

Consiglio di Stato, sez. VI, 7 maggio 2009, n. 2827

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Ministero dell'interno in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso cui è ope legis domiciliato in Roma via dei Portoghesi 12;

contro

D. S.A.S. in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Liguria, Sez.II, n. 319 del 14 marzo 2003;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 3 marzo 2009 relatore il Consigliere Luciano Barra Caracciolo.

Udito l'avv. dello Stato Marchini;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza in epigrafe il Tar della Liguria ha accolto il ricorso proposto dalla D. S.A.S. per l'annullamento del decreto del Questore vicario di Genova in data 19.2.2008, avente ad oggetto il divieto di prosecuzione dell'attività di raccolta e trasmissione scommesse svolta nel centro di trasmissione dati di Lavagna.

Appella il Ministero dell'interno deducendo i seguenti motivi:

Tutti i motivi del ricorso di primo grado sono infondati. L'atto impugnato indica puntualmente la norma violata, art. 88 r.d. 18.6.1931, n.773, ed è chiaramente ricostruibile l'iter logico-valutativo seguito dall'Amministrazione. Il Tar ha comunque errato nell'accoglimento del secondo motivo, poiché il Questore non avrebbe erroneamente qualificato l'attività svolta come "esercizio abusivo di attività di gioco e scommesse", ai sensi degli artt.17 ter e 88 TULPS; tale attività, soggetta a licenza, include anche quella di intermediazione, che ne costituisce tratto essenziale, come affermato dal Consiglio di Stato (VI, 25 settembre 2002, n.4905).

Il terzo motivo di primo grado, accolto anch'esso dal Tar, è diversamente infondato perché la limitazione per ragioni di sicurezza e di ordine pubblico dell'attività di raccolta scommesse è conforme all'art.41 Cost. nonché ai principi correttamente intesi degli artt. 49 e 50 del Trattato UE, alla luce delle previsioni eccezionali alla libera circolazione dei servizi sancite dagli artt. 45, 46, 55 dello stesso Trattato. Si contesta in appello pure la fondatezza dell'assorbito quarto motivo di ricorso in primo grado.

Nessuno si è costituito per l'originaria ricorrente.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'appello va accolto, dovendo delimitarsi la materia qui riemergente alle questioni introdotte con i soli

motivi del ricorso di primo grado secondo e terzo, accolti dal Tar, e senza che vengano in rilievo i motivi dallo stesso assorbiti, non essendosi costituita l'originaria ricorrente e non avendo perciò chiesto l'esame dei medesimi.

1.1. La questione al centro del thema decidendum consiste, quindi, nello stabilire se un soggetto residente in Italia (quale è l'odierno appellato) possa decidere di intraprendere un'attività di intermediazione nel settore delle scommesse (per conto di un allibratore straniero regolarmente abilitato nel suo Paese), senza l'autorizzazione di pubblica sicurezza prevista dal citato art. 88 T.U.L.P.S.

Va premesso che l'attività di raccolta e trasmissione scommesse, qui in rilievo, è stata già ritenuta da questo Consiglio quale rientrante nell'ambito di quella prevista dalla norma da ultimo citata (anche nella sua versione originaria, qui in rilievo, come si vedrà), costituendo l'intermediazione un "tratto essenziale" dell'attività in essa disciplinata come oggetto di licenza di P.S. (IV, 25 settembre 2002, n.4905, VI 29 gennaio 2007, n.334). Ciò è sufficiente a determinare la riforma dell'accoglimento del secondo motivo di originario ricorso (primo punto della sentenza appellata).

2. Sull'argomento della conformità all'ordinamento comunitario della licenza (autorizzazione) la cui necessità è contestata nel presente giudizio, poi, (terzo motivo di ricorso introduttivo, accolto, in prime cure), questo Consiglio ha già avuto modo di pronunciarsi concludendo nel senso della piena legittimità dell'ordine del Questore (sez. IV, n. 4905/2002; Sez. VI, n. 5898/2005), in quanto fondato su una normativa nazionale ritenuta conforme al diritto comunitario con specifico riferimento al precedente testo dell'art.88 del T.U.L.P.S., applicato nell'atto qui impugnato.

Peraltro, il tema ha, successivamente, assunto connotati in parte diversi alla luce della sentenza della Corte Giustizia, 6 marzo 2007, P. e altri (in C-338/04, C-359/04 e C-360/04), sopravvenuta alla sentenza qui impugnata, che ha ritenuto la disciplina nazionale relativa all'attività di raccolta delle scommesse incompatibile, in relazione ad alcuni aspetti, con il diritto comunitario, coinvolgendo in via principale, però, il regime legale concessorio di apertura ai privati dell'attività in questione, subentrato all'introduzione del presente giudizio,.

Questo Consiglio ha in ogni modo ritenuto che, pur dopo la sentenza P. della Corte di Giustizia, come chiarito con le recenti decisioni del Consiglio di Stato in s.g. n.6026 del 5 dicembre 2008, e n. 205 del 16 gennaio 2009, l'attività di raccolta delle scommesse svolta senza il previo rilascio dell'autorizzazione prevista dall'art. 88 T.U.L.P.S. debba ritenersi illegittima, anche se la raccolta avviene da parte di centri trasmissioni dati (CTD) collegati con allibratori stranieri regolarmente abilitati nel loro Paese.

E' bene ricordare, infatti, che la sentenza comunitaria, se, da un lato, ha inciso (sia pure solo in parte) sul sopravvenuto sistema concessorio, non ha, invece, travolto (se non marginalmente e di riflesso) il regime autorizzatorio previsto dall'art. 88 T.U.L.P.S., peraltro nel nuovo testo, con rilievi che, a loro volta, non investono in modo rilevante i termini della questione da risolvere nella

presente sede in riferimento alla precedente formulazione dell'art.88 medesimo.

3. Ebbene, appurato che il regime di autorizzazione rimane fino ad oggi in piedi e che l'autorizzazione svolge (ed ha svolto) una funzione anche autonoma rispetto alla concessione (perché diretta a verificare requisiti di moralità e affidabilità da parte del soggetto che intende svolgere l'attività di intermediazione), non è certamente sostenibile che un soggetto possa pretendere di svolgere l'attività di raccolta delle scommesse senza sottoporsi al vaglio preventivo dell'autorità di pubblica sicurezza (iniziando, come è avvenuto nella specie, a raccogliere scommesse senza nemmeno presentare la richiesta di autorizzazione).

Da qui la legittimità dell'ordine del Questore che inibisce lo svolgimento dell'attività di raccolta a chi ha preteso di svolgere tale attività senza procurarsi prima l'autorizzazione ex art. 88 T.U.L.P.S. (in questi termini le richiamate decisioni di questo Consiglio n. 6026 del 2008 e n. 205/2009).

Come è stato detto, al sistema attuale di concessione fa seguito un diverso sistema di autorizzazione, disciplinato dall'art.88 R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (T.U.L.P.S.), come modificato, successivamente al provvedimento qui impugnato, dalla L. 22 dicembre 2000, n. 388, art. 37, comma 4.

Tale disposizione prevede che: "La licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o 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".

Il regime autorizzatorio trova, poi, nell'art. 11 del medesimo decreto una disciplina generale circa i requisiti soggettivi delle persone richiedenti, così che le autorizzazioni di polizia possono essere negate a chi ha riportato una condanna per delitto non colposo con pena superiore a tre anni di privazione della libertà personale (e non ha ottenuto riabilitazione); a chi è stato sottoposto a misura di prevenzione personale, o è stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza; a chi ha riportato condanna per alcuni reati, specificamente indicati, tra cui reati contro la moralità pubblica e il buon costume o violazioni della normativa relativa, appunto, ai giochi d'azzardo, disciplina già vigente ed applicabile al tempo dei fatti per cui è causa.

4. Si è posto in proposito l'interrogativo consistente nello stabilire se la normativa italiana in materia di scommesse, per quanto riguarda entrambe le formulazioni dell'art.88 T.U.L.P.S. succedutesi in corso di causa, possa ritenersi giustificata da esigenze imperative di interesse pubblico non adeguatamente tutelate dalla normativa dello Stato di origine.

Ed è su questo tema che, i giudici nazionali (sia il Consiglio di Stato che la Corte di Cassazione) e il giudice comunitario sono stati ripetutamente chiamati a pronunciarsi, fino ad arrivare alla sentenza P. , per molti aspetti risolutiva delle questioni sopra accennate.

4.1. La sentenza P. riconosce, infatti, che le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi non sono state comprese a causa dalla previsione di un regime concessorio in quanto tale. Ciò perché tale regime è sostenuto da ragioni di ordine pubblico e sociale e può essere compatibile con quelle libertà in quanto risulti rispondente ai principi di non discriminazione, di necessità e di proporzione.

La stessa Corte di giustizia riconosce che la "canalizzazione" delle scommesse su un numero chiuso di concessionari può rispondere a concrete e ragionevoli esigenze, quali l'assorbimento delle scommesse nel circuito legale, l'incentivazione degli scommettitori favorita dalla sicurezza che le società operanti possono offrire, la difesa da infiltrazioni criminali o abusi, l'agevolazione dei controlli preventivi e successivi.

4.2. Secondo i giudici di Lussemburgo, ciò che rende contraria ai principi comunitari l'attuale normativa italiana in tema di concessione è rappresentato, piuttosto, dalle modalità con cui il regime concessorio è stato disciplinato e, quindi, attuato. Ciò sotto un triplice profilo: a) la previsione di un numero di concessioni limitato, permanendo il dubbio - ed un necessario ulteriore approfondimento rimesso, tuttavia, alle autorità italiane - che un numero molto contenuto di concessioni comporti una inutile compressione delle libertà ricordate; b) la previsione di limiti ingiustificati alla partecipazione alla gara per l'aggiudicazione delle concessioni, così che le società quotate con azioni anonime furono escluse dal bando di gara del 1999, subendo una radicale quanto illegittima compressione delle libertà; c) la decisione dello Stato italiano, ancorché successiva alle prime sentenze della Corte di Giustizia e alla riforma introdotta con la legge finanziaria per l'anno 2003, di conservare il regime di monopolio in favore dei concessionari pubblici e, soprattutto, di prorogare le concessioni già attribuite, così scegliendo in modo consapevole di aprire la strada alla possibilità che la situazione di contrasto con l'ordinamento comunitario si protraesse per alcuni anni ancora.

5. Per quanto riguarda, invece, il regime dell'autorizzazione di polizia, che più direttamente ha come obiettivo non ingiustificate cautele contro fenomeni criminali o di frode, la Corte, come si è già anticipato, afferma che non si tratta di regime incompatibile con quello comunitario, ad eccezione della parte in cui, subordinando il rilascio della autorizzazione o licenza al previo ottenimento della concessione, porta ad ulteriori conseguenze le ingiustificate limitazioni derivanti dal regime concessorio, ed in particolare preclude alle società quotate di porre rimedio alla esclusione dal mercato italiano attraverso l'apertura di punti di raccolta dati gestiti da persone domiciliate in Italia.

E' fuori dubbio che limiti ingiustificati sono esistenti nei confronti delle società quotate che hanno sede nei Paesi membri e che non hanno potuto partecipare alle gare per l'attribuzione delle licenze, sebbene fossero in possesso delle necessarie forme di autorizzazione che, il Paese ove sono stabilite, richiede per la gestione organizzata di scommesse in ambito nazionale e europeo, ma l'ipotesi

estranea alle contestazioni alla base del presente giudizio proprio perché configurabile solo in base alla normativa sopravvenuta.

Parimenti, limiti ingiustificati potrebbero esistere nei confronti delle persone operanti in Italia che sono escluse dal rilascio delle autorizzazioni ai sensi del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, art. 88 per il solo fatto di che la richiesta di autorizzazione sia finalizzata all'attività di raccolta delle scommesse per conto delle società quotate e prive di concessione, evenienza che, anch'essa, non viene in rilievo nel caso in esame, in cui è applicata la formulazione normativa che ancora non prevedeva tale limitazione.

5.1. Venendo al caso in esame, (come s'è visto anteriore alla disciplina i cui limiti sono stati evidenziati dalla C.G.E.) il divieto del Questore è giustificato dal fatto che l'attività era iniziata senza che il CTD avesse avanzato richiesta di autorizzazione alla Questura, e rilevandosi che nel caso non fosse neppure rilasciabile l'autorizzazione stessa poiché rientrando nel divieto previsto dalla precedente formulazione dell'art.88 del T.U.L.P.S. (si tratta, si ribadisce, di un provvedimento risalente al 1998, anteriore alla modifica della norma nel senso sopra riportato).

5.2. Si potrebbe osservare che l'autorizzazione sarebbe stata comunque negata dalla Questura, in considerazione del fatto che, come ravvisato nel provvedimento impugnato, in base alla allora vigente normativa, l'autorizzazione presupponeva un certo oggetto, non ricorrente (non poteva infatti essere rilasciata in linea di principio "fatta eccezione per le scommesse nelle corse, nelle regate, nei giuochi di palla o pallone o in altre simili gare, quando l'esercizio delle scommesse costituisce una condizione necessaria per l'utile svolgimento della gara").

Tuttavia, l'argomento è assorbito dal plurimo rilievo che, comunque, l'attività era stata iniziata in assenza di autorizzazione, che quest'ultima è stata ritenuta in sé non discriminatoria e giustificabile in funzione di interessi pubblici preminenti evidenziati dalla stessa C.G.E. (nella pronuncia più oltre citata), e che il divieto di autorizzabilità, con finalità restrittiva ritenuta compatibile col diritto comunitario (dalla medesima sent. C.G.E.), riguardava tutti i soggetti versanti nelle stesse condizioni, a prescindere dalla connotazione nazionale, o di altro Stato membro, dell'esercente "principale" dell'attività di cui la ricorrente era coesenziale partecipe.

Nel caso, dunque, ostacoli insormontabili alla declaratoria di illegittimità del provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività sono il rilievo, in sé, e preliminarmente ad ogni altra ragione indicata, della mancata e pur necessaria richiesta del titolo autorizzatorio, nonché la conformità al diritto comunitario della stessa non rilasciabilità del titolo confermata dalla Corte europea a seguito di apposito quesito interpretativo sollevato da questo Consiglio, con riferimento alla precedente previsione dell'art.88 qui in rilievo.

6. Pretendere, infatti, di svolgere l'attività di intermediazione nel settore delle scommesse senza sottoporsi al preventivo vaglio dell'autorità di polizia, secondo la pretesa della ricorrente che emerge in sostanza dal complesso

delle censure accolte in primo grado, significa, in definitiva, eludere totalmente quelle cautele di ordine pubblico sottese al regime autorizzatorio che sono pienamente compatibili con i principi comunitari: ciò sia in base all'attuale formulazione dell'art.88 del T.U.L.P.S., per le ragioni sopra illustrate, sia per il "vecchio" testo qui in applicazione, come inteso dalla giurisprudenza complessivamente formatasi al riguardo.

7. Ed infatti, anche nel vigore nella precedente formulazione dello stesso art.88 del T.U.L.P.S., questo Consiglio aveva rimesso la questione alla Corte europea e, successivamente aveva respinto l'appello proposto da soggetti che avevano visto opporsi un'inibitoria negli stessi termini di quella qui impugnata. Con decisione, già citata, del 25 settembre 2002, n.4905, della IV Sezione, era stato osservato, (nel respingere censura identica al motivo di primo grado qui esaminato a seguito dell'appello dell'amministrazione), che "la richiamata normativa non comporta una illegittima compressione del diritto alla libera iniziativa economica, secondo il principio affermato dall'art. 41 della Costituzione, né violazione delle norme comunitarie sulla prestazione di servizi...".

"In ordine al primo aspetto, va osservato che non può esservi stata violazione dell'art. 41, secondo comma, della Costituzione, in quanto le disposizioni richiamate dall'Amministrazione prevedono che l'ambito di attività debba raccordarsi con il principio secondo cui la stessa non può svolgersi in contrasto con utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla cui tutela è proprio preordinata la previsione di cui all'art. 88 del T.U. del 1931. Il che è sufficiente a dare spiegazione dell'inesistenza dell'assunto contrasto.

"Più complessa è la questione sollevata con riferimento alla normativa sulla comunità europea. In proposito deve ricordarsi che la Corte di Giustizia della Comunità, con sentenza 21 ottobre 1999 (in causa C-67\98), resa in analogo procedimento, ha ritenuto che "le disposizioni del Trattato C.E. relative alla libera prestazione di servizi non ostano ad una normativa nazionale, come quella italiana, che riserva a determinati enti il diritto di esercitare scommesse sugli eventi sportivi, ove tale normativa sia effettivamente giustificata da obiettivi di politica sociale tendenti a limitare gli effetti nocivi di tali attività e ove le restrizioni da essa imposte non siano sproporzionate rispetto a tali obiettivi".

7.1. La Corte aveva inoltre affermato che limitazioni sono ammissibili, se attraverso di esse si persegue, anzitutto "l'obiettivo di una autentica riduzione delle opportunità di gioco e se il funzionamento di attività sociali attraverso un prelievo sugli introiti derivanti dai giochi autorizzati costituisce solo una conseguenza vantaggiosa accessoria e non la reale giustificazione della politica restrittiva attuata".

E tale era appunto l'obiettivo del complessivo sistema nazionale vigente al momento dell'adozione dell'atto impugnato, che dunque non risultava, nella stessa considerazione della C.G.E., incompatibile con i principi comunitari, diversamente da quanto ritenuto in prime cure (essendo il sistema mutato, come s'è visto, solo

successivamente all'atto impugnato, con l'introduzione del sistema parzialmente aperto delle concessioni rilasciate a seguito di gara e con la nuova formulazione dell'art.88 cit.).

Alla luce delle considerazioni che precedono, che escludono la fondatezza dei motivi di ricorso accolti in primo grado, alla luce della giurisprudenza formatasi sul vecchio testo dell'art.88 cit., quale inteso anche in base alla apposita pronuncia comunitaria provocata al riguardo, nonché la fondatezza dei motivi stessi o comunque la permanenza dell'interesse a ricorrere anche alla luce della subentrata innovazione della stessa norma (e della giurisprudenza comunitaria che ne ha chiarito le condizioni di compatibilità), l'appello va accolto.

L'incertezza della materia giustifica la compensazione delle spese per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto innanzi al TAR.

Compensa le spese di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 3.3.2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere est.
Roberto Garofoli	Consigliere
Claudio Contessa	Consigliere
Gabriella De Michele	Consigliere

Presidente

GIUSEPPE BARBAGALLO

Consigliere

LUCIANO BARRA CARACCILO

Segretario

ANDREA SABATINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il. 07/05/2009

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

Maria Rita Oliva