N. 05661/2013REG.PROV.COLL.
N. 03483/2012 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 3483 del 2012, proposto da:
Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale Dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Nunzio Borea, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Petrillo, Augusto Dossena, con domicilio eletto presso Andrea Petrillo in Roma, via Boezio, 92;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 01514/2011, resa tra le parti, concernente rilascio autorizzazione ex art. 88 tulps per attivita' di intermediazione nel settore scommesse per conto di societa' estera

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Nunzio Borea;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2013 il Presidente Gianpiero Paolo Cirillo e uditi per le parti gli avvocati Dossena e dello Stato Ferrante W. Urbani Neri F.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1- L'intestato titolare dell'impresa, che opera quale centro trasmissione dati (CTD) relativi a scommesse su eventi sportivi in favore di società straniera, titolare di concessione in un ordinamento diverso da quello italiano, ha chiesto il nulla osta all'autorità competente ai fini del rilascio dell'autorizzazione per l'attività di offerta al pubblico di reti e servizi di comunicazione elettronica, ai sensi dell'articolo 88 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza.

L'istanza, presentata a firma congiunta con il rappresentante dell'impresa straniera, nel cui interesse ha inteso svolgere la predetta attività, ha concentrato la richiesta unicamente nei confronti del titolare del centro trasmissione dati.

L'autorità di pubblica sicurezza competente ha rigettato l'istanza sulla base della motivazione secondo cui l'autorizzazione non poteva essere rilasciata, in quanto il richiedente non era titolare della concessione a svolgere l'attività per l'organizzazione e la gestione delle scommesse.

2- Il titolare del centro trasmissioni dati è insorto contro il provvedimento negativo, deducendo in sostanza che l'attività in Italia del gruppo straniero,

sia nell'ipotesi che venga svolto direttamente da esso e sia nell'ipotesi che venga svolto tramite i centri di raccolta dati, purché in possesso del titolo concessorio o autorizzatorio nel Paese ove ha fissato la sede principale, è tutelata dalla normativa comunitaria concernente l'insediamento delle imprese in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, con specifico riguardo alle disposizioni del Trattato dell' Unione Europea relativo alla libertà di stabilimento (art. 42) e alla libera circolazione dei servizi (art. 49). Ciò avrebbe consentito, oltre all'annullamento dell'atto, la disapplicazione della normativa interna incompatibile, quale sarebbe appunto quella nazionale in materia di scommesse.

3- Il giudice territoriale ha accolto il ricorso annullando il provvedimento di diniego, sulla base della motivazione che il regime italiano concessorio-autorizzatorio si pone in contrasto con le indicate norme comunitarie.

4- La sentenza è stata appellata dalla parte pubblica, deducendosi, in buona sostanza, che le norme del Trattato europeo, così come interpretate da numerose sentenze del giudice comunitario, rendono pienamente compatibile il sistema nazionale nella materia dell'organizzazione e gestione delle scommesse.

5- La causa, al pari di altre aventi il medesimo oggetto, dopo una serie di rinvii in attesa della sentenza della Corte di giustizia europea C-660/ 11 e C-8/12 del 12 settembre 2013, è passata in decisione all'udienza del 14 novembre 2013.

6.1 - Preliminarmente, va presa in esame la situazione giuridica sostanziale e processuale del Centro trasmissioni dati, cosi come identificato

nell'intestazione, al fine di valutare la sussistenza delle concorrenti condizioni dell'azione originariamente proposta, ossia la legittimazione al ricorso e l'interesse ad agire, atteso che la residua condizione della possibilità giuridica del provvedimento giurisdizionale richiesto sussiste pienamente, in quanto il giudice può sia annullare il provvedimento originariamente impugnato e sia disapplicare la norma in contrasto con il diritto comunitario.

Ciò serve anche a chiarire gli esatti confini dell'oggetto del presente giudizio, costituito unicamente dalla valutazione della legittimità o meno del diniego dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 88 del TULPS a favore del CTD, sulla base della semplice motivazione dell'assenza di un titolo concessorio in capo al richiedente.

6.2- Risulta pacifico tra le parti, ed è confermato dagli atti di causa, che la richiesta dell'autorizzazione di polizia ai sensi dell'articolo 88 del TULPS è stata fatta unicamente a favore del Centro trasmissioni dati, che poi è stato l'unico soggetto a proporre il ricorso originario ed anche l'unico soggetto controparte dell'amministrazione nell'intero giudizio. Tuttavia la richiesta è stata sottoscritta anche dal rappresentante della società estera; circostanza questa che, proprio perché quest'ultima non ha chiesto anche per sé l'autorizzazione, induce il collegio a ritenere che ciò sia stato fatto unicamente per attestare la sussistenza di un rapporto di fatto e giuridico tra il richiedente e l'organizzazione estera.

Il rapporto giuridico tra i due soggetti è regolato da un contratto di servizio dal cui contenuto si ricava agevolmente che -in linea perfetta con il contenuto della richiesta dell'autorizzazione di polizia, laddove viene chiesta unicamente per lo svolgimento dell'attività di intermediazione, priva

di autonomia e di rischio economico- la prestazione del CTD consiste nel trasmettere via internet, in tempo reale, alla società straniera le proposte di scommessa sportiva su eventi a quota fissa ricevute dai clienti e che quest'ultima accetta o meno la proposta di scommessa, trasmettendo, sempre in via telematica, il relativo esito al centro dati. Nel medesimo contratto si stabilisce che il rapporto si costituisce tra due parti, autonome e indipendenti; ha natura esclusivamente commerciale e non costituisce né un rapporto di lavoro subordinato, né un contratto di agenzia, né un contratto di mandato, né un contratto di partnership, di joint-venture, di società o altro. Si stabilisce altresì che il centro non può incidere sull'organizzazione della gestione delle scommesse, sull'accettazione e sulle modalità di gioco; che non ha la possibilità di modificare i dati, poiché queste spettano unicamente alla società estera.

Va altresì rilevato che l'intera impostazione difensiva della parte privata tende a rimarcare la totale autonomia e l'assoluta estraneità del CTD all'organizzazione e alla gestione delle scommesse.

6.3- Alla luce di quanto emerge dal contenuto delle rispettive prestazioni, e al di là dell' esistenza o meno della clausola contrattuale dove le parti espressamente escludano contratti che implichino una relazione giuridica più stretta, il rapporto, la cui qualificazione è riservata al giudice da fare su basi oggettive, non può che essere ricondotto a quello di mediazione, disciplinato dall'art 1754 del codice civile.

La norma del codice civile, laddove fornisce unicamente la nozione di 'mediatore' e non di 'contratto di mediazione', consente di attrarre nella sua orbita anche forme di mediazione, sistematica esclusiva e liberamente organizzata (in forma di impresa individuale o collettiva), a favore di un

unico soggetto.

Tuttavia, quand'anche si volesse configurare un contratto a causa mista, preponderante rimane quella propria del contratto di mediazione, costituita dal mettere "in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legata ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza".

Quel che rileva è che il contratto di scommessa si concluda direttamente, secondo le note regole del luogo ove il proponente conosce dell'accettazione dell'altra parte, tra lo scommettitore e la società estera.

6.4- Questo consente di ritenere che, in punto di legittimazione e di sussistenza dell'interesse ad agire, il centro trasmissione dati, pur potendo formalmente proporre il ricorso sulla base del semplice fatto di aver aperto il procedimento autorizzatorio, non avendo nessun titolo sostanziale a chiedere l'autorizzazione, finisce con il non avere nemmeno la legittimazione processuale sostanziale; e, comunque, è sufficiente ad escludere l'attualità dell'interesse a ricorrere. Infatti, nessun vantaggio potrebbe avere dall'annullamento dell'atto originariamente impugnato, dato che presuppone il potere giuridico, che nel caso di specie manca, di organizzare e gestire il mercato delle scommesse.

In termini più chiari, il CTD non potrebbe in ogni caso svolgere l'attività per cui è stata chiesta l'autorizzazione, senza la qualificata presenza nel nostro ordinamento del soggetto nel cui interesse agisce.

Infatti, il sistema concessorio-autorizzatorio, vigente nel nostro ordinamento, la cui legittimità è stata confermata anche dalle Corti europee, riguarda unicamente operatori economici che intendano 'organizzare e gestire' nel territorio la parte del mercato nazionale delle scommesse

dismessa dalle strutture pubbliche, e non lascia nessuno spazio per formule organizzatorie, che, separando le fasi della negoziazione, non consentano l'individuazione dell'effettivo radicamento giuridico del gestore reale nel mercato nazionale delle scommesse.

Invece con il meccanismo predisposto, ove lo Stato italiano lo consentisse, il reale gestore del mercato potrebbe svolgere la sua attività all'estero senza sottoporsi a controlli e verifiche, agendo attraverso l'intermediatore, rispetto al quale nessuna responsabilità sarebbe ipotizzabile, ingenerando incertezze presso gli stessi scommettitori.

Anzi, tale incertezza costituisce di per sé un valido e sufficiente motivo di ordine pubblico per denegare l'autorizzazione, come verrà chiarito meglio più avanti.

7.1- Nonostante la ritenuta insussistenza della legittimazione e dell'interesse al ricorso originario, che giustificherebbe di per sé l'arresto processuale con la declaratoria d'inammissibilità del medesimo, il collegio ritiene di doversi spingere all'esame del merito, sia pure negli indicati limiti dell'oggetto del presente giudizio, in quanto l'assenza della legittimazione sostanziale a proporre l'istanza di nulla-osta da parte del Centro trasmissione dati, costituisce già materia di merito. D'altronde, è noto come la soluzione di questioni legate alla legittimazione processuale e all'interesse a ricorrere impingano necessariamente nel merito; e ciò, soprattutto nel processo amministrativo derivante dalla separazione dell'interesse processuale ad agire dai procedimenti contenziosi amministrativi, che costituivano esercizio della stessa posizione sostanziale attivata nel procedimento dove si era formato il provvedimento di cui si chiedeva il riesame alla medesima autorità amministrativa.

7.2- E' utile riportare le norme che vengono in rilievo.

L'articolo 1 del decreto legislativo n. 496 del 1948 stabilisce: <<*L'organizzazione e l'esercizio dei giochi di abilità ed i concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta di danaro è riservata all'Amministrazione Autonoma di Monopoli di Stato, che, previo esperimento di pubblica gara, può dare tale attività in concessione a persone fisiche o giuridiche che diano adeguata garanzia di idoneità*>>. L'articolo 88 del testo unico di pubblica sicurezza, contenuto nel Regio Decreto n. 763 de 1931, nella versione introdotta dall'articolo 37 della legge n. 388 del 2000, stabilisce: << *La licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di ministeri o di altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione*>>. L'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2010 n. 40, convertito con modificazioni nella legge n. 73 del 2010, stabilisce, ai commi 2 bis e 2 ter, quanto segue: << *2 bis. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 23 della legge 7 luglio 2009 n. 88, in materia di raccolta del gioco a distanza e fuori dai casi ivi disciplinati, il gioco con vincita in danaro può essere raccolto dai soggetti titolari di valida concessione rilasciata dal Ministero dell'economia e delle finanze-Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, esclusivamente nelle sedi e con le modalità previste dalla relativa convenzione di concessione, con esclusione di qualsiasi altra sede, modalità o apparecchiatura che ne permetta la partecipazione telematica; è conseguentemente abrogata la lettera b) del comma 11 dell'articolo 11 quinquiesdecies del decreto legge 30 settembre 2005 n. 203, convertito con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005 n. 248.*

2 ter. L'articolo 88 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto

18 giugno 1931 n. 773, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che la licenza ivi prevista, ove rilasciata per esercizi commerciali nei quali si svolge l'esercizio della raccolta di giochi pubblici con vincita di denaro, è da intendersi efficace solo a seguito del rilascio ai titolari dei medesimi esercizi di apposita concessione per l'esercizio della raccolta di tali giochi da parte del Ministero dell'economia e delle finanze-Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato>>.

7.3- Dal quadro normativo esibito –soprattutto laddove è dato leggere "*ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione*- si ricava agevolmente, per quanto viene qui in rilievo, che il sistema concessorio-autorizzatorio, nell'ipotesi in cui l'amministrazione dello Stato italiano intenda affidare al mercato tutto o parte del settore delle scommesse, è interamente costruito intorno al soggetto che effettivamente abbia il potere di organizzare e gestire il flusso delle scommesse medesime.

Naturalmente questo vale anche nell'ipotesi in cui la società estera abbia costituito in Italia una società collegata o affiliata, che a sua volta si avvalga del CTD, in quanto ciò che la norma considera rilevante è la presenza della concessione in capo all'effettivo gestore delle scommesse, che poi a sua volta può avvalersi di altri soggetti.

A proposito dell'ultima parte della norma testé riportata, laddove si fa riferimento a soggetti incaricati, va aggiunto che l'incaricato deve comunque derivare il potere gestorio, quale che sia, da un soggetto concessionario e che, sotto il profilo della sussistenza dell'interesse a ricorrere, l'autorizzazione sarebbe data inutilmente se, per espresso accordo delle parti, il CTD non può svolgere quell'attività, di gestione effettiva dei

contratti di scommessa, per cui è stata fatta la richiesta e che ne costituisce anche la causa e il fondamento giuridico. In altri termini, l'astratta abilitazione a gestire un segmento del sistema scommettitorio può costituire solo fonte di pericolo per l'ordine pubblico se non viene abilitato anche l'effettivo gestore, che, solo se appunto abilitato, può avvalersi di autonomi incaricati.

Per le ragioni ampiamente riferite, peraltro assunto pacificamente a base delle articolate disquisizioni difensive, tale potere è unicamente incentrato sulla società estera, con la quale si concludono i singoli contratti di scommessa, escludendosi espressamente che di tale gestione facciano parte i CTD, che si limitano a trasmettere semplicemente le proposte.

In altri termini, tali soggetti costituiscono l'articolazione iniziale e finale della filiera scommettitoria, senza nessun potere gestorio e quindi esente da ogni responsabilità circa l'esito del contratto di scommessa.

Ciò nonostante, la società estera è rimasta volutamente estranea alla richiesta di autorizzazione, presentata invece dal CTD, nel dichiarato intento di ottenere ugualmente lo scopo di gestire il mercato, utilizzando il meccanismo della mediazione esclusiva e sistematica dei CTD, in ragione del fatto che non aveva voluto o potuto partecipare alle gare indette dall'amministrazione al fine di allargare il mercato all'iniziativa privata, laddove, per il numero e la qualità delle stesse, si ponevano in contrasto con la normativa europea, che non tollerava il sistema esibito dall'ordinamento italiano.

Da qui il profluvio degli scritti difensivi, in cui vengono richiamate ed analizzate tutte le sentenze rese in materia dalla Corte di giustizia, al fine di dimostrare che l'intero sistema si pone in contrasto con il diritto

comunitario, allo scopo di far cadere il nostro sistema concessorio-autorizzatorio, che avrebbe quale risultato quello di legittimare, in un mercato totalmente libero, il meccanismo della gestione delle scommesse attraverso semplici intermediari.

7.4- Ad avviso del collegio, anche a voler seguire l'impostazione difensiva prescelta, il sistema concessorio-autorizzatorio imposto dal nostro ordinamento non si pone affatto in contrasto con l'ordinamento comunitario; il che fa venir meno il presupposto giuridico, sostanziale e processuale, su cui si fonda la posizione soggettiva della società estera; e di conseguenza quella del CTD, che pure costituisce l'unico oggetto del presente giudizio.

A dimostrare ciò è sufficiente fare riferimento alla già indicata sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2013, laddove, nell'affrontare la questione pregiudiziale sollevata in un giudizio instaurato proprio da titolari di CTD, ha statuito che: <<Gli articoli 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, la circostanza che un operatore disponga, nello stato membro in cui è stabilito, di un'autorizzazione che gli consente di offrire giochi d'azzardo non osta che un altro Stato membro, nel rispetto degli obblighi posti dal diritto dell'Unione, su ordine al possesso di un'autorizzazione rilasciata dalle proprie autorità la possibilità, per un tale operatore di offrire siffatti servizi a consumatori che si trovino nel suo territorio>>.

Va da sé che l'identità del giudizio da cui ha preso vita l'indicata pronuncia e la chiarezza di quanto statuito dalla sentenza, escludono la possibilità di chiedere un nuovo pronunciamento, come pure nella difesa orale è stato in via subordinata proposto. Tanto più che la sentenza si pone espressamente

in linea con i pronunciati precedenti, che avevano avuto ad oggetto le gare per l'ottenimento della conessione e che le imprese estere avevano contestato sotto vari profili, come il numero delle concessioni, le distanze tra i concessionari e la posizione di privilegio di coloro che erano già titolari di concessione rispetto ai nuovi aspiranti.

Tali questioni sono del tutto estranee all'oggetto del presente giudizio, se non per il profilo di indicare al giudice le ragioni che hanno reso impossibile l'ingresso nel mercato italiano della società estera. Ma per le ragioni ampiamente spiegate, quand'anche fossero fondate, non potrebbero mai consentire al CTD di svolgere un'attività tale eludere il controllo di ordine pubblico sull'effettivo gestore e sulla sussistenza in capo ad esso dei requisiti soggettivi richiesti dalla legge.

8- Tuttavia, pur nella consapevolezza della chiara risposta fornita dalla Corte di giustizia al quesito sollevato, la difesa del centro trasmissioni dati ha insistito sul profilo della erronea motivazione fornita dall'autorità di sicurezza, laddove, nel negare l'autorizzazione, ha fatto unicamente riferimento all'assenza di una concessione, senza individuare in concreto ragioni ostative di ordine pubblico, che nella giurisprudenza comunitaria debbono in concreto sussistere affinché il settore delle scommesse venga attratto nel regime derogatorio di cui agli articoli 45 e 46 del trattato CE.

Ad avviso del collegio, la laconica motivazione fornita dall'autorità di pubblica sicurezza è congrua ed esatta.

Infatti, detta autorità, a fronte di una domanda con cui veniva chiesta l'autorizzazione unicamente a favore di un soggetto dichiaratamente estraneo all'organizzazione e alla gestione delle scommesse, e sostanzialmente irresponsabile circa l'esito dei contratti, non poteva che

fare riferimento all'assenza della concessione, che, non solo era compatibile con l'ordinamento comunitario, ma costituiva anche l'unico strumento attraverso il quale diventava possibile l'esatta individuazione dell'effettivo gestore.

In conclusione, il collegio ritiene che dal quadro normativo di riferimento emerga come la qualità di concessionario costituisca presupposto imprescindibile, laddove stabilisce che la licenza può essere data esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o di altri enti, ai quali la legge riserva, appunto, la possibilità di svolgere l'attività suddetta.

Quindi, come già riferito, la provenienza della domanda da un soggetto avente la natura giuridica di sopra individuata, e pertanto sostanzialmente privo del titolo legittimante, avrebbe ingenerato incertezze presso gli stessi scommettitori.

Tale incertezza costituisce di per sé un valido e sufficiente motivo di ordine pubblico per denegare l'autorizzazione, in quanto si pone in contrasto con le esigenze di tutela del consumatore, anch'esse protette dal diritto comunitario. Va da sé che l'autorità preposta all'ordine pubblico non può disinteressarsi del meccanismo in esame, poiché esso coinvolge i consumatori italiani, atteso che gli effetti dei contratti di scommessa si producono anche nel nostro ordinamento, nell'ambito del quale vengono fatte le puntate e pagate le vincite.

9- In conclusione, disattesa ogni altra eccezione e dichiarando assorbito ogni altro motivo, l'appello va accolto e, in riforma dell'impugnata sentenza, va rigettato il ricorso originario.

10- Le difficoltà delle questioni trattate inducono il collegio a compensare le spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso originario.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/11/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)