gli affari di giustizia, Direzione generale per la giustizia civile, ufficio I – Affari civili interni, prot. n. 23448 del 2.2.2018;

- per quanto occorrer possa, della medesima nota del Ministero della giustizia, Dipartimento per gli affari di giustizia, Direzione generale per la giustizia civile, ufficio I – Affari civili interni, prot. n. 23448 del 2.2.2018, nonché della comunicazione tramite mail del 21.3.2018 del dott. Giuseppe Buontempo, cancelliere presso la Procura della Repubblica di Locri;

- del decreto interministeriale del 28 dicembre 2017 emesso dal Ministro della giustizia e il Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, pubblicato sulla G.U.R.I., serie generale n. 33 del 9.2.2018, e dell'allegato “Listino delle prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni”, con cui, in adempimento del disposto dell'art. 96 D. Lgs. n. 259/03 – Codice delle Comunicazioni Elettroniche, nel testo modificato e introdotto dall'art. 1, c. 88, L. n. 103/2017, è stata 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 7.5.2001, (già impugnato con il ricorso principale) nella lettura fornita dalla Circolare interpretativa della Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria del 20 marzo 2018;

- di ogni altro atto agli stessi presupposto, connesso o consequenziale;

e, quanto ai motivi aggiunti depositati il 21 novembre 2018:

per l'annullamento:

- della circolare interpretativa n. 16 della Procura Generale della Repubblica presso il Tribunale di Roma, prot. gab. n. 2953/18 del 27 luglio 2018 avente ad oggetto: “Spese per intercettazioni – Nuovo listino e liquidazione”, trasmessa tramite mail del 7.9.2018 dall'indirizzo PEO intercettazioni.procura.roma@giustizia.it inviata dalla dott.ssa Nadia Verna, cancelliere presso la Procura della Repubblica di Roma – Ufficio Segreteria Intercettazioni, unitamente alla circ. 8 della PGR-RM prot. gab. n. 1495/18 del 20 aprile 2018;

- per quanto occorrer possa, della medesima circolare n. 8 della PGR-RM prot. gab. n. 1495/18 del 20 aprile 2018, nonché della comunicazione tramite

mail del 7.9.2018 della dott.ssa Nadia Verna, cancelliere presso la Procura della Repubblica di Roma – Ufficio Segreteria Intercettazioni, e della relativa nota comunicativa ad essa allegata datata 7.9.2018 e priva di numero di protocollo;

- del decreto interministeriale del 28 dicembre 2017 emesso dal Ministro della giustizia e il Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, pubblicato sulla G.U.R.I., serie generale n. 33 del 9.2.2018, e dell'allegato “Listino delle prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni”, con cui, in adempimento del disposto dell'art. 96 D. Lgs. n. 259/03 – Codice delle Comunicazioni Elettroniche, nel testo modificato e introdotto dall'art. 1, c. 88, L. n. 103/2017, è stata 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 7.5.2001, (già impugnato con il ricorso principale) nella lettura fornita dalle Circolari 8 e 16 della Procura Generale della Repubblica di Roma;

- di ogni altro atto agli stessi presupposto, connesso o consequenziale;

e, quanto ai motivi aggiunti depositati il 12 marzo 2019,

per l'annullamento:

- della nota prot. 75U/2019 dell'11 gennaio 2019 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari, avente ad oggetto: “Disposizioni di riordino delle spese per le prestazioni obbligatorie di cui all'art. 96 del d. lgs. n. 259 del 2003 – Decreto Interministeriale del 28 dicembre 2017 di revisione delle voci di listino di cui al D.M. 26 aprile 2001 – Applicabilità delle nuove tariffe alle attività di intercettazione in corso alla data di entrata del nuovo listino”;

- del decreto interministeriale del 28 dicembre 2017 emesso dal Ministro della giustizia e il Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, pubblicato sulla G.U.R.I., serie generale n. 33 del 9.2.2018, e dell'allegato “Listino delle prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni”, con cui, in adempimento del disposto

dell'art. 96 D. Lgs. n. 259/03 – Codice delle Comunicazioni Elettroniche, nel testo modificato e introdotto dall'art. 1, c. 88, L. n. 103/2017, è stata 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 7.5.2001, (già impugnato con il ricorso principale), nella lettura fornita dalla suddetta nota della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari;

- di ogni altro atto agli stessi presupposto, connesso o consequenziale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della giustizia, del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero dell'economia e delle finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Vodafone Italia S.p.A. (d'ora innanzi Vodafone) ha impugnato il decreto interministeriale indicato in epigrafe, adottato il 28 dicembre 2017 dal Ministro della giustizia e dal Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, recante 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.

Ha domandato, altresì, l'annullamento degli atti ad esso presupposti, con particolare riferimento al "*Listino delle prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni*" allegato al citato decreto e di cui costituisce parte integrante.

Premessa una ricostruzione sull'evoluzione storica della retribuzione delle prestazioni obbligatorie ai fini di giustizia rese dagli operatori di telecomunicazioni, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di doglianza

I. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 18, 26, 102 SS. E 107 SS. TFUE; 17 E 41 CARTA DI NIZZA; 1 PROT. ADD. CEDU; 3, 11, 23, 41, 42, 97 E 117 COST.; 1 E 3 L. N. 241/90; 96 D.LGS. N. 259/2003; DPR N. 115/2002. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI LEGALITÀ E DI RISERVA DI LEGGE IN MATERIA DI IMPOSIZIONI PERSONALI O ECONOMICHE, DI LIBERA INIZIATIVA ECONOMICA E DI GARANZIA DELL'INTEGRITÀ DELLA PROPRIETÀ PRIVATA, DI LIBERA E CORRETTA CONCORRENZA NEL MERCATO DELLE TELECOMUNICAZIONI. ILLEGITTIMA E ILLOGICA INTRODUZIONE DI OSTACOLI ECONOMICI ALL'INGRESSO DI NUOVI COMPETTORI NEL MERCATO, NONCHÉ DI SVANTAGGI A DANNI DEGLI OPERATORI DI DIMENSIONI MAGGIORI. DIFETTO E/O ERRONEITÀ DELLA MOTIVAZIONE. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI IN FATTO E IN DIRITTO. SVIAMENTO. ILLOGICITÀ E INGIUSTIZIA MANIFESTA.

Il decreto impugnato sarebbe viziato per eccesso di potere, per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto, oltre che per violazione dell'art. 96, comma 2, del d.lgs. n. 259/2003.

Il provvedimento, che già nella parte definitoria presenterebbe imprecisioni e incertezze, avrebbe individuato i corrispettivi corrispondenti alle diverse prestazioni in maniera tale da non consentire la copertura dei costi sostenuti dagli operatori di telecomunicazioni per la predisposizione, l'attivazione, l'aggiornamento e la manutenzione dei servizi da prestare in favore delle Autorità giudiziarie.

Confrontando il nuovo listino con il precedente, infatti, emergerebbe una diminuzione degli importi superiore al 90%.

La ricorrente osserva ancora come il risparmio del 50% delle spese per intercettazioni, previsto dall'art. 96, avrebbe dovuto essere conseguito, oltre

che mediante una revisione del listino, anche e soprattutto, mediante una razionalizzazione delle richieste dall'Autorità Giudiziaria.

Ne discenderebbe l'illegittimità delle tariffe complessivamente determinate, atteso che il ristoro dei costi costituisce la differenza tra le “prestazioni obbligatorie”, come quelle di cui si tratta, e quelle “imposte”, previste dall'art. 23 della Costituzione, e nelle quali manca un rapporto di sinallagmaticità.

Risulterebbero in tal modo vulnerate le esigenze, di rilievo costituzionale, di riserva di legge in materia di prestazioni imposte, di libertà di iniziativa economica e di tutela della proprietà privata, contemplata pure dall'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU, avente, a sua volta, rilievo costituzionale per il tramite dell'interposizione dell'art. 117 della Costituzione.

Verrebbero infine violati i principi e le disposizioni euro-unitarie in tema di mercato unico e di concorrenza.

II. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 41 CARTA DI NIZZA; 97 COST.; 1 E 3 L. N. 241/90. ECCESSO DI POTERE PER OMESSA VALUTAZIONE O TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI IN FATTO E IN DIRITTO. OMESSA VALUTAZIONE DI DATI ED ELEMENTI ISTRUTTORI. DIFETTO OVVERO INCOMPLETEZZA DELLA MOTIVAZIONE. OMESSA SPECIFICAZIONE DEL PERCORSO LOGICO CHE HA PORTATO LA DETERMINAZIONE DELLE TARIFFE. ILLOGICITÀ E INGIUSTIZIA MANIFESTA.

