

N. 08443/2022REG.PROV.COLL.

N. 10907/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10907 del 2021, proposto da Azienda Speciale Risorsa Sociale Gera D'Adda, Comune di Caravaggio, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Gemma Simolo, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

contro

Sara Sangaletti, Federazione Italiana Tabaccai, rappresentati e difesi dall'avvocato Livia Grazzini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Leopoldo Serra 32;

nei confronti

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli - Direzione Giochi, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) n. 404/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Sara Sangaletti e della Federazione Italiana Tabaccai;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Simolo e Corbyons;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso promosso dinanzi al TAR Lombardia, Sezione staccata di Brescia, contro il Comune di Caravaggio e nei confronti dell'Ambito Territoriale di Treviglio, la Federazione Italiana Tabaccai e la titolare di una rivendita di generi di monopolio e per la raccolta del gioco del Lotto impugnavano in parte qua il Regolamento per il contrasto al fenomeno del gioco d'azzardo patologico derivante dalle forme di gioco lecito, approvato dal Consiglio comunale con deliberazione n. 40 del 20 dicembre 2018, ed il corrispondente Regolamento approvato dall'Assemblea dei Sindaci dell'Ambito Territoriale di Treviglio nella seduta del 5 novembre 2018.

2. I ricorrenti contestavano l'estensione della disciplina regolamentare all'attività di gioco esercitato mediante lotterie istantanee su piattaforma virtuale e/o con tagliando cartaceo (gratta e vinci, 10 e lotto), sostenendo la carenza di potere ovvero il difetto di competenza dei Comuni a disciplinare tali giochi, in quanto appartenenti al monopolio statale e gestiti in regime di concessione rilasciata ai rivenditori di tabacchi.

3. Con la sentenza n. 401 del 3 maggio 2021 il TAR accoglieva parzialmente il ricorso giudicando inefficaci e sproporzionate le misure limitative previste dai regolamenti con riferimento alle fasce orarie di cui all'art. 5 ed al divieto di cui all'art. 4 comma 4 di installazione all'esterno degli esercizi di apparecchi e

distributori automatici per la vendita di biglietti cartacei o virtuali di 10 e lotto e gratta e vinci (par. 23), disponendone l'annullamento (par. 25).

4. Di tale sentenza l'Azienda speciale Risorsa Sociale Gera d'Adda ed il Comune di Caravaggio, hanno chiesto la riforma relativamente ai capi della stessa di cui ai paragrafi 12 (lett. c) e da 17 a 25, in quanto affetta da ultrapetizione e comunque erronea, ingiusta ed iniqua per i seguenti motivi: *“1. ERROR IN JUDICANDO ED IN PROCEDENDO PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA TRA IL CHIESTO E IL PRONUNCIATO EX ARTT. 112 C.P.C. E 39 C.P.A., NONCHÉ PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI DIFESA EX ART. 24 COST.; 2. IN VIA SUBORDINATA: ERRONEITA' DELLA SENTENZA PER VIOLAZIONE DELL'ART. 50 C. 7 TUEL, ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA ED ILLOGICITA', INGIUSTIZIA MANIFESTA E CARENZA DELLA MOTIVAZIONE”*.

5. Hanno resistito al gravame Sangaletti Sara e la Federazione italiana tabaccai chiedendone il rigetto e argomentando con ampi svolgimenti le proprie tesi nelle memorie depositate in data 8 febbraio 2022 e 25 maggio 2022.

6. Alla udienza pubblica del 7 luglio 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

7. Con il primo motivo gli appellanti argomentano come segue.

7.1. Nei paragrafi da 12 (lett. a e b) a 16 della sentenza i Giudici di primo grado hanno motivato la propria decisione di ritenere sussistente in capo ai comuni la competenza a disciplinare la materia dei giochi sia in generale, sia con riferimento ai giochi del 10 e lotto e del gratta e vinci, disattendendo le censure dei ricorrenti.

