

N. 00021/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00471/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 471 del 2020, proposto da Allstar S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cino Benelli e Marco Dugato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Cino Benelli in Firenze, corso Italia 24;

contro

Comune di Modena, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Maini e Claudia Giovanardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'accertamento

nonché la condanna del Comune di Modena alla corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies L. n. 241/1990 ovvero in subordine del giusto indennizzo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Modena;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2023 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone l'odierna ricorrente di gestire l'attività di raccolta del gioco lecito presso la sala di via Pico della Mirandola in Modena mediante licenza ex art. 88 t.u.l.p.s. ottenuta il 15 maggio 2017 dalla Questura di Modena con apparecchi VLT (art. 110 co. 6 lett. b) t.u.l.p.s.) ubicata ad una distanza inferiore a 500 mt. da un luogo sensibile (ovvero da una scuola materna).

In tale veste, con ricorso Rg n. 788/2018, ha impugnato i provvedimenti adottati dal Comune di Modena inerenti la mappatura dei punti di raccolta posti nel raggio di 500 mt. da luoghi sensibili ai sensi dell'art. 6 co. 2 bis L.R. 5/2013 a cui però seguiva il decreto decisorio n. 137/2020 di estinzione del giudizio per sopravvenuta rinuncia al ricorso, in seguito al rigetto sia da parte del Tribunale Amministrativo adito che del Consiglio di Stato in sede di appello della domanda incidentale cautelare.

Con il ricorso in esame, presupposta e nota l'intervenuta inoppugnabilità "inter partes" dei suindicati provvedimenti lesivi, l'odierna ricorrente ha chiesto l'accertamento del diritto alla corresponsione da parte del Comune di Modena dell'indennizzo ex art. 21-quinquies L. 241/90 per asserita revoca implicita dei titoli abilitativi ottenuti per l'esercizio dell'attività; in subordine ha invocato la spettanza dell'indennizzo attraverso un'interpretazione della legge regionale Emilia Romagna n. 5/2013 conforme agli artt. 41, 42 e 43 Cost., così come integrati dalle disposizioni recate dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Quanto alla prima domanda sostiene che gli atti comunali di mappatura e chiusura

della sala giochi di via Pico della Mirandola, allo stato pienamente legittimi, avrebbero determinato la surrettizia revoca implicita dei titoli abilitativi per asserite sopravvenute ragioni di pubblico interesse (date dall'entrata in vigore della legge regionale sul c.d. distanziometro), invocando recente precedente del Consiglio di Stato favorevole in astratto alla revoca in autotutela in forma implicita.

Quanto alla domanda proposta in via subordinata ha invocato la giurisprudenza della Corte EDU secondo cui la tutela dei "beni" (ex art. 1 Primo protocollo add. CEDU) sarebbe comprensiva, oltre che dei diritti reali, del diritto allo svolgimento di attività economiche in forza di provvedimenti abilitativi, essendo l'ingerenza da parte del Comune di Modena senza la corresponsione di qualsivoglia indennizzo caratterizzata dalla carenza di "fair balance" ovvero di un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, non essendo all'uopo sufficiente la moratoria di sei mesi prevista dalla normativa regionale.

Si è costituito in giudizio il Comune di Modena eccependo l'infondatezza della pretesa "ex adverso" azionata dal momento che, in sintesi: - non sarebbe stato assolto da parte della ricorrente l'onere probatorio circa l'asserito effetto espulsivo conseguente ai provvedimenti di mappatura adottati dall'Amministrazione comunale, essendo allo stato possibile anche dopo tali atti la delocalizzazione dell'attività in altre aree; - la disciplina regionale pedissequamente applicata dal Comune contempla già, anche in chiave della tutela dei "beni" di derivazione CEDU, un meccanismo compensativo di moratoria finalizzato alla delocalizzazione dell'attività di raccolta del gioco lecito; - la mancata presentazione da parte della ricorrente di istanza di delocalizzazione nonostante la concreta possibilità di reperimento di aree alternative idonee; - eventuali pretese risarcitorie o indennitarie andrebbero semmai rivolte nei confronti della Regione di cui chiede

la chiamata in giudizio ex art. 28 co. 3 e 51 c.p.a.

Con memoria la difesa della ricorrente si è opposta alla chiamata in causa della Regione poiché in contrasto con il Codice del processo amministrativo ed ha insistito sulla natura ablatoria dei provvedimenti assunti dal Comune (richiamando precedente dell'adito Tribunale Amministrativo), che hanno interdetto l'attività esercitata da Allstar s.r.l.; ha altresì invocato la lesione del proprio affidamento incolpevole all'esercizio dell'attività, applicandosi il c.d. distanziometro anche alle attività, come quella di specie, già in essere.

Con memoria di replica la difesa comunale ha escluso la lesione di un legittimo affidamento, non sussistendo a suo dire alcuna aspettativa giuridicamente rilevante a che il pubblico potere mantenga per sempre vigente una determinata disciplina, specie in presenza come nel caso di specie di più livelli regolatori rispetto a quello meramente autorizzativo; ha infine rappresentato le numerose proroghe concesse del termine di chiusura della sala e la completa assenza di discrezionalità nei provvedimenti di mappatura, si da non poter essere configurato, nemmeno in astratto, l'istituto della revoca di cui all'art. 21-quinquies legge 241/90.

Alla pubblica udienza del 20 dicembre 2023, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-E' materia del contendere la pretesa dell'odierna ricorrente titolare della sala giochi VLT ubicata a Modena in via Pico della Mirandola alla corresponsione da parte del Comune di Modena dell'indennizzo dovuto ai sensi dell'art. 21-quinquies L. 241/90 o, in subordine, ai sensi dell'art.1 Primo prot. add. CEDU (come interpretato dalla Corte di Strasburgo), per la chiusura della sala giochi derivante dai provvedimenti comunali di mappatura dei punti di raccolta posti a distanza inferiore a 500 mt. dai luoghi sensibili ai sensi dell'art. 6 co. 2 bis L.R. 5/2013.

2. - Preliminarmente non ritiene il Collegio di dover accogliere l'istanza avanzata dalla difesa comunale di chiamata in causa della Regione, nei cui confronti non è stato notificato il gravame, risultando la pretesa azionata diretta nei soli confronti del Comune di Modena, non sollevando parte ricorrente pretese di alcun tipo avverso atti e/o comportamenti dell'ente regionale.

2.1. In ogni caso, stante l'esito di rigetto del ricorso, la suddetta istanza, costruita dalla difesa comunale sul modello processualcivilistico della chiamata del terzo (asseritamente) obbligato, ex art. 106 c.p.c. (*“Ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo al quale ritiene comune la causa o dal quale pretende essere garantita”*), risulta superata e non più sorretta da un interesse processuale apprezzabile.

3.- Come sopra anticipato, la ricorrente non contesta la legittimità dei suindicati atti comunali applicativi del così detto “distanziometro”, ma invoca la tutela indennitaria per attività “secundum ius” nel presupposto che la chiusura della propria sala sottenda implicito e surrettizio provvedimento di revoca dei titoli abilitativi ottenuti per sopravvenute ragioni di pubblico interesse, individuabili nell'entrata in vigore della normativa regionale in tema del c.d. distanziometro al fine del contrasto alla ludopatia.

Si sarebbe dunque al cospetto - secondo la prospettazione attorea - di una revoca implicita per sopravvenuto mutamento della disciplina giuridica dal momento che prima della normativa regionale l'attività di raccolta del gioco lecito poteva regolarmente esercitarsi nel territorio del Comune di Modena.

A supporto delle proprie argomentazioni la ricorrente cita precedente del Consiglio di Stato secondo cui “l'astratta ammissibilità del provvedimento implicito non può essere negata, qualora l'Amministrazione, pur non adottando formalmente la propria determinazione, ne determini univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un contegno conseguente, ovvero determinandosi in una

direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del corrispondente provvedimento formale non adottato” (Consiglio di Stato sez. V, 24 gennaio 2019 n. 589).

4.- Il ricorso è infondato e va respinto non ritenendo il Collegio di poter condividere il pur argomentato assunto di parte ricorrente.

5.- In primo luogo giova rilevare in termini sistematici come la configurabilità di una revoca implicita e più in generale dell'autotutela con funzione di riesame implicita sia ampiamente discussa tanto in giurisprudenza che in dottrina, essendo invero prevalente la tesi negativa, posto che nel nostro ordinamento vige il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, il quale comporta che l'autorità amministrativa ha il potere di emanare solo atti disciplinati nel contenuto, nei presupposti e nell'oggetto dalla legge (*ex multis* T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 2 luglio 2019, n.3616; cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 3 marzo 2017, n. 1001; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 22 gennaio 2018, n. 157; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 maggio 2016, n. 5276).

L'autotutela con funzione di riesame implicita, inoltre, elude il contraddittorio procedimentale indefettibile per i procedimenti di secondo grado (*ex plurimis* T.A.R. Puglia Bari sez. I, 26 settembre 2012, n. 1686) e viola il generale obbligo di conclusione di ogni procedimento con atto espresso e debitamente motivato.

5.1.- Ciò premesso, anche a voler ammettere in astratto la configurabilità della revoca provvedimento implicita, nel caso di specie la pretesa di parte ricorrente risulta, ad avviso del Collegio, comunque non accoglibile.

In disparte la considerazione che l'esercizio dell'attività di raccolta del gioco lecito è soggetta a plurimi e concorrenti titoli (concessione dell'Agenzia delle dogane e

dei monopoli, autorizzazione dal Questore ai sensi dell'art. 88 t.u.l.p.s. avuto riguardo alla verifica dei requisiti morali del richiedente e della situazione di ordine pubblico, autorizzazione del Comune dove l'attività dovrà essere svolta), dei quali viene in rilievo nella controversia in esame solo quello comunale, indicato come concausa del danno (lecito) del cui indennizzo si tratta, ma senza che si faccia riferimento alla sorte degli altri, titoli giuridici (pur necessari), la cui decadenza o revoca parimenti avrebbe potuto concorrere a cagionare gli effetti pregiudizievoli in questa sede dedotti come oggetto del chiesto indennizzo, vi è più risolutivamente e pregiudizialmente da rilevare, in senso ostativo all'accoglibilità dell'azione proposta, che l'esercizio del potere di revoca, per giurisprudenza pacifica, è assoggettato alla ricorrenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse o di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, declinati dall'art. 21-quinquies, l. n. 241/1990 e che si pongono in alternativa tra loro, ed è connotato da ampia discrezionalità (*ex plurimis* T.A.R. Campania Napoli sez. I, 11 ottobre 2021, n. 6397; Consiglio di Stato sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026), mentre l'attività comunale di mappatura dei punti di raccolta posti nel raggio di 500 mt. da luoghi sensibili è strettamente attuativa della legge regionale e delle relative disposizioni attuative (d.G.R. n. 831/2017), trattandosi di eseguire scelte già compiute a monte dal legislatore regionale al fine della tutela della collettività dalla ludopatia.

Come più volte rilevato anche dall'adito Tribunale Amministrativo, nella scansione procedimentale delineata dall'art. 6 della legge regionale n.5/2013, infatti, la lesione dell'interesse dei titolari dei punti di raccolta di scommesse lecite alla prosecuzione dell'attività si colloca già in sede di concreta effettuazione della mappatura delle specifiche distanze da parte dei comuni, risultando i successivi provvedimenti di chiusura delle attività del tutto vincolati, consequenziali e senza alcuna nuova

ponderazione di interessi, invero già compiuta a monte in tutto e per tutto dal legislatore regionale (T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna sez. I, 2 novembre 2020, n. 704; Id. 16 dicembre 2023, n. 749).

Anche l'attività di mappatura invero, per quanto direttamente lesiva, è di per sé ricognitiva in punto di fatto di quanto perentoriamente stabilito a monte dal citato art. 6 co. 2 bis L.R. 5/2013 e relative deliberazioni attuative, si da venire in rilievo scelte legislative sindacabili unicamente dalla Consulta previo incidente di legittimità costituzionale.

5.2.- Alla luce delle suesposte argomentazioni la domanda della ricorrente di accertamento del diritto all'indennizzo ex art 21-quinquies legge 241/90 non merita dunque condivisione.

6.- Più complesso è l'esame della domanda, proposta in via subordinata, di spettanza dell'indennizzo ai sensi dell'art. 1 Primo prot. add. CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo e dell'art.17 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza (avente lo stesso valore giuridico dei Trattati dell'Unione europea cfr. Corte Costituzionale 11 marzo 2011 n. 80), argomentata sulla pretesa natura ablatoria dei provvedimenti comunali, i quali avrebbero azzerato l'esercizio dell'attività di raccolta del gioco lecito.

6.1.- E' indubbio che la Corte di Strasburgo, in merito all'interpretazione dell'art. 1 del Primo prot. add., abbia aderito ad un'ampia concezione della nozione di "beni", comprensiva oltre che dei diritti reali di quelli patrimoniali ovvero delle utilità economiche derivanti da titolo abilitativo concessorio o autorizzatorio (Corte EDU, 23 settembre 2014 *Valle Pierimpié Soc. Agricola S.p.A. c. Italia*; Id. sez. I, 30 giugno 2022, n. 55617) e che le limitazioni all'esercizio di un'attività economica lecita per sopravvenienze debbono essere compensate mediante indennizzo.

L'ingerenza rispetto ai "beni", ancorché giustificata da scopi di interesse generale,

deve infatti mantenere un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo ((Corte EDU *I santi monasteri c. Grecia*, 9 dicembre 1994, § 71, serie A n. 301-A; *Turgut e altri c. Turchia*, n. 1411/03, §§ 86-93, 8 luglio 2008).

Anche l'adito Tribunale Amministrativo di recente ha affermato che le distanze dai luoghi sensibili rientranti nella competenza regionale in tema di tutela della salute debbono rispettare il limite della proporzionalità, stretta necessità ed adeguatezza (T.A.R. Emilia - Romagna Bologna sez. I, 16 febbraio 2023, n. 749) dovendosi contemperare le esigenze di contrasto alla ludopatia quale vera e propria patologia (Corte Cost. n. 108/2017) con il diritto fondamentale di libera attività economica, dal momento che non è possibile azzerare la possibilità prevista dalla normativa regionale di delocalizzare l'attività posta entro il limite distanziale dai luoghi sensibili, quale misura normativa appunto deputata al contemperamento dei contrapposti interessi di rilievo costituzionale, non potendosi con il c.d. distanziometro impedire l'esercizio di una attività economica peraltro già in essere e del tutto lecita, per quanto foriera di possibili pregiudizi per la salute della popolazione (ancora T.A.R. Emilia - Romagna Bologna sez. I, 16 febbraio 2023, n. 749; id. 23 dicembre 2020, n. 856.)

Va rilevato che mentre per la tutela del diritto di proprietà il nostro ordinamento disciplina con specifiche norme di legge le modalità di calcolo dell'indennità di esproprio (pari al valore venale delle aree edificabili e non edificabili e degli edifici) tenuto conto delle puntuali indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale (sent. 24 ottobre 2007, n.349) in conformità all'art. 1 Primo prot. add. (quale norma interposta ex art. 117 co. 1 Cost. rispetto all'art. 42 Cost.,) quanto ai diritti non reali - parimenti tutelati dalla Convenzione EDU - manca una normativa diretta a quantificare tale indennizzo.

6.2.- Tanto doverosamente premesso, non ritiene il Collegio di poter condividere il pur argomentato assunto della ricorrente, il quale poggia su di un presupposto (l'effetto espulsivo nel territorio comunale) del tutto indimostrato.

Infatti parte ricorrente rinunciando al ricorso teso all'annullamento dei provvedimenti comunali di mappatura e chiusura della sala giochi in esame, con estinzione dichiarata con decreto n. 137/2020, è decaduta da ogni pretesa di interesse legittimo a far valere il difetto di proporzionalità, necessità ed adeguatezza di tali misure, non potendosi qui pretendere di rimettere in discussione tali profili.

In secondo luogo trascura poi parte ricorrente come l'asserito effetto espulsivo non sia stato provato, come sarebbe stato suo onere fare (T.A.R. Emilia - Romagna Bologna sez. I, sent. nn. 703, 704 e 856 del 2020, n. 732/2021), nemmeno tardivamente nel presente giudizio, avendo i provvedimenti comunali interdetto l'attività nel locale di via Pico della Mirandola ma non in riferimento all'intero territorio comunale, non potendosi escludere la possibilità di delocalizzazione dell'attività, secondo gli elementi peraltro forniti dalla stessa Amministrazione comunale riguardanti il trasferimento di altri operatori economici del settore in seguito al c.d. distanziometro.

E' dunque del tutto indimostrato dalla ricorrente il postulato effetto ablatorio, venendo in questione previsioni conformative (come tali non indennizzabili) dell'attività economica privata per scopi di pubblica utilità (artt. 41 e 42 Cost.) ovvero motivi imperativi di interesse generale ai sensi del Trattato UE (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 17 aprile 2023, n. 3853).

6.3.- Giova poi rilevare, non da ultimo, come la moratoria prevista dalla normativa regionale del termine per la chiusura delle sale non rispettose del limite distanziale, pari a 6 mesi, prorogabile discrezionalmente dai Comuni di ulteriori 6 mesi, rappresenta di per sé un elemento di tutela dell'operatore economico diretto a

consentirgli entro un congruo lasso temporale il reperimento di nuovi locali, quale “equilibrato e ragionevole contemperamento degli interessi privati e pubblici coinvolti” (Consiglio di Stato sez. I, parere 16 aprile n. 2021 n. 686), dovendo poi l’ente locale contemperare i contrapposti interessi in sede di pianificazione urbanistica mediante la previsione di aree idonee in cui esercitare l’attività in esame (T.A.R. Emilia - Romagna Bologna sez. I, 2 novembre 2020, n. 703).

Nella fattispecie per cui è causa il Comune di Modena ha accordato ulteriori proroghe rispetto a quella garantita dalla legge regionale, dapprima sino al 23 novembre 2019 e poi al 30 giugno 2020.

7.- Alla luce delle suesposte argomentazioni il ricorso è infondato e va respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite attesa la novità e la complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Carpentieri, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Paolo Carpentieri

