

N. 09197/2023REG.PROV.COLL.

N. 08840/2022 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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8840 del 2022, proposto da Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

-----, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 3514/2022

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ----;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2023 il Cons. Sergio Zeuli e uditi per le parti gli avvocati Annalisa Lauteri, Luigi Medugno e l'avvocato dello Stato Francesca Subrani.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La sentenza impugnata ha accolto il ricorso con cui la parte appellata ha chiesto l'annullamento della nota con cui l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli aveva ribadito la richiesta di pagamento di una somma mensile, pari ad euro trecento,00 per ciascuno degli apparecchi in eccedenza rispetto ai prestabiliti parametri numerico-quantitativi, installati presso il suo esercizio commerciale, numero a sua volta calcolato in proporzione al numero di apparecchi regolarmente eserciti dalla predetta appellata.

L'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, dopo avere contestato nel merito la decisione avversa, eccepiva, con apposito motivo d'appello, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

La parte appellata si costituiva in giudizio, opponendosi all'accoglimento dell'appello in quanto infondato in fatto e in diritto.

DIRITTO

I. – Il motivo di appello sulla giurisdizione.

Deve preliminarmente procedersi all'esame dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo proposta dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli con apposito motivo di impugnazione.

Si premette fin da ora che l'eccezione è fondata, non ritenendo il Collegio di doversi discostare dal recente precedente della Sezione (Cons. Stato, VII, n. 4988/2023), che in una identica controversia ha appunto declinato la giurisdizione sulla base della ricostruzione normativa e delle considerazioni, di seguito riportate e condivise.

I.1. – La tesi dell'appellante.

Secondo l'appellante la controversia coinvolgerebbe un diritto soggettivo e non un interesse legittimo della società appellata, poiché la legge imporrebbe all'Autorità

amministrativa un vincolo a tutela diretta e specifica dell'interesse privato corrispondente al diritto soggettivo al mantenimento in esercizio di apparecchi in numero eccedente la misura massima consentita.

L'oggetto del contendere, infatti, sarebbe costituito da corrispettivi di natura esclusivamente patrimoniale e non coinvolgerebbe l'accertamento dell'esistenza o del contenuto della concessione, né la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio, né poteri discrezionali-valutativi nella determinazione dei corrispettivi dovuti, rientrando, dunque, la controversia nella riserva di giurisdizione ordinaria prevista per le cause concernenti canoni o corrispettivi dovuti dal concessionario.

I.2. – La contraria tesi dell'appellata.

Secondo la società appellata, invece, sarebbe in discussione non il corrispettivo in sé, ma il criterio di determinazione dello stesso individuato dall'Amministrazione finanziaria con i provvedimenti impugnati, nell'esercizio della discrezionalità espressamente riconosciuta dalla controversa previsione normativa oggetto di causa. La legge, infatti, non disciplinerebbe anche il criterio in concreto da adoperare per l'individuazione degli apparecchi di intrattenimento da considerare in esubero rispetto a quelli, invece, rientranti nel numero consentito. Da cui deriverebbe una discrezionalità interpretativo-valutativa-applicativa rispetto alla quale la società appellata sarebbe titolare di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo.

I.3. – L'oggetto del contendere.

La controversia si incentra sull'interpretazione ed applicazione dell'art. 1 co. 81 lett. f) L. 220/2010, disciplinante la peculiare fattispecie in cui sia riscontrata in un certo esercizio commerciale un numero di apparecchi di intrattenimento riconducibili a più concessionari in misura superiore al limite di contingentamento

previsto.

La richiamata disposizione normativa si inserisce in un complesso contesto disciplinare che occorre brevemente riassumere, indicando i profili di più pertinente interesse in questa sede.

I.5. – Il quadro normativo di riferimento.

L'art. 1 co. 81 L. n. 220/2010, al fine di un più efficace contrasto del gioco illecito e dell'evasione fiscale nel settore del gioco, ha previsto la realizzazione da parte dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, tenuto conto del potenziamento delle proprie risorse umane, e anche avvalendosi della collaborazione della Società italiana degli autori ed editori (SIAE) e del Corpo della guardia di finanza, nell'anno 2011 di un programma straordinario di almeno trentamila controlli in materia di giochi pubblici, con particolare riferimento ai settori del gioco on line, delle scommesse nonché del gioco praticato attraverso apparecchi da intrattenimento e divertimento, con la precisazione che in relazione a quest'ultimo, in particolare, il programma dei controlli era preordinato al perseguimento, tra l'altro, dei seguenti obiettivi:

- lett. a): realizzare, sulla base della banca dati di cui all'articolo 22 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni, l'accurata ricognizione della distribuzione sul territorio degli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni;
- lett. b): conseguentemente, identificare quali e quanti apparecchi risultino installati in ciascun esercizio commerciale, locale o punto di offerta del gioco in eccedenza rispetto ai parametri numerico-quantitativi già stabiliti a tale riguardo con decreti dirigenziali dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato;
- lett. c): prevedere che ciascun concessionario fornisca all'Amministrazione

autonoma dei monopoli di Stato, anche senza previa richiesta da parte della stessa, tutti i dati, i documenti e le informazioni utili ai fini della ricognizione;

- lett. d): consentire a ciascun concessionario, nonché a ciascun soggetto dallo stesso legittimamente incaricato nell'ambito dell'organizzazione della rete di raccolta del gioco, di mantenere installati negli esercizi commerciali, nei locali ovvero nei punti di offerta del gioco gli apparecchi che risultano in eccedenza, ai sensi della lettera b), previo pagamento, fino alla data di adozione del decreto di cui alla lettera g), di una somma mensile pari a euro 300, dovuta solidalmente dai soggetti sopra indicati per ciascuno degli apparecchi di cui al comma 6 dell'articolo 110 del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni;

- lett. e): irrogare ai concessionari, che non forniscano i dati, i documenti e le informazioni di cui alla lettera c), una sanzione amministrativa pecuniaria, per ogni mancata comunicazione, non inferiore nel minimo a euro 500 e non superiore nel massimo a euro 1.500, per la quale non è ammesso quanto previsto dall'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni;

- lett. f): ripartire fra tutti i concessionari per la raccolta del gioco attraverso apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, in proporzione percentuale al numero di apparecchi che agli stessi risultano formalmente riferibili in relazione al numero dei nulla osta rilasciati, il pagamento delle somme di cui alla lettera d) per gli apparecchi che, all'esito della ricognizione, risultano in eccedenza ma non riferibili a un singolo concessionario; prevedere, fermo restando quanto disposto dagli articoli 39 e seguenti del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, e successive modificazioni, e dall'articolo 110, comma 9, del testo unico di cui al regio decreto

n. 773 del 1931, e successive modificazioni, il pagamento delle somme di cui alla lettera d), anche per gli apparecchi non muniti del nulla osta, da parte dei soggetti responsabili dell'installazione degli apparecchi medesimi;

- lett. g): pervenire all'adozione di un nuovo decreto direttoriale dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato recante la determinazione dei parametri numerico--quantitativi per l'installazione e l'attivazione, in ciascun esercizio commerciale, locale o punto di offerta del gioco, degli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, nel rispetto di taluni criteri.

- lett. h): verificare che ciascun concessionario interessato disponga conseguentemente la rimozione degli apparecchi che risultano in eccedenza rispetto ai nuovi parametri di cui alla lettera g);

- lett. i): irrogare ai concessionari, ai proprietari di apparecchi e ai titolari degli esercizi, dei locali o, comunque, dei punti di offerta del gioco, singolarmente in relazione alle accertate responsabilità, una sanzione amministrativa pecuniaria di importo mensile pari a euro 300 per ciascuno degli apparecchi installati in eccedenza rispetto ai limiti previsti dal decreto direttoriale di cui alla lettera – lett. g) fino alla data di effettiva rimozione degli apparecchi in eccedenza, che deve essere effettuata entro tre mesi dalla data di efficacia del predetto decreto;

- lett. l): procedere, trascorso il termine di cui alla lettera i), alla rimozione forzata degli apparecchi con oneri a carico dei soggetti responsabili, nei confronti dei quali è irrogata altresì una sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 1.000 per ciascun apparecchio.

Lo scopo, quindi, dei controlli è costituito dalla predisposizione di un'anagrafe degli apparecchi da gioco attivi e dei locali ove sono ubicati, nel dichiarato intento di assicurare un maggiore controllo nell'ottica di contrastare il gioco illecito e

possibili fenomeni di frode fiscale.

All'esito dei programmati contratti è prevista, alla lett. g) dell'art. 1 co. 81 L. 220/2010, l'emanazione di un decreto direttoriale con il quale si ridetermineranno i parametri indicativi del numero di apparecchi da gioco suscettibili di installazione ed attivazione entro determinati ambienti aperti al pubblico.

Sino ad allora, ai concessionari ed ai soggetti dagli stessi legittimamente incaricati nell'ambito dell'organizzazione della rete di raccolta del gioco che intendessero mantenere gli apparecchi già installati in esubero rispetto al limite già previsto ed ancora vigente è riconosciuta dalla lett. d) siffatta facoltà, pagando una somma di denaro, prestabilita direttamente dalla legge in € 300,00 al mese per ogni apparecchio.

Come detto, nella causa in esame si controverte sull'applicazione della lett. f) che regola il pagamento di siffatta indennità nell'ipotesi in cui gli apparecchi in esubero appartengano a differenti concessionari e non ad uno soltanto, come nella lett. d).

Il che, quindi, pone in rilievo, ai fini della decisione della dedotta questione di giurisdizione, la disciplina di cui alla lett. d), costituendone la lett. f) una proiezione peculiare non determinante un'obbligazione pecuniaria di diversa natura, discutendosi, infatti, pur sempre della somma di € 300,00 mensile prevista per il mantenimento degli apparecchi in esubero rispetto al prestabilito limite di contingentamento.

I.6. – La questione di giurisdizione

I.6.1. – Come noto, la questione di giurisdizione deve essere risolta e decisa secondo il generale criterio del *petitum sostanziale*, concepito e seguito dalla giurisprudenza sin dal c.d. “concordato del 1930” tra Corte di Cassazione (Sezioni Unite del 15 luglio 1930 n. 2680) e Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria 14

giugno 1930 n.1 e 28 giugno 1930 n.2) ed implicante la rilevanza, non già della prospettazione delle parti, bensì della situazione giuridica soggettiva a tutela della quale l'interessato agisce in giudizio e che deve essere identificata non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (Cass. Sez. U. 31 luglio 2018, n. 20350; cfr. pure, tra le tante: Cass. Sez. U. 7 settembre 2018, n. 21928; Cass. Sez. U. 15 settembre 2017, n. 21522; Cass. Sez. U. 11 ottobre 2011, n. 20902; il principio è del tutto pacifico: cfr. ancora, a titolo esemplificativo, le recenti Cass. Sez. U. 30 novembre 2022, n. 35307 e Cass. Sez. U. 10 novembre 2022, n. 33242).

Il che pone in rilievo la qualificazione quale interesse legittimo o diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva connessa all'interesse per la cui tutela la società appellata abbia agito in giudizio, a sua volta dipendente dal riconoscimento del provvedimento impugnato quale atto autoritativo esplicativo di una potestà pubblicistica valutativo-discrezionale.

I.6.1.1. – Il Consiglio di Stato osserva che la giurisprudenza amministrativa (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 marzo 2006 n. 962; Consiglio di Stato, Sez. IV, 05/06/2013, n.3111) ha sempre e costantemente sostenuto che l'attività di raccolta delle scommesse e di organizzazione/esercizio di concorsi pronostici, riservata allo Stato e ad altre Amministrazioni, integra, alla stregua dell'ordinamento vigente, un servizio pubblico suscettibile di concessione in gestione a terzi (Cass. SS.UU., ord. 1 aprile 2003 n. 4994 e Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2004 n. 2330).

La causa del potere riconosciuto alla Pubblica amministrazione persegue non solo

(e non tanto) lo scopo di assicurare un congruo flusso di entrate all'erario, quanto piuttosto quello di garantire, a fronte della espansione del settore, l'interesse pubblico alla regolarità e moralità del servizio e, in particolare, la prevenzione della sua possibile degenerazione criminale (cfr., in particolare, Cass. pen., SS.UU., 26 aprile 2004 n. 3272): ne consegue che l'attività di raccolta delle scommesse sportive in esame va qualificata quale servizio pubblico, con la conseguenza che per i giudizi concernenti il settore trova applicazione l'art. 133 co.1 lett. c), secondo cui rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti in tema di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

I.6.1.2. – La richiamata disposizione normativa costituisce la trasposizione dell'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80, poi trasfuso nell'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205, dopo la parziale declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata dalla Consulta nella parte in cui si estendeva la giurisdizione esclusiva sino a comprendere anche le controversie in tema di servizi pubblici aventi ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi (sentenza della Corte cost. 6 luglio 2004 n. 204).

Ed invero, secondo la Corte Costituzionale (par. 3.4.2.), la formulazione dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, quale recata dall'art. 7, comma 1, lettera a), della legge n. 205 del 2000, confliggeva con i criteri ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una "particolare materia" alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ed infatti, non soltanto (e non tanto) il riferimento ad una materia (i pubblici servizi) dai confini non compiutamente delimitati (se non in relazione all'ipotesi di concessione prevista fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971), quanto, e soprattutto, quello a "tutte le controversie" ricadenti in tale settore rende evidente

che la "materia" così individuata prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: sicché, inammissibilmente, la giurisdizione esclusiva si radica sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di quel generico pubblico interesse che è naturaliter presente nel settore dei pubblici servizi. Ma, in tal modo, viene a mancare il necessario rapporto di species a genus che l'art. 103 Cost. esige allorché contempla, come "particolari", rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità, le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La materia dei pubblici servizi può, infatti, essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990).

Sicché, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi» anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come era previsto fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (così come era previsto dall'art. 33, comma 2, lettere c e d).

I.6.1.3. – La Corte di Cassazione (S.U. n. 23418/2020) ha delimitato i confini del

riparto di giurisdizione del contenzioso in questione, statuendo che in tema di concessioni di pubblici servizi, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto successiva all'aggiudicazione sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario - riguardante le indennità, i canoni e altri corrispettivi -, al quale spetta di giudicare sulle questioni inerenti all'adempimento e/o all'inadempimento della concessione con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo; resta ferma, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui non si verta nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, ossia allorquando l'amministrazione, sia pure successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge, o comunque adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. n. 241 del 1990, oltre che nei casi tassativamente previsti, come quello di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a. (Cass., S.U., 18 dicembre 2018, n. 32728; Cass., S.U., 8 luglio 2019, n. 18267; Cass., S.U., 18 dicembre 2019, n. 33691).

Il menzionato orientamento espressivo del richiamato principio di diritto supera, in una logica di evoluzione del "diritto vivente", la tradizionale posizione assunta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5 - in tema di concessioni "di beni o di servizi", poi estesa ai "servizi pubblici", di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. -, secondo cui la giurisdizione amministrativa esclusiva aveva una tendenziale vis expansiva a tutta la fase esecutiva del rapporto, pure in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, essendovi comprese le controversie coinvolgenti il contenuto del rapporto

concessorio nel suo aspetto genetico e funzionale, anche riguardanti la violazione degli obblighi nascenti dal medesimo rapporto (ad es., in tema di adempimento e di risoluzione), ad eccezione soltanto delle controversie "di contenuto meramente patrimoniale", senza alcuna implicazione sul contenuto della concessione, così riduttivamente intesa la salvezza della giurisdizione ordinaria sulle controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi", non estensibile, pertanto, ai casi in cui veniva in rilievo l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del dovuto.

Diversamente dall'orientamento tradizionale, la giurisprudenza più recente della Suprema Corte (S.U. 8 luglio 2019, n. 18267 e 26 ottobre 2020 n. 23418) ha posto in rilievo come, (anche) nelle concessioni di pubblici servizi, lo "spartiacque" delle giurisdizioni, quella amministrativa esclusiva e quella ordinaria, debba rinvenirsi nella stipulazione del contratto o nell'aggiudicazione definitiva, trovando ciò fondamento nella stessa norma costituzionale di riparto (art. 103 Cost.), che consente di affidare la materia dei pubblici servizi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo" (Corte Cost., sent. n. 204 del 2004), il quale, in linea di principio (salvo, dunque, tipizzati interventi autoritativi del concedente anche nella fase successiva all'aggiudicazione), è da escludere allorquando, esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario e sorto il "vincolo" contrattuale, venga in contestazione la delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali e i relativi effetti. Il che trova conferma nello stesso art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., che non solo mantiene intatta la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi", ma tipizza, altresì, le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quelle che costituiscono espressione

dell'esercizio di poteri autoritativi (inerenti sia alla fase anteriore che a quella successiva alla stipulazione del contratto), quali sono quelle "relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (...)".

Ed invero, l'identità caratterizzante la formula di riserva prevista in favore della giurisdizione ordinaria in ordine alle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, potrebbe indurre a ritenere pertinenti anche per le controversie inerenti alle concessioni di servizi pubblici (art. 133 co.1 lett. c c.p.a.) gli orientamenti giurisprudenziali enunciati con riguardo a cause aventi ad oggetto concessioni di beni pubblici (art. 133 co.1 lett. b c.p.a.) in cui con maggiore frequenza si presentano questioni su pretese economiche di complessa riconducibilità nell'ambito o della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o della giurisdizione del giudice ordinario, il cui discrimine è, ancora una volta, determinato dall'applicazione del criterio generale del *petitum sostanziale*.

Senonché, la richiamata specificazione delle tipologie di controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133 co.1 lett. c) c.p.a. contribuisce, secondo la Corte di Cassazione, a precisare ancor più l'ambito di operatività della giurisdizione ordinaria in relazione alle cause concernenti i pubblici servizi, consentendo di superare la tesi più restrittiva, sin lì seguita, tendente a limitare il sindacato del giudice civile alle sole questioni meramente patrimoniali senza alcuna implicazione sul contenuto della concessione.

Al riguardo occorre sottolineare che, in primo luogo, si è affermato il principio (risalente, dopo la riforma degli anni 1998 e 2000, a Cass. SU 19 novembre 2001, n. 14539 e 18 aprile 2002, n. 5640) secondo cui la stipulazione del contratto di appalto rappresenta lo spartiacque delle giurisdizioni, quella amministrativa

esclusiva nelle controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture (art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.), cui devono aggiungersi le controversie "relative all'affidamento di un pubblico servizio" (art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a.), e quella ordinaria nelle controversie attinenti alla successiva fase riguardante l'esecuzione del rapporto.

Come rilevato dalla Corte costituzionale, "è pertanto necessario distinguere la fase che precede la stipulazione del contratto da quella di conclusione ed esecuzione dello stesso"; "in relazione alla fase negoziale che ha inizio con la stipulazione del contratto, questa Corte ha più volte precisato (da ultimo citata sentenza n. 160 del 2009) come l'amministrazione si ponga in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisca nell'esercizio non di poteri amministrativi, bensì della propria autonomia negoziale" (Corte Cost. n. 43 e 53 del 2011).

La portata applicativa del principio giurisprudenziale – che rinviene nella stipulazione del contratto (o nell'aggiudicazione definitiva, cfr. Cass. S.U. 5 ottobre 2018, n. 24411) lo spartiacque delle giurisdizioni idoneo a proiettare i suoi effetti oltre la disciplina degli appalti di lavori, servizi e forniture e quindi alle concessioni di servizi – si spiega in ragione del suo diretto fondamento costituzionale (art. 103 Cost.): "la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo" (Corte Cost. n. 204 del 2004, p. 3.4.2).