7.2. Questa conclusione avrebbe dovuto portare all'integrale rigetto del ricorso, invece, nel par. 12 il TAR ha ritenuto di dover trattare anche un'altra questione e

cioè “*se in concreto il potere sia stato esercitato correttamente*”, per poi concludere, nei par. 17 e seguenti, in senso negativo, senza che tale “problema” fosse stato sollevato nel ricorso. L’aver enucleato tale questione è, proseguono gli appellanti, già di per sé espressione del principio di ultra petizione, così come lo sono i successivi capi della sentenza in cui viene motivata la decisione di accoglimento parziale.

7.3. Il TAR Brescia sarebbe incorso nella violazione del principio della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato *ex art. 112 c.p.c.* laddove ha esaminato un complesso di questioni riconducibili al corretto esercizio in concreto del potere, poiché su tali questioni i ricorrenti, al di là di una mera enunciazione di stile nell’intitolazione dei paragrafi, in nessuna parte del ricorso hanno chiesto al Giudice di esprimersi. La mera enunciazione nel titolo senza nessuna specificazione e motivazione equivarrebbe a totale assenza della censura.

7.4. Inoltre, le questioni autonomamente esaminate nella sentenza non potrebbero essere nemmeno considerate implicite poiché non connesse con nessuna delle censure espressamente formulate, le quali sono di altro tenore e rimangono sul piano della spettanza in astratto della competenza dei Comuni all’esercizio del potere regolatorio.

7.5. Il TAR avrebbe dunque interferito nel potere dispositivo dei ricorrenti, poiché ha alterato la *causa petendi* esposta nei motivi di gravame.

7.6. Le considerazioni espresse dal TAR non avrebbero un aggancio nemmeno implicito con le censure formulate nel ricorso, che tende a far accertare al Giudice soltanto l’inesistenza del potere regolatorio comunale.

7.7. Il TAR ha annullato le norme regolamentari, in sostanza, perché le amministrazioni non avrebbero svolto un’istruttoria sull’impatto economico delle misure limitative, sulla reale utilità delle stesse, nonché sulle differenti dipendenze generate da queste tipologie di gioco e ha messo poi in discussione, comunque,

l'oggettiva utilità di tali limitazioni a fronte del danno "certo" e in questo modo, concludono gli appellanti, ha svolto indebitamente un sindacato sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità delle misure, nonché sul presunto difetto di istruttoria, in assenza di una richiesta rivolta dai ricorrenti. Tale indebito giudizio di proporzionalità è stato condotto anche sull'art. 4 comma 4 dei regolamenti, recante il divieto di installazioni esterne, che i ricorrenti hanno impugnato per profili diversi (rispetto a quelli rilevati nella sentenza), sempre legati al presunto difetto di competenza, senza comunque sviluppare specificamente alcuna censura nei confronti di questa norma.

8. Con il secondo motivo gli appellanti argomentano come segue.

8.1. In via subordinata vengono evidenziate le ragioni per cui i capi impugnati della sentenza devono considerarsi erronei anche nel merito.

8.2. Erronee, sarebbero le considerazioni espresse nel paragrafo 21, laddove la misura limitativa degli orari per i due giochi in questione viene sostanzialmente affermata come inefficace ed inutile (tanto da doverla annullare), produttiva solo dell'effetto di far confluire i giocatori sul lotto che non è oggetto di regolamentazione, e comunque più indicata per gli apparecchi VLT. Le considerazioni espresse dal TAR contraddicono lo stesso art. 50 comma 7 TUEL e la sua interpretazione evolutiva, che ha portato a riconoscere in capo ai comuni il potere regolatorio degli orari delle attività di gioco lecito per esigenze legate alla tutela della salute.

8.3. Il TAR mette invece in discussione il beneficio sulla salute pubblica derivante dalla misura limitativa degli orari ("beneficio incerto") senza disporre di qualsivoglia elemento tecnico, mentre il Giudice non può arrogarsi valutazioni esorbitanti dalle proprie competenze. La sentenza produce, dunque, l'effetto illogico, iniquo ed arbitrario di escludere da ogni regolamentazione preordinata alla

tutela della salute, in maniera aprioristica e senza una reale motivazione, alcune attività di gioco, benché siano anch'esse produttive di dipendenza e compulsività.

8.4. Affetta dai medesimi vizi, proseguono gli appellanti, è la considerazione finale del par. 21, laddove il TAR asserisce che la misura limitativa degli orari sarebbe maggiormente indicata per i videoterminali VLT, esprimendo, sotto altra forma, un giudizio tecnico di presunta inefficacia ed inutilità della misura, che, oltre ad essere infondata, esula dalle sue competenze giuridiche.

8.5. Nei par. 18-20, la sentenza onera le amministrazioni di doveri istruttori sproporzionati quale condizione per l'esercizio del potere di cui all'art. 50 comma 7 TUEL, poiché le stesse dovrebbero persino farsi carico di calcolare le conseguenze negative prodotte sul fatturato dei concessionari, onde minimizzare le perdite del privato e dell'erario, e dovrebbero previamente valutare la reale utilità della misura, da differenziare inoltre in base alle diverse tipologie di gioco.

8.6. Il ragionamento del TAR non è pertinente rispetto agli atti regolamentari impugnati. Infatti, l'attività istruttoria che il TAR esige da parte delle amministrazioni afferisce non certo al regolamento approvato dal Consiglio comunale, bensì alla successiva ordinanza sindacale ex art. 50 comma 7 TUEL, deputata ad imporre le fasce orarie che nel regolamento sono previste espressamente come indicative.

9. L'appello è fondato.

9.1. Come noto, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato comporta:

- a) che il giudice debba decidere su tutta la domanda;
- b) che il giudice non possa pronunciare oltre i limiti della domanda formulata;
- c) che il giudice non possa pronunciare su eccezioni la cui rilevabilità è rimessa all'iniziativa delle parti.

9.2. E' altrettanto noto che spetta al giudice interpretare la domanda proposta,

individuando, mediante l'analisi delle allegazioni e delle affermazioni della parte gli elementi costitutivi della stessa, e cioè, le *personae*, il *petitum* e la *causa petendi*. La valutazione da parte del giudice circa l'effettivo contenuto della domanda, è dunque discrezionale e libera, soprattutto con riferimento agli elementi oggettivi. In tale interpretazione, infatti, il giudice non è necessariamente vincolato alle espressioni letterali utilizzate, ma deve indagare e considerare il contenuto sostanziale della domanda (Cass. civ. Sez. I, ordinanza, 19 marzo 2020, n. 7467, Cass. civ. Sez. III, ordinanza, 21 maggio 2019, n. 13602).

9.3. L'interpretazione, tuttavia, non può spingersi sino a configurare una domanda radicalmente difforme, nel *petitum* o nella *causa petendi*, da quanto espressamente allegato e dedotto dalle parti (Cass. civ. Sez. I, ordinanza, 3 dicembre 2020, n. 27704, Cass. civ. Sez. I, 12 aprile 2006, n. 8519).

9.4. In definitiva, sussiste il vizio di ultrapetizione, quando l'accertamento compiuto in sentenza finisce per riguardare un *petitum* ed una *causa petendi* nuovi e diversi rispetto a quelli fatti valere nel ricorso e sottoposti dalle parti all'esame del giudice, con conseguente attribuzione di un bene o di un'utilità non richiesta dalla parte ricorrente (o comunque attribuita per ragioni dalla stessa non esternate), e pregiudizio del diritto di difesa della parte soccombente; ciò si verifica, quindi, nelle ipotesi in cui vi sia stata pronuncia oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni formulate o su questioni estranee all'oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio, se il giudice ha esaminato e accolto il ricorso per un motivo non prospettato dalle parti (Consiglio di Stato sez. II, 21 ottobre 2021, n. 7078).