Il provvedimento risulterebbe affetto da difetto di istruttoria, non avendo le amministrazioni procedenti tenuto conto delle indicazioni fornite, nella fase endoprocedimentale, dall'associazione di categoria Asstel, e da difetto di motivazione, per non avere in alcun modo specificato, nella parte motiva, le ragioni per le quali le allegazioni di Asstel non sono state tenute in alcuna considerazione.

III ILLEGITTIMITÀ DEL DECRETO NELL'IPOTESI IN CUI LO SI QUALIFICHI QUALE ATTO DI NATURA REGOLAMENTARE, EX L.

N. 400/88. VIOLAZIONE ART. 17, CC. 3 E 4, L. N. 400/88. MANCATO RISPETTO DELLE PRESCRIZIONI IMPOSTE PER L'APPROVAZIONE ED EMANAZIONE DI ATTI GOVERNATIVI DI NATURA REGOLAMENTARE.

Ove poi si dovesse ritenere la natura regolamentare dell'atto, questo sarebbe illegittimo perché adottato in violazione delle prescrizioni di forma previste dall'art. 17 della legge n. 400/1988.

E infatti il provvedimento:

- a) non è stato comunicato al Presidente del Consiglio dei ministri prima della sua emanazione;
- b) non è stato adottato previo parere del Consiglio di Stato;
- c) non reca la dizione "*regolamento*".

ISTANZA DI RIMESSIONE DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE, NEL CASO DI NON ADERENZA DELL'ADITO GIUDICE ALL'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 96 CCE, COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA. INCOMPATIBILITÀ E VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 23, 41, 42 E 117 COST.

Sviluppando argomentazioni già anticipate nel testo del primo motivo di ricorso, Vodafone chiede la rimessione alla Corte costituzionale della valutazione di legittimità dell'art. 96 del Codice delle comunicazioni elettroniche, atteso che la norma istituirebbe delle prestazioni imposte senza il necessario tasso di specificità richiesto dalla riserva di legge posta in materia dall'art. 23 della Costituzione.

La disposizione censurata, inoltre, porrebbe limiti alla libertà di iniziativa economica, tutelata dall'art. 41 della Costituzione.

ISTANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA C.G.U.E., NEL CASO DI NON ADERENZA ALL'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 96 CCE, ORIENTATA IN MODO COMPATIBILE CON LE REGOLE E I PRINCIPI DETTATI DALLA DISCIPLINA DI RANGO EURO-UNITARIO.

La ricorrente chiede pure la rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale per violazione delle disposizioni in materia di mercato unico e concorrenziale di cui agli artt. 26 e 102 del Trattato, in considerazione dell'irragionevole e illegittimo vulnus che le prestazioni richieste dall'art. 96, in assenza di retribuzione, provocano alla capacità competitiva dell'industria italiana del settore rispetto a quella degli altri Paesi dell'unione.

Con i primi motivi aggiunti Vodafone ha impugnato la circolare della Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria, interpretativa del decreto ministeriale impugnato, e la nota del Ministero della giustizia del 2 febbraio 2018, secondo la quale il decreto interministeriale entrava in vigore il 23 gennaio 2018, giorno di registrazione dell'atto da parte della Corte dei conti.

Rilevato come, dalla lettura anche congiunta dei due atti, si evince che le tariffe di cui al listino allegato al decreto interministeriale risulterebbero applicabili a tutte le prestazioni obbligatorie, comprese quelle effettuate in data antecedente all'approvazione del nuovo listino, purché fatturate successivamente al 23 gennaio 2018, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di doglianza:

ILLEGITTIMITÀ DELLA CIRCOLARE INTERPRETATIVA 20.3.2018 DELLA PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA DI REGGIO CALABRIA. INCOMPETENZA ALL'EMANAZIONE DI ATTI INTEGRATIVI DEL CONTENUTO DISPOSITIVO DEL DI OVVERO DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA DEL MEDESIMO.

La circolare, nel prevedere la retroattività del decreto interministeriale, sarebbe viziata per incompetenza, atteso che la stessa opera, da un punto di vista funzionale, un'integrazione del contenuto del decreto, all'emanazione della quale sarebbero state legittimate (solo) le stesse amministrazioni emananti.

ILLEGITTIMITÀ DI TUTTI GLI ATTI IMPUGNATI. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE ARTT. 18, 26, 102 SS. E 107 SS. TFUE; 17 E 41 CARTA DI NIZZA; 1 PROT. ADD. CEDU; 3, 11, 23, 41, 42, 97 E 117

COST.; 11 DELLE PRELEGGI AL CODICE CIVILE; 1 E 3 L. N. 241/90; 96 D.LGS. N. 259/2003; DPR N. 115/2002. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO, CERTEZZA DEI RAPPORTI GIURIDICI, LEGITTIMO AFFIDAMENTO E PROPORZIONALITÀ. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA E INGIUSTIZIA MANIFESTA.

