

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Impugnabilità dell'atto - Pareri resi dall'avvocatura di Stato - Limiti.

Cons. Stato, Sez. II, 7 novembre 2022, n. 9709

- in *Il Foro amm.*, 11, 2022, pag. 1394

“[...] il parere espresso dall’Avvocatura distrettuale dello Stato in ordine alla adottabilità di un provvedimento amministrativo è atto di natura consultiva, che assolve funzione preparatoria e servente rispetto alla statuizione adottata dall’Amministrazione e che, pertanto, può formare oggetto di contestazione in sede di impugnazione dell’atto conclusivo del procedimento senza onere di chiamata dell’organo che in esso è intervenuto in funzione consultiva [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell’Interno e della Questura di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell’udienza pubblica del giorno 29 settembre 2022, il Cons. Raffaello Sestini e dato atto delle conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – La società appellante chiede la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, che ha respinto il suo ricorso volto all’annullamento del provvedimento del Questore di -OMISSIS- del -OMISSIS-, con il quale è stata respinta l’istanza di rilascio dell’autorizzazione *ex art. 88* del r.d. n. 773/1931 per l’esercizio dell’attività di cui all’art. 38, comma 4, d.l. n. -OMISSIS- in -OMISSIS-, essendo i locali posti ad una distanza di mt. 478,40 dalla sede della filiale dell’Istituto di credito più vicino e dal relativo sportello Bancomat, nonché di ogni atto presupposto, tra cui il parere dell’Avvocatura Distrettuale dello Stato del 16 giugno 2021.

2 – La fattispecie sottostante alla controversia è apparentemente intricata sul piano storico e complessa sul piano tecnico, ma in realtà è facilmente ricostruibile ove ricondotta ai suoi essenziali termini giuridici:

a) la vigente normativa nazionale disciplina la distanza minima delle sale gioco da punti ritenuti “sensibili” a fini di tutela dei soggetti più fragili ed esposti ai rischi di “ludopatia”, ivi inclusi gli sportelli automatici bancari da cui sarebbe possibile attingere le somme per il gioco;

b) in tale quadro la legge regionale delle Marche disciplina la misurazione della distanza minima di 500 metri delle sale giochi da punti sensibili (in questo caso il bancomat), ponendo precisi parametri tecnici relativi, ad esempio, alla individuazione del punto di partenza del percorso misurato;

c) una società terza aveva a suo tempo chiesto di aprire la medesima sala giochi in -OMISSIS-, ma il Questore aveva respinto la domanda per l'inidoneità del sito, in quanto, utilizzando il criterio di misurazione previsto dalla legge regionale (e recepito dai competenti uffici comunali), risultava ubicata a circa 480 metri dal più vicino sportello bancomat, pur se altri uffici del medesimo Comune avevano stabilito la distanza in circa 510 metri utilizzando parametri di misurazione diversi;

d) in quell'occasione l'esattezza della misurazione, in quanto effettuata in modo conforme alle previsioni regionali, e la conseguente legittimità del diniego venivano accertati in sede giurisdizionale prima dal TAR e poi dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, III Sezione, sentenza n. 8563 del 2019);

e) successivamente una nuova società ovvero l'odierna appellante (che secondo l'Amministrazione non sarebbe diversa dalla precedente società, ma il dato non è rilevante e non merita approfondimento) ha proposto la medesima domanda per lo stesso sito;

f) nel nuovo *iter* istruttorio il Comune ha misurato nuovamente la distanza, ritenuta superiore a quella minima richiesta secondo i diversi criteri di misurazione sopraindicati, che nel frattempo sono stati approvati dalla Giunta comunale, ed ha poi chiesto parere agli Uffici amministrativi della Regione (che hanno anch'essi confermato il criterio più favorevole alla richiedente) e all'Avvocatura distrettuale (che si è peraltro pronunciata con un parere non risolutivo);

g) il Questore, dopo aver inutilmente chiesto aggiornamenti al Comune, ha invece respinto la domanda per la presenza del medesimo sportello bancomat ad una distanza inferiore a quella minima prescritta, ritenendo dirimente il criterio di misurazione regionale in quanto non derogabile dal Comune;

h) la società ha impugnato il diniego davanti al TAR, che con la sentenza breve appellata ha peraltro respinto il ricorso, sancendo l'irrelevanza di qualunque criterio di misurazione diverso da quello (ostativo all'insediamento) normato dalla legge Regionale e già validato dal giudice amministrativo con decisione ormai passata in giudicato, e statuendo inoltre la non rilevanza, ai fini della decisione, delle ulteriori vicende riferite allo scambio di pareri e alle richieste di aggiornamento fra uffici;

i) la predetta sentenza è stata impugnata con l'appello in epigrafe.

2 – L'impresa interessata appella la predetta sentenza deducendone l'erroneità sotto plurimi motivi. In particolare:

- con il primo motivo, la sentenza appellata viene censurata per la parte in cui presuppone l'inammissibilità dell'impugnazione del parere dell'Avvocatura dello Stato, e quindi dei motivi

aggiunti avverso il diniego già impugnato col ricorso introduttivo, comprendenti l'ulteriore vizio di carenza istruttoria, che viene ribadito in sede d'appello non avendo la Questura, si sostiene, effettuato i doverosi approfondimenti pur a fronte dell'impiego di cartografie risultate inadeguate e diverse da quelle indicate dalla Regione, e pur a seguito di statuizioni non univoche dei diversi uffici e del mancato riscontro del Comune alla propria richiesta di aggiornamenti;

- con il secondo motivo, concernente la modalità con cui andava misurata la distanza tra l'edificio oggetto della richiesta di autorizzazione e lo sportello bancario ai sensi dell'articolo 5, comma 2, della l.r. 7 febbraio 2017, n. 3, si sostiene l'esattezza tecnica del criterio utilizzato dal Comune e non recepito dal Questore, in quanto orientato al *favor libertatis* che impone di interpretare in senso restrittivo ogni limite alla libertà d'impresa. Lo stesso criterio sarebbe stato ormai legittimato dal suo accoglimento da parte della Giunta comunale, oltretutto dal parere regionale di data 30 marzo 2021. Tale parere, in particolare, consentirebbe di superare sia la precedente diversa previsione regionale utilizzata dal Questore, sia, quale fatto nuovo sopravvenuto, il vincolo del giudicato formatosi in precedenza sull'interpretazione della norma;

- con i successivi motivi di appello si ribadiscono le censure di primo grado concernenti l'assenza di discrezionalità in capo al Questore e gli effetti dell'applicazione della circolare del 2018;

- viene infine reiterata la doglianza di carenza istruttoria anche con riferimento al parere dell'Avvocatura dello Stato, che avrebbe imposto l'effettuazione di una nuova misurazione per avere la certezza che non vi fossero stati errori in quelle precedenti.

Di conseguenza, l'appellante chiede di procedere a nuova misurazione anche mediante verifica o C.T., allegando una perizia di parte attestante la insussistenza di punti sensibili entro la distanza minima prescritta.

3 – A giudizio del Collegio le censure sopra sintetizzate non sono fondate.

4 – In particolare, quanto al primo motivo, concernente i motivi aggiunti con impugnazione del parere dell'Avvocatura dello Stato, può richiamarsi la giurisprudenza secondo cui il parere espresso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato in ordine alla adottabilità di un provvedimento amministrativo è atto di natura consultiva, che assolve funzione preparatoria e servente rispetto alla statuizione adottata dall'Amministrazione e che, pertanto, può formare oggetto di contestazione in sede di impugnazione dell'atto conclusivo del procedimento senza onere di chiamata dell'organo che in esso è intervenuto in funzione consultiva. Al riguardo, si rinvia a Cons. Stato, sez. VI, 5 febbraio 2010, n. 524, mentre i precedenti invocati dall'appellante afferiscono, invece, a pareri di congruità ovvero resi a fini contabili, e quindi a fattispecie specifiche e diverse da quella per cui è causa, cui certamente si attaglia l'orientamento sopra richiamato.

5 – Quanto al secondo motivo, afferente al “cuore” del giudizio e cioè alla modalità con cui andava misurata la distanza tra l’edificio oggetto della richiesta di autorizzazione e lo sportello bancario ai sensi dell’articolo 5, comma 2, della l.r. 7 febbraio 2017, n. 3, il Collegio condivide l’avviso del TAR secondo cui il “*parere*” regionale di data 30 marzo 2021 - che l’appellante richiama quale fatto nuovo sopravvenuto idoneo a superare il vincolo del giudicato formatosi sull’interpretazione della norma sancita con la sentenza di questa Sezione n. 8563 del 2019 - non può produrre in realtà tale effetto. Infatti, premesso che detto “*parere*” è stato espressamente sollecitato alla Regione dal Comune, senza alcuna necessità – come evidenziato dal T.A.R. – esistendo una norma di legge regionale ed anche un giudicato privo di incertezze che indicavano al Comune come la misurazione avrebbe dovuto essere effettuata, donde la legittima supposizione che con esso si sia cercato di creare un modo per “aggirare” il giudicato medesimo, considera il Collegio che il medesimo “*parere*”, non replicando i contenuti della precedente delibera di G.R. n. -OMISSIS- con riferimento alle modalità di calcolo della distanza (riferimento agli “*accessi*” degli edifici etc.), ed introducendo un elemento di oggettiva incertezza a fronte di quanto chiaramente statuito nel giudicato, laddove fa riferimento alla distanza in linea d’aria tra gli “*edifici*” senza chiarire quale porzione degli stessi si sarebbe dovuta prendere rispettivamente a punto di partenza e di arrivo, non apporta alcun elemento di novità, in quanto si limita a consentire una pluralità di interpretazioni, ivi inclusa (anche) quella (contraria alle previsioni della stessa Regione oltreché al giudicato precedentemente formatosi) volta a consentire in sede applicativa la soluzione più idonea a ottenere un risultato inferiore alla distanza minima di 500 metri indicata dalla norma.

6 - Neppure l’invocato passaggio della nota regionale che evidenzia la necessità di applicare determinate cartografie risulta dirimente, non essendo stato fornito alcun principio di prova che la misurazione operata dalla Polizia Municipale avrebbe portato a risultati diversi, più favorevoli all’appellante indipendentemente dal criterio di misurazione utilizzato, se fosse stata utilizzata una diversa cartografia.

7 – A giudizio del Collegio vanno altresì respinte le ulteriori censure di primo grado riproposte con i successivi motivi di appello, atteso che le questioni con esse sollevate (assenza di discrezionalità in capo al Questore, effetti dell’applicazione della circolare del 2018) sono recessive rispetto al vincolo riveniente dal precedente giudicato.

8 - Infine, neppure può essere accolto il motivo con cui si reitera la doglianza di carente istruttoria articolata sulla base del parere dell’Avvocatura distrettuale dello Stato, in quanto solo per eccesso di scrupolo – come evidenziato dal T.A.R. – in esso si era suggerito di valutare se effettuare una nuova misurazione, per avere la certezza che non vi fossero stati errori in quelle precedenti, senza peraltro allegare il minimo principio di prova o anche un mero sospetto che vi fossero effettivamente stati

errori nella prima misurazione, risolvendosi, per tale parte, il parere in un mero suggerimento, peraltro riferito ad un non consentito e quindi illegittimo aggravio del procedimento in diretta violazione delle previsioni della legge n. 241/1990 e successive modifiche.

9 – Alla stregua delle pregresse considerazioni, neppure può essere accolta la richiesta dell'appellante (che produce una perizia di parte attestante la insussistenza di punti sensibili entro la distanza minima prescritta) di procedere ad una nuova misurazione, anche mediante verifica o C.T.U., in quanto volta non a verificare la correttezza tecnica delle operazioni di misurazione, ma a rimettere in discussione le conclusioni già raggiunte dall'Amministrazione e da questo stesso giudice circa l'interpretazione da dare ai previsti criteri di misurazione, sulla base non già di elementi normativi nuovi e sopravvenuti, ma di un criterio di incerta applicazione elaborato solo *ex post*.

10 – L'appello deve essere pertanto respinto. Le spese seguono la soccombenza nei rapporti con l'Amministrazione statale mentre possono essere compensate rispetto alle altre parti, neppure costituite in giudizio.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante a rifondere al Ministero dell'interno le spese del presente grado di giudizio, liquidate in Euro 4.000,00 (quattromila) oltre ad IVA, CPA ed accessori.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento dell'identità dell'appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Raffaello Sestini

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.