

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 9-10/2018

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Il risarcimento danni nella pubblica amministrazione per fatto illecito della concessionaria

di Veronica Lambertz

(Laureata in giurisprudenza, collaboratrice presso EGLA - European Gambling Lawyers and Advisors.)

Sommario

1. Introduzione; 2. Il fatto; 3. L'applicabilità dell'articolo 2049 c.c. ed elementi fondamentali; 3.a Il rapporto di preposizione e il rapporto concessorio; 3 b. Il fatto illecito; 3 c. La connessione tra incombenze e danno; 4. Conclusioni

Abstract

The Court of Cassation, with the sentence n. 4026 of 20 February 2018, stated that *"the insertion of the concession holder of the activity of organizing and exercising games of skill and predictions in the organizational apparatus of the public administration implies that the granting ministerial authority, owner of the supervisory and control power "must answer for the damages caused by the unlawful act of the same concessionary"*. In any case, the application of article 2049 c.c. with regard to the public administration for illicit facts, even constituting a crime, committed by the employees or in any case agents connected to it, could undergo a change: last November 5th, in fact, the III Civil Section of the Supreme Court, the same that ruling so far discussed, has referred the documents to the First President for the possible assignment of the appeal to the United Sections for non-univocality of the jurisprudence, both civil and criminal, on the subject of liability ex art. 2049 c.c. towards the public administration.

1. Introduzione

Lo scorso 20 febbraio 2018, con la sentenza n. 4026, la III Sezione civile della Corte di Cassazione ha deciso in merito alla responsabilità della pubblica amministrazione per fatti illeciti commessi da società concessionaria per l'esercizio del gioco pubblico nei confronti dei giocatori.

2. Il fatto

Il giocatore aveva aperto un conto di gioco online con la società privata, titolare di concessione per il gioco a distanza rilasciata dall'allora Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (da qui in poi, AAMS o ADM)[1]. Non avendo ottenuto la restituzione delle somme da parte della società concessionaria che erano presenti sul conto al momento della chiusura, questi provvedeva ed otteneva decreto ingiuntivo. Intimato il precetto nei confronti della società senza esito positivo, il giocatore si rivolgeva ad AAMS in quanto terzo, alla luce della garanzia fideiussoria bancaria rilasciata dalla società. Tuttavia, l'escussione veniva negata in quanto tale garanzia era stata già precedentemente incamerata totalmente ad estinzione parziale del debito di imposta.

Pertanto, il giocatore, chiamando in causa AAMS e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, chiedeva ed otteneva la condanna della pubblica amministrazione per il risarcimento del danno per responsabilità contrattuale e/o ai sensi dell'art. 2049 c.c.

L'amministrazione ricorreva in Cassazione con quattro distinti motivi, tra cui violazione o falsa applicazione dell'articolo 2049 c.c. in relazione al potere di vigilanza e controllo dell'Agenzia, anche per quanto attiene alle garanzie fideiussorie.

La Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di primo grado, dando ragione al giocatore e condannando ADM non solo al pagamento delle somme che il giudice di primo grado aveva stabilito a titolo di danno, quali l'importo giacente sul conto di gioco al momento della chiusura e le spese relative al procedimento ingiuntivo poiché "*…resisi necessarie per ottenere un titolo esecutivo allo scopo di dimostrare l'inadempimento della concessionaria e la mancata vigilanza da parte di AAMS…*", ma anche le spese del giudizio di legittimità, le spese forfettarie ed esborsi vari.

3. L'applicabilità dell'articolo 2049 c.c. ed elementi fondamentali

La Corte ha ritenuto valida l'applicazione del 2049 c.c. che prevede la responsabilità in capo ai preponenti.

La norma stabilisce che "*i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti*".

Inserito nel quadro delle forme di responsabilità extracontrattuale, l'art. 2049 c.c. si distingue, insieme alla responsabilità per danni da velivoli a terzi sulla superficie e con quella per danni nucleari, in quanto appartenente all'area della responsabilità oggettiva.

[1] L'articolo 23-quater, comma 1, della Legge 7 Luglio 2012 n. 135, ha previsto che a partire dal 1 Dicembre 2012, l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato è incorporata nell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (c.d. ADM), che esercita le attività di gioco pubblico, anche attraverso il rilascio di concessioni, in vece del Ministero dell'Economia e delle Finanze, a norma dell'articolo 1 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 Gennaio 2002 n. 33, al fine di eliminare duplicazioni e sovrapposizioni di competenze, come si vedrà alle note 4 e 5.

Specificamente, si tratta di una forma di responsabilità oggettiva per fatto commesso dai preposti, indipendentemente da ogni valutazione sull'elemento soggettivo. I presupposti per l'applicabilità dell'art. 2049 c.c. sono tre, quali il rapporto di preposizione, il fatto illecito del preposto e la connessione tra incombenze e danno.

a. Il rapporto di preposizione e il rapporto concessorio

Il rapporto di preposizione è quello "*…mediante il quale un soggetto (preponente) si appropria dell'attività altrui (preposto)*"[2]. L'esempio classico è quello del lavoro subordinato, per cui l'attività illecita del lavoratore dipendente comporta la responsabilità oggettiva in capo all'imprenditore.

La dottrina individua come fondamento della responsabilità il rischio di impresa[3], mentre la giurisprudenza ha mutato il proprio orientamento, dapprima volto a giustificare la norma ricorrendo al concetto di una colpa presunta del datore di lavoro per *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*, ora, invece, avvicinandosi all'esempio dottrinale, ritiene che tale responsabilità deve essere in qualche modo spiegata[4].

La giurisprudenza si è in molteplici casi interrogata sul tipo di rapporto ed in quali limiti questo possa comportare la responsabilità di cui all'art. 2049 c.c.: ad oggi, è costante il principio per cui è sufficiente che i preposti siano inseriti, anche se temporaneamente o occasionalmente, nell'organizzazione aziendale, e abbiano agito, in questo contesto, per conto e sotto la vigilanza dell'imprenditore[5].

Tale potere di controllo e vigilanza è il punto focale su cui la Cassazione si basa nella sentenza presa oggi in considerazione: AAMS prima, e ADM ora, hanno un potere di vigilanza e controllo sulle società concessionarie di gioco, proprio per la relazione che si instaura con quest'ultime, a seguito del rilascio della concessione.

La concessione è il provvedimento amministrativo finale di procedura di gara aperta, con cui ADM affida la propria funzione amministrativa a soggetto esterno[6].

La forma della concessione per i giochi e le scommesse è la medesima della concessione di servizio pubblico: si tratta di un contratto remunerativo, per entrambi, in cui la stazione appaltante affida il servizio ad un privato che lo esercita e gestisce, assumendosi il rischio di impresa, secondo le direttive e la vigilanza della prima.

La giustificazione dell'affidamento in concessione per l'esercizio dei giochi pubblici è data dall'articolo 1 del Decreto Legislativo 14 Aprile 1948 n. 496, per cui i giochi e le scommesse che comportano una "*…ricompensa in qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta di denaro…*" sono soggetti a riserva statale. A norma dell'art. 2 del predetto decreto, l'organizzazione e la gestione dei giochi sono affidate al Ministero

[2] BIANCA C. M., *Diritto Civile – la responsabilità*, vol. 5, 2° ed., Giuffrè editore, Milano, 2012, p. 737

[3] Al riguardo, si sono presi in considerazione gli scritti di Trimarchi, Torrente e Alpa.

[4] Cassazione, sentenza 22 Ottobre 2004 n. 20588

[5] In tal senso, Cassazione, sentenze nn. 15362 del 2004; 21685 del 2005; 12283 del 2016.

[6] SBORDONI S., *il gioco telematico*, in www.unitus.it, p. 8

dell'Economia che, a sua volta, ha affidato tali funzioni dapprima al CONI[7] e all'UNIRE[8], poi ad AAMS ed ora ad ADM[9].
A conferma di ciò, le Sezioni Unite, con sentenza n. 25495 del 4 Dicembre 2009, hanno stabilito che il rapporto concessorio è un rapporto di servizio in quanto "*…l'affidamento non è semplicemente diretto a procurare un servizio (ovvero un bene) alla pubblica amministrazione, ma riveste carattere strumentale per l'esercizio di una funzione pubblica alla stessa devoluta, e perciò costituisce il mezzo per il raggiungimento di una delle finalità che ad AAMS sono attribuiti dalla legge*".

b. Il fatto illecito

Il secondo elemento richiesto ai fini della configurabilità dell'articolo 2049 c.c. è il fatto illecito, ossia il fatto antigiuridico causato nei confronti di terzi, di cui il preposto è responsabile diretto per la sua commissione od omissione.
Elemento fondamentale costitutivo dell'illecito è il danno ingiusto, ossia la lesione di un interesse giuridicamente protetto.
Alla luce di quanto previamente affermato sul rapporto concessorio, la base giuridica è quindi costituita dal contratto-concessione, il quale riporta non solo gli obblighi del concessionario nei confronti dei terzi e di ADM, ma anche quelli della stessa ADM verso i terzi e verso il concessionario.
Il fatto illecito che interessa la presente trattazione è la violazione degli obblighi di restituzione delle somme contenute nel conto di gioco del giocatore al momento della chiusura, ma anche la mancata attivazione dei poteri di vigilanza e controllo da parte di ADM.
I rapporti tra concessionario e giocatore sono regolati dal contratto di gioco, un contratto di natura privata, predisposto già con il bando di gara da ADM: l'articolo 17 di detto contratto afferma che il conto di gioco "*…si estingue in tutti i casi in cui viene meno il vincolo contrattuale, con diritto di riscossione dell'importo in giacenza da parte del Cliente…*", fatto salvo il diritto del concessionario di sospenderne l'esecuzione per centottanta giorni a richiesta di ADM ovvero dell'Autorità giudiziaria.
Pertanto, il primo fatto antigiuridico posto in essere dal concessionario è la lesione del diritto di credito in capo al giocatore oltreché l'appropriazione indebita da parte del concessionario.
Sul punto, la Cassazione ha affermato che l'art. 2049 c.c. si configura anche quando il fatto illecito ha natura di reato.
Proprio per tutelare più efficacemente il giocatore, il contratto-concessione tra ADM e il concessionario prevede all'articolo 15 la garanzia fideiussoria che "*…copre cumulativamente, …, rispettivamente gli obblighi inerenti: a) al tempestivo ed esatto versamento dell'imposta, del canone*

[7] Legge 28 Dicembre 1995 n. 549, art. 3, commi 229 e 230, che rinviano al Decreto del Ministero delle Finanze del 2 Giugno 1998 n. 174, ossia il Regolamento recante norme per l'organizzazione e l'esercizio delle scommesse a totalizzatore ed a quota fissa su competizioni sportive organizzate dal CONI, ivi comprese le norme per l'affidamento in concessione.
[8] Legge 23 Dicembre 1996 n. 662, art. 3, comma 78, che rinvia al Decreto del Presidente della Repubblica 8 Aprile 1998 n. 169, ossia il Regolamento recante norme per il riordino della disciplina organizzativa, funzionale e fiscale dei giochi e delle scommesse relativi alle corse dei cavalli, nonché per il riparto dei proventi, ivi comprese le norme per l'affidamento in concessione.
[9] Al riguardo, nota 1.

di concessione e di qualsiasi altro provento stabilito dalla normativa in materia di giochi pubblici per tutta la durata della concessione; b) alla corretta esecuzione delle attività e funzioni in concessione, nonché all'assolvimento di tutte le obbligazioni nei confronti dei giocatori…".
Il comma 3 del medesimo articolo precisa il diritto di ADM di iniziare il procedimento di decadenza dalla concessione qualora il concessionario non abbia adeguato detta garanzia, entro trenta giorni dalla richiesta dell'Autorità.
Sicché, il secondo fatto illecito, causato da ADM, si risolve nella mancata attuazione di quei poteri di vigilanza e controllo che potevano permettere l'escussione del credito del giocatore e il sanzionamento del concessionario, qualora fossero stati attivati per tempo.

c. La connessione tra incombenze e danno
La peculiarità del rapporto concessorio è, quindi, la relazione esistente tra il concessionario e l'Amministrazione: secondo la sentenza in commento, il concessionario è tale da essere parte della pubblica amministrazione, quasi alla stregua di una *longa manus* della stessa.
In tal senso, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 25495 del 4 Dicembre 2009, il cui oggetto era il risarcimento per danno erariale a causa della mancata attivazione dei poteri di vigilanza e controllo in solido tra concessionario e dirigenti di AAMS, hanno statuito che il concessionario, data l'appartenenza alla struttura organizzativa della pubblica amministrazione, è soggetto "agente", ossia colui che, a qualsiasi titolo e per qualsiasi incarico, esplica attività per conto dell'amministrazione.
L'attività amministrativa svolta dal concessionario e descritta nella legislazione ordinaria e secondaria, nonché dal contratto-concessione, non è altro quella che viene definita dall'articolo 2049 c.c. come "incombenza", ossia le mansioni alla stessa affidategli.
Alla luce della consolidata interpretazione giurisprudenziale, è sufficiente che tra le incombenze e il danno sussista un nesso di "occasionalità necessaria"[10], per cui le prime abbiano anche solamente agevolato la commissione del fatto antigiuridico da parte dell'agente.
Nel caso di specie, alla luce dei "*…particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali…*" a cui l'attività del concessionario è preordinata, non può negarsi che la società concessionaria sia parte dell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione e che, proprio per le speciali incombenze ad essa affidate, ha potuto realizzare il danno ingiusto nei confronti del giocatore.

4. Conclusioni
In conclusione, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4026 del 20 febbraio 2018, ha affermato che "*l'inserimento del concessionario dell'attività di organizzazione e di esercizio di giochi di abilità e concorsi pronostici nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione comporta che dei danni arrecati dal fatto illecito del concessionario medesimo risponda l'autorità ministeriale concedente, titolare del potere di vigilanza e controllo*".
Ad ogni modo, l'applicazione dell'articolo 2049 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione per fatti illeciti, anche costituenti reato, commessi dai dipendenti o

[10] Cassazione 16 Marzo 1990 n. 2154; Cassazione 31 Agosto 2009 n. 12926; Cassazione n. 12939 del 4 Giugno 2007; per la responsabilità dello Stato, Cassazione 28 Agosto 2007 n, 18184

comunque da soggetti agenti ad esso ricollegabili, potrebbe subire un mutamento: lo scorso 5 Novembre, infatti, la III Sezione civile della Cassazione, la medesima che ha statuito sulla sentenza finora discussa, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite per non univocità della giurisprudenza, sia civile sia penale, sul tema della responsabilità ex art. 2049 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione.