



La Corte di Cassazione e l'esclusione del noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni telefoniche e ambientali dalle "transazioni commerciali" di cui alla direttiva sui ritardi pagamento. Alcune riflessioni alla luce della procedura di infrazione n. 2021/4037

GIOVANNA CAPUDI *

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La qualificazione “pubblicistica” nell’orientamento consolidato della C.C. in tema di noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni telefoniche e ambientali. – 2.1. I dubbi “ragionevoli” circa la (possibile) configurazione del noleggio come “transazione commerciale” e la necessità del rinvio pregiudiziale. – 3. I recenti rinvii pregiudiziali: verso un cambio di rotta della Corte di Cassazione? – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il 16 novembre 2023 la Commissione europea ha reso pubblica tramite comunicato stampa¹ la propria decisione di deferire l'Italia alla Corte di giustizia dell'Unione europea *ex art.* 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) per la non corretta applicazione delle norme di cui alla direttiva 2011/7/UE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali² (cd. direttiva

* Tirocinante presso il Tribunale di Milano, Sezione Lavoro

¹ Comunicato stampa IP/23/5725, visibile pubblicamente sul sito della Commissione europea al seguente link: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/IT/IP_23_5725.

² Oltre all'Italia la Commissione ha deciso di agire tramite ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 258, par. 2, TFUE anche nei confronti del Belgio (INFR(2019)2299I) per la violazione della direttiva citata nel testo da parte delle autorità pubbliche belghe nonché nei confronti della Grecia (INFR(2019)2298) a causa di eccessivi ritardi nei pagamenti alle imprese private da parte degli ospedali pubblici greci. La decisione di deferire tali paesi alla Corte di giustizia è stata presa nell'ambito dell'adozione del pacchetto infrazioni

sui ritardi di pagamento³) in riferimento al noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni telefoniche e ambientali nel quadro delle indagini penali.

La decisione ha riportato l'attenzione sulla questione (sfortunatamente) divenuta ben nota in Italia in merito ai ritardi nei pagamenti commerciali in cui il debitore è da rinvenirsi nella Pubblica Amministrazione. Si ricorderà infatti che la Corte di giustizia, con sentenza del 28 gennaio 2020, causa C-122/18⁴, si è già espressa ai sensi dell'art. 260, par. 1, TFUE accertando l'inadempimento sistematico dello Stato italiano in materia di ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, ove la violazione era tuttavia riferibile, più in generale, alle manchevolezze imputabili alle autorità italiane nell'assicurare che i pagamenti effettuati dalla P.A. avvenissero nei termini prescritti dalla direttiva sui ritardi di pagamento⁵.

del mese di novembre, la cui consultazione è disponibile al sito https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_23_5380.

³ Direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in *GUUE* L 48/1 del 23 febbraio 2011. La direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano dal decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192, modificativo del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 già di attuazione della precedente direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. La direttiva 2011/7/UE, il cui scopo prefissato è quello di «lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitività delle imprese e in particolare delle PMI» (art. 1, par. 1), ha introdotto rilevanti modifiche in materia di lotta ai ritardi di pagamenti, tra cui, al fine che qui rileva, la differenziazione nella disciplina qualora il “cattivo” debitore sia rinvenibile in una pubblica amministrazione prevedendo nei confronti di quest’ultima disposizioni più stringenti e severe rispetto al caso delle transazioni tra sole imprese private (ad esempio, la determinazione dei termini di pagamento inderogabilmente in 30 giorni (60 solo a fronte di circostanze eccezionali) nonché la previsione di interessi legali di mora particolarmente elevati). È notorio, infatti, che vi è maggiore difficoltà nel riscuotere i crediti vantati nei confronti della pubblica amministrazione da parte delle piccole e medie imprese (PMI), che solitamente si ritrovano ad essere la parte più “debole” nei rapporti contrattuali con la P.A., il cui ritardo nel pagamento oltre il termine costituisce una delle principali cause di insolvenza delle prime. Per tale ragione con il recepimento della direttiva gli Stati membri si impegnano affinché le proprie amministrazioni paghino tempestivamente entro i termini nell’acquisto di merci e servizi combattendo così una vera e propria cultura dei ritardi dei pagamenti nel mondo delle imprese. Sulle novità introdotte dalla direttiva in parola v., in dottrina, A. CANAVESIO, *La nuova direttiva 2011/7 in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: prospettive di recepimento*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2011, p. 447 ss.; F. TAGLIALAVORO, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *NLCC*, 2012, p. 1233 ss.; G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, in *Contratto e Impresa*, 2012, p. 443 ss.; in generale sulla disciplina dei ritardi di pagamento cfr., *amplius*, A. M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2013; invece, con particolare riferimento ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali con contraente la P.A., v. M. GNES, *La disciplina europea sui ritardi dei pagamenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, p. 821 ss. Attualmente è in discussione la proposta adottata dalla Commissione il 12 settembre 2023 circa il regolamento relativo alla lotta contro i ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali che andrebbe a sostituire la direttiva di cui sopra portando ad una maggiore armonizzazione la disciplina in materia. Il testo della proposta è accessibile al seguente link https://single-market-economy.ec.europa.eu/publications/proposal-regulation-combating-late-payment-commercial-transactions_en?preflang=it&etrans=it.

⁴ Corte giust., 28 gennaio 2020, causa C-122/18, *Commissione europea contro Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2020:41.

⁵ In particolare, in relazione al sistematico ritardo nei pagamenti da parte della pubblica amministrazione italiana la Corte di giustizia ha potuto precisare che l’articolo 4, parr. 3 e 4 della direttiva 2011/7/UE pone un generale obbligo di risultato imponendo agli Stati membri di assicurare il rispetto effettivo, da parte delle loro pubbliche amministrazioni, dei termini di pagamento da esso previsti, non potendo infatti essere

Le censure brevemente riprodotte nel comunicato costituiranno però l'oggetto di un nuovo e diverso giudizio per inadempimento, in cui la Corte di giustizia dovrà pronunciarsi sulle asserite violazioni della direttiva commesse dallo Stato italiano come individuate dalla Commissione nell'ambito della procedura di infrazione n. 2021/4037 con specifico riguardo al noleggio delle apparecchiature funzionali alle operazioni di intercettazione nelle indagini penali⁶. In quell'occasione la Commissione ha infatti rilevato che nell'ordinamento italiano non viene applicata a tale servizio la disciplina europea in materia di ritardi di pagamento dal momento che, per effetto della legislazione nonché della prassi interna, il noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni prestato a favore della procure nazionali è attualmente escluso dalla definizione di «transazione commerciale» ossia dalla stessa nozione che la direttiva 2011/7/UE pone al fine di delimitare i propri confini applicativi *ratione materiae*⁷. Per il diritto interno, infatti, tale specifico servizio non è considerato tra le «transazioni tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la fornitura di merci o la prestazione di servizi dietro pagamento di un corrispettivo»⁸.

lasciato spazio ad un'interpretazione che consenta agli Stati membri soltanto di garantire che nella normativa nazionale i termini massimi di pagamento applicabili alle transazioni commerciali in cui è contraente la pubblica amministrazione siano conformi alle disposizioni della direttiva ma non anche prevedere il contestuale obbligo di assicurarne il rispetto nella prassi da parte della suddetta pubblica amministrazione, pena altrimenti sacrificare la stessa effettività della direttiva citata (cfr. Corte giust., 28 gennaio 2020, causa C-122/18, *Commissione europea contro Repubblica italiana*, cit., spec. punto 25 ss.). Si noti che l'Italia è attualmente costituita in mora *ex art.* 260 TFUE per la non corretta ottemperanza di quanto già statuito dalla Corte di giustizia nella causa C-122/18 (INFR(2014)2143).

⁶ La procedura è stata formalmente aperta con l'invio della lettera di messa in mora il 9 giugno 2021, su cui v. la Relazione (aggiornata al primo semestre 2022) concernente l'impatto finanziario derivante dagli atti e dalle procedure giurisdizionali e di precontenzioso con l'Unione europea presentata dal Ministro dell'economia e delle finanze al Parlamento e alla Corte dei Conti ai sensi dell'art. 14, comma 2, della legge 24 dicembre 2012, n. 234 (norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea), disponibile al seguente link: https://www.rgs.mef.gov.it/Documenti/VERSIONE-I/attivita_istituzionali/monitoraggio/rapporti_finanziari_ue/relazione_semestrale_impatto_finanziario_con_tenzioso_italia-ue/Rel_Ann_I_semestre_2022.pdf. Alla costituzione in mora è poi seguito l'invio del parere motivato 2021/4037 C(2023)1987 del 19 aprile 2023.

⁷ Art. 1, par. 2, direttiva 2011/7/UE: «La presente direttiva si applica ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale».

⁸ Art. 2, punto 1, della direttiva 2011/7/UE, cit. L'articolo, che offre la nozione utile di «transazione commerciale», deve essere necessariamente interpretato alla luce dei considerando n. 8 e n. 9 della stessa direttiva, laddove il primo considerando afferma che non dovrebbe essere applicata la disciplina sui ritardi di pagamento alle transazioni con i consumatori, agli interessi relativi ad altre tipologie di pagamenti, come quelli previsti dalla legge per assegni o titoli di credito o pagamenti effettuati a titolo risarcimento danni, tra cui quelli effettuati da un assicuratore nonché quelli relativi a debiti oggetto di procedure concorsuali, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito, in quest'ultimo caso qualora gli Stati membri prevedano in tal senso; mentre il secondo sottolinea che la direttiva dovrebbe includere tutte le transazioni commerciali prescindendo dal fatto che intercorrono tra imprese private o pubbliche oppure tra imprese e pubbliche amministrazioni. Si ricorda poi che per la direttiva (art. 2, punto 2) è «pubblica amministrazione» qualsiasi amministrazione *aggiudicatrice* in tal senso definita dalla disciplina europea in materia di appalti pubblici (sull'applicabilità della direttiva sui ritardi di pagamento anche agli appalti pubblici di lavori cfr., da ultimo, Corte giust., 18 novembre 2020, causa C-299/19, *Techbau SpA contro Azienda Sanitaria Locale AL*, ECLI:EU:C:2020:937).

Secondo la Commissione, in verità, la non inclusione di tali tipologie di prestazione nell'ambito di applicazione della direttiva si sarebbe consolidata in questi anni grazie all'orientamento giurisprudenziale formulato sull'argomento dalla Corte di Cassazione, che, come si vedrà nel proseguo, al contrario propende per annoverare il pagamento del noleggio degli strumenti adoperati per le intercettazioni tra le «spese straordinarie di giustizia» in virtù del fatto che le attività di intercettazione e quelle ad esse funzionali sarebbero connotate da un imprescindibile carattere pubblicistico che le porrebbe al di fuori dalla libera contrattazione, dacché non vi sarebbero motivi per ravvisare nel noleggio una “transazione commerciale”. Tale interpretazione non ha però trovato d'accordo la Commissione, ritenuto all'opposto pienamente rientrante nella categoria delle transazioni commerciali individuata dalla direttiva il rapporto che si viene a creare tra le società noleggiatrici e le procure italiane, essendo ai suoi occhi ravvisabile la prestazione di un servizio dietro il pagamento di un prezzo.

La Commissione non ha poi mancato di osservare che l'orientamento della Corte di Cassazione sarebbe attualmente supportato dall'art. 168*bis* del d.p.r. 115/2002 (Testo unico in materia di spese di giustizia)⁹ il quale statuisce precisamente che «la liquidazione delle spese relative alle prestazioni di cui all'articolo 96 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (ossia le prestazioni a fini di giustizia effettuate a fronte di richieste di intercettazioni e di informazioni da parte delle competenti autorità giudiziarie)¹⁰, e di quelle funzionali all'utilizzo delle prestazioni medesime è effettuata senza ritardo con decreto di pagamento del pubblico ministero che ha richiesto o eseguito l'autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazione», qualificando dunque come spese di giustizia le spese afferenti al noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni telefoniche e ambientali. L'assetto ordinamentale così prospettato incorrerebbe perciò in ulteriori profili di illegittimità in quanto non assicurerebbe adeguatamente per le imprese che operano nel settore delle intercettazioni il rispetto delle tutele giuridiche di “protezione” che la direttiva 2011/7/UE appresta proprio per il caso dei ritardati pagamenti in cui è debitrice la pubblica amministrazione, tra cui, in particolare, quelle di un termine massimo di pagamento in 30 o, eccezionalmente, 60 giorni¹¹ e il riconoscimento di

⁹ Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia”.

¹⁰ A seguito delle modifiche apportate al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) dal decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 207 di attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione), la norma sulle prestazioni obbligatorie per gli operatori di telecomunicazioni è oggi rinvenibile all'art. 57 comma 2 del Codice, ove si legge: «sono obbligatorie per i soggetti autorizzati all'impianto ed esercizio di reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico le prestazioni a fini di giustizia e di prevenzione di gravi reati effettuate a fronte di richieste di intercettazione da parte delle competenti autorità giudiziarie. I tempi ed i modi sono stabiliti dal decreto di cui al comma 6».

¹¹ Art. 4, parr. 3 e 4 della direttiva 2011/7/UE, cit.

interessi legali di mora¹², questo nonostante i notevoli ritardi che colpiscono le società di noleggio in attesa del pagamento delle prestazioni già rese alle procure¹³.

In tale contesto, evidentemente complesso, si sono da ultimo inseriti i recenti rinvii pregiudiziali effettuati dalla Corte di Cassazione sul tema. Infatti, si può già ora anticipare che la specifica problematica di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti degli operatori economici delle intercettazioni ha portato da ultimo il Supremo giudice di legittimità a sollecitare l'ausilio interpretativo della Corte di giustizia in merito ai dubbi sorti circa la compatibilità della prassi di esclusione del noleggio dall'applicazione della direttiva sui ritardi di pagamento con la direttiva suddetta, nonché col il diritto fondamentale ad un ricorso giurisdizionale effettivo protetto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

Ad oggi la Cassazione ha effettuato nell'arco di pochi mesi tre ordinanze di rinvio¹⁴, un numero non irrilevante considerato che in un passato non troppo lontano i giudici di legittimità non hanno invece reputato necessario rimettere una questione pregiudiziale a Lussemburgo, circostanza che, tra l'altro, aveva spinto la Commissione ad adombrare in un primo momento, in aggiunta alla violazione per così dire di diritto "materiale", anche una possibile violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale che notoriamente l'art. 267, par. 3, TFUE pone in capo ai giudici di ultimo grado¹⁵.

¹² Oltre alla previsione di un termine di pagamento assai stringente a carico della P.A., sono stabilite dalla direttiva sui ritardi di pagamento la decorrenza di interessi legali di mora dal giorno successivo allo scadere del termine senza necessità di un sollecito o di una formale "costituzione in mora" qualora il creditore abbia adempiuto alle proprie obbligazioni contrattuali e di legge (art. 4, par. 1); una specifica procedura finalizzata al riconoscimento del risarcimento per le spese di recupero dei crediti maturati (art. 6) nonché delle procedure accelerate idonee ad assicurare l'ottenimento di un titolo esecutivo per crediti non contestati entro tempi brevi (art. 10).

¹³ Secondo la Commissione, infatti, i ritardi di pagamenti nel settore delle intercettazioni si situerebbero in un lasso di tempo che può andare da un minimo di 6 mesi ad un massimo anche di 8 anche anni, pervenendo così alla violazione del termine di 30 giorni che l'art. 4, par. 3 dalla direttiva 2011/7/UE sancisce per il pagamento delle transazioni commerciali da parte della pubblica amministrazione (gli Stati membri devono assicurare che il periodo di pagamento nel contratto non superi tale termine «se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche, e non superi comunque sessanta giorni di calendario», art. 4, par. 6).

¹⁴ Cass. civ., III sez., 2 febbraio 2024, n. 3181; Cass. civ., II sez., 27 febbraio 2024, n. 5134; Cass. civ., II sez., 5 marzo 2024, n. 5890.

¹⁵ Compariva nella stessa lettera di messa in mora che ha aperto la procedura di infrazione n. 2021/4037 la contestazione secondo cui la Corte di Cassazione in alcune sue pronunce (v. *infra* nota 51) non avrebbe adempiuto al proprio obbligo di rinvio ai sensi del terzo paragrafo dell'art. 267 TFUE («quando una questione del genere [di interpretazione o di validità del diritto dell'Unione] è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte di giustizia») quando invece sarebbe stato utile ma soprattutto necessario chiedere alla Corte di giustizia di perimetrare con riferimento al noleggio del servizio di intercettazioni la nozione di «transazione commerciale» predisposta dalla direttiva. Secondo la Commissione, in aggiunta, non erano neppure concretamente raffigurabili nel caso *de quo* le eccezioni all'obbligo di rinvio a cui il giudice si può appellare conformemente a quanto previsto dalla celebre giurisprudenza della Corte di giustizia formulata a partire dalla sentenza *Cilfit* (Corte giust., 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Cilfit e a.*, ECLI:EU:C:1982:335, riveduta ma confermata nei suoi contenuti essenziali da Corte giust., 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, ECLI:EU:C:2021:799). È importare sottolineare l'assoluta particolarità della censura sollevata inizialmente dalla Commissione in quanto raramente quest'ultima ha

La Corte di giustizia sarà pertanto chiamata a giudicare della medesima fattispecie oggetto del ricorso per inadempimento anche nel contesto di rinvii a lei sottoposti dalla stessa corte nazionale “accusata” dalla Commissione di aver dato origine ad una giurisprudenza incompatibile col diritto dell’Unione e principalmente all’origine della procedura di infrazione aperta nei confronti dello Stato italiano¹⁶.

A fronte di un tale quadro, il presente contributo si concentrerà principalmente nel ricostruire il ruolo “giocato” dalla Corte di Cassazione nell’esclusione dall’applicazione della disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali del servizio di noleggio della strumentazione utilizzate per le attività di intercettazione. Pertanto, si ripercorrerà innanzitutto la giurisprudenza della Corte che nel tempo si è consolidata nell’attribuire la qualifica di tipo “pubblico” al servizio di noleggio effettuato dalle imprese private le cui prestazioni sono tutt’ora liquidate ai sensi del d.p.r. 115/2002 a titolo di spese di giustizia (par. 2); dopo di che verranno svolte alcune riflessioni in merito ai dubbi interpretativi che sarebbero potuti sorgere circa l’esistenza di una “transazione commerciale” ai sensi della direttiva 2011/7/UE, qualora la Corte di Cassazione avesse posto a confronto il proprio orientamento con le diverse risultanze attestate presso la giustizia amministrativa, *in primis* del Consiglio di Stato, nonché rispetto alla nozione cosiddetta *autonoma* di transazione commerciale recata dalla direttiva, dubbi che avrebbero reso necessario anzitempo sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (par. 2.1.); si prenderanno quindi in esame i recenti rinvii pregiudiziali esperiti dal giudice di legittimità che hanno negli ultimi mesi sollevato il tema dell’incompatibilità

addebitato ad uno Stato membro la violazione del diritto dell’Unione causata da un suo organo giurisdizionale di ultimo grado per non aver effettuato il rinvio pregiudiziale obbligatorio (sul punto cfr., in particolare, Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Repubblica francese*, ECLI:EU:C:2018:811, nonché Corte giust., 14 marzo 2024, causa C-516/22, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, ECLI:EU:C:2024:231, unici casi ad oggi in cui la Corte ha accertato e dichiarato in giudizio l’inosservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale da parte di una corte suprema nazionale). La contestazione non è stata tuttavia in seguito riprodotta nel parere motivato e pertanto non potrà formalmente costituire oggetto di pronuncia della Corte di giustizia nel giudizio di inadempimento.

¹⁶ Non è la prima volta che la Corte di giustizia affronta questioni di diritto simili o analoghe in sede di ricorso per inadempimento e di giudizio pregiudiziale (cfr., a titolo di esempio, Corte giust., 14 dicembre 2004, causa C-463/01, *Commissione c. Germania*, ECLI:EU:C:2004:797, e Corte giust., 14 dicembre 2004, causa C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft e S. Spitz*, ECLI:EU:C:2004:799). Tale circostanza è resa possibile anche grazie all’uso cd. “alternativo” del rinvio pregiudiziale ben consolidato presso i giudici nazionali (v. A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell’Unione europea*, in *Il Foro Italiano*, 1995, p. 13 ss.) con cui i giudici nazionali sottopongono alla Corte questioni di compatibilità di norme e prassi nazionali col diritto dell’Unione a cui la Corte, pur non essendo formalmente competente *ex art. 267 TFUE* a svolgere un giudizio di legittimità sul diritto interno di uno Stato membro, risponde dando l’interpretazione utile della norma dell’Unione una volta riformulato il quesito pregiudiziale nel senso che l’interpretazione di siffatta norma “osta” o “non osta” alla disposizione dell’ordinamento nazionale di cui si dubita la conformità al parametro, per così dire, “comunitario”. Rimane purtuttavia una imprescindibile differenza nell’oggetto dei due procedimenti, laddove il ricorso per inadempimento è un ricorso diretto finalizzato all’accertamento in giudizio di una possibile violazione al diritto dell’Unione recata da uno Stato membro promosso su iniziativa della Commissione (art. 258 TFUE) o di un altro Stato membro (art. 259 TFUE), mentre il rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE) instaura un “incidente” nella causa nazionale in cui il giudice rimettente sottopone alla Corte di giustizia una questione di diritto europeo la cui risoluzione ottenuta grazie all’interpretazione datane dalla Corte è in rapporto di stretta pregiudizialità con quella dell’oggetto della causa principale.

dell'esclusione del servizio di noleggio rispetto alla normativa sui ritardi di pagamento (par. 3); seguiranno infine delle considerazioni conclusive (par. 4).

2. La qualificazione “pubblicistica” nell’orientamento consolidato della C.C. in tema di noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni telefoniche e ambientali

La questione della natura, pubblica o commerciale, del rapporto che si instaura tra le società “fornitrici” delle apparecchiature adoperate per le intercettazioni e le procure della Repubblica che utilizzano tale strumentazione durante le indagini penali è stata posta specialmente negli ultimi anni all’attenzione della Corte di Cassazione. A fronte, infatti, di una prassi in cui è abbastanza comune per le procure nazionali avvalersi di imprese esterne private che predispongono, tramite noleggio, i macchinari necessari per l’esecuzione delle intercettazioni e che, se richieste, mettono a disposizione degli inquirenti i propri operatori per i casi di avvio e manutenzione delle macchine¹⁷, il Supremo giudice di legittimità è stato chiamato a sciogliere preliminarmente tale punto di diritto in un contenzioso che vede ormai da tempo fronteggiarsi il Ministero della giustizia e le società noleggiatrici per il riconoscimento in capo a quest’ultime degli interessi di mora cosiddetti commerciali¹⁸, ovvero sia quelli previsti dal d.lgs. 231/2002 di attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento¹⁹.

Il *punctum dolens* della questione è precisamente il fatto che ad avviso delle società noleggiatrici l’obbligo di pagamento per il noleggio nell’ambito delle intercettazioni telefoniche e ambientali²⁰ a carico delle procure si situerebbe all’interno di una transazione commerciale o di un «contratto, comunque denominato, tra imprese [...] e pubbliche amministrazioni, che comporta, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo»²¹, a cui pertanto seguirebbe l’applicazione delle norme di derivazione europea tra cui quella relativa alla maturazione automatica degli interessi moratori una volta scaduto il termine di

¹⁷ Sul punto, v. le “Prassi virtuose all’esito del monitoraggio in materia di intercettazioni” adottate con delibera del 20 ottobre 2022 dal Consiglio Superiore di Magistratura, disponibile on line. L’utilizzo di dispositivi privati per le intercettazioni è del resto espressamente consentito con riguardo alle intercettazioni di tipo informatico o telematico, dall’art. 268, comma 3bis del codice di procedura penale.

¹⁸ *Ex multis*, cfr. Cass. civ., sez. I, 24 gennaio 2019, n. 2074; Cass. civ., sez. I, 26 giugno 2019, n.17116; Cass. civ., sez. III, 3 settembre 2019, n. 21972; Cass. civ., sez. III, 3 settembre 2019, n. 21973; Cass. civ., sez. III, 5 settembre 2019, n. 22159; Cass. civ., sez. I, 14 ottobre 2019, n. 25850; Cass. civ., sez. III, 19 dicembre 2019, n. 33765; Cass. civ., sez. I, 31 ottobre 2019, n. 28185; Cass. civ., sez. I, 8 gennaio 2020, n. 208; Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2020, n. 12111; Cass. civ., sez. III, 8 luglio 2020, n. 14242; Cass. civ., sez. II 5 dicembre 2022, n. 35690.

¹⁹ Sulla disciplina degli interessi di mora nell’ambito delle transazioni commerciali, v., in dottrina, T. PASQUINO, *Termini di pagamento e computo degli interessi*, in A. M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, 2013, Torino, p. 57 ss.

²⁰ Qui e più avanti nel testo si farà esclusivo riferimento al noleggio di strumentazione per le intercettazioni di tipo telefonico (captazione occulta delle comunicazioni tra persone collocate in luoghi distanti tra loro) e ambientale (captazione occulta delle conversazioni tra presenti) su cui si è concentrata la Commissione nel verificare l’esclusione dell’applicazione delle disposizioni di cui alla direttiva 2011/7/UE in materia di lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

²¹ Art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. 231/2002.

pagamento previsto per le obbligazioni commerciali assunte dalla pubblica amministrazione²².

La Corte di Cassazione, come si è già accennato, non ha però ritenuto esistente una transazione commerciale per il caso del noleggio della strumentazione utilizzata per le attività di intercettazione. Il giudice di legittimità ha infatti tendenzialmente escluso che le relazioni intercorrenti tra le imprese noleggiatrici e le procure siano ascrivibili all'interno di una "cornice" di origine contrattuale, aderendo precisamente a quanto espresso dal Ministero della giustizia a difesa delle modalità di liquidazione adottate dalle procure per il pagamento del servizio di noleggio in base alle norme di cui al d.p.r. 115/2002, venendo così spesso ad essere assorbite le domande concernenti l'accertamento degli interessi commerciali di mora.

In particolare, la Suprema corte in una giurisprudenza pressoché consolidata ha formulato il principio di diritto secondo cui le spese per il noleggio di strumentazioni utili all'esecuzione di intercettazioni telefoniche ed ambientali, come spese relative ad attività strettamente funzionali ed inerenti al processo penale, debbano essere ricondotte tra le spese *straordinarie* contemplate dal T.U. in materia di spese di giustizia («sono spese straordinarie quelle non previste nel presente Testo unico e ritenute indispensabili dal magistrato che procede», art. 70 T.U.) e, di conseguenza, essere liquidate secondo le norme dallo stesso Testo unico predisposte.

In tal senso si deve certamente richiamare una delle prime pronunce in cui la Cassazione ha affrontato tale specifica problematica, ossia la sentenza n. 2074/2019, ove è possibile rinvenire i principali argomenti adoperati dalla Corte in ordine a quale qualifica attribuire al servizio di noleggio delle apparecchiature utilizzate durante le intercettazioni. In quella sede, il Supremo giudice ha svolto il proprio ragionamento partendo dalla premessa in virtù della quale il sistema delineato dal Testo unico sulle spese di giustizia, che prevede che l'Erario si faccia carico almeno in via preventiva delle spese derivanti dall'espletamento di attività strumentali allo svolgimento del processo penale, dalle fasi di indagini a quella di esecuzione, presuppone il carattere eminentemente pubblico delle attività prodromiche a quelle processuali, da cui consegue logicamente che la quantificazione delle relative spese debba per forza essere svolta nel rispetto di previsioni autoritative, non potendo basarsi, neanche in sede di liquidazione, su regole stabilite contrattualmente. Ricordando le attività connesse al procedimento penale il Supremo giudice ha evidenziato le attività prestate dagli ausiliari del magistrato, come i periti e i consulenti tecnici, il cui compenso è stabilito secondo tariffe professionali predeterminate e liquidato tramite decreto di pagamento adottato dal magistrato che ha richiesto la loro opera (art. 168 T.U.), ma anche quelle prestazioni svolte da chi non rientra strettamente nella nozione di "ausiliario"²³, eventualmente trattandosi persino di imprenditori commerciali.

²² Cfr. art. 4, commi 1, 2, 4 del d.lgs. 231/2002.

²³ Art. 1, lett. n), d.p.r. 115/2002: «"ausiliario del magistrato" è il perito, il consulente tecnico, l'interprete, il traduttore e qualunque altro soggetto competente, in una determinata arte o professione o comunque

Da annoverare in quest'ultima categoria vi sarebbe, secondo la Corte, anche «colui che noleggia - intendendo con ciò la messa a disposizione delle strumentazioni, e se del caso del personale addetto al loro funzionamento - apparecchiature per intercettazione telefoniche ed ambientali»²⁴. Infatti, per il giudice di legittimità vi sono una serie di ragioni per ricomprendere l'attività prestata dalle società noleggiatrici tra quelle inerenti al procedimento penale. Da un lato, le prestazioni strumentali a quelle di intercettazione in senso stretto, come, per l'appunto, il servizio di noleggio della strumentazione, condividerebbero l'inquadramento per così dire "pubblico" delle prestazioni obbligatorie (essendo servizi ad esse strettamente funzionali) ovvero di quelle operazioni che l'art. 96 del Codice delle comunicazioni elettroniche²⁵ prescrive a carico degli operatori telefonici a fini di giustizia ed effettuate su richiesta di intercettazioni e di informazioni da parte delle competenti autorità²⁶, anch'esse liquidate non su base contrattuale ma tramite il riconoscimento di un canone annuo forfettario stabilito con decreto interministeriale²⁷. Dall'altro lato, la configurazione in senso pubblicistico del servizio di noleggio delle apparecchiature si dedurrebbe precisamente dalle disposizioni processuali che in particolare stabiliscono la possibilità di compiere le operazioni di intercettazione eccezionalmente anche mediante dotazioni acquisite da soggetti privati²⁸.

idoneo al compimento di atti, che il magistrato o il funzionario addetto all'ufficio può nominare a norma di legge».

²⁴ Cass. civ. n. 2074/2019, cit.

²⁵ Oggi art. 57, comma 2 (v. sopra nota 9).

²⁶ Tale punto è meglio esplicitato dal giudice di legittimità nell'ordinanza n. 25850/2019 ove questo si esprime nel senso che «l'utilizzo delle apparecchiature date a noleggio nel servizio di intercettazione ambientale e telefonico disposto nel corso delle indagini penali, nel ricorso dei presupposti di legge di cui all'art. 268 cod. proc. pen. e nel carattere imposto della prestazione in ragione della finalità pubblica (vd. anche art. 96 del D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, contenente il "Codice delle comunicazioni elettroniche", dettato sulle "Prestazioni obbligatorie" che stabilisce 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*" sottrae le prime alla libera negoziabilità nella connotazione pubblicistica delle prestazioni a mezzo delle prime rese di cui condividono le sorti in quanto strettamente funzionali al processo penale».

²⁷ Al riguardo, è stato adottato il Decreto 28 dicembre 2017 di "Disposizione di riordino delle spese per le prestazioni obbligatorie di cui all'art. 96 del d.lgs. n. 259 del 2003", disponibile sul sito della Ministero della Giustizia, che oltre a determinare tale compenso per le imprese di telefonia ha introdotto un'elencazione dettagliata delle prestazioni da considerarsi obbligatorie ossia il «complesso delle attività di captazione e trasmissione ai luoghi di registrazione, conservazione e archiviazione, realizzate dagli operatori di telecomunicazioni, di ogni comunicazione o scambio di dati comunque generati o veicolati dai sistemi di telecomunicazione, compresi i dati inerenti alle operazioni di intercettazione, in esecuzione dei decreti di intercettazione, di informazione, di consegna dati e di supporto - indipendentemente dal luogo di esecuzione dell'attività e dal soggetto incaricato della stessa - emessi dalle competenti Autorità giudiziarie» (art. 1). La natura pubblica delle attività di intercettazione, nonostante possa essere effettuata da operatori privati, così come le relative spese era peraltro per il giudice di legittimità un principio assodato dato che le spese di intercettazione sono state da sempre tradizionalmente ricondotte all'interno della categoria delle "spese straordinarie" di giustizia previste dall'art. 70 T.U. (cfr., al riguardo, Cass. civ., 9 febbraio 2016, n. 2573).

²⁸ V. art. 268, comma 3, c.p.p., su cui autorevole giurisprudenza di legittimità si è espressa nel senso che in merito al ricorso ad impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria il provvedimento autorizzativo del pubblico ministero ad eseguire le operazioni di intercettazioni per mezzo di tali impianti, ravvisati i motivi di urgenza o ritenuti insufficienti gli impianti installati presso le procure, deve ritenersi onnicomprensivo di qualsiasi effettiva disponibilità a prescindere dallo strumento giuridico adoperato per

Sulla base di siffatte argomentazioni la Corte di Cassazione è allora pervenuta ad includere tra le cosiddette “spese straordinarie” le spese relative alla fornitura della strumentazione finalizzata allo svolgimento delle intercettazioni, alla luce del fatto che dette spese non sono espressamente contemplate dal Testo unico sulle spese processuali²⁹, estendendo così l’applicazione all’attività di noleggio della procedura di liquidazione prevista dalle norme del Testo unico, per cui il relativo compenso è liquidato con decreto di pagamento del magistrato che procede, similmente a quanto già accade per il pagamento degli atti compiuti dagli ausiliari³⁰.

Dalla pronuncia appena riportata emerge la ferma convinzione della Cassazione («è di cartesiana evidenza»³¹) che le spese per il noleggio delle apparecchiature utili per le operazioni di intercettazione siano da ricondurre alle spese straordinarie di giustizia proprio perché tali spese parteciperebbero della connotazione pubblicistica generalmente riconosciuta alle spese relative alle attività di intercettazione. Ciò potrebbe essere plausibile almeno per il caso in cui il servizio di noleggio comporti di fatto l’ausilio tecnico fornito per il corretto funzionamento delle apparecchiature nolleggiate dagli operatori privati, trovandosi quest’ultimi pertanto ad agire come una specie particolare di “ausiliari” degli inquirenti³².

Non si può tuttavia non notare che il principio interpretativo così espresso non si pone in stretta continuità con la stessa giurisprudenza della Corte. In un proprio

acquisirla, compresa quella ottenuta tramite noleggio dalle società private (*ex multis*, Cass. pen., sez. fer., 19 agosto 2008, n. 35107).

²⁹ Occorre però fare una precisazione. Nella sentenza citata la Cassazione fa ricomprendere nell’alveo delle “spese straordinarie” sia quelle per il noleggio nel settore delle intercettazioni telefoniche che quelle per il noleggio nel settore delle intercettazioni ambientali. A rigore, se si volesse seguire il ragionamento della Corte, soltanto le seconde potrebbero invero essere annoverate tra le spese non espressamente previste dal d.p.r. 115/2002 dato che proprio quest’ultimo contempla invece tra le spese ripetibili che possono essere recuperate in seguito dall’Erario anche quelle connesse alle attività funzionali alle prestazioni obbligatorie di cui al Codice delle comunicazioni elettroniche (v. art. 5, comma 1, lett. i-*bis*, T.U. spese di giustizia). Come correttamente osservato da G. ILARDA, *Riflessioni su una recente sentenza della Cassazione in materia di spese di giustizia per intercettazioni telefoniche e ambientali* (Cass. n. 21972/2019), in *Rivista della Corte dei Conti*, 2019, p. 255 ss., quest’ultime sono esclusivamente identificabili in quelle per la fornitura della strumentazione necessaria per registrare e memorizzare le conversazioni e le comunicazioni oggetto di intercettazione telefonica o telematica che vengono deviate nei locali delle procure dai gestori delle reti pubbliche di comunicazione, e non nelle spese per la fornitura di dispositivi, quali microspie o videocamere, diretti al compimento delle intercettazioni di tipo ambientale, che pertanto ricadrebbero nella categoria residuale delle spese straordinarie.

³⁰ Cfr. gli artt. 168, 169, 170, 171 del Testo unico richiamati espressamente dall’art. 70 sulle spese straordinarie di giustizia. Tuttavia, le norme citate si applicano *ratione temporis* alle prestazioni (noleggio di apparecchiature per intercettazioni telefoniche) rese prima dell’entrata in vigore dell’art. 168*bis* T.U., introdotto dall’art. 1, comma 1, del decreto legislativo 2 ottobre 2018, “Disposizioni per armonizzare la disciplina delle spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, in materia di spese per le prestazioni obbligatorie e funzionali alle operazioni di intercettazione, in attuazione dell’articolo 1, comma 91, della legge 23 giugno 2017, n. 10”, che disciplina specificatamente il decreto di pagamento emesso per la liquidazione delle spese relative alle prestazioni obbligatorie contemplate dal Codice delle comunicazioni elettroniche e le spese relative al quelle funzionali all’utilizzo delle prestazioni medesime.

³¹ Cass. civ. n. 2074/2019, cit.

³² In tal senso Cass. civ. n. 2074/2019, cit. nonché, *ivi* richiamata, Cass. pen., 19 dicembre 2014, n. 3137.

precedente, benché risalente³³, questa aveva infatti accertato relativamente al caso di una società di noleggio che aveva esclusivamente fornito e installato le apparecchiature nei locali della procura, ma i cui dipendenti non avevano avuto l'incarico di farle funzionare o provvedere alla loro manutenzione, che l'attività così espletata non fosse paragonabile a quella prestata da un ausiliario a favore del magistrato ma al contrario integrasse un'obbligazione di origine contrattuale consistente nel dare in godimento un bene dietro il corrispettivo di un prezzo³⁴.

In effetti, non si comprende del tutto come le prestazioni effettuate da imprese private che si limitino a fornire la strumentazione per le intercettazioni non prestando in concreto alcuna opera a sostegno del pubblico ministero o della polizia giudiziaria possano essere di fatto assimilate alle attività rese dagli "ausiliari" o anche solo alle diverse prestazioni che la legge prescrive come obbligatorie in campo ai gestori di telefonia per lo svolgimento delle intercettazioni, in quest'ultimo caso essendo infatti questi chiamati a compiere concretamente le operazioni agendo come una sorta di *longa manus* dei magistrati³⁵.

È, inoltre, il caso di notare che al fine di giustificare la natura pubblica delle prestazioni relative al noleggio la Cassazione ha ricordato la possibilità nell'ambito dell'esecuzione delle intercettazioni di utilizzare gli impianti provenienti da imprese private e che sono in dotazione della polizia giudiziaria nelle ipotesi tassativamente previste dal codice di procedura penale³⁶. Tuttavia, è la Corte medesima ad aver ribadito in una costante giurisprudenza che «deve considerarsi impianto in dotazione alla polizia giudiziaria, qualsiasi apparecchiatura della quale la stessa abbia la disponibilità presso i propri uffici, a prescindere dallo strumento contrattuale all'uopo utilizzato per conseguire tale disponibilità [...] a nulla rilevando l'eventualità che le apparecchiature utilizzate siano state acquisite per l'occasione, anche mediante noleggio, presso imprese private»³⁷. Da ciò, dunque, non potrebbe escludersi a priori una fonte avente natura contrattuale dietro le prestazioni rese dalle imprese noleggiatrici³⁸.

³³ Cass. pen., 29 ottobre 2007, n. 39853.

³⁴ Costituendo nel caso di specie un contratto di locazione di beni mobili.

³⁵ Cfr. sul punto Cass. pen., 19 dicembre 2014, n. 3137.

³⁶ Cfr. Cass. civ. n. 2074/2019, cit. nonché Cass. civ. n. 12111/2020, cit., punto 35 ss. Infatti, in quasi tutte le pronunce vertenti intorno alla questione del noleggio delle apparecchiature la Corte ha stabilito come base della disciplina "pubblicistica" del servizio del noleggio l'art. 268, comma 3, c.p.p., che, si è già detto, stabilisce la possibilità per il p.m. di compiere le operazioni di intercettazione mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione della polizia giudiziaria qualora gli impianti presso la procura risultino insufficienti o inadeguati ed esistano eccezionali ragioni di urgenza, i primi potendo risultare, in apparecchiature acquisite per l'occasione mediante anche il noleggio presso le imprese private.

³⁷ Cass. pen. n. 35107/2008, cit.

³⁸ Invero, in questo senso si è effettivamente espressa anche la Corte di Cassazione con la sentenza n. 14242/2020 su cui v. *infra* nel testo. Sull'esistenza di un rapporto contrattuale tra una società di noleggio e le procure si era invece pronunciata, ad esempio, Corte App. Milano, 17 dicembre 2015, n. 4859, avendo ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 17 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, per cui, notoriamente, quando la P.A. desidera stipulare contratti a trattativa privata (come in effetti sembrava risultare dalla causa), quei contratti possono essere conclusi per corrispondenza, secondo l'uso, ove però conclusi con imprenditori commerciali. Tale decisione è stata però in seguito riformata dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 21972/2019, cit.

Ulteriori argomentazioni, ad ogni modo, sono state prospettate dalla Corte di Cassazione nelle successive sentenze intervenute sulla questione, ove l'impostazione adottata nel senso della caratterizzazione di tipo pubblicistico delle prestazioni relative al noleggio è stata sostanzialmente confermata a fronte dell'introduzione operata dal legislatore nel 2018 dell'art. 168*bis* del d.p.r. 115/2002.³⁹ La disposizione, si rammenta, prevede che la liquidazione delle spese relative alle prestazioni obbligatorie a fini di giustizia, effettuate a seguito di richieste di intercettazioni e di informazioni da parte delle competenti autorità giudiziarie, e a quelle funzionali all'utilizzo delle prestazioni medesime, avvenga con decreto di pagamento del pubblico ministero che ha richiesto o eseguito l'autorizzazione per le operazioni di captazione e registrazione⁴⁰.

In proposito, la Corte di Cassazione ha potuto precisare che la norma, intervenendo sulle spese per il noleggio espressamente incluse a partire dal 2004 tra le spese ripetibili dall'Erario (e da questo anticipate) a titolo di spese relative alle prestazioni "funzionali" all'utilizzo delle prestazioni di cui all'art. 96 del Codice delle comunicazioni elettroniche⁴¹, non colmerebbe propriamente alcun "vuoto" legislativo poiché la completezza del sistema si sarebbe già ricavata riconducendo le spese del noleggio

³⁹ La norma è stata inclusa nel Testo unico in materia di spese di giustizia dal Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 120, Disposizioni per armonizzare la disciplina delle spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, in materia di spese per le prestazioni obbligatorie e funzionali alle operazioni di intercettazione, in attuazione dell'articolo 1, comma 91, della legge 23 giugno 2017, n. 103.

⁴⁰ Cfr. art. 168*bis* d.p.r. 115/2002. La norma dispone poi che «quando sussiste il segreto sugli atti di indagine o sulla iscrizione della notizia di reato, il decreto di pagamento è titolo provvisoriamente esecutivo ed è comunicato alle parti e al beneficiario in conformità a quanto previsto dalla disposizione di cui all'articolo 168, comma 3» (comma secondo) e che «avverso il decreto di pagamento è ammessa opposizione ai sensi dell'articolo 170» (comma terzo).

⁴¹ Cfr. art. 5, comma 1, lett. i-bis, del d.p.r. 115/2002, come modificato dall'art. 1, comma 326, della legge n. 311/2004. È infatti opinione della Corte che il noleggio della strumentazione per le intercettazioni sia da qualificare come prestazione "funzionale" alle attività di intercettazione in quanto strumentale alle operazioni di captazione e registrazione delle comunicazioni (sul punto cfr., ad esempio, Cass. civ. n. 21972/2019, cit.). Attualmente il Decreto 6 ottobre 2022 - Disposizioni per l'individuazione delle prestazioni funzionali alle operazioni di intercettazione e per la determinazione delle relative tariffe ai sensi dell'articolo 1, commi 89 e 90, della legge 23 giugno 2017, n. 103) adottato dal Ministero della giustizia reca la definizione utile di "prestazioni funzionali" sia con riguardo alle operazioni di intercettazioni telefoniche («il complesso degli impianti, sistemi, operazioni e servizi tecnici inservienti alla fruizione dei contenuti e dei dati associati, captati e veicolati dagli operatori di comunicazioni elettroniche e/o dagli Internet Service Provider (Tel. co) in esecuzione delle prestazioni obbligatorie di cui al Decreto Ministeriale 28 dicembre 2017, contenente disposizioni di riordino delle spese per le prestazioni di cui all'articolo 96 del decreto legislativo n. 259 del 2003» art. 1, comma 1, lett. a)) sia con riguardo alle operazioni di intercettazione di tipo ambientale («sistemi elettronico/informatici e servizi ad essi connessi, finalizzati all'acquisizione, veicolazione, geolocalizzazione, registrazione e fruizione dei segnali audio video e dei flussi di comunicazione comunque oggetto di captazione e in particolare: servizi di installazione, manutenzione, vigilanza sul corretto funzionamento degli impianti e sistemi inservienti alle intercettazioni; interventi tecnici per l'accesso ai luoghi di installazione e captazione e per la dissimulazione delle attività di intercettazione» art. 1, comma 1, lett. b)). È da notare quindi che, stando al decreto, dovrebbero essere adottate quali prestazioni *funzionali* la prestazione di servizi effettivi come, ad esempio, l'installazione e la manutenzione in congiunzione alla "semplice" fornitura della strumentazione per intercettazioni.

all'interno della categoria delle “spese straordinarie” come definite dall'art. 70 del d.p.r. 115/2002⁴².

Nondimeno, nell'opinione del giudice di legittimità l'art. 168*bis*, espressamente accomunando in merito alle modalità di liquidazione le spese per le prestazioni obbligatorie cui sono tenuti gli operatori delle telecomunicazioni e le spese per la locazione della strumentazione da soggetti privati, ha lo scopo di attrarre definitivamente le spese relative al servizio di noleggio nel novero delle spese di giustizia⁴³, dando così compiuta espressione al principio, già però ritenuto immanente nel sistema, in virtù del quale «le attività strettamente funzionali ed inerenti al processo penale, e le relative spese, si connotano per il loro rilievo pubblicistico e si collocano al di fuori della libera contrattazione»⁴⁴.

Le specifiche forme così previste per la quantificazione di quanto dovuto dalle procure relativamente al servizio di locazione delle apparecchiature per lo svolgimento delle intercettazioni farebbero allora viepiù emergere la natura pubblicistica di cui sarebbe ammantata l'attività prestata dalle società private nell'ambito del noleggio, dato che la liquidazione del relativo compenso non potrebbe che avvenire per tramite del decreto di pagamento emesso dal magistrato competente, costituendo perciò questo l'unico titolo di pagamento rimesso nella disponibilità dei creditori, opponibile esclusivamente nei modi appositamente previsti dal Testo unico in materia di spese di giustizia⁴⁵.

In questi termini si è d'altronde espresso il Supremo giudice di legittimità, ad esempio, nella sentenza n. 12111/2020, ove ha inoltre rilevato che la determinazione del compenso in base ad una libera pattuizione delle parti sarebbe inoltre preclusa dal fatto che la liquidazione della prestazione relativa alla locazione della strumentazione avviene di prassi con l'emissione del decreto di pagamento ai sensi dell'art. 168*bis* del d.p.r. 115/2002 dopo che il pubblico ministero ha sottoposto ad un «vaglio di congruità e

⁴² In questi termini, Cass. civ. n. 17116/2019, cit. Si noti, tuttavia, che limitatamente alle spese relative al noleggio per la strumentazione destinata alle intercettazioni di tipo ambientale la circolare del 15 marzo 2006 di “Razionalizzazione e contenimento delle spese di giustizia”, ancora visibile sul sito del Ministero della giustizia al seguente link [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1\(2006\)&facetNode_3=0_23&facetNode_2=1_1\(200603\)&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC50842#](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1(2006)&facetNode_3=0_23&facetNode_2=1_1(200603)&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC50842#), si fosse espressa in senso contrario, affermando *inter alia* che non potessero essere considerate spese di giustizia «le spese necessarie all'effettuazione di intercettazioni preventive c.d. “ambientali”, che non comportino prestazioni a carico degli operatori telefonici (ad es. noleggio e/o utilizzo delle apparecchiature necessarie alla captazione delle comunicazioni o conversazioni tra presenti)».

⁴³ Secondo la Cassazione la *ratio* dell'art. 168*bis* è da rinvenirsi nella «volontà del legislatore, per un verso, di attrarre le spese per intercettazioni nel novero di quelle di giustizia, anche relativamente alle modalità di liquidazione, e, per altro verso, di disciplinare con le stesse modalità sia i costi per le prestazioni obbligatorie cui sono tenuti gli operatori delle comunicazioni telefoniche sia quelli per la locazione dei macchinari da soggetti privati» (Cass. civ. n. 12111/2020, cit., punto 29, nonché Cass. civ. n. 21972/2019, cit. e Cass. civ. n. 21973, cit.).

⁴⁴ In tal senso Cass. civ. n. 17116/2019, cit. Sul punto, cfr. anche Cass. civ. n. 2074/2019.

⁴⁵ Ossia nelle forme e nei limiti previsti dall'art. 170 d.p.r. 115/2002.

regolarità» le fatture emesse dai privati operanti nel campo delle intercettazioni, così risultando il credito certo, liquido ed esigibile soltanto dopo siffatto controllo⁴⁶.

Invero, anche su quest'ultimo profilo si potrebbe fare qualche appunto. Riprendendo quanto già osservato da qualcuno in dottrina, si può porre in luce la particolare circostanza che le spese relative all'attività di intercettazione e quelle ad esse funzionali, come quelle derivanti dal noleggio delle apparecchiature, siano liquidate secondo le norme di cui al d.p.r. 115/2002 non potrebbe comunque far escludere *in toto* un possibile accordo contrattuale come fonte del rapporto tra le imprese fornitrici delle apparecchiature e le procure della Repubblica, dato che il Testo unico non disciplina propriamente il titolo costitutivo dell'obbligo di pagare il corrispettivo per quanto prestato da soggetti esterni al processo, ma solo le modalità di esecuzione di tale obbligazione, tra cui le modalità di liquidazione delle relative spese, che, come tali, attengono alla fase dell'adempimento dell'obbligazione, ma non a quella della sua costituzione⁴⁷. Non sarebbe quindi del tutto irragionevole ipotizzare una fonte dell'obbligazione di pagamento che non sia esclusivamente rinvenibile nelle norme processuali che prevedano il compimento di atti processuali per l'esecuzione di attività a carico di soggetti terzi ma che sia riconducibile nell'ambito un rapporto di origine contrattuale o comunque avente natura commerciale⁴⁸.

D'altra parte, non si può negare che tale argomento mal si concilia con quello di segno contrario come formulato dalla Corte di Cassazione, per cui, in presenza dell'art. 168*bis* del d.p.r. 115/2002, vi sarebbe la definitiva conferma in relazione al servizio di noleggio del principio generale per cui le attività strettamente funzionali e collegate al processo penale, e le relative spese, connotandosi per il loro rilievo pubblicistico, non

⁴⁶ Cfr. Cass. civ. n. 12111/2020, cit., spec. punto 34 ss. Solitamente, infatti le procure seguono una determinata procedura contabile di spesa per la liquidazione di quanto prestato dalle società noleggiatrici delle apparecchiature di intercettazione. Nello specifico, dopo che l'autorità giudiziaria provvede ad autorizzare l'esecuzione delle intercettazioni con strumentazione privata e una volta svolta la prestazione sulla base della quale le imprese fornitrici emettono le relative fatture, la liquidazione delle spese presso l'ufficio giudiziario avviene tramite l'emissione del decreto di pagamento, previo però controllo delle voci di costo come riportate in fattura rispetto al conteggio segnato nel registro di annotazione dei provvedimenti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni (ossia il registro di cui all'art. 267, comma 5, c.p.p. tenuto sotto la direzione e sorveglianza del Procuratore della Repubblica). Il decreto, emesso "senza ritardo", viene quindi comunicato ai beneficiari e alle parti del procedimento e trasmesso per l'effettivo pagamento ad un funzionario delegato per l'ordinazione secondaria della spesa con l'emissione dell'ordine di pagamento (oggi tale *iter* è disciplinato per mezzo di modalità informatiche come previsto dall'art. 6, comma 3 del Decreto 6 ottobre 2022 del Ministero della giustizia, cit.).

⁴⁷ Così G. ILARDA, *Riflessioni su una recente sentenza della Cassazione in materia di spese di giustizia per intercettazioni telefoniche e ambientali* (Cass. n. 21972/2019), cit., spec. p. 256 ss., secondo il quale il fatto «che la liquidazione abbia ad oggetto la definizione del *quantum debeatur* e non riguardi l'*an debeatur* può considerarsi, peraltro, un dato ormai acquisito anche nella giurisprudenza civile di legittimità la quale ha ripetutamente avuto modo di precisare che per credito liquido deve intendersi il credito determinato nel suo ammontare e che la liquidità attiene all'oggetto della prestazione, non al titolo costitutivo del credito (*ex multis*, Cass. n. 23225/2016)» principio che dovrebbe quindi valere anche nei confronti del Testo unico sulle spese di giustizia che «pur nell'assenza di una norma definitiva, assegna alla liquidazione in termini inequivocabili una mera funzione di quantificazione dell'esatto ammontare delle spettanze del creditore, non di costituzione del diritto di credito».

⁴⁸ Sul punto cfr. G. ILARDA, *Riflessioni su una recente sentenza della Cassazione in materia di spese di giustizia per intercettazioni telefoniche e ambientali* (Cass. n. 21972/2019), cit., p. 257 ss.

possono essere regolamentate sulla base di una disciplina contrattuale⁴⁹. È però interessante rilevare sul punto che lo stesso giudice di legittimità parrebbe aver aperto un limitato “varco” alla contrattazione con riferimento al servizio di noleggio, essendo arrivato infatti a concludere, sempre in un caso in cui era discussa della fonte del rapporto tra la società privata che da in uso le apparecchiature ed la procura che ne usufruisce, che «in astratto, non può escludersi che tale rapporto possa avere fonte in un contratto [non essendo precluso] al Ministero di Giustizia di stipulare con un privato un atto con cui si conviene il noleggio delle apparecchiature utili all'attività investigativa. Si tratta di accertare se nel caso [...] si sia, per l'appunto, concluso un contratto di noleggio»⁵⁰, precisando che «in difetto di una utilizzazione pattuita, l'uso di quelle apparecchiature corrisponde ad una straordinaria situazione che giustifica la spesa, la quale è rimborsabile nei termini indicati dall'articolo 168 DPR 115/2002»⁵¹. Sembrerebbe, pertanto, che la liquidazione del compenso derivante dal servizio di noleggio secondo le norme del Testo unico non sia, di per sé, incompatibile con una fonte contrattuale del rapporto.

2.1. I “ragionevoli” dubbi circa la (possibile) configurazione del noleggio come “transazione commerciale” e la necessità del rinvio pregiudiziale

Nonostante la possibile, ancorché astratta, natura contrattuale del rapporto tra le società noleggiatrici e le procure nazionali potesse far sorgere il quesito circa la concreta configurabilità di un'operazione commerciale in relazione al servizio di noleggio degli strumenti destinati alle intercettazioni⁵², la Cassazione è però rimasta ferma in questi anni nel ritenere totalmente estranea al servizio in parola la disciplina di matrice europea in materia di ritardi di pagamento, a motivo del fatto che l'attività svolta dalle imprese fornitrici rivestirebbe il peculiare “status” pubblicistico di spesa di giustizia all'interno dell'ordinamento nazionale. Proprio per tale ragione la Corte più volte in passato non ha giudicato necessario sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, non ravvisando infatti un potenziale conflitto tra la normativa europea e il regime pubblicistico a cui è sottoposto il noleggio della strumentazione per le intercettazioni telefoniche e ambientali⁵³.

⁴⁹ Cfr., *inter alia*, Cass. civ. n. 21972/2019, cit., e Cass. civ. n. 21973/2019, cit.

⁵⁰ Cass. civ. n. 14242/2020, cit. In quell'occasione il giudice di legittimità ha però dichiarato che ai fini della conclusione di un ipotetico accordo commerciale l'autorizzazione del Pubblico Ministero all'uso delle apparecchiature private non può costituire una valida accettazione di una proposta contrattuale, trattandosi di un atto del processo penale, destinato a disciplinare l'utilizzabilità delle intercettazioni effettuate con strumenti privati e proveniente da un organo, come il pubblico ministero, che non ha capacità di impegnare contrattualmente il Ministero della Giustizia.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Secondo, infatti, la definizione recata dall'art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 231/2002 sono “transazioni commerciali” «i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo».

⁵³ Cfr., nello specifico, Cass. civ. n. 12111/2020, ove la Corte ha espressamente declinato la richiesta di sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Tale pronuncia, assieme alle sentenze n. 208/2020 e n. 14242/2020, era stata in effetti indicata dalla Commissione nell'ambito della procedura di infrazione n. 2021/4037 tra quelle decisioni in cui la Corte di Cassazione avrebbe mancato di adempiere

Tuttavia, si ritiene che questo specifico punto avrebbe già allora meritato più approfondite riflessioni da parte del Supremo giudice di legittimità, sia, per un verso, perché la stessa ricostruzione giuridica effettuata dalla Cassazione si è vista non sempre essere lineare e scevra da dubbi; sia, per altro verso, non irrilevante, perché non sono state di fatto vagliate dallo stesso giudice soluzioni interpretative alternative che tenessero in considerazione i diversi orientamenti giurisprudenziali adottati dagli organi giurisdizionali amministrativi e registrali precisamente sulla questione, nonché quanto formulato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, nello specifico, circa la nozione di transazione commerciale valida a fini dell'applicazione della direttiva 2011/7/UE.

Non si può infatti dimenticare che in quanto giudice avverso le cui decisioni non è possibile proporre un ricorso giurisdizionale di diritto interno, ossia un giudice cd. di “ultima istanza” tenuto al rinvio pregiudiziale *ex art. 267, par. 3°*, TFUE, ed essendo chiamata a giudicare una questione che investe il diritto dell'Unione, incombeva sulla Corte di Cassazione la speciale responsabilità di accertare attentamente se esistessero divergenze interpretative significative in materia capaci di far sorgere un ragionevole dubbio al riguardo e rendere quindi necessario deferire dei quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia⁵⁴.

A tal proposito, non può non essere menzionato quanto è emerso presso le sedi della giustizia amministrativa, che sembrerebbe effettivamente all'opposto suggerire la natura commerciale delle prestazioni relative al noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni telefoniche e ambientali. Si fa riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, ma anche dei tribunali amministrativi di merito, i quali frequentemente si sono occupati dell'affidamento del servizio di fornitura dei sistemi di intercettazione,

al proprio obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art. 267, par. 3°*, TFUE (v. sopra nota 13). Sulla questione della compatibilità del regime pubblicistico relativo al servizio di noleggio rispetto alla direttiva sui ritardi di pagamento il Supremo giudice di legittimità è invero ritornato nelle recenti ordinanze di rinvio pregiudiziale, sulle quali però si rimanda nel testo al par. 3.

⁵⁴ Sebbene formalmente l'art. 267, par. 3°, TFUE imponga un obbligo di rinvio pressoché assoluto nei confronti dei giudici di ultima istanza, ovvero i giudici avverso le cui decisioni non si può ricorrere con mezzi di impugnazione di diritto interno, come è noto la Corte di giustizia ne ha col tempo circoscritto la portata formulando quelle che sono divenute essere le celebri eccezioni *CILFIT* al rinvio pregiudiziale obbligatorio, in virtù delle quali è possibile non deferire una questione pregiudiziale di diritto dell'Unione alla Corte di giustizia, anche se pertinente ai fatti di causa e quindi rilevante per la soluzione della controversia principale, quando: la questione di diritto dell'Unione è materialmente identica ad una già decisa, in relazione ad analoga fattispecie, dalla Corte di giustizia; quando la soluzione interpretativa si può rinvenire nella giurisprudenza della Corte; quando la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio. L'ultima deroga, tradizionalmente soprannominata *acte clair*, è stata parzialmente riveduta nella sentenza *Consorzio Italian Management*, in cui la Corte di giustizia ha precisato che qualora un organo giurisdizionale di ultima istanza ritenga di chiara soluzione l'interpretazione del diritto europeo deve però allo stesso tempo nutrire il convincimento che l'evidenza della medesima soluzione si imporrebbe anche nel pensiero della Corte di giustizia nonché in quello degli altri giudici di ultima istanza (Corte giust., 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, cit., spec. punto 40). Comunque sia, affinché sorga un “ragionevole dubbio” in capo al giudice della causa principale, non basta formulare diverse letture interpretative che però non si presentino al giudice come sufficientemente plausibili, ma invece devono essere attentamente valutati gli orientamenti giurisprudenziali divergenti che possano rendere meno intuibile o chiara l'interpretazione del diritto dell'Unione (Corte giust., 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, cit., spec. punto 49).

giudicando in particolare della validità delle modalità procedurali prescelte di volta in volta dalle procure nazionali per l'aggiudicazione del servizio di noleggio a imprese esterne private.

Si deve infatti considerare che per l'attribuzione di tale incarico è prassi abbastanza comune per le procure adottare la procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione del bando di gara, in cui viene generalmente applicato a fini decisori il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa a norma delle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici⁵⁵. Sul punto, il Consiglio di Stato ha dichiarato da tempo la legittimità di tale *modus procedendi*⁵⁶, ammettendone l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione alla luce della delicatezza e segretezza che caratterizzano evidentemente il settore delle intercettazioni, il quale richiede un sistema di scelta del futuro aggiudicatario che sia circondato da specifiche cautele e speciali misure di sicurezza, conformemente alle prescrizioni sulle modalità di affidamento dei contratti secretati⁵⁷.

⁵⁵ Cfr., a titolo meramente esemplificativo, TAR Sicilia, 28 aprile 2021, n. 1375; TAR Lombardia, 26 ottobre 2018, n. 2408; TAR Sicilia, 03 maggio 2019, n. 1240; TAR Sardegna, 3 settembre 2019, n. 724.

⁵⁶ Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2011, n. 2330.

⁵⁷ In tal senso, da ultimo, Cons. St., sez. V, 14 maggio 2020, n. 3052. L'art. 139 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, «Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.», rimasto sostanzialmente invariato rispetto all'art. 162 del d.lgs. 50/2016 previgente, stabilisce una speciale disciplina derogatoria per i contratti ai quali è attribuita una classifica di segretezza (comma 1, lett. a) nonché per quelli la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza (comma 1, lett. b), rispetto ai quali è possibile derogare alle procedure di affidamento come disciplinate dal Codice dei contratti pubblici («l'affidamento dei contratti di cui al presente articolo avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza», art. 139 comma 4). In dottrina, su tale regime derogatorio, V. TORANO, *I contratti secretati*, in *Il diritto dell'economia*, 2017, p. 839 ss. Dunque, l'affidamento del servizio relativo alla fornitura dei sistemi di intercettazione potrebbe integrare una particolare ipotesi di affidamento di un contratto pubblico "secretato". Con riguardo tale profilo si desidera inoltre porre in luce che le particolari modalità di affidamento del servizio di intercettazioni e fornitura di strumentazioni hanno attirato, qualche anno fa, l'attenzione della Commissione in merito ad una possibile violazione dei principi concorsuali di cui all'allora direttiva 2004/18/CE in materia di appalti pubblici, che aveva infatti portato la stessa ad aprire una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano (INFR(2011)4049) proprio a causa del ricorso da parte delle procure nazionali all'affidamento di appalti di servizi e/o forniture funzionali all'attività di intercettazione senza però pubblica gara, ma con trattativa privata. In argomento, v. la relazione semestrale al Parlamento e alla Corte dei Conti per l'anno 2013, https://www.rgs.mef.gov.it/export/sites/sitoRGS/VERSIONI/e_government/amministrazioni_publiche/igrue/pdf/Rel_Ann_I_semestre_2013.pdf, in cui, tra l'altro, compare la qualificazione del servizio di noleggio in termini di "contratto". La procedura di infrazione è stata poi definitivamente archiviata il 28 marzo 2014, probabilmente grazie agli impegni assunti dello Stato italiano con la Giustizia tramite il quale sarebbero stati riaffidati tali servizi. Tuttavia, l'indizione di una gara unica nazionale per l'acquisizione e gestione a livello centrale dei servizi di intercettazione telefonica non è mai avvenuta, lasciando quindi le singole procure completamente autonome nella scelta del futuro contraente. Tale profilo è anche quanto recentemente emerso nel Documento approvato dalla Seconda Commissione permanente (giustizia) del Senato, a conclusione dell'indagine conoscitiva sul tema delle intercettazioni del 20 settembre 2023, [Doc. XVII, n.1](#), in cui si evidenzia l'ampia discrezionalità lasciata alle procure nella gestione dei rapporti contrattuali con i fornitori dei sistemi di intercettazione (cfr. spec. p. 44 ss.).

In base a tale filone giurisprudenziale parrebbe acclarato il fatto che il servizio di noleggio delle strumentazioni da adibire per l'esecuzione delle operazioni di intercettazione possa costituire l'oggetto di un contratto di appalto di servizi e/o fornitura a seconda della tipologia di prestazione richiesta⁵⁸. Inoltre, non sono mancati i casi in cui i giudici amministrativi hanno accertato l'esistenza di una fonte pattizia alla base del rapporto tra le società noleggiatrici e le procure⁵⁹, riconoscendo espressamente il Consiglio di Stato, almeno in un'occasione, la riconducibilità del contratto tra quelle sottoscritto ad una "transazione commerciale" e, di conseguenza, la spettanza in capo all'impresa fornitrice degli interessi moratori "commerciali" di cui al d.lgs. 231/2002⁶⁰.

Si noti che la giurisprudenza amministrativa ripercorsa era invero conosciuta dalla Corte di Cassazione quando ha dovuto qualificare il servizio di noleggio della strumentazione per le intercettazioni, essendo tra l'altro stata allegata diverse volte in giudizio dalle parti⁶¹. Tuttavia, nel ragionamento del giudice di legittimità le modalità di aggiudicazione del servizio sono parse non soltanto coerenti con l'inquadramento pubblicistico della fornitura di tali apparecchiature⁶², ma anche in antitesi con la stessa normativa europea sui ritardi di pagamento dato che questa, almeno nel pensiero della Corte, assicurerebbe tutela alle imprese private soltanto relativamente alle transazioni commerciali, se concluse con "amministrazioni pubbliche aggiudicatrici", che siano conseguenza di una procedura ad evidenza pubblica⁶³.

Ebbene, delle incertezze interpretative sarebbero potute sorgere nondimeno relativamente a tale ultimo passaggio argomentativo, considerato che la Corte di giustizia in alcune sue pronunce, effettivamente evidenziando che la nozione utile di «pubblica amministrazione» ai fini dell'art. 2, punto 2 della direttiva sui ritardi di pagamento è

⁵⁸ Cfr., *inter alia*, Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4314; Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2015, n. 5564; Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5690; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 603. La presenza di contratti pubblici per l'affidamento del servizio di noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni risulterebbe anche dalla prassi amministrativa. Cfr., ad esempio, la Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 ANAC recante le "Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, aggiornata con delibera n. 556 del 31 maggio 2017, con delibera n. 371 del 27 luglio 2022 e con delibera n. 585 del 19 dicembre 2023", disponibile on line, ove in tema di obblighi sulla tracciabilità dei flussi finanziari relativi ad appalti pubblici include tra i contratti pubblici soggetti a tale regime anche gli «accordi-quadro stipulati con fornitori di servizi di alta tecnologia o per il noleggio degli apparati di intercettazione, che costituiscano una cornice contrattuale stabile nel tempo e non limitata alla specifica attività processuale o investigativa».

⁵⁹ Cfr. TAR Lombardia, 24 giugno 2016, n. 1274, nonché TAR Lombardia, 31 luglio 2019, n. 1806.

⁶⁰ Cfr. Cons. St. n. 3368/2012, cit. Tale pronuncia è invero interessante in quanto il Consiglio di Stato, pur ritenendo applicabile alla liquidazione dei compensi della società noleggiatrice la procedura di cui agli art. 168 ss. del d.p.r. 115/2002, ha nondimeno ritenuto inquadabile il rapporto esistente all'interno di un contratto di locazione, escludendo che il compenso fosse dovuto a titolo di prestazione resa da un ausiliario del magistrato/pubblico ministero, come tale pertanto riconducibile ad un'ordinaria transazione commerciale di cui alla normativa sui ritardi di pagamento.

⁶¹ V., ad esempio, Cass. civ. n. 21973/2019, cit., nonché Cass. civ. n. 12111/2020, cit., punto 17.

⁶² Cfr. Cass. civ. n. 12111/2020, cit., punto 38 ss.

⁶³ Così sembra in effetti argomentare Cass. civ. n. 208/2020, cit., la quale ha affermato in dettaglio che la direttiva 2011/7/UE, essendo «indirizzata a favorire la competitività delle imprese ed a tutelare la concorrenza nell'ambito della disciplina degli appalti, risulta estranea al caso di [...] prestazioni rese non solo al di fuori di ogni procedura ad evidenza pubblica, come riconosce la stessa ricorrente, ma nell'ambito di un procedimento penale».

quella di amministrazione aggiudicatrice contenuta nelle direttive in materia di appalti pubblici, ha però affermato che ciò vale indipendentemente «dall'oggetto o dal valore dell'appalto»⁶⁴ ipoteticamente coinvolto, dal momento che la definizione adottata è quella propria della normativa sugli appalti pubblici essenzialmente per motivi di coerenza nella legislazione dell'Unione⁶⁵. Inoltre, sempre il giudice europeo ha ricordato che tale nozione debba essere intesa in senso ampio dovendo essere ricompresa qualsiasi «amministrazione o ente»⁶⁶, che sia però debitrice nell'ambito di un rapporto commerciale con imprese private⁶⁷, per non frustare le finalità perseguite dalla direttiva, in particolare quello di imporre alle pubbliche amministrazioni degli Stati membri obblighi più severi per quanto riguarda le loro transazioni con suddette imprese, considerato che un numero rilevante di pagamenti agli operatori privati fa precisamente capo alla P.A.⁶⁸.

Ma proprio il confronto con la giurisprudenza della Corte di giustizia avrebbe ragionevolmente potuto portare, in prima battuta, a ravvisare dei dubbi sulla compatibilità della qualificazione pubblicitica della prestazione del noleggio dei macchinari per l'attività di intercettazione con la direttiva 2011/7/UE, qualora infatti si fosse preso come parametro di riferimento l'interpretazione della Corte relativa alla nozione di «transazione commerciale» di cui alla direttiva, per valutare l'appartenenza o meno del servizio di noleggio alla disciplina suddetta⁶⁹. Secondo, infatti, il costante insegnamento della Corte europea, tale nozione gode di completa *autonomia* e *uniformità* di significato all'interno del diritto dell'Unione⁷⁰, ciò significando che per la relativa interpretazione si debba tenere in considerazione non soltanto del «tenore letterale e del contesto della disposizione in cui figura tale nozione» ma anche delle «finalità di detta disposizione e dell'atto del diritto dell'Unione di cui essa fa parte»⁷¹, non potendo perciò essere

⁶⁴ Corte giust., 13 gennaio 2022, causa C-327/20, *New Media Development & Hotel Services*, ECLI:EU:C:2022:23, punto 33.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Corte giust., 18 novembre 2020, causa C-299/19, *Techbau*, cit., spec. punto 47 ss.

⁶⁷ Sul punto, v., nello specifico, Corte giust., 13 gennaio 2022, causa C-327/20, *New Media Development & Hotel Services*, cit.

⁶⁸ Cfr. Corte giust., 20 ottobre 2022, causa C-585/20, *BFF Finance Iberia*, ECLI:EU:C:2022:806, spec. punto 51.

⁶⁹ Secondo, infatti, la Corte di giustizia «un giudice nazionale [...] deve, quando applica le norme del diritto interno adottate ai fini della trasposizione di una direttiva, interpretarle alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo perseguito da quest'ultima, senza pregiudicare certi limiti, tra i quali segnatamente il divieto di un'interpretazione *contra legem* (corsivo aggiunto) del diritto nazionale» (Corte giust., 4 maggio 2023, causa C-78/22, *ALD Automotive s.r.o. c. DY*, ECLI:EU:C:2023:379, punto 40).

⁷⁰ Cfr. Corte giust., 1° dicembre 2022, causa C-419/21, *X (Fornitures de matériel médical)*, cit.; ma già Corte giust., 9 luglio 2020, causa C-199/19, *RL (Direttiva lotta contro i ritardi di pagamento)*, EU:C:2020:548, nonché Corte giust., 18 novembre 2020, causa C-299/19, *Techbau*, cit.

⁷¹ Corte giust., 1° dicembre 2022, causa C-419/21, *X (Fornitures de matériel médical)*, cit., punto 21. È infatti la Corte a precisare che la nozione di «transazione commerciale» di cui all'art. 2, punto 1 della direttiva 2011/7/UE non contiene alcun rinvio al diritto nazionale degli Stati membri al fine di determinarne il significato o la portata interpretativa, necessitando pertanto di un'interpretazione autonoma e uniforme valevole per tutti gli ordinamenti degli Stati membri.

ricostruita sulla base di concetti o definizioni giuridiche proprie di ogni ordinamento nazionale.

La portata autonoma della definizione implica, a maggior ragione, che questa non possa essere disgiunta dall'ampiezza di significato che solitamente ad essa si accompagna e che è espressamente riconosciuta dalla Corte di giustizia, per cui la direttiva sui ritardi pagamento, per raggiungere efficacemente lo scopo prefissato di tutela della competitività delle piccole e medie imprese e, in definitiva, di tutela della loro stessa sopravvivenza nel mercato interno, finisce in pratica per ricomprendere tutte le transazioni, purché implicanti uno scambio tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni di merci o servizi dietro il pagamento di un corrispettivo⁷². Questo anche nel momento in cui non dovessero coincidere con la stipulazione di un contratto eventualmente, ma non necessariamente, concluso a monte⁷³, essendo semmai da valutare se l'operazione commerciale comporti effettivamente la consegna di merci o la prestazione di servizi *versus* il pagamento del prezzo⁷⁴.

Alla luce di tali "indici" interpretativi il servizio di noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni penali, come finora descritto, non sembra poi trovarsi così lontano dal concetto di "transazione commerciale", quantomeno nell'ottica strettamente "europea", ove l'unico vero ostacolo rimarrebbe la sua qualificazione pubblicistica esistente nell'ordinamento italiano⁷⁵. Proprio per questo motivo alcuni profili di contrasto tra le due discipline, nazionale ed europea, si ritiene fossero già rilevabili dal Supremo giudice di legittimità, in relazione ai quali quest'ultimo avrebbe potuto per tempo, o meglio dovuto, sollevare dinanzi alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale in qualità di giudice nazionale di ultima istanza⁷⁶.

⁷² Fatta eccezione per i contratti coi consumatori e per altri specifici pagamenti (v. sopra nota 7). Cfr. Corte giust., 20 ottobre 2022, causa C-585/20, *BFF Finance Iberia*, cit., punto 22 e giurisprudenza ivi citata.

⁷³ Al riguardo, cfr. Corte giust., 1° dicembre 2022, causa C-419/21, *X (Fournitures de matériel médical)*, cit.

⁷⁴ Cfr. Corte giust., 18 novembre 2020, causa C-299/19, *Techbau*, cit., spec. punto 42 e 44.

⁷⁵ A favore però di un'interpretazione della nozione di "transazione commerciale" nel diritto dell'Unione che includa anche i rapporti di diritto pubblico purché prevedano lo scambio di beni e servizi dietro il corrispettivo del prezzo tra imprese e pubbliche amministrazioni, v., in dottrina, I. TOT, *Late Payment Directive: Recent and Pending Cases at The Court of Justice*, in *InterEuLawEast*, 2016, p. 71 ss., spec. p. 78.

⁷⁶ Sebbene la Commissione avesse formulato nella lettera di messa in mora dell'Italia relativamente alla non ottemperanza alla direttiva sui ritardi di pagamento l'accusa per quella che riteneva essere una vera e propria violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte della Cassazione, a motivo del fatto che nel caso di specie non avrebbe potuto farsi applicazione delle eccezioni al dovere di rinvio come enunciate dalla giurisprudenza *CILFIT* (esistendo infatti divergenze interpretative rilevanti *in primis* nell'ordinamento giuridico nazionale), la stessa non ha però riproposto la medesima censura durante il progredire della procedura di infrazione. Di ciò, tuttavia, non ci si può del tutto stupire. D'altronde, rimane pur sempre nella discrezionalità riconosciuta alla Commissione decidere, quandanche per ragioni cosiddette di "opportunità politica", come e quando contestare agli Stati membri il venir meno ai propri obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione (cfr., sul punto, Corte giust., 16 luglio 2020, causa C-550/18, *Commissione c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2020:564) senza che faccia eccezione la particolare contestazione mossa ad organo giurisdizionale nazionale. Si può comunque ipotizzare che la Commissione non abbia ravvisato nel caso concreto una violazione *sistemica* dell'obbligo di rinvio da parte della Suprema corte, ovvero una violazione che presenti i caratteri della sistematicità e non unicità, che solitamente la Corte

3. I recenti rinvii pregiudiziali: verso un cambio di rotta della Corte di Cassazione?

Come premesso all'inizio della presente analisi, la Cassazione sembrerebbe però negli ultimi mesi aver mutato il proprio orientamento in tema di noleggio della strumentazione adibita per le attività di intercettazione. La Corte è infatti ritornata recentemente ad esaminare la natura del rapporto scaturente dal servizio di fornitura effettuato da operatori esterni alle procure, ma, a differenza di quanto è accaduto nelle precedenti pronunce, ha ravvisato per la prima volta la concreta possibilità di una situazione di incompatibilità tra la propria giurisprudenza in materia e il diritto dell'Unione, decidendo, perciò, di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Con una prima ordinanza di rinvio⁷⁷, il Supremo giudice ha richiesto l'interpretazione del giudice europeo ai sensi dell'art. 267 TFUE essenzialmente su due principali quesiti, ovvero: se la direttiva sui ritardi di pagamento (in specie, l'art. 2, n. 1 e 2, n. 2) nonché il principio di leale collaborazione *ex art.* 4, par. 3, TUE e il diritto fondamentale ad un ricorso giurisdizionale effettivo protetto dall'art. 47 CDFUE debbano essere interpretati nel senso che ostino ad una normativa e una prassi interna nazionale che comporta l'esclusione dalla nozione di «transazione commerciale» di cui alla direttiva delle prestazioni di servizi effettuati dietro corrispettivo dai noleggiatori su richiesta delle procure, e che, conseguentemente, non applica la disciplina degli interessi previsti dalla direttiva al credito vantato dai noleggiatori per le prestazioni svolte in favore delle procure (1); se il principio di leale collaborazione e il diritto fondamentale del ricorso effettivo a un giudice nonché la direttiva 2011/7/UE e, in particolare, l'art. 10, par. 1 (che prevede che in caso di ritardati pagamenti il creditore possa ottenere un titolo esecutivo entro 90 giorni dal deposito del ricorso) debbano essere interpretati nel senso che ostino ad una normativa o ad una prassi nazionale che non «preveda un termine determinato per la liquidazione dei corrispettivi dovuti ad un prestatore di servizi e/o che preveda altresì che tali diritti possano essere fatti valere solo con i rimedi previsti dal T.U. spese di Giustizia d.p.r. 115/2002 ed in particolare soltanto con il rimedio dell'opposizione avverso il decreto di liquidazione» (2)⁷⁸.

Sono quindi seguiti altri due rinvii pregiudiziali⁷⁹, esperiti a pochi giorni di distanza l'uno dall'altro, che hanno riprodotto sostanzialmente le medesime questioni interpretative, senza tuttavia contenere come parametri rispetto cui valutare la compatibilità del diritto nazionale col diritto dell'Unione né il principio di leale collaborazione, né il diritto di tutela giurisdizionale effettiva protetto dall'art. 47 della Carta⁸⁰. In tutte e tre le rimessioni la Corte di Cassazione ha però ritenuto opportuno

di giustizia ritiene debbano essere integrati per accertare e dichiarare una violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di uno Stato membro in sede di giudizio di inadempimento (cfr., in tal senso, Corte giust., 9 dicembre 2003, causa 129/00, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2003:656).

⁷⁷ Cass. civ. n. 3181/2024, cit.

⁷⁸ Cfr. Cass. civ. n. 3181/2024, cit.

⁷⁹ Cass. civ. n. 5134/2024, cit.; Cass. civ. n. 5890/2024, cit.

⁸⁰ Nelle ordinanze di rinvio n. 5134 e n. 5890, entrambe emesse dalla seconda sezione civile e che presentano un contenuto di fatto simile, si è chiesto precisamente: «1) Se la Direttiva 2000/35/CE, come modificata dalla Direttiva 2011/7/UE e, in particolare, i suoi artt. 1, 2, n. 1 e n. 2, e 4, paragrafo 3 (relativo

domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi secondo la procedura accelerata ai sensi dell'art. 23-*bis* del Protocollo (n. 3) sullo Statuto della Corte di giustizia, e dell'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte⁸¹: in un caso per via delle gravi incertezze in merito a questioni di natura costituzionale nazionale implicate nella fattispecie di diritto che concerne il significato da dare alle norme europee⁸²; negli altri casi per via del concreto pericolo che un ritardo nella decisione possa determinare un danno irreversibile alle società noleggiatrici che non godono di immediata liquidità, oltre che per l'incidenza generale della questione sulla posizione economico e giuridica di una pluralità non definibile di operatori commerciali privati che si trovano nella medesima situazione giuridico-patrimoniale⁸³. Su tale aspetto è giusto il caso di notare che nella prassi della Corte di giustizia il rischio di una grave perdita economica o la circostanza che l'incertezza giuridica possa concernere potenzialmente un gran numero di posizioni soggettive, ma anche un'indicazione generica delle implicazioni costituzionali delle questioni pregiudiziali, spesso non sono stati valutati come fattori da soli sufficienti per accordare alla domanda di rinvio la trattazione tramite procedura accelerata⁸⁴.

Con riguardo invece alle motivazioni poste alla base dei suddetti rinvii, le ordinanze, pur giungendo di fatto alle medesime conclusioni, seguono dei percorsi interpretativi non esattamente sovrapponibili. Nell'ordinanza n. 3181/2024, la prima in ordine di tempo, la Cassazione, dopo aver rammentato l'orientamento nomofilattico fino a quel momento consolidato, ha riscontrato che il principio interpretativo in virtù del quale è ricondotto sotto l'alveo delle "spese di giustizia" i servizi di noleggio delle apparecchiature adibite alle intercettazioni con i costi connessi, non considerando «l'azione intrapresa dall'Unione Europea per la lotta ai ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali»⁸⁵, in particolare per mezzo della direttiva 2011/7/UE, di rifusione della precedente direttiva, che ha inasprito le conseguenze per i ritardi di

ai termini di pagamento della P.A.), debbano essere interpretati nel senso che ostino ad una normativa o ad una prassi nazionale che: (a) esclude la qualifica di transazioni commerciali, ai sensi della Direttiva, per le prestazioni di servizi effettuate verso corrispettivo dei noleggiatori delle apparecchiature deputate alle intercettazioni su richiesta delle Procure, sottoponendole al regime sostanziale e procedimentale delle spese straordinarie di giustizia; (b) esclude, per l'effetto, dalla disciplina degli interessi prevista dalla Direttiva le predette prestazioni intercorse tra noleggiatori e Procure; 2) Se la Direttiva 2000/35/CE, come modificata dalla Direttiva 2011/7/UE e, in particolare, il suo art. 10, paragrafo 1, debbano essere interpretati nel senso che ostino ad una normativa o a una prassi nazionale che prevede un termine indeterminato ("senza ritardo") per la liquidazione dei corrispettivi dovuti ad un prestatore di servizi, con la conseguente possibilità che tali diritti creditorî non siano fatti valere con modalità effettivamente attuabili e in modo pienamente soddisfacente».

⁸¹ Regolamento di procedura della Corte di giustizia, del 25 settembre 2012 (GU L 265 del 29.9.2012), come modificato il 18 giugno 2013 (GU L 173 del 26.6.2013, pag. 65), il 19 luglio 2016 (GU L 217 del 12.8.2016, pag. 69), il 9 aprile 2019 (GU L 111 del 25.4.2019, pag. 73) e il 26 novembre 2019 (GU L 316 del 6.12.2019, pag. 103).

⁸² Cass. civ. n. 5134/2024, cit.

⁸³ Cass. civ. n. 5134/2024, cit. e Cass. civ. n. 5890/2024, cit.

⁸⁴ Per una puntuale elencazione delle condizioni che possono giustificare l'attivazione della procedura pregiudiziale accelerata (cd. p.p.a.) come enucleate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, v., in dottrina, K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *Eu procedural law*, 2015, Oxford University Press, p. 1. ss., spec. p. 790 ss.

⁸⁵ Cass. civ. n. 3181/2024, cit.

pagamento commessi dalle pubbliche amministrazioni, ha insito il rischio di limitare la tutela giurisdizionale effettiva delle società noleggiatrici nella declinazione prevista dall'art. 47, par. 1 della CDFUE⁸⁶ nonché di violare il principio di leale collaborazione sancito dall'art. 4, par. 3, TUE.

Ciò si verificherebbe, in primo luogo, in quanto tale principio, nonostante l'ampia portata applicativa del d.lgs. n. 231/2002, nega che simile prestazione possa costituire una transazione commerciale e che quindi possa essere disciplinata dalla normativa sui ritardi di pagamento, derivandone l'inapplicabilità delle disposizioni relative ai termini brevi di pagamento nonché alla maturazione degli interessi moratori automatici⁸⁷. In secondo luogo, in quanto lo stesso principio impedisce che le società noleggiatrici possano nella pratica disporre di un vero titolo esecutivo per agire in tutela della propria posizione creditoria nonché di un titolo ulteriore in cui siano loro riconosciuti gli interessi di mora commerciali eventualmente maturati, ponendosi così in contrasto anche con l'art. 10, par. 1 della direttiva sui ritardi di pagamento⁸⁸.

Infatti, dall'includere le prestazioni inerenti al servizio di noleggio all'interno della categoria delle spese processuali deriva l'applicazione per il pagamento del relativo compenso della procedura di liquidazione delle spese disciplinata dalle norme di cui all'artt. 168 ss. del Testo unico in materia di spese di giustizia⁸⁹. Tale procedura, però, non garantisce l'effettiva soddisfazione dei creditori nei termini indicati dalla direttiva, non prevedendo un termine entro cui provvedere alla liquidazione né disponendo che il titolo di pagamento, ossia il decreto di liquidazione emesso dal magistrato del procedimento, entri nell'effettiva disponibilità dei beneficiari, i quali vengono soltanto informati dell'avvenuta emissione⁹⁰.

In modo decisamente meno perentorio si è espressa invece la Cassazione nelle successive ordinanze di rinvio n. 5134 e n. 5890 del 2024, in cui si è più che altro soffermata sul possibile contrasto tra il modello procedimentale contemplato dal Testo

⁸⁶ «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo».

⁸⁷ Cass. civ. n. 3181/2024, cit., punto 6.3.

⁸⁸ Cass. civ. n. 3181/2024, cit., punto 6.5.

⁸⁹ Invero, in tutte e tre le ordinanze di rinvio la disposizione di fatto "incriminata" è l'art. 168 d.p.r. 115/2002 dal momento che l'art. 168bis non è applicabile *ratione temporis* alle fattispecie di cui si discute nei giudizi principali. Tuttavia, un indiretto riferimento a quest'ultima norma si rinviene nei quesiti pregiudiziali sollevati nelle ordinanze della Cassazione n. 5134/2024 e n. 5890/2024, ove infatti compare la dicitura "senza ritardo" per indicare il termine indeterminato per la liquidazione dei corrispettivi dovuti al prestatore di servizi di noleggio.

⁹⁰ Cass. civ. n. 3181/2024, cit., punto 6.4. Come poi ha rilevato la Cassazione, l'attuale procedura di liquidazione dei compensi della società noleggiatrici esclude di per sé che queste possano agire facendo ricorso al decreto ingiuntivo per far valere le proprie pretese (punto 6.5.). Si ricorderà infatti che secondo l'orientamento costante del giudice di legittimità soltanto col titolo di pagamento, *alias* il decreto emesso dal pubblico ministero, i crediti delle imprese fornitrici diventano certi, liquidi ed esigibili, non potendo ciò avvenire col "semplice" invio delle fatture commerciali alle procure (sul punto, v. sopra nel testo par. 2). Tale profilo è invero rilevante poiché la quasi totalità delle controversie che hanno avuto oggetto il pagamento degli interessi moratori derivanti dal ritardo nel pagamento del corrispettivo ai prestatori del noleggio è stata instaurata nel primo grado del giudizio di merito avendo già richiesto e ottenuto il decreto per ingiunzione ai sensi degli artt. 633 ss. c.p.c.

unico con le disposizioni della direttiva sui ritardi di pagamento e, nello specifico, con il riconoscimento degli interessi di mora nelle transazioni commerciali da quella direttiva garantiti. La Corte ha di preciso evidenziato che per come si svolge il procedimento per il pagamento del corrispettivo delle società noleggiatrici, in cui non vi sono termini precisi di liquidazione, non vengono attribuiti gli interessi moratori, essendo infatti escluso che si discuta di una transazione commerciale, e dove non viene riconosciuto a seguire un titolo esecutivo ai creditori, vi sono in relazione alla liquidazione delle prestazioni connesse al servizio di noleggio delle «implicazioni giuridiche quanto alla non spettanza degli interessi di mora previsti per le transazioni commerciali»⁹¹, che rendono pertanto necessario verificare con l'aiuto interpretativo della Corte di giustizia la compatibilità di tale modello procedimentale con la direttiva sui ritardi di pagamento⁹².

La scelta della Corte di Cassazione di sollevare tali domande di rinvio si pone, evidentemente, in aperta discontinuità rispetto alla condotta da lei finora tenuta. In modo anche inaspettato, il Supremo giudice ha valutato che fosse imprescindibile deferire la questione alla Corte di giustizia, la quale avrà l'occasione di pronunciarsi finalmente in un giudizio pregiudiziale in merito all'esclusione, per effetto anche della giurisprudenza di legittimità, del noleggio concernente la strumentazione utilizzata nelle operazioni di intercettazione dal campo di applicazione della direttiva 2011/7/UE.

In tale ottica si colloca specialmente la prima ordinanza di rinvio, in cui la volontà della Cassazione di interloquire con il giudice europeo sembra addirittura tradursi in un atteggiamento di “deferenza” nei confronti di quest'ultimo, ciò risultando soprattutto in quei passaggi argomentativi in cui il giudice di legittimità mette in luce alcuni “fondamenti” connessi al meccanismo del rinvio pregiudiziale, tra i quali lo stretto rapporto di cooperazione che si viene ad instaurare tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali per mezzo dell'art. 267 TFUE, la più ampia facoltà di questi giudici di ricorrere al rinvio pregiudiziale che nessuna norma nazionale può in qualsiasi modo limitare, ma al contempo l'obbligo dei giudici di conformarsi all'interpretazione pregiudiziale resa dalla Corte, in quanto il procedimento di rinvio pregiudiziale costituisce «la chiave di volta del sistema giurisdizionale nell'Unione Europea»⁹³, che mira ad assicurare l'unità interpretativa del diritto europeo, garantendo così la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia propri di tale diritto, e, quindi, il carattere peculiare dell'ordinamento europeo come istituito dai Trattati⁹⁴.

⁹¹ Cass. civ. n. 5134/2024, cit., punto 5.2.

⁹² Cfr. Cass. civ. n. 5134/2024, cit., punto 8 nonché Cass. civ. n. 5890/2024, cit., punto 6.

⁹³ Così qualificato dalla Corte di giustizia nel parere del 8 dicembre 2014, 2/13, *Adesione dell'Unione alla Cedu*, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=IT>

⁹⁴ Cfr. Cass. civ. n. 3181/2024, cit., punto 8 e la giurisprudenza della Corte di giustizia ivi citata. La Cassazione, tuttavia, nel voler valorizzare l'importanza di effettuare il rinvio pregiudiziale per la fattispecie in discorso è andata forse addirittura oltre nel momento in cui ha deciso di “recuperare” i principi interpretativi da lei enucleati nella famosa ordinanza di rinvio n. 19598/2020 relativa al “caso *Randstad*”, in virtù dei quali il giudice, in specie quello di ultima istanza, incorrerebbe in un difetto di giurisdizione laddove decida autonomamente la questione di diritto dell'Unione tramite l'interpretazione delle norme di questo anche se poco “chiare” e senza addurre al riguardo alcuna motivazione, andando così ad usurpare le funzioni che i Trattati hanno conferito alla Corte di giustizia a cui spetta l'ultima e definitiva parola in merito all'interpretazione del diritto europeo. Senza voler entrare nel merito di quella vicenda, si ritiene

Con riferimento alla fattispecie di diritto “materiale”, la Cassazione sembra essere divenuta maggiormente consapevole delle difficoltà che incorrono le società noleggiatrici sul piano della tutela delle loro pretese creditorie una volta che hanno reso le prestazioni a favore delle procure, essendo impossibilitate a richiedere tutte quelle misure che la normativa sui ritardi di pagamento dispone a garanzia dei crediti di pagamento sorti nei rapporti commerciali con la P.A.

Tuttavia, proprio a tal riguardo non si possono non cogliere delle ambiguità di fondo che sembrano rimanere sottese a tutte e tre le ordinanze emesse dal giudice di legittimità. In queste, infatti, pur venendo prospettati diversi profili di incompatibilità col diritto dell’Unione, sembra essere lasciato “in sordina” il vero punto focale della questione, ovvero se il servizio di noleggio della strumentazione per lo svolgimento delle intercettazioni nell’ambito del procedimento penale possa o meno essere considerata a tutti gli effetti una transazione commerciale. Più precisamente, nel ragionamento della Corte parrebbero quasi essere state invertite le conseguenze con le premesse, laddove si è ravvisato un possibile contrasto con le norme di derivazione europea in quanto l’esclusione delle prestazioni delle società noleggiatrici dall’applicazione della direttiva non garantirebbe loro una tutela giurisdizionale effettiva nel senso prescritto dalla direttiva⁹⁵, oppure laddove si è cercato di valutare la compatibilità di una procedura di liquidazione prevista dal diritto interno per le spese di giustizia con le prescrizioni delle norme sui ritardi di pagamento⁹⁶. Ma tali problematiche sarebbero dovute logicamente sorgere in un momento successivo, quando, per l’appunto, fosse già stata ravvisata nel caso concreto una transazione commerciale nei suoi elementi costitutivi e perciò fossero sorti ragionevoli dubbi per ritenere ivi applicabile la normativa in tema di ritardi di pagamento.

Certamente, il fatto che la Cassazione abbia rilevato alcuni punti di conflitto tra le due discipline lascia presumere che abbia superato positivamente tale verifica. Ciò non toglie però che, anche in una prospettiva di leale collaborazione, sarebbe stato opportuno circostanziare meglio alla Corte di giustizia tutti quei fattori che l’hanno eventualmente portata a ravvisare nel servizio reso dalle società noleggiatrici l’effettivo compimento di una transazione commerciale⁹⁷.

comunque che la Cassazione, più che riprendere un orientamento giurisprudenziale notoriamente fatto oggetto di un vasto e complesso dibattito in dottrina (v., *ex multis*, A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e Diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. N. 19598/2020*, Roma, 2021, p. 1 ss.) e che, di fatto, è rimasto minoritario all’interno dello stesso organo giurisdizionale di legittimità (cfr., ad esempio, Cass. civ. Sez. Un., 20 ottobre 2020, n. 228119), avrebbe forse colto maggiormente nel segno se avesse esplicitato meglio il ruolo da lei ricoperto di giudice di ultima istanza, che in tale veste è tenuta all’obbligo di rinvio pregiudiziale qualora non siano concretamente invocabili le eccezioni al rinvio obbligatorio come individuate dalla Corte di giustizia, tra cui, da ultimo, nella pronuncia *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*.

⁹⁵ Cass. civ. n. 3181/2024, punto 6.3, cit.

⁹⁶ Cass. civ. n. 5134/2024, cit., punto 8; Cass. civ. n. 5890/2024, cit.

⁹⁷ Si noti che l’illustrazione dei motivi che portano il giudice del rinvio a interrogarsi sull’interpretazione di determinate norme di diritto dell’Unione è precisamente uno dei criteri che il giudice *a quo* deve soddisfare affinché la domanda pregiudiziale non venga altrimenti dichiarata irricevibile dalla Corte di

Al netto delle considerazioni sin qui effettuate, è indubbiamente apprezzabile che la Suprema corte abbia voluto porre in discussione la propria giurisprudenza in materia sottoponendola al vaglio della Corte di giustizia. Allo stesso tempo, non si può non osservare che tale “cambio di rotta” sembrerebbe essere stato parzialmente influenzato dall’avanzare della procedura di infrazione contro lo Stato italiano, che, si ricorda, verte precisamente sull’esclusione dall’applicazione della direttiva 2011/7/UE dei servizi di noleggio delle apparecchiature per le intercettazioni telefoniche e ambientali nell’ordinamento nazionale, e che è attualmente allo stadio di contenzioso a Lussemburgo⁹⁸.

4. Considerazioni conclusive.

La vicenda che vede le società di noleggio del settore delle intercettazioni cercare di ottenere le protezioni accordate dalla normativa di origine europea sui ritardi pagamento offre uno spunto per riflettere circa il peso del ruolo di un organo nazionale giurisdizionale, in specie di ultima istanza, nell’assicurare la corretta applicazione del diritto dell’Unione, garantendo che i diritti dei singoli ad essi derivanti da quel diritto godano di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Come si è visto, in plurime occasioni la Cassazione è stata chiamata a dirimere il contenzioso che ancora oggi si protrae tra le imprese fornitrici delle apparecchiature per le intercettazioni e le procure nazionali a cui viene data la disponibilità di tale strumentazione, ma soltanto recentemente ha optato per chiedere l’intervento interpretativo della Corte di giustizia, in ordine sostanzialmente alla possibile applicazione della disciplina interna di recepimento della direttiva 2011/7/UE al servizio di noleggio, nonostante le diverse richieste di parte formulate in tal senso⁹⁹.

giustizia in sede di esame durante il giudizio pregiudiziale (cfr. art. 94, lett. c) del Regolamento di procedura della Corte).

⁹⁸ Ciò si evince, in particolar modo, dalle ordinanze “gemelle” n. 5134/2024 e n. 5890/2024, ove la Cassazione ha inserito un lungo e dettagliato *excursus* di come si è svolta non soltanto la procedura di infrazione n. 2021/4037 strettamente inerente al caso di specie, ma anche quella in cui la Corte di giustizia ha accertato la violazione sistematica da parte delle pubbliche amministrazioni italiane della violazione dei termini di pagamento sanciti dalla direttiva 2011/7/UE (procedura di infrazione n. 2014/2143, v. sopra nota 5), in apparenza ponendole come una circostanza rilevante da inserire (e quindi) valutare nel contesto della verifica della compatibilità dell’attuale sistema a cui è soggetto il servizio di noleggio con le norme di diritto dell’Unione.

⁹⁹ Benché sia un principio consolidato di diritto dell’Unione che il meccanismo di rinvio pregiudiziale è lungi da essere uno strumento lasciato nella disponibilità delle parti del processo nazionale a cui è infatti precluso il suo utilizzo per “innescare” tale rinvio ad opera del giudice di ultima istanza (cfr. Corte giust., 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*, ECLI:EU:C:2013:489, punto 28), tuttavia, in presenza di una formulata richiesta di effettuare una domanda pregiudiziale specialmente qualora vengano prospettate al giudice orientamenti giurisprudenziali difforni sulla medesima norma europea, il giudice di ultima istanza ha l’onere di valutare attentamente se possa o meno appellarsi alle eccezioni all’obbligo di rinvio pregiudiziale nonché il dovere di esplicitare i motivi per cui non ritenga necessario deferire la questione alla Corte di giustizia (in tal senso, cfr. Corte giust., 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, cit.).

In precedenza, il Supremo giudice, come da lui stesso invero ricordato nelle recenti ordinanze di rimessione¹⁰⁰, non ha ravvisato alcun motivo, o meglio, alcun dubbio interpretativo per effettuare il rinvio pregiudiziale sulla questione circa l'incompatibilità col diritto dell'Unione dell'interpretazione da lui stesso adottata che fino ad oggi ha escluso l'attinenza al servizio in parola della disciplina sui ritardi di pagamento. In effetti, la giurisprudenza di legittimità sembrava ormai essersi pienamente consolidata per attribuire una qualifica esclusivamente di tipo pubblicistico al rapporto che si viene a creare tra le imprese fornitrici della strumentazione per le intercettazioni e le procure, sebbene vi fossero nello stesso ordinamento interno orientamenti giurisprudenziali differenti sul tema.

Ci si chiede, dunque, se la rivisitazione che la Cassazione sembra aver effettuato della propria giurisprudenza e che le ha consentito di valutare il contrasto conseguente rispetto alla disciplina sui ritardi di pagamento si sarebbe nello stesso modo verificata anche nel caso in cui l'orientamento di legittimità non fosse stato oggetto di una precisa censura da parte della Commissione, considerato che proprio l'interpretazione adottata dalla Cassazione verrà in futuro ad essere analizzata dalla Corte di giustizia sotto anche la diversa luce del giudizio di inadempimento *ex* art. 258 TFUE nell'ottica dell'accertamento di una violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale nazionale accertabile e imputabile, come è noto, nei confronti dello Stato membro a cui il giudice appartiene¹⁰¹.

Comunque sia, il mutamento di prospettiva del giudice di legittimità è da accogliersi con favore, non soltanto perché ha rilevato un potenziale *vulnus* alla posizione soggettiva delle società noleggiatrici che sono soggette ancora oggi ad un'importante instabilità economica, nonché giuridica, potenzialmente incompatibile col diritto dell'Unione, ma anche perché ha ritenuto fondamentale confrontarsi sul punto con la Corte di giustizia, valorizzando così lo stretto rapporto di cooperazione che lega tali istanze giurisdizionali specialmente nell'ambito del meccanismo di rinvio pregiudiziale, in cui notoriamente il giudici nazionali partecipano strettamente con la prima alla corretta applicazione e interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, assicurando così la tutela dei diritti che i singoli traggono da quel diritto¹⁰².

La questione, pertanto, passa ora alla Corte di giustizia, la quale avrà l'opportunità di esaminare le peculiarità che contraddistinguono il servizio di fornitura delle apparecchiature adibite per le intercettazioni nell'ambito dei procedimenti penali attraverso il "prisma" della nozione autonoma di transazione commerciale propria della direttiva sui ritardi di pagamento.

¹⁰⁰ In particolare, cfr. Cass. civ. n. 5134/2024, cit., punto 7; Cass. civ. n. 5890/2024, cit., punto 5.

¹⁰¹ Cfr. Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione europea c. Repubblica francese*, C-416/17, cit., punto 106.

¹⁰² V., da ultimo, Corte giust., 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS*, ECLI:EU:C:2022:99, punto 64 ss.