Il provvedimento individuerebbe erroneamente la data di entrata in vigore del decreto interministeriale nel giorno di registrazione del provvedimento presso la Corte dei conti (23 gennaio 2018), anziché in quello di pubblicazione dell'avviso in Gazzetta Ufficiale (9 febbraio 2018).

Inoltre la Procura avrebbe illegittimamente ritenuto, da un punto di vista sostanziale, che il momento in cui la prestazione deve intendersi come “*completa*” – raggiungendo dunque il suo giuridico esaurimento – non coinciderebbe con l'esecuzione dell'attività oggetto della prestazione medesima, ma nel successivo momento dell'invio della fattura elettronica, fase, invece, palesemente estranea all'esecuzione della prestazione.

Ne discenderebbe un'applicazione retroattiva del nuovo prezzario a tutte quelle prestazioni temporalmente riconducibili al previgente D.M. 26 aprile 2001 e non ancora fatturate, in contrasto con i principi costituzionali di ragionevolezza.

La lettura del decreto interministeriale proposta dalla circolare, inoltre, comporterebbe un'evidente illegittimità del decreto stesso, che risulterebbe ulteriormente violare i principi di autodeterminazione, libertà economica e di legittimo affidamento.

La ricorrente ha poi sostenuto l'illegittimità derivata della circolare interpretativa per illegittimità del decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, alla luce dei motivi dedotti con il ricorso introduttivo.

Analoghe censure la ricorrente ha articolato, con i secondi e i terzi motivi aggiunti, avverso le circolari interpretative del decreto interministeriale impugnato adottate dalla Procure di Roma e di Cagliari.

Il Ministero della giustizia, il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero dell'economia e delle finanze, costituiti in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

All'udienza del 13 marzo 2019, nella quale il ricorso è stato trattenuto in decisione, il difensore della ricorrente ha rinunciato al terzo ricorso per motivi aggiunti, notificati l'11 marzo 2019 e depositati il successivo 12 marzo.

DIRITTO

Preliminarmente deve rilevarsi, alla luce dell'intervenuta rinuncia, l'improcedibilità del terzo ricorso per motivi aggiunti.

L'art. 96 del decreto legislativo n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) - nel testo da ultimo modificato dall'articolo 1, comma 88, lettera a), della Legge 23 giugno 2017, n. 103 - ai commi 1 e 2, dispone che: *“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. 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”.

La norma segna il punto di arrivo di una lunga evoluzione normativa, in parte di derivazione comunitaria, che in materia di attività di intercettazione svolte dagli operatori telefonici su richiesta dell'Autorità Giudiziaria è passata da un regime convenzionale puro, in cui vi erano singoli accordi in ordine all'oggetto e al corrispettivo della prestazione, a un sistema di obbligatorietà delle prestazioni, da remunerarsi sulla base di importi fissati dalla pubblica amministrazione.

In particolare, la direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo, che costituisce la "*direttiva quadro*" in materia di comunicazione elettronica, all'allegato A comma 11, ha previsto, tra le condizioni per la concessione dell'autorizzazione generale per la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, "*La possibilità per le autorità nazionali competenti di effettuare legalmente intercettazioni delle comunicazioni in conformità della direttiva 97/66/CE e della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati?*".

Ai sensi dell'art. 28 e allegato n. 1, punto 11, del Codice delle comunicazioni elettroniche, di conseguenza, la possibilità di realizzare prestazioni di intercettazione, a fini di giustizia, è da ritenersi una condizione preliminare ed indispensabile per poter ottenere l'iniziale autorizzazione, con tutto quanto ciò comporta in ordine alla scelta di sistemi operativi, tanto che la violazione degli obblighi connessi è espressamente sanzionata ai sensi dell'art. 98, comma 14, del citato Codice, anche con la revoca dell'autorizzazione.

Si tratta in sostanza di un obbligo di predisposizione distinto da quello di fornire le singole prestazioni ed entrambi gli obblighi sono volti ad assicurare all'Autorità Giudiziaria, nello svolgimento dell'attività di ricerca della prova penale, il supporto tecnico pieno ed incondizionato dei gestori dei sistemi di

comunicazione, imponendo loro di predisporre adeguatamente per fornire ogni elemento utile alle indagini, comunque generato dal servizio gestito in regime di autorizzazione.

In attuazione del nuovo testo dell'art. 96 del codice delle comunicazioni elettroniche è stato adottato il decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, oggetto di impugnazione, il quale ha approvato, in sostituzione del listino di cui al decreto del Ministro delle comunicazioni del 26 aprile 2001, il nuovo listino relativo alle prestazioni obbligatorie per gli organismi di telecomunicazioni, individuando i soggetti tenuti alle dette prestazioni e le modalità esecutive delle stesse.

Con il primo e il secondo motivo di doglianza, che possono essere esaminati congiuntamente, Vodafone contesta il contenuto del decreto nella parte in cui provvede a determinare le tariffe.

L'atto, emesso all'esito di un'istruttoria carente e supportato da una motivazione assolutamente insufficiente, avrebbe determinato gli importi da corrispondere per le diverse prestazioni in maniera tale da non assicurare l'integrale copertura dei costi sostenuti dagli operatori telefonici, operando una riduzione, rispetto al precedente listino, superiore al 90%.

Il necessario ristoro dei costi, osserva la ricorrente, sarebbe, tuttavia, necessario alla luce di una lettura dall'art. 96 del Codice delle comunicazioni elettroniche costituzionalmente orientata e conforme ai principi di derivazione euro-unitaria e convenzionale, atteso che l'obiettivo di riduzione della spesa del 50% avrebbe dovuto essere conseguito incidendo sul controllo della quantità e della qualità delle prestazioni richieste dall'Autorità giudiziaria. Porre i risparmi di spesa a carico degli operatori telefonici, non ristorando gli stessi delle spese subite, trasformerebbe le prestazioni "*obbligatorie*" in prestazioni "*imposte*", con conseguente violazione dell'art. 23 della Costituzione che pone, in tali casi, una riserva di legge.

Il nuovo listino, in particolare, non terrebbe conto dei costi corrispondenti ai nuovi investimenti necessari per implementare i sistemi dedicati, né

dell'incremento costante delle prestazioni.

La previsione di tariffe non remunerative, inoltre, comporterebbe un'interpretazione dell'articolo 96 in contrasto con il principio di libera iniziativa economica tutelato dall'art. 41 della Costituzione, comportando una sostanziale espropriazione di valore, con conseguente violazione del diritto di proprietà.

Le perdite economiche derivanti dall'assolvimento delle prestazioni obbligatorie, osserva ancora la ricorrente, condizionerebbero tutte le scelte economiche degli operatori telefonici, ostacolando l'accesso al mercato di nuovi competitors e comportando la perdita di competitività delle imprese italiane rispetto a quelle straniere.

Le carenze istruttorie e motivazionali dell'atto, infine, emergerebbero con particolare riguardo al diverso importo delle tariffe stabilite dal decreto impugnato rispetto alla rappresentazione dei costi fornita dall'associazione di categoria ASSTEL nel corso del procedimento.

La prospettazione non può essere condivisa.

Deve in proposito considerarsi come l'adozione del provvedimento impugnato sia stata preceduta da un'intensa e mirata attività istruttoria, che si è concretizzata nella costituzione, con decreto del Ministro della giustizia del 29 marzo 2017, di un gruppo di lavoro, al quale sono stati attribuiti compiti di analisi ed elaborazione delle voci di costo necessarie per l'aggiornamento del listino.

Il gruppo di lavoro, costituito da rappresentanti del Ministero della giustizia e dai rappresentanti di alcuni uffici giudiziari, ha preso le mosse dalla relazione redatta nel 2001 per l'emanazione del decreto oggetto di modifica, all'elaborazione della quale avevano concorso un esperto in controllo e intercettazione delle comunicazioni, consulente del Ministero della giustizia, un esperto in reti di telecomunicazioni funzionario dell'Istituto Superiore CTI, indicato dal Ministero delle comunicazioni, e un economista, docente all'Università LUISS Guido Carli in Roma.

Il gruppo di lavoro nominato nel 2017 ha quindi proceduto alla determinazione delle nuove tariffe, utilizzando una serie di argomentazioni logiche e di dati economici tratti dalla relazione 2001, tenendo conto dell'interlocuzione con l'associazione di categoria degli operatori telefonici (Asstel) e con lo stesso operatore telefonico oggi ricorrente, nonché dei dati relativi alle spese sostenute dal Ministero, argomenti, la valutazione dei quali, è stata espressa in un documento finale le cui conclusioni sono state recepite nel decreto interministeriale impugnato.

Dalla lettura di tale documento emerge come, già nella relazione redatta nel 2001, e quindi in un assetto tecnologico decisamente meno avanzato di quello attuale e che comportava per gli operatori delle telecomunicazioni una gestione delle strutture più onerosa, era stato affermato il principio per cui *“in tanto può essere riconosciuto un ristoro in quanto le attività necessarie ad assicurare le prestazioni obbligatorie eccedano il normale servizio di telecomunicazioni?”* con esclusione, di conseguenza, delle voci di costo riconducibili a scelte dei gestori che abbiano optato per tecnologie diverse dal protocollo operativo *“ETSP”* e foriere, per tale specifica ragione, di costi aggiuntivi.

Il gruppo di lavoro ha, conseguentemente, escluso la ristorabilità dei costi per l'impiego di sistemi dedicati che già in passato non trovavano una giustificazione in termini tecnologici, tanto più che gli stessi operatori, rappresentati dall'associazione di categoria Asstel, non hanno fornito, nel corso dell'istruttoria, documenti utili a provare una giustificazione di tali costi sul versante tecnologico.

Sono stati di conseguenza esclusi dalle somme rimborsabili i costi relativi ad hardware e software dedicati e di esercizio delle applicazioni dedicate indicati nel documento Asstel del 4 agosto 2017. Medesima valutazione di non ripetibilità è stata espressa in ordine al *“ristoro dei costi di trasporto delle informazioni che transitano su infrastrutture di distribuzione già in esercizio per i servizi”*, atteso che *“i costi di tali flussi, quanto alle intercettazioni, vengono già sostenuti dal*

bersaglio e dai soggetti che con lui interloquiscono oltre che dall'amministrazione che si serve dei sistemi di connessione già remunerati per le proprie attività istituzionali?

Con riferimento a tale voce, la relazione 2017 ha pure osservato come l'attività di intercettazione importa solo l'ascolto e il recepimento di conversazioni e traffico altrui, senza implementazione di ulteriori costi.

Il gruppo di lavoro ha infine escluso che possano essere ripetibili le spese sostenute per esposizione in bilancio dei costi dedicati, atteso che si tratta di spese di gestione proprie dell'azienda e non di voci di costo connessi al servizio.

Quanto poi alle spese indicate da Asstel per l'impiego di personale, il gruppo di lavoro ha osservato come non sia stata fornita dall'associazione di categoria la prova della destinazione in via esclusiva delle unità indicate all'attività di intercettazione, addivenendo sul punto ad una valutazione forfettaria alla luce delle voci di costo indicate nella relazione medesima e del numero di giorni di intercettazioni effettuate su base annua e sulla durata media delle singole operazioni di intercettazione.

La finalità di conseguimento di un risparmio del 50% rispetto al precedente listino, di conseguenza, è stata collegata, in via prioritaria, alla diminuzione dei costi derivante dall'evoluzione tecnologica intervenuta nel campo dei servizi di telecomunicazione nel tempo trascorso tra l'adozione di due listini e agli obblighi degli operatori telefonici di dotarsi di sistemi avanzati.

Quanto infine alle prestazioni obbligatorie diverse dalle intercettazioni, il gruppo di lavoro ha proceduto a una stima comparativa, operata alla luce della natura delle prestazioni e della loro incidenza sulla complessiva organizzazione aziendale degli operatori.

In tale fase sono state valutate le indicazioni fornite da Asstel, gli importi indicati dalla quale sono stati ridotti del 50% in considerazione della diminuzione dei costi connessa al progresso tecnologico.

Con riferimento ai tabulati si è poi ritenuto di mantenere la gratuità, a suo tempo introdotta da una legge del 2010, in quanto già a seguito di tale

previsione vari operatori hanno adottato un software (denominato Hydra), che consente all'autorità giudiziaria di acquisire i dati senza l'intervento degli operatori, mentre nessuna retribuzione è stata ritenuta correlata alla conservazione dei dati di traffico a fini di giustizia, atteso che i costi connessi alla sicurezza degli stessi dipendono da distinte disposizioni normative sulla base delle quali l'operatore deve sostenere dei costi generali, attinenti alla gestione aziendale in sé e non alla specifica attività prestata in favore dell'autorità giudiziaria.

