

N. 01831/2024REG.PROV.COLL.

N. 06590/2019 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 6590 del 2019, proposto da Società Ricreativo B s.p.a. (R.A. Elettronica s.r.l.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cino Benelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, sito in Corso Italia n. 24;

contro

Comune di Firenze, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianna Rogai e Andrea Sansoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15; Azienda Usl Toscana Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucia Coppola e Liliana Molesti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Pasquale Mosca in Roma, Corso D'Italia, 102;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. 14/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Firenze e dell'Azienda Usl Toscana Centro;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 28 novembre 2023 il Cons. Annamaria Fasano e, ai sensi dell'art. 87, comma 4-bis c.p.a. e dell'art. 13-*quater* disp. att. c.p.a. (articolo aggiunto dall'art. 17, comma 7, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.), preso atto del deposito delle note di passaggio in decisione, è data la presenza degli avvocati Cino Benelli, Coppola, Molesti, Mosca, e Gianna Rogai;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società R.A. Elettronica s.r.l. svolge, nell'ambito del territorio ricompreso nel Comune di Firenze, attività di gestione degli apparecchi da gioco lecito di cui all'art. 110, comma 6, lett. a) del T.U.L.P.S. (c.d. "AWP"), come risulta da iscrizione nell'apposito elenco (c.d. "RIES") tenuto dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli.

2. Con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, la suddetta società, unitamente ad altri sei gestori, chiedeva l'annullamento, previa concessione delle misure cautelari collegiali, dell'ordinanza del Sindaco del Comune di Firenze n. 231/2016 del 2 settembre 2016, avente ad oggetto *"Orari di esercizio delle sale giochi autorizzate ai sensi dell'art. 86 TULPS e di*

funzionamento degli apparecchi con vincita in denaro di cui all'art. 110 c. 6 TULPS, installati negli esercizi autorizzati ai sensi degli artt. 86 e 88 TULPS", che limitava l'utilizzo degli apparecchi autorizzati esclusivamente "dalle ore 16:00 alle ore 20:00 di tutti i giorni, compresi i festivi", dovendo gli stessi risultare "completamente spenti" nelle restanti fasce orarie, sotto espressa comminatoria di sanzioni pecuniarie e interdittive.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, con sentenza n. 402/2017, passata in giudicato, accoglieva il ricorso, annullando l'ordinanza sindacale gravata. Successivamente, con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, la società R.A. Elettronica s.r.l. domandava il risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, sofferti a causa del provvedimento annullato.

4. Il Tribunale adito, con sentenza n. 14 del 2019, dichiarava il difetto di legittimazione passiva della ASL Toscana Centro, e respingeva il ricorso nel merito. In particolare, il Tribunale non riteneva sussistenti i presupposti per il riconoscimento del risarcimento del danno. Ciò in quanto, in un primo momento, la società aveva proposto istanza di sospensione dell'ordinanza sindacale impugnata ma, successivamente, vi aveva rinunciato.

Secondo il giudicante, la scelta di non avvalersi delle forme di tutela previste dall'ordinamento processuale, come le misure cautelari, che avrebbero evitato gli asseriti pregiudizi, costituiva una violazione dell'obbligo di cooperazione di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a., con conseguente venire meno del nesso causale (Cons. Stato, Ad. Plen., 2011, n. 3) tra la condotta e l'evento dannoso.

Nel caso di specie, il Collegio osservava come fra la pretermissione dell'azione cautelare e l'insorgenza del danno sussisteva un nesso di consequenzialità diretta, poiché il secondo poteva concretamente evitarsi mediante l'esperimento

dell'azione cautelare.

5. La Società Ricreativo B s.p.a., già Elettronica s.r.l., ha appellato la suddetta pronuncia chiedendone l'integrale riforma, sulla base delle seguenti censure: *“I. Palese erroneità dei capi nn. 7 e 8 della sentenza appellata. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30, comma 3, c.p.a. e 1227 c.c., nonché dei principi declinati dalla decisione n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria. Omessa e/o erronea valutazione delle risultanze processuali. Illogicità manifesta della motivazione. II. Palese erroneità del capo n. 6. Omessa e/o erronea valutazione delle risultanze processuali. Illogicità manifesta della motivazione; III. Riproposizione di tutte le domande, istanze ed eccezioni non esaminate dalla sentenza di primo grado”*.

6. Il Comune di Firenze si è costituito in resistenza, concludendo per il rigetto del gravame.

7. L'Azienda USL Toscana Centro si è difesa, chiedendo, in via preliminare, che sia dichiarata la propria carenza di legittimazione passiva, con conseguente estromissione della stessa dal giudizio, e nel merito il rigetto dell'appello.

8. All'udienza straordinaria del 28 novembre 2023, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

9. Con il primo motivo, la società appellante censura la sentenza impugnata, assumendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 30, comma 3, c.p.a. e 1227 c.c., nonché dei principi declinati dalla decisione n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria. Il primo giudice avrebbe errato nell'escludere i presupposti dell'azione risarcitoria solo in considerazione dell'intervenuta rinuncia da parte della società ricorrente all'istanza cautelare proposta in primo grado. Ciò in quanto, il T.A.R. avrebbe ommesso di valutare in concreto l'efficacia interruttiva del nesso causale (tra

l'illegittima azione amministrativa e i danni sofferti) della scelta processuale compiuta dalla ricorrente. In realtà, avrebbe dovuto svolgere una valutazione prognostica sulle probabilità di concessione della misura cautelare in termini concreti e correlati alla questione controversa, atteso che nella specie non sussistevano i presupposti per l'accoglimento dell'istanza cautelare. Secondo l'appellante, la giurisprudenza amministrativa non imporrebbe al danneggiato di esperire tutti i mezzi di tutela giurisdizionale previsti dall'ordinamento, sicché non sarebbe possibile sostenere che venga meno il diritto al risarcimento del danno per effetto della mancata richiesta di una misura cautelare, ovvero nell'ipotesi di sopravvenuta rinuncia alla stessa.

10. Con il secondo motivo, la società lamenta l'erroneità della pronuncia nella parte in cui ha accolto l'eccezione di difetto di legittimazione passiva formulata dalla Azienda USL Toscana Centro. Diversamente da quanto opinato dal primo giudice, non potrebbe escludersi la legittimazione passiva di una pubblica amministrazione per il solo fatto che questa non risulta essere autrice formale di un provvedimento amministrativo, ossia perché l'apporto della medesima va ricondotto solo alla fase istruttoria. In realtà, come dimostrerebbe il tenore testuale del provvedimento sindacale, lo stesso si fonda sugli studi e sulle rilevazioni statistiche della Azienda Sanitaria di Firenze.

11. Con il terzo mezzo, vengono riproposte anche nel presente giudizio tutte le domande e le eccezioni non esaminate dal primo giudice, ai sensi e per gli effetti dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

12. Il Collegio rileva che, in via preliminare, va scrutinato il secondo motivo di appello, con il quale si denuncia l'erroneità dell'estromissione per difetto di legittimazione della Azienda USL Toscana Centro dal giudizio.

12.1. Il motivo è infondato.

Come correttamente rilevato dal primo giudice, il provvedimento gravato era l'ordinanza del Sindaco del Comune di Firenze emanata ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 267/2000.

Tale atto è giuridicamente imputabile al Comune di Firenze, sicché l'apporto della ASL Toscana Centro può apprezzarsi, come lo stesso appellante rileva nello sviluppo del mezzo, solo sul piano meramente istruttorio.

Il difetto di riconducibilità del provvedimento impugnato all'organo che ha contribuito solo al completamento dell'attività istruttoria determina il difetto di legittimazione passiva di quest'ultimo e, quindi, l'estromissione del giudizio, atteso che le informazioni di carattere epidemiologico – sanitario che sono state fornite agli organi di amministrazione comunale non sono idonee a fondare una responsabilità di tipo risarcitorio per il danno preteso dalla società ricorrente a seguito dell'annullamento dell'ordinanza emessa da Comune di Firenze.

13. Il primo mezzo non può trovare accoglimento.

L'art. 30, comma 3, c.p.a. stabilisce che, nel determinare il risarcimento, il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

L'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 3 del 2011, ha chiarito che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con la diligente utilizzazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, contenuta nell' art. 30 c.p.a., ha portata ricognitiva di principi già evincibili dall'art. 1227 c.c. ed è, quindi, applicabile anche alle azioni risarcitorie proposte prima dell'entrata in vigore del codice del processo

amministrativo. L'omessa attivazione degli “strumenti di tutela”, dunque, tra i quali non può non ricomprendersi il rimedio cautelare, costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini della mitigazione e finanche dell'esclusione del danno in quanto evitabile con l'ordinaria diligenza (Cons. Stato, n. 7699 del 2020).

Da qui la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell'omessa coltivazione dello strumento cautelare come fatto che preclude la risarcibilità dei danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo, onde evitare la consolidazione di effetti dannosi.

Nel caso in esame, la società domanda il ristoro del danno patito nel corso del periodo di efficacia dell'ordinanza sindacale, ovvero dal 5 settembre 2016 al 17 marzo 2017, data di pubblicazione della sentenza di annullamento n. 402/2017. Ebbene non è contestato che l'appellante, dopo aver proposto domanda di sospensione dell'ordinanza sindacale, vi abbia rinunciato.

Tale condotta deve essere valutata ai sensi degli artt. 1227 c.c. e 30 c.p.a., e ritenuto che il risarcimento del danno provocato da provvedimento amministrativo illegittimo postula la dimostrazione del nesso di causalità fra la sua emanazione e l'effetto lesivo, nella fattispecie in esame, la catena causale risulta interrotta dal comportamento processuale imputabile alla danneggiata.

Ciò in quanto, le argomentazioni difensive sostenute dall'appellante sono genericamente proposte, limitandosi a riportare indirizzi giurisprudenziali, laddove, nella fattispecie, si tratta di valutare la fattispecie controversa alla luce dei principi suddetti, ossia di stabilire se la condotta processuale della ricorrente, la quale ha

rinunciato alla tutela cautelare, integri una violazione del canone comportamentale delineato dall'art. 1227 c.c.

A tale quesito non può che darsi risposta positiva, in considerazione del fatto che la società appellante non ha giustificato, neppure in questo giudizio, le ragioni della rinuncia alla cautela, e neppure ha dimostrato che l'eventuale esito favorevole dell'istanza cautelare non avrebbe rivestito nella fattispecie alcuna utilità concreta.

L'adempimento a tale onere processuale avrebbe consentito di valutare la fondatezza della tesi difensiva della ricorrente, e quindi di escludere l'incidenza causale della decisione di non coltivare la cautela sul danno che si assume provocato, nonché eventuali gradi di mitigazione del pregiudizio, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà (Cons. Stato, n. 2174 del 2021; id. n. 962 del 2021).

Va, infatti, osservato che, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, la possibilità di anticipare gli effetti favorevoli della decisione finale, mediante gli strumenti cautelari, avrebbe consentito alla ricorrente di conseguire il bene della vita di specifico interesse, così evitando il configurarsi degli effetti pregiudizievoli lamentati a mezzo di una tutela specifica approntata dall'ordinamento.

Ne consegue che va condiviso quanto sostenuto dal Collegio di prima istanza, laddove evidenzia che *'fra la pretermissione dell'azione cautelare e l'insorgenza del danno sussiste un nesso di consequenzialità diretta, perché il secondo poteva concretamente evitarsi attraverso l'azione cautelare medesima (il suo accoglimento avrebbe infatti sospeso la produzione di effetti giuridici fino alla pronuncia del merito). Ne consegue che nella specie si rientra perfettamente nella previsione di cui al citato art. 30, comma 3, c.p.a. che esclude il risarcimento del danno che si sarebbe potuto evitare attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento'*.

14. In definitiva, l'appello va respinto ed ogni altra questione proposta dalle parti deve ritenersi assorbita, posto che l'eventuale esame della stessa non determinerebbe una soluzione di segno contrario.

15. La peculiarità della vicenda processuale e le ragioni della decisione suggeriscono l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di lite del grado.

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

Così, deciso, nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2023 tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, d.l. 9.6.2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6.8.2021 n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF

Sergio Zeuli, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Giovanni Sabato