E poiché siffatto potere non è ravvisabile in linea di principio quando, esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario, sia sorto il "vincolo" contrattuale e siano in contestazione la delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali e i relativi effetti sul piano del rapporto, salvo che l'amministrazione intervenga con atti autoritativi che incidono direttamente, seppure successivamente all'aggiudicazione, sulla procedura di

affidamento mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o comunque nella fase esecutiva mediante altri poteri riconosciuti dalla legge.

A sostegno della correttezza di siffatte conclusioni depone, come detto, proprio il dato testuale dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., nella parte in cui, oltre a richiamare ad *excludendum* le controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi", tipizza le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quelle che costituiscono espressione dell'esercizio di poteri autoritativi in ordine sia alla fase anteriore che a quella successiva alla stipulazione del contratto.

I.6.1.4. – Donde, l'affermazione del principio di diritto secondo cui laddove si controverta sull'accertamento dell'adempimento o dell'inadempimento delle parti alle obbligazioni assunte nell'ambito del rapporto concessorio, anche ai fini del risarcimento del danno, non trova rilievo alcun controllo sull'esercizio del potere pubblico, in relazione ai parametri di legittimità dell'azione amministrativa provvedimento, essendo al giudice di merito richiesto di valutare la sussistenza, o meno, dei fatti di inadempimento dedotti a fondamento delle pretese e di qualificarli giuridicamente, per trarne le conseguenze sul piano privatistico, vertendosi in tema di diritti soggettivi vantati in posizione di parità dal privato nei confronti dell'ente pubblico o parificato.

Per radicare la giurisdizione esclusiva, infatti, non è sufficiente la mera attinenza della controversia con una determinata materia, occorrendo pur sempre che la controversia abbia ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri.

Sicché, per dirimere la questione di giurisdizione, nessun rilievo può avere la necessità che per decidere sul fatto (inadempimento) dedotto come causa del danno il giudice (ordinario) debba conoscere e valutare il contenuto delle

obbligazioni cristallizzate nell'atto convenzionale presupposto, poiché non è la mera occasionalità del collegamento con il potere pubblico (di cui è espressione l'atto concessorio) a determinare il radicamento della giurisdizione (Cass. SU 5 giugno 2018, n. 14434; 11 luglio 2017, n. 17110). Non si capirebbe, altrimenti, la ragione della riserva al giudice ordinario delle controversie in tema di "indennità, canoni e altri corrispettivi", che ugualmente rivelano un collegamento indiretto con l'atto concessorio (e quindi con il potere pubblico) e tuttavia inidoneo a far radicare la giurisdizione esclusiva.

La tradizionale interpretazione riduttiva della predetta (e oggettivamente ampia) riserva alla giurisdizione ordinaria - che comunque non ha precluso (e non preclude) al giudice di conoscere e interpretare incidentalmente l'atto amministrativo (R.D. 20 marzo 1865, n. 2248, ex art. 5, all. E), nonché di valutare il contenuto e la disciplina del rapporto di concessione - deve, quindi, tenere conto del decisivo rilievo attribuito (a partire dalla citata sentenza n. 204 del 2004 del Giudice delle leggi) al criterio del concreto collegamento con il potere, quale presupposto costituzionalmente imprescindibile per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Diversamente opinando si dovrebbe concludere che al giudice ordinario, pur fornito di giurisdizione, sarebbe precluso di somministrare una tutela effettiva alla parte che chieda il pagamento di indennità e altri corrispettivi in conseguenza dell'altrui inadempimento, essendogli inibito di esaminare il contenuto del rapporto concessorio e dovendo arrestarsi in presenza di atti amministrativi privi di rilievo provvedimento, esito questo non condivisibile, a norma dell'art. 24 Cost. e art. 113 Cost., comma 2.

I.6.2. – Con riguardo al caso in esame, il Consiglio di Stato osserva che la pretesa economica vantata dall'Amministrazione appellante attiene, anzitutto, alla fase

esecutiva del rapporto concessorio già instaurato e rinviene il suo fondamento direttamente nella legge, ed ossia nell'art. 1 co.81 lett. f) L. n. 220/2010 che a sua volta richiama la precedente lett. d), statuente nei confronti dei concessionari ed eventuali soggetti da questi incaricati il pagamento della somma di € 300,00 mensile per ogni apparecchio esuberante il prestabilito limite di contingentamento. Donde, il dubbio che siffatta pretesa costituisca un canone o un corrispettivo o un'indennità, ovvero una sanzione, posto che, nei primi tre casi, il sindacato sulla controversia spetterebbe al giudice ordinario, mentre nell'ultima ipotesi la causa rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133 co.1 lett. c) c.p.a.

Il tenore letterale della richiamata disposizione normativa depone a favore della prima tesi.

La pretesa somma di € 300,00 al mese per ogni apparecchio in esubero costituisce, infatti, un canone (in quanto corrispettivo periodico) dovuto ex lege per il mantenimento di un numero di apparecchi superiore al consentito, non riscontrandosi alcuno degli elementi tipici delle sanzioni amministrative, quali l'afflizione della misura prevista per la violazione di un precetto di carattere pubblicistico, la rilevanza della colpevolezza del presunto autore dell'illecito amministrativo o la proporzionalità della sanzione in relazione alla gravità del fatto commesso.

La pretesa dell'Amministrazione, infatti, è oggettiva in quanto scaturente da una libera scelta del concessionario o dell'incaricato nell'ambito dell'organizzazione della rete di raccolta del gioco di mantenere e, quindi, non rimuovere gli apparecchi in esubero, così traendo profitti, altrimenti, non consentiti a fronte dei quali scaturisce l'obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di canone per i proventi così realizzati, incidendo la disciplina legislativa in esame sulla fase

esecutiva del rapporto concessorio già in atto, al punto da integrarne il contenuto. Ed invero, la lett. d) disciplina una fase transitoria, strettamente correlata alla tempistica occorrente per la realizzazione della banca dati di cui alla lett. a), nell'attesa della futura adozione del decreto direttoriale di cui alla lett. g), recante la determinazione dei parametri numerico-quantitativi per l'installazione e l'attivazione, in ciascun esercizio commerciale, locale o punto di offerta del gioco, degli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni.

Affinché, infatti, si possa realizzare siffatto obiettivo è necessaria la collaborazione degli operatori, dovendo questi ultimi fornire all'Amministrazione i dati, i documenti e le informazioni di cui alla lettera c), con l'avvertimento che, in caso di condotta inadempiente, patiranno le sanzioni previste dalla lett. e), ed ossia la sanzione amministrativa pecuniaria, per ogni mancata comunicazione, non inferiore nel minimo a euro 500 e non superiore nel massimo a euro 1.500.

Pertanto, sino a quando non verrà adottato il decreto di cui alla lett. g), a ciascun concessionario è riconosciuta la facoltà di mantenere un numero di apparecchi da gioco superiore al consentito a fronte del pagamento del predetto canone. Dopo, invece, siffatta facoltà non è più prevista, al punto che gli apparecchi in esubero rispetto al contingente statuito dal predetto decreto di cui alla lett. g) dovranno essere rimossi, come espressamente sancito dalla lett. h), in mancanza dovendosi provvedere alla loro rimozione forzata ai sensi della lett. l) ed all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino ad € 1.000,00, oltre all'ulteriore sanzione amministrativa pecuniaria di cui alla lett. i) pari ad € 300,00 mensile per ogni apparecchio installato in eccedenza e non rimosso entro i primi tre mesi dalla data di efficacia del menzionato decreto di cui alla lett. g) che, dunque, costituisce l'atto determinante l'affermazione di una nuova disciplina in cui il mantenimento o

l'installazione di apparecchi eccedenti rispetto al numero consentito non è più tollerata, essendo espressamente vietato e sanzionato.

Se, dunque, prima del predetto decreto di cui alla lett. g) ai concessionari la legge riconosce la facoltà di mantenere un numero di apparecchi da gioco superiore al consentito significa che costoro hanno un vero e proprio diritto soggettivo a continuare ad utilizzare gli stessi, da cui scaturisce soltanto un obbligo di pagamento in favore dell'Amministrazione di un canone mensile predeterminato ex lege dalla lett. d).

Il che esclude la possibilità di rinvenire nell'occasione l'esercizio di potestà pubblicistiche discrezionali, essendo il rapporto tra il concessionario e l'Amministrazione dedotto in giudizio di tipo paritetico in ragione della predeterminazione ex lege di tutti gli aspetti caratterizzanti lo stesso, quali il diritto soggettivo del concessionario di adoperare apparecchi in misura eccedente il limite consentito e l'obbligazione pecuniaria a suo carico scaturente, a titolo di canone, dall'esercizio di siffatto diritto.

L'Amministrazione, infatti, è tenuta soltanto ad accertare la sussistenza dei presupposti di cui alle lett. d) ed f), prendendo atto dell'avvenuto esercizio del menzionato diritto ad opera dei concessionari.

Donde, l'impossibilità di rinvenire nell'atto amministrativo con il quale si pretende il pagamento delle somme dovute a titolo di canone ai sensi delle richiamate lett. d) ed f) qualsivoglia ponderazione di interessi esplicative di valutazioni discrezionali dell'Amministrazione, traducendosi la pretesa economica contestata in un atto dovuto, in quanto vincolato in tutti i suoi aspetti essenziali.

Il che implica l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di questioni economiche attinenti al pagamento dei canoni dovuti durante l'esecuzione del rapporto concessorio.

Né, peraltro, a differente esito potrebbe pervenirsi rivalutando l'eventuale indeterminatezza del dato normativo di cui alla lett. f) nella parte in cui non prevede le modalità da seguire per l'individuazione in concreto degli apparecchi di intrattenimento da considerare in esubero rispetto a quelli rientranti nel numero consentito in caso di coinvolgimento di più concessionari, come sostiene la società appellata, poiché si tratterebbe, pur sempre, di una questione interpretativa inerente all'applicazione di un criterio predeterminato dalla legge per la ripartizione e quantificazione di un'obbligazione pecuniaria da adempiere a titolo di canone maturato nello svolgimento e, quindi, nella fase esecutiva di una concessione di pubblici servizi e, come tale, rientrante nell'ambito dei profili riservati dall'art. 133 co.1 lett. c) c.p.a. al sindacato del giudice ordinario.

Non essendo, dunque, coinvolti poteri autoritativi discrezionali inerenti alla determinazione del canone, ma discutendosi del quantum dovuto dalla società appellata in ragione dell'esercizio del diritto soggettivo al mantenimento degli apparecchi di intrattenimento eccedenti il limite del consentito, il dedotto difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sussiste e, pertanto, il motivo proposto dall'Amministrazione appellante è fondato e va accolto, con conseguente assorbimento dell'ulteriore motivo non esaminato e riforma della sentenza appellata, spettando il sindacato sulla controversia al giudice ordinario, in funzione di giudice civile, dinanzi al quale la causa potrà essere riassunta ai sensi dell'art. 11 co. 2 c.p.a. entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente decisione, affinché, ferme restando le eventuali preclusioni e decadenze intervenute, siano fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda.

II. – La peculiarità della questione processuale esaminata giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, riforma la sentenza impugnata e dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia proposta con il ricorso di primo grado, rientrando la causa nella giurisdizione del giudice ordinario, con facoltà per la parte interessata di riproporre la domanda ai sensi dell'art. 11 co. 2 c.p.a.

Compensa per intero le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Chieppa, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere, Estensore

Pietro De Berardinis, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere

L'ESTENSORE

Sergio Zeuli

IL PRESIDENTE

Roberto Chieppa