



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza
n. 4/2021**

Sommario

- 1. La sentenza n. 65 del 2021 della Corte costituzionale in materia di disciplina dei diritti amministrativi in materia di comunicazioni elettroniche 2**
- 2. La sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale e il diritto al silenzio 5**
- 3. Esclusione dal “ramo core” della partecipazione di Condotte legate al Mose - Commissariamento ex art. 32, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2014 e contratto stipulato da un consorzio 10**
- 4. Alla Corte di Giustizia Ue la riduzione di aggi e compensi solo nei confronti degli operatori del gioco con apparecchi da intrattenimento 14**
- 5. Il Consiglio di Stato sulla vincolatività delle cd. FAQ (*Frequently Asked Questions*) 21**

1. La sentenza n. 65 del 2021 della Corte costituzionale in materia di disciplina dei diritti amministrativi in materia di comunicazioni elettroniche

La Corte Costituzionale affronta, nella pronuncia in commento, la questione relativa alle modalità di calcolo dei diritti amministrativi dovuti dalle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso.

La questione

La questione di legittimità costituzionale concerne le norme a fondamento della pretesa erariale di diritti, ossia l'art. 34 del decreto legislativo n. 259 del 2003 e successive modificazioni ed è posta, da parte del giudice *a quo* con riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione, nonché agli articoli 11 e 117, primo comma, questi ultimi in relazione alla conformità della normativa nazionale rispetto alla disciplina europea. In particolare, due società avevano chiesto la restituzione, ai sensi dell'art. 2033 codice civile, di tutte le somme corrisposte al Ministero dello sviluppo economico (MiSE) nel periodo 2009-2018, a titolo di diritti amministrativi, in base a quanto previsto dall'art. 34 del d.lgs. n. 259 del 2003 e nella misura stabilita dall'art. 1, comma 1, dell'Allegato n. 10 al medesimo codice. In particolare, viene invocata la *condictio indebiti* quale effetto della richiesta di declaratoria di illegittimità costituzionale delle richiamate norme del codice delle comunicazioni elettroniche, che costituiscono la giusta causa dei pagamenti effettuati.

La disciplina nazionale oggetto di contestazione recepisce le previsioni della direttiva 2002/20/CE che, sulla materia, all'articolo 12, prevede i seguenti principi:

- a) i diritti amministrativi coprono complessivamente i soli costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione;
- b) sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori.

Le autorità nazionali di regolamentazione che impongono il pagamento di diritti amministrativi sono tenute a pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi. Alla luce delle differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche.

La legislazione nazionale di recepimento, ossia il decreto legislativo n. 259 del 2003, contenente il Codice delle comunicazioni elettroniche, sottoposta in questo specifico ambito a successivi adattamenti, prevede due tipologie di contribuzione da parte del mercato a copertura dei diritti amministrativi: una a copertura delle attività dell’Autorità per le garanzie delle comunicazioni, e l’altra riferibile ai compiti del Ministero dello sviluppo economico. Solo quest’ultima è oggetto della questione sottoposta alla Corte.

Il giudice rimettente rileva, con riferimento alle modalità di calcolo dei diritti amministrativi dovuti dalle imprese al Ministero dello sviluppo economico, che il calcolo degli stessi è definito per legge, e per l’esattezza secondo le previsioni dell’articolo 1, comma 1 dell’Allegato 10 al Codice delle comunicazioni elettroniche. Tale disposizione individua i diritti amministrativi dovuti dalle imprese sulla base dell’estensione territoriale e del numero di utenti potenziali delle stesse in cifra fissa e predeterminata.

Il giudice rileva, riguardo a questa scelta, che essa violerebbe il principio di proporzionalità, richiesto dalla direttiva europea nella definizione dell’entità dei diritti amministrativi dovuti, e segnala che anche i successivi interventi di modifica non avrebbero risolto i problemi di ragionevolezza ed equità nella definizione degli importi. Il giudice, infatti, segnala che vi sarebbe una irragionevole disparità di trattamento fra diverse imprese operanti sul mercato posto che l’imposizione dei diritti non terrebbe conto della capacità economica e reddituale sul mercato delle imprese trattando in modo uguale situazioni diverse, con riflessi anche sulla materia della tutela della concorrenza.

L’altro rilievo concerne il fatto che, fino alla novella introdotta con la legge n. 115 del 2015, non era previsto l’obbligo di rendicontazione e i doveri ad esso conseguenti, cosa che avrebbe violato non solo le prescrizioni della direttiva, ma anche il principio di imparzialità e di buon andamento della Pubblica amministrazione, di cui all’art. 97, secondo comma, della Costituzione.

La decisione della Corte

Con la sentenza n. 65 del 2021, la Corte ha dichiarato tuttavia inammissibili, per carenza di giurisdizione del giudice ordinario, tutte le questioni di costituzionalità rilevate, rientrando la materia (controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di comunicazioni elettroniche), ai sensi dell’articolo 133, comma 1, lettera m), dell’Allegato 1 al d.lgs. n. 104 del 2010, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, infatti, il difetto di giurisdizione del giudice *a quo* determina l’inammissibilità della questione, ove esso sia rilevabile *ictu oculi*.

Nonostante ciò, la Corte rileva come “la rigida determinazione dei contributi, affidata a cifre cristallizzate nella fonte primaria, non consente di apportare le opportune rettifiche che – in linea con l’art. 12 della direttiva 2002/20/CE – devono essere introdotte alla luce delle differenze tra l’importo totale dei diritti e i costi amministrativi. Del resto, lo stesso art. 34 del d.lgs. n. 259 del 2003, nella sua attuale formulazione, dispone che in base alle eventuali

differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi vengono apportate opportune modifiche”.

La Corte pone quindi la questione del coordinamento tra la tecnica di determinazione dei diritti amministrativi prevista dall'art. 1, comma 1, dell'Allegato n. 10 al codice comunicazioni elettroniche e l'esigenza di un possibile ricalcolo a consuntivo degli stessi in relazione ai costi amministrativi effettivi da rendicontare, che è previsto in linea di principio dall'articolo 34 del decreto legislativo n. 259 del 2003, ma le cui modalità non sono effettivamente determinate, con la possibilità quindi di un contrasto tra la previsione normativa che fissa l'entità fissa dei diritti amministrativi dovuti e la presenza in un atto ricognitivo – non avente valore normativo – che individui un costo amministrativo potenzialmente più basso.

2. La sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale e il diritto al silenzio

La sentenza n. 84 del 2021, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 187-*quinqüesdecies* del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (e con esso, in via consequenziale, di altre norme dall'analogo tenore relative a condotte di mancata collaborazione con la Banca d'Italia), rende incostituzionale sanzionare la condotta delle persone fisiche che si siano rifiutate di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la propria responsabilità per illeciti idonei a condurre all'irrogazione di sanzioni amministrative a carattere punitivo ovvero la propria responsabilità penale. Questo il verdetto della Corte costituzionale in merito alla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione che aveva indotto la Consulta ad effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con la celebre ordinanza n. 117 del 2019.

La sentenza n. 84 del 2020 ha dichiarato la illegittimità costituzionale – per violazione degli articoli 24, 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli articoli 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e 14, paragrafo 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP), nonché agli articoli 11 e 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) – dell'articolo 187-*quinqüesdecies* del decreto legislativo n. 58 del 1998 (Testo unico della finanza - TUF), nella parte in cui consente di sanzionare la persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. La declaratoria di incostituzionalità ravvisa nella disposizione una violazione del diritto di difesa.

Le disposizioni oggetto della sentenza

L'articolo 187-*quinqüesdecies* del TUF dispone che, fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, è punito chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse (comma 1). Il comma 1-*bis* del medesimo articolo del TUF specifica che, se la violazione è commessa da una persona fisica, si applica nei confronti di quest'ultima la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila fino a euro cinque milioni. Il successivo 1-*ter* riguarda invece il caso in cui la violazione venga commessa da una società o un ente, stabilendo l'applicazione nei confronti di questi ultimi della sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila fino a euro cinque milioni, ovvero fino al dieci per cento del fatturato, quando tale importo è superiore a euro cinque milioni e il fatturato è determinabile

ai sensi dell'articolo 195, comma 1-*bis*. Fermo restando quanto previsto per le società e gli enti nei confronti dei quali sono accertate le violazioni, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal comma 1-*bis* nei confronti degli esponenti aziendali e del personale della società o dell'ente se la condotta ha inciso in modo rilevante sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendali, ovvero ha provocato un grave pregiudizio per la tutela degli investitori o per la trasparenza, l'integrità e il corretto funzionamento del mercato. Il comma 1-*quater*, infine, consente di elevare la sanzione amministrativa pecuniaria fino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto, purché tale ammontare sia determinabile, ove lo stesso risulti superiore ai limiti massimi indicati nell'articolo.

Rispetto a tali disposizioni, la decisione delle questioni di legittimità costituzionale all'esame della Corte è unicamente incentrata sull'obbligo di sanzionare anche chi si sia rifiutato di rispondere alle domande della Banca d'Italia e della Consob nell'esercizio del proprio diritto al silenzio, obbligo che viene dichiarato costituzionalmente illegittimo. La Corte indica che spetterà poi primariamente al legislatore la più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto rispetto alle attività istituzionali della Banca d'Italia e della Consob.

La questione

La Corte di cassazione, sezione seconda civile, ha sollevato – accanto alle questioni di legittimità costituzionale già definite dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 112 del 2019 – questioni di legittimità costituzionale in relazione all'articolo 187-*quinquiesdecies* del TUF nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate.

Il giudizio *a quo* trae origine da un procedimento sanzionatorio avviato dalla Consob, all'esito del quale sono state irrogate diverse sanzioni amministrative, tra le quali, una sanzione pecuniaria di 50.000 euro in relazione all'illecito amministrativo di cui all'articolo 187-*quinquiesdecies* del TUF per avere rinviato più volte la data dell'audizione alla quale il soggetto era stato convocato e, una volta presentatosi alla stessa Consob, per essersi rifiutato di rispondere alle domande che gli erano state rivolte. Il giudice *a quo* dubita, tuttavia, che un simile esito sia compatibile con il “diritto al silenzio”, fondato su tutti i parametri costituzionali e sovranazionali rammentati.

La Corte riprende alcune affermazioni contenute nell'ordinanza n. 117 del 2019, laddove è stato esposto che il “diritto al silenzio” dell'imputato – pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale – costituisce un “corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa”, garantendo all'imputato nel procedimento penale la possibilità di rifiutare di sottoporsi all'esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le indagini.

Pur non avendo avuto modo di stabilirlo nel caso specifico, la Corte ha ricordato che in numerose occasioni singole garanzie costituzionali previste per la materia penale sono state estese nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura punitiva secondo i criteri Engel, quali quelle assistite dall'obbligo di ottemperare nei termini alle richieste di Consob e Banca d'Italia sancito dell'articolo 187-*quinquiesdecies* del TUF.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (EDU) ha dal canto suo espressamente esteso il diritto al silenzio desumibile dall'articolo 6 della CEDU (diritto a non cooperare alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessionaria) anche all'ambito dei procedimenti amministrativi, riconoscendo in particolare il diritto di chiunque sia sottoposto a un procedimento che potrebbe sfociare nella irrogazione di sanzioni di carattere punitivo a non essere obbligato a fornire all'autorità risposte dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità, sotto minaccia di una sanzione in caso di inottemperanza.

Poiché l'articolo 187-*quinquiesdecies* del TUF costituisce specifica trasposizione dell'obbligo sancito dall'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE (poi sostituito, in termini analoghi, dall'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento UE n. 596/2014), la Corte aveva ritenuto (ordinanza n. 117 del 2019) di dover sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) la duplice domanda pregiudiziale, di interpretazione e di validità allo scopo di chiarire, da un lato, se le citate disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014, anche alla luce degli artt. 47 e 48 CDFUE, possano essere interpretate nel senso di non vincolare gli Stati membri a sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura punitiva e dall'altro lato se, in caso di risposta negativa a tale prima domanda, le disposizioni in parola siano compatibili con i citati artt. 47 e 48 CDFUE.

Nella propria sentenza, la Corte di giustizia ha affermato che le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 "si prestano ad una interpretazione conforme agli articoli 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale". Con tale interpretazione viene dunque escluso tale rifiuto dalle fattispecie di "omessa collaborazione" per le quali gli Stati membri debbono provvedere (ai sensi del regolamento UE n. 596/2014) affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate.

Anche sulla base anche delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in merito alla portata degli artt. 47 e 48 CDFUE, la Corte Costituzionale ha ritenuto che sia incompatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare una persona fisica la quale, richiesta di fornire informazioni alla Consob nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e

funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero – *a fortiori* – nell’ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale.

Allo stesso tempo, la Corte sottolinea che il diritto al silenzio non giustifica comportamenti ostruzionistici che cagionino indebiti ritardi allo svolgimento dell’attività di vigilanza della Consob, come il rifiuto di presentarsi ad un’audizione prevista da tali autorità, ovvero manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell’audizione stessa. Né il diritto al silenzio potrebbe legittimare l’omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta della Consob, formulata ai sensi dell’articolo 187-*octies*, commi 3 e 4, del TUF.

La decisione della Corte

La Corte ha ritenuto fondata la questione di costituzionalità e, pertanto, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 187-*quinquiesdecies* del TUF, nel testo introdotto dall’articolo 9, comma 2, lettera b), della legge n. 62 del 2005 e vigente al momento del fatto addebitato al ricorrente nel processo *a quo*, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale viene inoltre estesa, in via consequenziale, alle disposizioni dell’articolo citato così come modificate, rispettivamente, dall’articolo 24, comma 1, lettera c), del decreto-legge n. 179 del 2012 (cosiddetto Decreto crescita *bis*) e dall’articolo 5, comma 3, del decreto legislativo n. 129 del 2017 (che ha attuato una serie di atti europei).

La prima modifica estende le sanzioni previste dalla norma alle condotte di mancata collaborazione con la Banca d’Italia, tra le quali deve ritenersi compresa anche la mancata risposta a domande formulate dalla stessa Banca d’Italia, che possano far emergere la responsabilità della persona fisica per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

La seconda modifica ha precisato che il ritardo recato all’esercizio delle funzioni della Banca d’Italia e della Consob è sanzionato con riferimento alle sole funzioni “di vigilanza”, ha aggiunto al novero delle condotte sanzionate quella di mancata cooperazione, e ha modificato la cornice edittale delle sanzioni, differenziando tra persone fisiche e persone giuridiche. Dal momento che il dato testuale risultante dalla novella lascia intatta la possibilità di sanzionare la persona fisica che si rifiuti di rispondere a domande formulate dalla Banca d’Italia o dalla Consob dalle quali possa emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo punito con sanzioni di natura punitiva, ovvero per un reato, anche tale nuova formulazione deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima *in parte qua*.



Al contempo, la Corte ha tuttavia espresso una indicazione, se non una sorta di monito, circa l'esigenza di un ulteriore seguito normativo. La Corte ha infatti rilevato: “spetterà poi primariamente al legislatore la più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto – non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell’ambito del procedimento e del processo penale – rispetto alle attività istituzionali della Banca d’Italia e della Consob, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione, nel rispetto dei principi discendenti dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dal diritto dell’Unione europea”.

3. Esclusione dal “ramo core” della partecipazione di Condotte legate al Mose - Commissariamento ex art. 32, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2014 e contratto stipulato da un consorzio

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 19 luglio 2021, n. 5383, ha chiarito che della misura commissariale di cui all'art. 32, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2014 occorre dare un'interpretazione il più aderente possibile alla lettera della legge, ribadendo come si tratti di una speciale forma di commissariamento riguardante soltanto il contratto pubblico, di cui si vuole garantire l'integrale esecuzione al riparo da ogni condizionamento ed evitare che, nel frattempo, utilità illecite siano percepite dal reo (o presunto tale), e non anche la *governance* dell'impresa, in ciò distinguendosi dalle misure di prevenzione patrimoniale disposte ai sensi del d.lgs. n. 159/2011. Inoltre, il Collegio ha evidenziato che il decreto ministeriale è un tipico atto autorizzatorio in funzione di controllo, secondo parametri compositi di giudizio, ricomprendenti anche (se non soprattutto) l'opportunità e la discrezionalità di natura tecnica che però, per quanto rileva in sede giurisdizionale, possono essere censurate solo in caso di macroscopici vizi di legittimità ed irragionevolezza; nel caso di specie non sono sussistenti, avendo l'organo deputato ad adottare l'atto ben evidenziato le ragioni della scelta, legate alle prospettive di redditività del contratto e delle attività di esecuzione.

Fatto e diritto

Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 19 luglio 2021, n. 5383, in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), ha riformato la sentenza del TAR Lazio (Sezione Terza) n. 3102/2020, concernente il decreto del 23/04/2019 con cui il Ministero per lo sviluppo economico ha approvato il programma di cessione dei complessi aziendali presentato dalla società italiana per Condotte d'Acqua, nella parte relativa alla realizzazione del sistema MoSE.

Il Consorzio Venezia Nuova, costituito nel 1982, e la Comar scarl sono soggetti incaricati della realizzazione degli interventi previsti dalla convenzione quadro n. 7191 del 1991 per la salvaguardia della laguna di Venezia e la realizzazione del sistema MoSE, e, a seguito dei noti fatti di cronaca emersi nel 2014, sono stati assoggettati alla fine di quello stesso anno alla misura prefettizia di cui all'art. 32 del d.l. 90 del 2014.

Al Consorzio e alla Comar partecipava sino al 2019, tra gli altri consorziati, la società italiana per Condotte d'Acqua spa, in amministrazione straordinaria. In data 5/03/2019 i commissari straordinari di Condotte hanno comunicato a quelli del Consorzio Venezia e della Comar il recesso ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 270/1999. Gli amministratori del Consorzio e della

Comar, assumendo l'inefficacia dell'atto di recesso hanno chiesto al Ministero dello sviluppo economico di salvaguardare l'interesse pubblico volto alla realizzazione dei contratti commissariati ai sensi dell'art. 32 ed hanno impugnato l'atto di tale Ministero, del 23/04/2019, recante l'approvazione ai sensi dell'art. 57 del d.lgs. n. 270/1999 del programma di cessione dei complessi aziendali di Condotte ed altre società del gruppo, nella parte in cui individua nel "ramo non core" la realizzazione del MoSE e prevede lo scioglimento dal Consorzio Venezia Nuova.

Il TAR, con la sentenza n. 3102/2020, riconosciuta la propria giurisdizione e ricostruita la natura e la funzione del commissariamento ex art. 32, quale misura *ad contractum*, ha respinto il ricorso sul fondamentale rilievo che tale misura espliciti i suoi effetti solamente nei confronti delle parti in senso stretto del contratto "commissariato", quindi della sola impresa incaricata dell'esecuzione dell'appalto o comunque del contratto pubblico, senza che possa rilevare la natura consortile di tale impresa. Quanto alla scelta di inserire nel ramo non core la commessa in questione, riconosciutane la natura ampiamente discrezionale, il TAR l'ha giudicata esente da travisamento o illogicità manifesta, alla luce della grave situazione finanziaria di Condotte e del carattere non remunerativo della commessa in questione.

Con il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", convertito con modifiche dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, il Governo aveva adottato una complessa serie di disposizioni in materia di appalti pubblici. L'art. 32, in particolare, rubricato: "Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione" mirava a rafforzare i poteri del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in materia di gestione degli appalti pubblici, per evitare che l'avvio di una indagine su fatti di corruzione relativi alla gestione di appalti potesse bloccare la realizzazione di opere di interesse pubblico.

Il Consiglio di Stato osserva innanzitutto come la controversia abbia ad oggetto il decreto del Ministero per lo sviluppo economico recante l'autorizzazione all'esecuzione del programma di cessione dei complessi aziendali relativi alla società italiana Condotte d'Acqua, con particolare riferimento alla partecipazione ai lavori del Progetto MoSE. La domanda di annullamento proposta non ha infatti ad oggetto né l'atto di recesso dal Consorzio Italveneziana comunicato da Condotte il 5/03/2019, né il programma di cessione dei complessi aziendali di Condotte.

Nel merito, il Consiglio di Stato chiarisce che della misura commissariale di cui all'art. 32, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2014 è ragionevole e prudente dare un'interpretazione il più aderente possibile alla lettera della legge (che riferisce la misura "limitatamente alla completa esecuzione del contratto"), ribadendo come si tratti di una speciale forma di commissariamento riguardante soltanto il contratto pubblico, di cui si vuole garantire

l'integrale esecuzione al riparo da ogni condizionamento ed evitare che nel frattempo utilità illecite siano percepite dal reo o da chi si reputa tale, e non anche la *governance* dell'impresa, in ciò distinguendosi dalle misure di prevenzione patrimoniale disposte ai sensi del d.lgs. 159/2011.

In questa prospettiva, la tesi secondo cui in caso di commissariamento del contratto pubblico stipulato da un consorzio il vincolo si estenderebbe automaticamente a tutte le sue consorziate, il che impedirebbe loro di sciogliersi, è priva di una base normativa sicura. Né vale il richiamo ai precedenti del Consiglio di Stato citati nel ricorso di primo grado e nell'appello, che avevano ad oggetto la differente questione dell'accantonamento degli utili delle consorziate, e dove comunque si è ribadito pur sempre come la pretesa di assoggettare alla misura di cui all'art. 32 le imprese consorziate appare di incerta applicabilità.

Invero, le singole imprese consorziate non hanno con la pubblica amministrazione alcun rapporto, non rientrando in alcuna delle categorie indicate dalla norma per procedere al commissariamento in questione; e in un altro passaggio della motivazione si rimarca inoltre che il provvedimento prefettizio colpisce soltanto in via di fatto e indirettamente le imprese in questione (ossia le imprese consorziate), la cui posizione soggettiva va tutelata, semmai, dinanzi al giudice ordinario per tutte le questioni interne relative al rapporto tra le consorziate che hanno eseguito i lavori e il CVN (Consorzio Venezia Nuova).

L'autonomia e la distinzione, sul piano della soggettività giuridica, tra il CVN, in quanto consorzio con attività esterna ai sensi degli artt. 2612 e 2614 c.c., e le imprese consorziate che lo compongono, sono sottolineate anche dall'Anac nella delibera 10 maggio 2017, n. 497; come anche il dato per cui il consorzio rimane il solo interlocutore dell'amministrazione appaltante.

Resta pertanto da esaminare il secondo corno della lite, sul quale si sono venute concentrando in appello le difese di parte ricorrente, che investe più direttamente l'atto ministeriale.

Di tale atto è dedotta l'illegittimità essenzialmente per carenza di istruttoria e di motivazione, assumendo che il Ministero, nell'autorizzare il programma di cessione dei complessi aziendali di Condotte, non avrebbe effettuato una reale ed effettiva ponderazione in ordine alla funzione e alla rilevanza strategica delle attività relative al MOSE.

Se questa è in estrema sintesi la linea di difesa del Consorzio, il Collegio deve rilevare in premessa come il decreto ministeriale in questione sia un tipico atto autorizzatorio in funzione di controllo, secondo parametri compositi di giudizio, ricomprendenti anche (se non soprattutto) l'opportunità e la discrezionalità di natura tecnica che però per quanto rileva in sede giurisdizionale possono essere censurate solo in caso di macroscopici vizi di legittimità ed irragionevolezza. Nel caso in questione, tuttavia, non sono sussistenti, avendo l'organo

commissariale ben evidenziato le ragioni della scelta legate alle prospettive di redditività del contratto e delle attività di esecuzione. Né ci deve formare all'aspetto della sinteticità della motivazione dell'atto approvativo che per sua natura può essere motivato *per relationem* o succintamente.

L'art. 57, al comma 2, prevede peraltro che all'approvazione in forma espressa possa sostituirsi quella in forma tacita, ove il Ministero non si pronunci entro 90 giorni dalla presentazione del programma. Un effetto legalmente tipico che, se di sicuro non dispensa il Ministero dal condurre un'istruttoria attenta sul programma, chiaramente "sacrifica" invece la motivazione a fronte della certezza del rispetto dei tempi.

Su queste premesse di ordine più generale, il Consiglio di Stato aggiunge come l'istruzione probatoria disposta in appello abbia ulteriormente chiarito l'esistenza di un nutrito e ragguardevole contenzioso implicante il Consorzio e suscettibile di impegnare la responsabilità anche di Condotte. A tale elemento si aggiunge la considerazione, evidenziata in più punti, delle difficoltà di varia natura che investono non da oggi la realizzazione del MOSE, il cui completamento, per quanto possa mancare poco dell'ultimo tratto finale, comunque non avverrà realisticamente (e nella migliore delle ipotesi) prima dell'anno prossimo.

Alla luce di questi elementi, tenuto conto della situazione di Condotte sottoposta ad amministrazione straordinaria e tenuta quindi a ricercare per definizione prospettive di recupero dell'equilibrio economico nelle forme e nei modi di cui all'art. 27 del d.lgs. 270/1999, scindendo attività strategiche e non, in una prospettiva tesa alla continuità aziendale di ciò che risulta conveniente e redditizio e di ciò che risulta prospetticamente più incerto, non può dirsi irragionevole che le partecipazioni legate al Mose siano state valutate dai commissari come non remunerative e non meritevoli di essere incluse nel "ramo core".

Di questa valutazione, e della conseguente opzione, il Ministero, dotato di ampia discrezionalità sulla complessiva valutazione delle scelte di piano censurabili per irragionevolezza manifesta, esaminate le ragioni e considerato il parere del Comitato di sorveglianza, non poteva dirsi tenuto e ripercorrere analiticamente i singoli passaggi, sovrapponendo la propria all'altrui motivazione trattandosi di valutazioni di rischiosità opinabili ma ben motivate con riferimento alle circostanze prima richiamate.

4. Alla Corte di Giustizia Ue la riduzione di aggi e compensi solo nei confronti degli operatori del gioco con apparecchi da intrattenimento

E' rimessa alla Corte di giustizia la questione se sia compatibile con l'esercizio della libertà di stabilimento garantita dall'art. 49 del TFUE e con l'esercizio della libera prestazione di servizi garantita dall'art. 56 TFUE l'introduzione di una normativa quale quella contenuta nell'art. 1, comma 649, l. n. 190 del 2014, la quale riduca aggi e compensi solo nei confronti di una limitata e specifica categoria di operatori, ovvero solo nei confronti degli operatori del gioco con apparecchi da intrattenimento, e non nei confronti di tutti gli operatori del settore del gioco; se sia compatibile con il principio di diritto europeo della tutela del legittimo affidamento l'introduzione di una normativa quale quella sopra citata, contenuta all'articolo 1, comma 649, legge n. 190 del 2014, la quale per sole ragioni economiche ha ridotto nel corso della durata della stessa il compenso pattuito in una convenzione di concessione stipulata tra una società ed un'amministrazione dello Stato italiano.

Premesse e normativa nazionale

Il Consiglio di Stato, con ordinanza del 16 luglio 2021, n. 5361, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione riguardante la riduzione di aggi e compensi solo nei confronti degli operatori del gioco con apparecchi da intrattenimento.

La ricorrente, impresa attiva nel settore del gioco lecito mediante apparecchi da intrattenimento, ha impugnato il decreto 15 gennaio 2015 n. 388 e prot. n. 4076/RU dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, in quanto lesivo in modo apprezzabile dei suoi margini di guadagno, deducendone l'illegittimità derivata per asserita illegittimità europea ovvero costituzionale delle norme di legge di cui esso fa diretta applicazione.

Per chiarezza, vanno delineate le norme applicabili alla fattispecie, e contestualmente precisata la posizione giuridica della ricorrente.

In Italia, ai sensi del d. lgs. 14 aprile 1948 n. 496, *"l'organizzazione e l'esercizio di giuochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato"* (articolo 1); peraltro *"l'organizzazione e l'esercizio delle attività di cui al precedente articolo sono affidate al Ministero delle finanze il quale può effettuare la gestione o direttamente, o per mezzo di persone fisiche o giuridiche, che diano adeguata garanzia di idoneità. In questo secondo caso, la misura dell'aggio spettante ai gestori e le altre modalità della gestione saranno stabilite in speciali convenzioni"* (articolo 2), fermo restando che *"i proventi derivanti dall'esercizio delle attività indicate nei precedenti articoli, devono affluire ad un apposito capitolo di entrata del Ministero delle finanze"* (art. 3), e in concreto, costituiscono una voce rilevante delle entrate pubbliche.

Lo Stato ha esercitato la facoltà di affidare ad altro soggetto la gestione del settore, affidandola all'allora Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, oggi Agenzia delle dogane e dei monopoli, dapprima con la norma di cui al DPR 24 gennaio 2002 n. 33, attuativo dell'art. 12 della l. 18 ottobre 2001 n. 383, poi con l'art. 4 del d.l. 8 luglio 2002 n.138, che ha unificato le competenze in materia, e infine con l'art. 8 del d.l. 24 dicembre 2002 n. 282, che si riferisce in modo espresso anche agli *"apparecchi da divertimento e intrattenimento"*.

Gli apparecchi da divertimento e intrattenimento in questione sono disciplinati dall'art. 110 comma 6 del TU 18 giugno 1931 n. 773, come successivamente modificato, e sono di due tipi. Vi sono anzitutto gli apparecchi *"dotati di attestato di conformità alle disposizioni vigenti rilasciato dal Ministero dell'economia e delle finanze - Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato e obbligatoriamente collegati alla rete telematica"*, i quali *"si attivano con l'introduzione di moneta metallica ovvero con appositi strumenti di pagamento elettronico"* e presentano insieme con l'elemento aleatorio anche elementi di abilità, che consentono al giocatore la possibilità di scegliere, all'avvio o nel corso della partita, la propria strategia, selezionando appositamente le opzioni di gara ritenute più favorevoli tra quelle proposte dal gioco e sono soggetti a limiti di valore stabiliti dalla legge nella giocata e nella vincita massime; questi apparecchi sono previsti dall'art. 110 comma 6 lettera a) e sono denominati *"amusement with prize"*, in acronimo "AWP", con una definizione ufficiale, perché è contenuta nel "nomenclatore unico" predisposto dall'Agenzia come parte degli atti della gara di scelta dei concessionari.

Vi sono poi gli apparecchi *"facenti parte della rete telematica"*, *"che si attivano esclusivamente in presenza di un collegamento ad un sistema di elaborazione della rete stessa"* e in linea di principio consentono giocate e vincite di importo maggiore, stabilite con decreto ministeriale; questi apparecchi sono previsti dall'art. 110 comma 6 lettera b) e sono denominati, sempre in base al nomenclatore unico *"video lottery terminal"*, in acronimo "VLT". La distinzione fra i due tipi rileva non solo per la diversa disciplina delle giocate e delle vincite, ma anche per il modo di gestione degli apparecchi stessi, che è diverso per le due categorie.

Per la gestione di questi apparecchi, vi è una norma comune, l'art. 14 *bis* comma 4 del DPR 26 ottobre 1972, n. 640, che ne prevede l'obbligatorio collegamento ad una rete telematica dell'amministrazione appositamente creata, con evidente scopo di controllo; lo stesso comma 4 prevede poi che *"entro il 30 giugno 2004 sono individuati, con procedure ad evidenza pubblica nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria, uno o più concessionari"* della rete stessa, concessionari i quali gestiscono la rete e gli apparecchi di loro pertinenza ad essa collegati, ricavandone un compenso. La ricorrente è appunto uno di questi concessionari, che all'epoca dei fatti erano tredici in tutto il territorio nazionale, essendo risultata aggiudicataria della relativa gara, indetta con bando di gara dell'8 agosto 2011.

In concreto, la gestione degli apparecchi è organizzata come segue. Gli apparecchi AWP sono installati presso esercizi commerciali, tipicamente bar e tabaccherie, detti “esercenti”, e sono generalmente acquistati o noleggiati da operatori terzi, che sono detti “gestori” e si occupano anche dell’installazione e della manutenzione. Gli apparecchi VLT sono invece gestiti direttamente dal concessionario, che li mette a disposizione dell’esercente, di solito una sala giochi apposita, senza in questo caso l’intermediazione del gestore, e quindi con una filiera più corta. I rapporti fra il concessionario e l’Agenzia sono disciplinati dalla convenzione di concessione approvata contestualmente agli atti di gara, che il concessionario deve sottoscrivere; i rapporti tra concessionari, gestori ed esercenti sono regolamentati invece da contratti di diritto privato che però non rispondono a modelli tipo in qualche modo redatti o approvati dall’Agenzia.

Posto il sistema di gestione così organizzato, il compenso del concessionario è determinato in base a quanto stabilisce il bando di gara: *“per effetto delle attività affidate in concessione il concessionario ha l’obbligo di mettere a disposizione dell’erario e di AAMS le somme previste a titolo di PREU, di canone di concessione e di deposito cauzionale in quota percentuale rispetto alla raccolta di gioco. Al concessionario è riconosciuto un compenso quale differenza tra l’importo derivante dalla raccolta di gioco e le predette somme nonché le vincite da erogare, calcolate sulla base dei limiti minimi previsti dalla normativa vigente, e le quote spettanti a soggetti terzi incaricati della raccolta di gioco”*.

In concreto, prima del provvedimento in questione, il calcolo avveniva come segue. Dal totale complessivo delle giocate, si andavano a sottrarre:

- a) le vincite da pagare ai giocatori, non inferiori a una data percentuale delle giocate, stabilita dall’amministrazione;
- b) gli importi dovuti agli altri operatori della filiera, ovvero ai gestori e agli esercenti di cui si è detto, sulla base dei contratti di diritto privato con gli stessi stipulati dal concessionario;
- c) il canone di concessione dovuto all’Agenzia;
- d) le imposte, rappresentate in questo caso da un’imposta sostitutiva, pari ad una certa percentuale delle vincite, prevista dal citato art. 14 bis del DPR n. 640/1972 e denominata “prelievo erariale unico” ovvero PREU. Il risultato è il ricavo netto del concessionario, dal quale questi, per determinare il proprio utile, deve ancora sottrarre i costi aziendali.

Sul sistema così delineato, il legislatore è intervenuto successivamente, per quanto interessa nei termini seguenti:

- in primo luogo, con l’art. 14 della l. 11 marzo 2014 n. 23, il Governo ha ricevuto la delega per attuare, con decreti legislativi, *“il riordino delle disposizioni vigenti in materia di giochi pubblici, riordinando tutte le norme in vigore in un codice delle disposizioni sui giochi, fermo restando il modello organizzativo fondato sul regime concessorio e autorizzatorio, in quanto indispensabile per la tutela della fede, dell’ordine e della sicurezza pubblici, per il contemperamento degli interessi erariali con quelli locali e con quelli generali in materia*

di salute pubblica, per la prevenzione del riciclaggio dei proventi di attività criminose, nonché per garantire il regolare afflusso del prelievo tributario gravante sui giochi". La delega non ha avuto attuazione, salvo che per il singolo intervento per cui è processo;

- *successivamente, infatti, il legislatore ha approvato il comma 649 dell'art. 1 della l. 23 dicembre 2014, n.190 (legge di stabilità per il 2015), secondo il quale: "a fini di concorso al miglioramento degli obiettivi di finanza pubblica e in anticipazione del più organico riordino della misura degli aggi e dei compensi spettanti ai concessionari e agli altri operatori di filiera nell'ambito delle reti di raccolta del gioco per conto dello Stato, in attuazione dell'articolo 14, comma 2, lettera g), della legge 11 marzo 2014, n. 23, è stabilita in 500 milioni di euro su base annua la riduzione, a decorrere dall'anno 2015, delle risorse statali a disposizione, a titolo di compenso, dei concessionari e dei soggetti che, secondo le rispettive competenze, operano nella gestione e raccolta del gioco praticato mediante apparecchi. Conseguentemente, dal 1° gennaio 2015: ai concessionari è versato dagli operatori di filiera l'intero ammontare della raccolta del gioco praticato mediante i predetti apparecchi, al netto delle vincite pagate. I concessionari comunicano all'Agenzia delle dogane e dei monopoli i nominativi degli operatori di filiera che non effettuano tale versamento, anche ai fini dell'eventuale successiva denuncia all'autorità giudiziaria competente; i concessionari, nell'esercizio delle funzioni pubbliche loro attribuite, in aggiunta a quanto versato allo Stato ordinariamente, a titolo di imposte ed altri oneri dovuti a legislazione vigente e sulla base delle convenzioni di concessione, versano altresì annualmente la somma di 500 milioni di euro, entro i mesi di aprile e di ottobre di ogni anno, ciascuno in quota proporzionale al numero di apparecchi ad essi riferibili alla data del 31 dicembre 2014. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, adottato entro il 15 gennaio 2015, previa ricognizione, sono stabiliti il numero degli apparecchi riferibili a ciascun concessionario, nonché le modalità di effettuazione del versamento. Con analogo provvedimento si provvede, a decorrere dall'anno 2016, previa periodica ricognizione, all'eventuale modificazione del predetto numero di apparecchi; i concessionari, nell'esercizio delle funzioni pubbliche loro attribuite, ripartiscono con gli altri operatori di filiera le somme residue, disponibili per aggi e compensi, rinegoziando i relativi contratti e versando gli aggi e compensi dovuti esclusivamente a fronte della sottoscrizione dei contratti rinegoziati";*
- *con il decreto 15 gennaio 2015 n. 388 e prot. n. 4076/RU, l'Agenzia intimata appellata ha provveduto per l'anno 2015 a stimare il numero di apparecchi riferibili a ciascun concessionario e a liquidare le somme dovute di conseguenza;*
- *la ricorrente appellante ha impugnato con il ricorso di I grado tale decreto, sostenendo in estrema sintesi l'illegittimità costituzionale ovvero europea della norma di legge, di cui esso costituiva diretta attuazione.*

Il Giudice di I grado ha ritenuto quindi di sottoporre la relativa questione alla Corte costituzionale.

Nel corso del giudizio di costituzionalità, il legislatore è nuovamente intervenuto, approvando i commi 920 e 921 dell'art. 1 della l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità per il 2016). Il comma 920 abroga il comma 649 di cui si è detto; il comma 921 dispone che lo stesso comma *“si interpreta nel senso che la riduzione su base annua delle risorse statali a disposizione, a titolo di compenso, dei concessionari e dei soggetti che, secondo le rispettive competenze, operano nella gestione e raccolta del gioco praticato mediante apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, si applica a ciascun operatore della filiera in misura proporzionale alla sua partecipazione alla distribuzione del compenso, sulla base dei relativi accordi contrattuali, tenuto conto della loro durata nell'anno 2015”*. Riassumendo, il prelievo previsto per ogni anno a partire dal 2015 è stato limitato a quest'anno soltanto, divenendo un intervento *una tantum*; sono stati poi coinvolti nel pagamento tutti gli operatori della filiera e non più i soli concessionari.

A seguito dell'intervento legislativo, la Corte costituzionale, con sentenza n. 125/2018, ha restituito gli atti al Giudice di I grado per un riesame della rilevanza della questione. Con successiva sentenza, il TAR ha dichiarato inammissibile il ricorso quanto ai profili superati dall'intervento del legislatore; lo ha respinto nel merito per i profili restanti, ritenendo che lo stesso intervento del legislatore avesse fatto venir meno tutti i vizi di illegittimità costituzionale ovvero europea delle norme risultanti.

Contro questa sentenza, la società ha proposto impugnazione, con appello che contiene quattro censure, riconducibili a due motivi:

- con il primo di essi sostiene che i vizi di illegittimità europea e costituzionale della normativa in discussione rimarrebbero inalterati, e invita quindi il Giudice a sollevare le relative questioni;
- con il secondo motivo deduce un vizio autonomo del decreto applicativo, ovvero l'eccesso di potere per falso presupposto, dato che esso avrebbe tenuto conto, per applicare il tributo, anche di apparecchi in realtà non operativi.

L'amministrazione ha resistito, evidenziando che la Sezione ha già promosso il rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia in altrettanti identici procedimenti, promossi dalle altre imprese del settore, colpite dallo stesso tributo. L'amministrazione ha quindi chiesto in via principale la sospensione di questo giudizio sino alla pronuncia della Corte, e comunque la reiezione dell'appello nel merito.

La ricorrente ha ribadito le proprie ragioni; in particolare, ha chiesto che la Sezione promuova un autonomo rinvio pregiudiziale anche in questo procedimento, e ciò per due ragioni, ovvero in primo luogo per consentirle di difendersi in proprio avanti la Corte di Giustizia, e in secondo luogo per sollevare la questione anche sotto il profilo della compatibilità della misura con il divieto di aiuti di Stato.

I motivi del rinvio alla Corte di Giustizia

All'udienza del 20 maggio 2021, la Sezione ha quindi trattenuto il ricorso in decisione. All'esito, il Consiglio di Stato ha ritenuto di accogliere la richiesta della ricorrente appellante, nel senso di sollevare la questione pregiudiziale di compatibilità con le norme del diritto europeo delle norme nazionali fin qui descritte.

Ha chiarito la Sezione che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ritiene in generale che costituiscano restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi tutte le misure le quali abbiano l'effetto di vietarne, ostacolarne o anche semplicemente renderne meno attraente l'esercizio, e che ciò in particolare valga per le misure che incidono sull'attività già avviata da un concessionario dell'Amministrazione, le quali gli impediscano di far fruttare il proprio investimento.

La giurisprudenza della CGUE ritiene altresì che gli Stati membri possano introdurre restrizioni alle libertà garantite, in particolare nel settore del gioco d'azzardo lecito. Nello specifico, la Corte ha infatti rilevato da un lato che si tratta di materia non armonizzata, per cui nel disciplinarla gli Stati membri sono titolari di un ampio potere discrezionale per determinare il livello di tutela dei consumatori e dell'ordine sociale ritenuto più appropriato; dall'altro lato che si tratta di una materia nella quale sussistono tra gli Stati membri stessi notevoli divergenze di ordine morale, religioso e culturale, le quali rendono probabile l'esercizio concreto di questo potere. Nondimeno, anche nella materia in esame le restrizioni introdotte dagli Stati membri devono rimanere entro i limiti individuati dalla giurisprudenza, devono cioè essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale ed essere proporzionate allo scopo da raggiungere in tal senso.

Viene in questione anche il principio di tutela dell'affidamento, che non è esplicitamente previsto dal TFUE o da altri testi normativi dell'Unione, ma come è pure ben noto è stato individuato come uno dei "*principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*" di cui all'art. 340 TFUE. Il principio in questione va inteso in particolare come interesse del privato alla certezza e prevedibilità del quadro normativo entro il quale si svolgono i rapporti in corso: in tal senso, esso non impedisce le modifiche in senso sfavorevole, ma impone di procedervi con modalità garantistiche; in particolare, si sono ritenute possibili le modifiche ad un rapporto siffatto che siano prevedibili da parte di un operatore economico prudente.

Ciò chiarito, la sezione ha rilevato che la misura disposta da ultimo con i commi 920 e 921 dell'art. 1, n. l. 208 del 2015 comporta che la ricorrente appellante debba subire un prelievo economico dai propri bilanci, nella misura determinata dal decreto 15 gennaio 2015, n. 388 impugnato, e con effetto retroattivo, nel senso che il prelievo attuato ed imposto nel 2015 colpisce i ricavi maturati nel 2014. Si tratta quindi di una restrizione alle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE, nel senso che il prelievo viene a rendere meno attraente l'attività oggetto di concessione che la ricorrente appellante esercita.

È però dubbio che la misura in questione si possa qualificare come ispirata dai motivi imperativi di interesse generale che la renderebbero legittima. La giurisprudenza ha più volte affermato che fra i motivi imperativi non si ricomprendono le semplici esigenze dello

Stato membro di incrementare il proprio gettito fiscale, senza che con ciò si raggiungano obiettivi diversi ed ulteriori.

Nel caso di specie, la misura in esame appare ispirata esclusivamente ad un'esigenza economica di aumentare gli introiti dello Stato, e quindi di "fare cassa" in base anzitutto all'esplicita dichiarazione contenuta nella norma base, ovvero nel comma 649 dell'art. 1, l. n. 190 del 2014, che il comma 920 ha abrogato, e quindi reso applicabile solo per il 2015, nel senso che l'intervento ha fini di "concorso al miglioramento degli obiettivi di finanza pubblica". Non vale poi in senso contrario quanto afferma la frase successiva, ovvero che l'intervento sarebbe motivato anche "in anticipazione del più organico riordino della misura degli aggi e dei compensi spettanti ai concessionari e agli altri operatori di filiera nell'ambito delle reti di raccolta del gioco per conto dello Stato, in attuazione dell'articolo 14, comma 2, lett. g), l. 11 marzo 2014, n. 23" ovvero della legge delega per il riordino del settore, in quanto come si è visto essa non ha avuto alcuna altra attuazione.

In secondo luogo, la misura appare adottata anche in contrasto con il principio di tutela dell'affidamento. Sotto quest'ultimo profilo, è evidente che essa va ad incidere sui rapporti di concessione già in corso, in modo da peggiorarne i termini economici, e quindi da alterare in modo a lui sfavorevole i calcoli di convenienza fatti dal concessionario nel momento in cui si è accordato con l'amministrazione concessionaria.

Fermo quanto detto circa le motivazioni di carattere solo economico dell'intervento, si deve poi dire che esso appare non prevedibile per l'imprenditore prudente ed accorto, al quale non si può, a meno di circostanze del tutto particolari che qui non ricorrono, addossare l'onere di prevedere interventi autoritativi della controparte pubblica di un rapporto di concessione, che di per sé è vincolante al pari di un contratto, e quindi postula che le parti non lo possano rimettere in discussione unilateralmente.

5. Il Consiglio di Stato sulla vincolatività delle cd. FAQ (*Frequently Asked Questions*)

Essenziali criteri di affidamento del cittadino nella pubblica amministrazione richiedono di tenere conto dell'attività svolta dall'amministrazione stessa con la pubblicazione delle FAQ sul proprio sito istituzionale; e infatti, una volta suggerita una questione, attraverso le FAQ, all'amministrazione è consentito discostarsi dalle indicazioni già fornite esclusivamente se è in grado di addurre, in un momento successivo, elementi sostanzialmente decisivi e necessariamente soggetti a uno scrutinio severo, anche da parte del giudice, affinché sia evitato il rischio che la discrezionalità amministrativa si converta, con il diverso orientamento amministrativo sopravvenuto, in arbitrio o comunque leda l'affidamento creato nei destinatari delle indicazioni contenute nelle FAQ.

Ha chiarito il parere del Consiglio di Stato, Sezione Prima, Adunanza di Sezione del 16 giugno 2021, n. 1275 del 20 luglio 2021, che le *Frequently Asked Questions* (FAQ) costituiscono una serie di risposte alle domande che sono state poste (o potrebbero essere poste) più frequentemente dagli utilizzatori di un certo servizio. In tal modo viene data risposta pubblica, su un sito *web*, a interrogativi ricorrenti, sì da chiarire *erga omnes* e pubblicamente le questioni poste con maggiore frequenza. Il ricorso alle FAQ è normalmente da ricondurre a esigenze di trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione e di economicità della medesima. Sotto questo secondo aspetto, il carattere ricorrente di taluni temi o interrogativi induce il titolare del sito (in questo caso: l'amministrazione) a soddisfare in via preventiva le esigenze di chiarimento dei destinatari principali dell'attività. Nello stesso periodo contrassegnato dalle limitazioni dovute alla diffusione del COVID-19, le risposte alle FAQ da parte della pubblica amministrazione hanno conosciuto un rilievo e una notorietà in precedenza sconosciute, con l'obiettivo di offrire elementi di chiarezza ai fini interpretativi e applicativi di disposizioni che si potevano, in astratto, prestare a diversi esiti finali.

Tuttavia, non si può neppure dimenticare che le FAQ sono sconosciute all'ordinamento giuridico, in particolare all'art. 1 delle preleggi al codice civile. Esse svolgono una funzione eminentemente pratica né, in genere, indicano elementi utili circa la loro elaborazione, la procedura o i soggetti che ne sono i curatori o i responsabili. Non sono pubblicate a conclusione di un procedimento predefinito dalla legge. È quindi da escludere che le risposte alle FAQ possano essere assimilate a una fonte del diritto, né primaria, né secondaria. Neppure possono essere considerate affini alle circolari, dal momento che non costituiscono un obbligo interno per gli organi amministrativi. In difetto dei necessari presupposti legali, esse non possono costituire neppure atti di interpretazione autentica.

Tuttavia, non può essere sottovalutato l'effetto che le risposte alle FAQ producono sui destinatari, a partire dall'affidamento nei confronti di chi (l'amministrazione) fornisce le risposte. In definitiva, le risposte alle FAQ, pur nella loro atipicità, si pongono a metà strada

tra le disposizioni di carattere normativo, per loro natura (almeno di regola) generali e astratte e inidonee quindi a prevedere ogni loro possibile applicazione concreta, e il singolo esercizio della funzione amministrativa da parte di una pubblica amministrazione.

Essenziali criteri di affidamento del cittadino nella pubblica amministrazione richiedono tuttavia di tenere conto dell'attività svolta dall'amministrazione stessa con la pubblicazione delle FAQ sul proprio sito istituzionale.

Fatta questa premessa, si può agevolmente riconoscere che vale per le risposte alle FAQ quanto enucleato dal Consiglio di Stato con riferimento alle gare di appalto: chiarimenti in ordine alla valenza di alcune clausole della *lex* di gara dal significato poco chiaro, essendo forniti dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte, non costituiscono un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*.

Per quanto non vincolanti, le FAQ orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate *tamquam non essent*. La sez. I, nel parere n. 971 del 2020, ha evidenziato che il riferimento operato dalla parte ricorrente a una determinata FAQ non risultava conferente, siccome tale FAQ riguardava un caso diverso. Se ne trae, al contrario, il principio – condiviso nel parere - che, ove conferenti, avrebbe dovuto essere riconosciuto rilievo alla FAQ in questione.

In definitiva, pur non avendo carattere vincolante, le risposte date dall'amministrazione contribuiscono senz'altro a fornire un'utile indicazione di carattere applicativo in ordine alla *ratio* sottesa alle procedure e agli atti in corso di esame (sez. I, n. 6812 del 2020).

Una volta suggerita, attraverso le FAQ, la *ratio* propria dell'avviso pubblico, all'amministrazione è consentito discostarsi dalle indicazioni già fornite esclusivamente se è in grado di addurre, in un momento successivo, elementi sostanzialmente decisivi e necessariamente soggetti a uno scrutinio particolarmente severo, anche da parte del giudice, affinché sia evitato il rischio che la discrezionalità amministrativa si converta, con il diverso orientamento amministrativo sopravvenuto, in arbitrio o comunque leda l'affidamento creato nei destinatari delle disposizioni.