9.5. E' quello che è avvenuto nel caso qui esaminato. Il ricorso era volto a contestare la competenza dei Comuni a disciplinare i giochi gestiti dai tabaccai quale conseguenza dell'appartenenza degli stessi al monopolio statale e della gestione in concessione.

9.6. Il TAR, con un ragionamento del tutto esorbitante dalla domanda proposta è entrato nel merito dell'efficacia e proporzionalità del regolamento spingendosi, peraltro, nella via impervia del sindacato sulle norme regolamentari mettendo in dubbio la stessa essenza del concetto di discrezionalità che è la garanzia della più efficace cura dell'interesse pubblico e che presuppone che la P.A. abbia la possibilità di individuare le modalità in concreto più utili a tal fine.

9.7. La sentenza impugnata, in definitiva, oltre a pronunciarsi al di là della domanda, travalica in valutazioni di merito che rappresentano la sfera libera dell'azione amministrativa discrezionale, ossia l'ambito nel quale l'amministrazione, pur sempre nel rispetto delle regole di legittimità, può determinarsi. Ciò che è concesso all'autorità giudiziaria al fine di accertare il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, in casi come quello qui esaminato, è infatti un mero sindacato estrinseco. Il TAR, lungi dal limitarsi ad un sindacato di tipo estrinseco ha, da un lato, pronunciato su una domanda non proposta, dall'altro, nel pronunciarsi, ha effettuato un inammissibile sindacato di tipo sostitutivo.

10. L'appello deve quindi essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere integralmente respinto il ricorso di primo grado.

11. Deve, a questo punto, essere esaminata la domanda proposta dalla difesa della Azienda speciale risorsa sociale Gera d'Adda" e del Comune di Caravaggio contenuta a pagina 9 della memoria depositata il 16 giugno 2022 laddove si legge: *“Da ultimo, preme sottolineare, ai sensi dell'art. 89 c.p.c., il carattere sconveniente ed offensivo dell'aggettivazione utilizzata a pag. 16 della memoria ex art. 73 c.p.a. avversaria, laddove controparte qualifica come “subdola” un'affermazione della scrivente difesa, che, al riguardo, si rimette all'apprezzamento dell'Ecc.mo Collegio”.*

12. La domanda di cancellazione deve essere respinta. Le espressioni sconvenienti od offensive ex art. 89 c.p.c. consistono in tutte quelle frasi, attinenti, o meno,

all'oggetto della controversia, che superino il limite della correttezza e della convenienza processuale, in violazione dei principi posti a tutela del rispetto e della dignità della persona umana e del decoro del procedimento. Tale ipotesi è integrata in caso di espressioni eccedenti le esigenze difensive ed avulse dalla materia del contendere (Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2013, n. 6038). Solo le espressioni che non hanno relazione alcuna con l'esercizio della difesa e che sono ricollegabili al mero intento di offendere l'avversario giustificano l'ordine di cancellazione (Consiglio di Stato, Sez. III, 4 settembre 2019, n. 6097). In definitiva, nel caso qui all'esame, non si ravvisa un puro e gratuito intento offensivo nei confronti della controparte, e, l'espressione utilizzata conserva un rapporto con la materia controversa, senza eccedere dalle esigenze difensive.

13. Va ancora precisato, per completezza, che Sangaletti Sara e la Federazione italiana tabaccai non hanno proposto appello incidentale e che, in virtù di quanto disposto dall'art. 101, comma 2, d.lgs. 104/2010, possono essere riproposte con semplice memoria, solo le censure dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, mentre per le censure esaminate e respinte, al fine di entrare a far parte del *thema decidendum* del giudizio di appello, è necessaria la formulazione di una impugnazione incidentale, in mancanza della quale sul relativo capo della sentenza di primo grado si forma il giudicato.

14. Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti in causa vista la complessità e particolarità delle questioni sottoposte al Collegio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) n. 404/2021, respinge integralmente

il ricorso di primo grado.

Respinge l'istanza delle appellanti di cancellazione di espressione ritenuta offensiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti