Pubblicato il 21/10/2021
N. 07057/2021REG.PROV.COLL.
N. 02904/2021 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 Terza)
ha pronunciato la presente
SENTENZA
sul ricorso numero di registro generale 2904 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Gino Giuliano, Carlo Rienzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Ufficio Legale Nazionale del -OMISSIS-, Viale Giuseppe Mazzini n. 73;
contro
Ministero della Salute, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
nei confronti
-OMISSIS- non costituiti in giudizio;
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, piazza dell'Orologio, 7;
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tozzi, Melania Capasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Salute, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di -OMISSIS- e di -OMISSIS-;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2021 il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO
1. Con ricorso collettivo -OMISSIS- hanno impugnato, in prime cure, il decreto interministeriale del -OMISSIS-, con il quale è stata definita la nuova composizione dell'Osservatorio per il contrasto della diffusione del gioco d'azzardo ed il fenomeno della dipendenza grave, nonché degli atti ad esso presupposti, tra cui il decreto interministeriale del -OMISSIS-di ricostituzione del predetto Osservatorio, nella parte in cui non include le appellanti tra le associazioni ammesse a designare un proprio rappresentante nella compagine dell'Osservatorio includendovi, invece, la -OMISSIS-, in asserito conflitto di interessi.
1.1. Giova sin d'ora premettere che tra le misure di prevenzione per contrastare la ludopatia, l'art. 7, comma 10, del D.L. n. 158 del 2012 (convertito con modificazioni in Legge 8 novembre 2012, n. 189) ha disposto l'istituzione, presso l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, (oggi presso il Ministero della Salute) di un Osservatorio: "*di cui fanno parte, oltre ad esperti individuati dai Ministeri della salute, dell'istruzione, dell'università e della ricerca, dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, anche esponenti delle associazioni rappresentative delle famiglie e dei giovani, nonché rappresentanti dei comuni, per valutare le misure più efficaci per contrastare la diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave*".
L'art. 1, comma 133, della legge 23 dicembre 2014 n. 190, a sua volta dispone che: "*Con decreto interministeriale del Ministro della salute e del Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, è rideterminata la composizione dell'osservatorio,*

assicurando la presenza di esperti in materia, di rappresentanti delle regioni e degli enti locali, nonché delle associazioni operanti nel settore, nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica".
1.2. Incombendo la ricostituzione dell'Osservatorio (per scadenza di quello già costituito), il -OMISSIS-, che partecipava all'Osservatorio nel triennio antecedente, il 29 aprile 2019 ha presentato, al Ministero della salute e al Ministero dell'economia e delle finanze, istanza di rinnovo della propria candidatura. Il 16 maggio 2019, anche -OMISSIS- proponeva, ai citati Dicasteri, la propria candidatura tra i componenti dell'Osservatorio.
Entrambe le istanze rimanevano senza riscontro.
1.3. Con Decreto interministeriale (Salute e MEF) del -OMISSIS-, registrato presso la Corte dei Conti il successivo 23 settembre, veniva ricostituito l'Osservatorio senza la presenza del -OMISSIS-.
Con nota dell'11.09.2019, il Direttore Generale vicario della Direzione Generale della Prevenzione sanitaria del Ministero della Salute dava notizia al -OMISSIS- dell'avvenuta firma, il 12.08.2019, del Decreto interministeriale di ricostituzione dell'Osservatorio, e che il decreto fosse all'esame della Corte dei Conti. La stessa nota invitava il -OMISSIS- a comunicare il nominativo del rappresentante dallo stesso designato (componente effettivo e supplente).
A fronte della richiesta di designazione proveniente dal Ministero della Salute trasmessa in pari data, con comunicazione del 12 settembre 2019, il -OMISSIS- (-OMISSIS-), trasmetteva agli iscritti, tra cui il -OMISSIS-, la comunicazione del Ministero della Salute dell'11 agosto, invitando i destinatari a esprimere le proprie candidature e preferenze.
Con successivo Decreto interministeriale del -OMISSIS-, il Ministero della Salute e il MEF nominavano i membri dell'Osservatorio, tra i quali non figurano i rappresentanti di -OMISSIS-,
2. Il TAR, chiamato a decidere sul ricorso promosso dalle due associazioni appellanti, in sede di trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, ha ritenuto il ricorso collettivo irricevibile e inammissibile.
Il giudice di prime cure ha, invero, da un lato, ritenuto acquisita in via anticipata, in capo alle associazioni appellanti, la conoscenza del decreto interministeriale del -OMISSIS-di composizione dell'osservatorio e della loro mancata inclusione, conoscenza maturata fin dalla mail del 12.09.2019 recante l'invito ad esprimere la designazione del rappresentante del -OMISSIS- e, dall'altro, rilevato l'inammissibilità del ricorso siccome proposto in forma collettiva atteso il conflitto potenziale di interessi in capo alle odierne appellanti, entrambe interessate a sostenere la propria candidatura.
3. Deducono gli appellanti a sostegno del proposto gravame:
a) quanto alla statuizione di tardività, che i relativi rilievi sarebbero stati già superati siccome assorbiti nelle ordinanze cautelari del TAR-OMISSIS-soggiungendo che la decisione appellata, sul punto, sarebbe, altresì, contraddittoria, in quanto, da un lato, il TAR afferma che il -OMISSIS- avrebbe avuto conoscenza del decreto del -OMISSIS-e che perciò il *dies a quo* per l'impugnazione decorrerebbe da tale data -OMISSIS- avrebbe dovuto attivarsi per verificare quali soggetti fossero stati inseriti nell'Osservatorio tramite tale decreto ovvero per "procurarsi copia del decreto del 12 agosto". Inoltre, la sentenza non sarebbe allineata al disposto dell'articolo 41 del c.p.a., dal momento che non tiene conto che il decreto non era stato comunicato né pubblicato e, oltretutto, nemmeno era efficace. Inoltre, alla data del -OMISSIS-, l'osservatorio nemmeno era attivo mancando ancora la designazione del -OMISSIS-;
b) parimenti erronea sarebbe la statuizione di inammissibilità, non essendo stato nemmeno esplicitato in cosa consisterebbe il conflitto di interessi, tanto più che non vi era un contingente di posti da rispettare;
c) quanto al merito, gli atti impugnati sarebbero illegittimi perché non terrebbero conto del giudicato cautelare formatosi rispetto all'ordinanza del TAR n. -OMISSIS-;
d) i decreti gravati sarebbero illegittimi anche perché non preceduti dall'esplicitazione dei criteri selettivi e comunque privi di motivazione (in tal senso cfr. CdS 4828/2018);
e) la -OMISSIS- risulterebbe chiamata a comporre l'Osservatorio pur versando in conflitto di interessi per i rapporti diretti o mediati con le case farmaceutiche.
3.1. Resistono in giudizio il Ministero della Salute, -OMISSIS- – -OMISSIS-, -OMISSIS-.
3.2. Con ordinanza n. -OMISSIS-questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare delle appellanti ai soli fini di cui all'articolo 55 comma 10 del c.p.a.
3.3. All'udienza del 7.10.2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione.
4. Il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto con conseguente riforma della decisione appellata occorrendo disporre, per il resto, ai sensi dell'articolo 105 c.p.a., il rinvio al giudice di prime cure affinché proceda alla delibazione della domanda attorea a contraddittorio integro.

5. Occorre prendere abbrivio dalla statuizione di irricevibilità del ricorso di prime cure con la quale il TAR ha rilevato la tardività del ricorso notificato dal -OMISSIS- in data 19 marzo 2020. Ad avviso del Giudice di primo grado il *dies a quo* del termine di impugnazione del provvedimento ministeriale decorrerebbe dal 12 settembre 2019, data nella quale il MISE informava dell'avvenuta firma del D.I. -OMISSIS-di ricostituzione dell'Osservatorio: "*perché già con quel decreto (art. 2, rubricato "Composizione dell'osservatorio") era stata deliberata la composizione dell'Osservatorio*. […] *la circostanza che il decreto del -OMISSIS-non fosse materialmente allegato alla nota inviata è da considerare irrilevante, nel senso che è vero, come precisato dal -OMISSIS-, che "tale email, che non conteneva nessun decreto e nessuna indicazione dei nominativi degli eventuali soggetti nominati in Osservatorio, non può in alcun modo considerarsi satisfattiva della piena conoscenza del contenuto dei provvedimenti del 12 agosto e del -OMISSIS- e della portata lesiva degli stessi", ma è anche vero, però, che i soggetti destinatari della nota, e il -OMISSIS- in particolare, avevano comunque l'onere di attivarsi diligentemente, e tempestivamente, per procurarsi copia del decreto del 12 agosto (quello del 2 dicembre, a settembre non era stato, ovviamente, ancora emesso); e ciò, oltretutto, perché già in passato vi erano stati problemi proprio sulla partecipazione del -OMISSIS- a tale Osservatorio, e perché nei primi mesi del 2019 il -OMISSIS- aveva inviato al Ministero la propria candidatura a far parte dell'Osservatorio*".
5.1. Il -OMISSIS- contesta la ricostruzione spesa a fondamento della qui avversata statuizione di tardività, affermando che la conoscenza della lesività del provvedimento dovrebbe essere fatta risalire al -OMISSIS-, data nella quale avrebbe appreso da notizie di stampa della nomina dei componenti dell'Osservatorio con il decreto -OMISSIS-.
5.2. Il motivo è fondato.
5.3. Com'è noto, ai sensi dell'articolo 41 del c.p.a., il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge.
5.4. Nel caso qui in rilievo, è un dato acquisito e non controverso, la circostanza che gli atti impugnati non siano stati comunicati e/o notificati agli appellanti né divulgati attraverso predeterminate forme di pubblicità.
5.5. È, pertanto, di evidenza intuitiva come l'esigibilità dell'onere di impugnativa dovesse, nella specie, correlarsi al dato della conoscenza dell'atto che, nell'economia della divisata disciplina di settore, deve essere "piena" siccome riferita agli elementi essenziali dell'atto, vale a dire l'autorità emanante, la data, il contenuto dispositivo e l'effetto lesivo.
5.6. Orbene, avuto riguardo alle emergenze processuali, non può che prendersi atto del fatto che gli appellanti non solo non hanno potuto disporre materialmente dei decreti fatti oggetto di gravame (nella nota del -OMISSIS- si evidenzia, peraltro, che il decreto di ricostituzione dell'Osservatorio era all'esame della Corte dei Conti) ma nemmeno di percepirne in modo sufficientemente chiaro e univoco il relativo contenuto, segnatamente quanto alla composizione dell'Osservatorio e alla loro espunzione dall'elenco dei soggetti chiamati a farne parte.
Tale conoscenza non può evidentemente inferirsi, con la pretesa automaticità, dalla mera notizia, in data 12 settembre 2019, dell'adozione del primo provvedimento, non potendo gli appellanti sapere se il provvedimento recasse anche la loro designazione, essendo peraltro ancora in corso, a quella data, le procedure per la designazione dei rappresentanti da parte degli organismi designati.
5.7. D'altro canto, l'invito a esprimere il voto assieme alle altre associazioni per designare il rappresentante del -OMISSIS- non consente di ritenere che implicitamente fosse stata già preclusa la sua partecipazione, in via diretta, all'Osservatorio.
Nel torno di tempo successivo gli appellanti ben avrebbero potuto confidare – e del tutto ragionevolmente - nella possibilità di essere da un momento all'altro interpellati avendo maturato solo successivamente, a seguito e per effetto della notizia dell'insediamento dell'organo, la percezione della definitiva chiusura della detta fase procedurale preparatoria e, con essa, la lesività degli atti qui gravati.
5.8. Tanto è sufficiente ad escludere l'affermata tardività del mezzo spiegato in prime cure dovendo soggiungersi che la prova della piena conoscenza dell'atto, quale fattore idoneo nei termini suesposti a determinare la decorrenza dei termini di impugnazione, deve essere assistita da rigorosi e univoci riscontri che consentono di acclarare il suddetto stato soggettivo in termini quantomeno di elevata verosimiglianza.
5.9. Nessun elemento acquisito in atti consente di suffragare tale conclusione né il torno di tempo trascorso tra l'adozione del primo decreto e la proposizione del ricorso, complessivamente contenuto in pochi mesi,

vale di per sé ad integrare un indice presuntivo idoneo a sostenere in via inferenziale l'assunto della piena conoscenza.
Parimenti, nemmeno può dirsi condivisibile la metodica privilegiata dal TAR che, sovvertendo gli ordinari criteri di riparto dell'onere della prova, ha ribaltato sulle ricorrenti (oggi appellanti) la responsabilità della mancata conoscenza dell'atto a cagione della presunta inerzia dalle stesse serbate nel rendersi parti attive acquisendo di loro iniziativa gli atti in questione onde verificare in concreto il contenuto del provvedimento e dunque sciogliere il dubbio sulla lesività o meno del provvedimento.
E ciò anche in ragione di quanto già sopra anticipato circa i tempi, complessivamente contenuti, in cui è maturata la vicenda contenziosa qui in rilievo, di guisa che la condotta delle appellanti nemmeno può dirsi in contrasto con i principi di correttezza e leale collaborazione.
6. Con ulteriore motivo l'appellante censura la gravata sentenza, nella parte in cui il TAR ha ritenuto inammissibile il ricorso in quanto proposto in forma di ricorso collettivo, poiché le ricorrenti sarebbero in potenziale conflitto di interessi.
Ad avviso del TAR: "*il Ministero, come potrebbe, almeno secondo le affermazioni dei ricorrenti, nominare entrambi, potrebbe anche decidere di nominare uno solo tra essi, proprio perché la loro posizione non è riconducibile a nessuna delle categorie previste nel decreto del -OMISSIS-(fermo restando quanto già precisato a proposito del fatto che il -OMISSIS- fa parte del -OMISSIS-). Con la conseguenza che, sussistendo tale astratto conflitto di interessi, per quanto riguarda l'associazione -OMISSIS-il ricorso va dichiarato inammissibile.*".
6.1. Parte appellante contesta l'affermazione sostenendo che, all'interno dell'Osservatorio, non c'è un limite numerico di soggetti nominabili e, di conseguenza, la nomina di un soggetto non esclude la nomina dell'altro.
Anche sotto tale profilo l'appello si rivela fondato.
6.2. È *ius receptum* il principio secondo cui la proposizione del ricorso collettivo rappresenta una deroga al principio generale secondo il quale ogni domanda, in quanto tesa a tutelare un interesse meritevole di tutela, deve essere proposta dal relativo titolare con separata azione.
Ciò, del resto, è il precipitato tecnico della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, deputata ad erogare tutela giurisdizionale ad una posizione soggettiva lesa dall'azione amministrativa, non a veicolare un controllo oggettivo della legittimità dell'azione amministrativa stessa, scisso da una concreta lesione arrecata agli specifici interessi di un determinato consociato.
Pertanto, la proposizione contestuale di un'impugnativa da parte di più soggetti, sia essa rivolta contro uno stesso atto o contro più atti tra loro connessi, è soggetta al rispetto di stringenti requisiti, sia di segno negativo che di segno positivo: i primi sono rappresentati dall'assenza di una situazione di conflittualità di interessi, anche solo potenziale, per effetto della quale l'accoglimento della domanda di alcuni dei ricorrenti sarebbe logicamente incompatibile con l'accoglimento delle istanze degli altri; i secondi consistono, invece, nell'identità delle posizioni sostanziali e processuali dei ricorrenti, essendo necessario che le domande giurisdizionali siano identiche nell'oggetto, che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e che vengano censurati per gli stessi motivi (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. II, 18 maggio 2020, n. 3155; id., sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 363; id., sez. III, 20 maggio 2014, n. 2581).
Orbene, fermo restando che non è in contestazione l'identità delle posizioni azionate, il paventato conflitto di interessi nemmeno riposa su basi oggettive dal momento che l'assenza di un contingente numerico prestabilito e vincolante quanto al perimetro soggettivo dei soggetti componenti esclude, in radice, e nell'attuale fase, forme di possibile concorrenza tali da suscitare un rapporto anche solo potenzialmente antagonistico tra gli interessi azionati dagli odierni appellanti.
7. Le appellanti poi ripropongono, ai sensi dell'art. 101, comma 2 c.p.a., i motivi di merito rimasti assorbiti per effetto della dichiarazione di irricevibilità/inammissibilità del ricorso.
8. Deve, preliminarmente, rilevarsi, nel solco tracciato dall'A.P. n. 5 del 2015 sulla possibilità di privilegiare la ragione più liquida, come il gravame introduca questioni non manifestamente infondate.
Segnatamente, le appellanti contestano l'omessa esplicitazione dei criteri per procedere alle nomine e l'omessa motivazione sulle stesse, all'uopo richiamando principi giurisprudenziali già affermati in una vicenda di contenuto sostanzialmente analogo.
8.1. In particolare, questo Consiglio ha avuto modo di chiarire a proposito del decreto di costituzione dell'Osservatorio operante nel precedente triennio che "*In mancanza di specificazioni in materia di requisiti soggettivi e di conflitto d'interessi, risulta indispensabile la preventiva determinazione dei criteri di individuazione delle associazioni rappresentative "delle famiglie e dei giovani" e di quelle "operanti nel settore", in relazione ai principi generali di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza di cui all'art. 1 co. 1*

della L. n. 241/1990" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 16 agosto 2018, n. 4828), concludendo per la illegittimità di una individuazione nominativa del tutto discrezionale dei componenti dell'osservatorio rappresentanti delle associazioni ed espressamente escludendo che "*la nomina dei componenti dell'Osservatorio possa ricondursi agli atti di "alta amministrazione", sottratti all'obbligo dell'adeguata motivazione, in quanto non si tratta dell'individuazione dei soggetti posti ai massimi vertici istituzionali, deputati ad esprimere l'indirizzo politico o attività di direzione suprema, di coordinamento e di controllo della cosa pubblica*"-
8.2. Deducono le appellanti che, nel caso di specie, è mancata, ancora una volta, la predeterminazione dei parametri per la corretta individuazione delle associazioni rappresentative "*delle famiglie e dei giovani*" e di quelle "*operanti nel settore*", di guisa che i provvedimenti del 12 agosto e del -OMISSIS- qui impugnati sarebbero illegittimi in quanto sottratti ad una effettiva verifica di legittimità e liberi da oneri istruttori e motivazionali altrimenti dovuti.
8.3. Orbene, muovendo da tali considerazioni, e dunque rilevata la non manifesta infondatezza della suddetta questione, in aderenza alla giurisprudenza di questa Sezione (cfr. CdS, III Sezione, n. 1475 del 13.4.2016; sent. n. 768/2014), va rilevata d'ufficio – e di ciò il Collegio ha dato avviso alle parti presenti ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 73 c.p.a. - la incompletezza del contraddittorio in primo grado, essendo stato il ricorso introduttivo proposto, oltre che verso le Amministrazioni odierne appellate, nei confronti solo di alcuni dei soggetti controinteressati, non risultando evocati – né in sede di introduzione del giudizio né in prosieguo ai sensi dell'articolo 49 c.p.a. –legittimi contraddittori, quali ad esempio -OMISSIS-, chiamati a comporre l'Osservatorio e che evidentemente subirebbero pregiudizio dall'annullamento dei provvedimenti impugnati, ovvero le stesse persone fisiche designate a comporre l'organo, che vantano un interesse autonomo a conservare lo specifico *munus*.
Il giudizio di primo grado si è dunque svolto a contraddittorio non integro e tale circostanza costituisce, *ex se*, una violazione del diritto di difesa, che è costituzionalmente garantito dall'art. 111 Cost. a tutte le parti. Né siffatta violazione può essere elisa dall'integrazione del contraddittorio eventualmente disposta ed effettuata nel presente grado di appello, dovendo il citato diritto essere assicurato indefettibilmente in tutti i gradi del giudizio.
3. – Tanto comporta l'annullamento della sentenza appellata, con conseguente rimessione della causa al giudice di primo grado per la necessaria chiamata in giudizio di tutti i soggetti controinteressati rimasti pretermessi secondo le coordinate suesposte (soggetti legittimati a comporre l'Osservatorio e persone all'uopo designate in via stabile), in modo da pervenire alla decisione del merito della controversia a contraddittorio completo.
Le spese del doppio grado giudizio, per la peculiarità della vicenda scrutinata, possono essere compensate.
P.Q.M.
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe lo accoglie nei sensi indicati in parte motiva e, per l'effetto, annulla la sentenza appellata con rinvio al primo giudice, ai sensi dell'art. 105 c.p.a.
Spese compensate.
Ordina che la presente decisione 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 9, paragrafo 1, 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 delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società -OMISSIS-.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:
Giovanni Pescatore, Presidente FF
Giulia Ferrari, Consigliere
Solveig Cogliani, Consigliere
Umberto Maiello, Consigliere, Estensore
Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Giovanni Pescatore

IL SEGRETARIO

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