Analoga valutazione in ordine all'acquisibilità dei dati sulla base di un'autonoma attività degli uffici giudiziari è stata fatta per il servizio di produzione documentata delle mappe di copertura radio.

La determinazione finale operata dal gruppo di lavoro e recepita nel decreto interministeriale, appare dunque operata sulla base di dati istruttori intrinsecamente attendibili (relazione 2001 e dati tratti dall'attività svolta negli anni precedenti l'adozione del nuovo listino) e di deduzioni logiche connesse anche all'utilizzo di fatti notori o a dati esperienziali legati alle specifiche professionalità dei componenti del gruppo di lavoro.

Nell'attività di verifica dei dati acquisiti è stato pure rilevato come l'associazione Asstel ha indicato una serie di costi non supportati da elementi probatori atti a sostenerne l'obiettivo ricorrenza.

Le carenze riscontrate nell'apporto partecipativo fornito dall'associazione in nome e per conto dei diversi operatori, dei quali avrebbe dovuto rappresentare le esigenze e al superamento delle quali le amministrazioni precedenti hanno invano invitato Asstel nel corso del procedimento, non possono oggi costituire indice di una pretesa incompletezza istruttoria, atteso che anche sulla parte privata grava un obbligo di lealtà procedimentale, tale per cui chi ha dato vita ad un'acquisizione istruttoria incompleta non può poi giovare in sede processuale per contestare le determinazioni assunte dall'amministrazione ovvero per sollecitare l'esercizio di poteri istruttori del giudice (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 22/12/2017, n. 1354 che ha osservato

come “*Se è incontestabile che in ipotesi di carenze documentali l'Amministrazione non possa procedere al rigetto dell'istanza, dovendo garantire all'interessato la possibilità di integrazione, per basilari esigenze di collaborazione, lealtà procedimentale e buona amministrazione, è invece legittimo il rigetto qualora, a seguito delle molteplici richieste di integrazione - formulate nell'ottica di un dovere di collaborazione istruttorio -, l'interessato ometta di fornirle, non mettendo l'autorità amministrativa in condizione di esaminare compiutamente la domanda*”).

Per le medesime ragioni la prospettata non remuneratività delle tariffe non può essere desunta dalle perizie di parte depositate dalla ricorrente dopo la proposizione del ricorso, tanto più che la ricorrente ha comunque partecipato al procedimento.

Né può ravvisarsi il predicato difetto di motivazione, atteso che, ai sensi dell'art. 3 comma 2, l. n. 241/1990 “*La motivazione non è richiesta per gli atti ... a contenuto generale*”.

Non risulta, di conseguenza, fondato l'assunto principale sul quale è basato il ricorso e cioè la pretesa non remuneratività delle tariffe stabilite dal decreto interministeriale, così che non è configurabile alcuna lesione alla libertà di iniziativa economica, né, in considerazione della mancata ascrivibilità delle prestazioni dovute dagli operatori telefonici alle “*prestazioni imposte*” di cui all'art. 23 della Costituzione, la pure prospettata violazione della riserva di legge.

Per le medesime ragioni non ricorrono le condizioni per la rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale relativa alla legittimità comunitaria delle disposizioni nazionali.

Con il terzo motivo di doglianza la ricorrente, premessa la natura regolamentare delle disposizioni contenute nel decreto interministeriale impugnato, in quanto aventi il carattere dell'astrattezza, lamenta la violazione delle prescrizioni di forma stabilite dall'art. 17 della l. n. 400/1988.

La prospettazione non può essere condivisa.

Deve, in primo luogo, rilevarsi come lo stesso articolo 96, fonte primaria dalla quale origina il potere di emanazione del decreto interministeriale, espressamente stabilisce che *“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”*.

In tal modo, come condivisibilmente evidenziato dalla difesa erariale, la norma primaria ha qualificato l'emanando decreto interministeriale come atto avente la stessa valenza formale e sostanziale dell'atto oggetto di revisione.

Ne discende, in assenza di previsioni espressamente volte ad imporre prescrizioni di forma diverse da quelle in precedenza seguite o comunque finalizzate ad una diversa qualificazione dell'atto, la legittimità dell'iter procedurale seguito (sulla rilevanza dell'omogeneità del contenuto tra disposizione da modificare e disposizione che opera la modifica al fine di legittimare l'adozione dell'atto successivo con il medesimo iter formale dell'atto precedente, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 9/2012, che rileva pure come la detta omogeneità di contenuto, ove fosse ravvisata la natura normativa dell'atto sopravvenuto, comporterebbe l'illegittimità anche del provvedimento in precedenza adottato).

Né il tratto di novità, dal punto di vista contenutistico, può essere ravvisato nel fatto che il decreto 2017 definisca anche le tipologie di prestazioni obbligatorie.

Deve in proposito osservarsi come tale *“definizione”* abbia una valenza sostanzialmente ricognitiva delle opzioni tecnologicamente praticabili al momento dell'adozione dell'atto.

In ogni caso, tale ricognizione definitoria era presente anche nel decreto 2001 che, nel correlare le tariffe alle singole prestazioni, ne forniva, necessariamente, la descrizione.

Le conclusioni in ordine alla natura non regolamentare del decreto non mutano alla luce di un'analisi contenutistica dell'atto.

In proposito deve essere preliminarmente osservato come oggetto del provvedimento sia, fondamentalmente, la definizione del listino che fissa gli importi dei rimborsi dovuti agli operatori telefonici tenuti a prestazioni obbligatorie.

Tale attività è dunque riconducibile ad una funzione di definizione di prezzi e tariffe, che consolidata giurisprudenza ascrive agli atti generali e non a quelli regolamentari (Cassazione civile, sez. VI, 19/06/2018, n. 16165, Consiglio di Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823)

L'assunto trova conferma alla luce del contenuto del decreto, meramente esecutivo e specificativo di una normazione previgente (sulla natura amministrativa dei provvedimenti che abbiano una funzione attuativa, quand'anche la stessa si manifesti attraverso formulazioni di carattere generale, cfr. Corte costituzionale 22 giugno 1990, n. 311 e 20 luglio 1990, n. 348).

Dal punto di vista funzionale, inoltre, l'atto in esame persegue una finalità di cura di un interesse pubblico concreto, circostanza anche questa che depone a favore della natura non regolamentare del decreto.

Diversamente da quanto sostenuto in ricorso, infine, il provvedimento è privo del requisito dell'astrattezza.

Le disposizioni poste, infatti, non si prestano a un'infinita ripetibilità e applicabilità a fattispecie concrete, risultando i destinatari determinabili ex post (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 823/2015, che rileva come, in generale, *“i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò, che quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili”*).

Sono invece fondati i primi e secondi motivi aggiunti, a mezzo dei quali la ricorrente ha rappresentato l'illegittimità delle note interpretative della Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria e della Procura della Repubblica di Roma, nella parte in cui affermano che, a partire dall'entrata in vigore del decreto interministeriale - fissata, come già nella nota del Ministero della giustizia pure gravata, alla data di registrazione dell'atto presso la Corte dei conti – tutte le prestazioni, ancorché iniziate nella vigenza del vecchio listino, debbano essere liquidate secondo il nuovo tariffario.

Deve infatti osservarsi come, trattandosi di previsioni contenute in atti amministrativi generali, la loro applicabilità, in assenza di forme individuali di comunicazione, risultava subordinata all'attuazione di misure di pubblicità idonee a renderle conoscibili da parte dei destinatari.

E' quindi erroneo il riferimento, contenuto nella nota ministeriale e nelle circolari interpretative, alla mera registrazione del decreto presso la Corte dei conti.

L'applicazione del nuovo listino alle prestazioni commissionate e, in tutto o in parte, eseguite, sotto il vigore del precedente tariffario, infine, appare contraria al principio di irretroattività degli atti amministrativi, a sua volta basato sulla necessità di certezza dei rapporti giuridici e sulla tutela dell'affidamento, tanto più che le circolari, una sola delle quali richiama giurisprudenza relativa alla diversa e non sovrapponibile fattispecie della liquidazione degli onorari di avvocato, non individuano la ricorrenza di presupposti legittimanti un'efficacia retroattiva dell'atto amministrativo (cfr., da ultimo Tar Abruzzo, L'Aquila, 12 aprile 2018, n. 129).

La nota e le circolari ministeriali impugnate con i primi e i secondi motivi aggiunti, di conseguenza, vanno annullate *in parte qua*, con assorbimento delle ulteriori censure.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso introduttivo, accoglie i primi e i secondi ricorsi per motivi aggiunti e per l'effetto annulla, nei sensi pure in motivazione indicati, la nota del Ministero della giustizia del 2 febbraio 2018, la circolare interpretativa della Procura Generale della Repubblica di Reggio Calabria del 20 marzo 2018 e la circolare interpretativa della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma del 27 luglio 2018; dichiara improcedibile il terzo ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO