

# OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

Novembre 2013

## PROCESSO AMMINISTRATIVO – REVOCAZIONE – ERRORE DI FATTO

[Consiglio di Stato, Sez. III, 20 novembre 2013, n. 5487](#), Pres. Romeo, Est. Polito

*Non costituisce errore revocatorio della sentenza l'omessa pronuncia del giudice su specifiche istanze, allorquando viene in evidenza per implicito la loro irrilevanza nella decisione allo stato degli atti.*

*In ossequio al principio di sinteticità che deve permeare la redazione degli atti del giudice, non costituisce errore revocatorio l'omesso richiamo formale a singoli punti di doglianza, qualora dall'ordito complessivo della motivazione emerga la completa ed esaustiva cognizione del thema decidendum.*

### **Il caso**

Un Comune aveva impugnato dinanzi al TAR i provvedimenti con cui il Ministero dell'Interno aveva prima rideterminato in *peius* dei trasferimenti erariali in proprio favore e, dopo, rideterminato in *melius* i medesimi trasferimenti in vantaggio di altro Comune, dopo avere accertato gli importi dovuti sulla base del ricalcolo del gettito I.C.I. effettivamente spettante a ciascun ente locale.

Il TAR ha rigettato entrambi i ricorsi e il Consiglio di Stato, riuniti i due distinti atti di appello proposti dal Comune, li ha respinti entrambi.

Il suddetto Comune ha proposto ricorso per revocazione, deducendo che l'organo giudicante era incorso nell'errore di cui all'art. 395, co. 4, c.p.c. per avere omesso di pronunciarsi sulle istanze istruttorie proposte dall'appellante e per non avere preso in considerazione la doglianza relativa alla carenza di istruttoria. Venivano, inoltre, formulate ulteriori censure relative all'omesso esame dei motivi aggiunti interposti.

Il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione.

### **La decisione**

La pronuncia ha puntualizzato quali sono gli esatti confini per configurare l'omessa pronuncia su specifiche istanze istruttorie quale vizio della sentenza ai sensi dell'art. 395, n. 4 c.p.c.

A tal fine, il Collegio ha statuito che nel processo amministrativo l'onere di introduzione degli elementi documentali e probatori a sostegno delle domande e delle eccezioni grava in via principale sulle parti (art. 64, co. 1, c.p.a.) e sulla stessa Amministrazione per quanto concerne gli atti nella sua esclusiva disponibilità (art. 46, co. 2, c.p.a.), realizzandosi, in tal modo, la cd. istruttoria primaria. L'intervento del giudice ad integrazione del materiale processuale (cd. istruttoria secondaria) si configura solo eventuale ed è rimesso al suo libero apprezzamento (ai sensi dell'art. 64, co. 3, c.p.a.).

Ne discende che, qualora il giudice abbia definito il contenzioso in punto di diritto (individuando i presupposti che, ai sensi dell'art. 3, co. 3, del d.l. n. 444/1995) ed il suo convincimento si sia formato sulla base di un esame critico dei documenti e degli atti già acquisiti in giudizio, l'istanza istruttoria non integra un punto controverso cui possa ricondursi la svista nella cognizione con effetto viziante della sentenza, ai sensi dell'art. 395, n. 4 c.p.c. Secondo la giurisprudenza, infatti, non può dedursi come vizio della sentenza l'omessa pronuncia su specifiche istanze, allorquando viene in evidenza per implicito la loro irrilevanza nella decisione allo stato degli atti (cfr. Corte di Cassazione n. 15430 del 7 luglio 2006; n. 3241 del 18 marzo 2000).

Sotto altro profilo, la decisione in esame chiarisce che, ai fini dell'errore revocatorio, non assume rilievo la circostanza che il giudice non abbia indicato pedissequamente i singoli atti con cui sono stati articolati i motivi i ricorso, in quanto la motivazione della sentenza deve necessariamente

informarsi a criteri redazionali di sintesi argomentativa. Il principio di sinteticità nella redazione degli atti del giudice, al pari di quelli delle parti, è oggi codificato nell'art. 3 del c.p.a. e trova il suo antecedente nell'art. 65 del regolamento di procedura (R.D. n. 642 del 1907) e nell'art. 132, n. 4), c.p.c. Tale principio fa recedere la necessità di una motivazione che, in modo meccanico e pedissequo, assuma partitamente a riferimento ogni specifico ordine argomentativo delle parti. Di conseguenza, ove dall'ordito complessivo della motivazione emerga la completa ed esaustiva cognizione del thema decidendum, l'omesso richiamo ai singoli punti di doglianza non costituisce un errore revocatorio.

## **EDILIZIA – RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA E NUOVA COSTRUZIONE**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 20 novembre 2013, n. 5488, Pres. Romeo, Est. D'Alessio**

*Il concetto di ristrutturazione edilizia è distinto dall'intervento di nuova costruzione per la necessità che la ricostruzione corrisponda, nel volume e nella sagoma, al fabbricato demolito. Lla distinzione tra tali concetti rimane ferma anche in seguito alle modifiche apportate al T.U. dell'edilizia con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito nella L. 9 agosto 2013, n. 98), in quanto anche se nella novellata lett. d) dell'art. 3, co. 1, non si fa più riferimento al rispetto della sagoma precedente, è rimasta inalterata la lett. e) della medesima disposizione, secondo cui deve considerarsi una nuova costruzione, con conseguente necessità del rilascio del permesso di costruire, quando l'immobile ricostruendo ha una diversa sagoma ed occupa anche una diversa area di sedime.*

### **Il caso**

La titolare di una impresa agricola aveva impugnato il provvedimento con il quale l'Avepa (Agenzia veneta per i pagamenti in agricoltura), nell'ambito di un bando per il finanziamento di giovani imprenditori nel settore lattiero caseario, le aveva assegnato un punteggio basso tale da non farla rientrare in graduatoria. Il TAR, nell'accogliere il ricorso, aveva invitato l'Agenzia a riesaminare la domanda di finanziamento e a rideterminare il punteggio da assegnare all'interessata. Sennonché, anche all'esito del procedimento di riesame, l'Agenzia aveva confermato il punteggio precedentemente assegnato. L'interessata proponeva nuovamente ricorso al TAR, il quale lo accoglieva. Il Giudice di primo grado ha ritenuto fondata la doglianza relativa alla mancata assegnazione del punteggio massimo legato alla tipologia dell'intervento da realizzare, ritenendo che la demolizione e ricostruzione di un fabbricato rurale preesistente, con parità di volumi ma con sagoma diversa, dovesse rientrare tra gli interventi di ristrutturazione e di miglioramento (e non di nuova costruzione), per cui doveva essere attribuito il punteggio previsto per questi.

La sentenza veniva appellata dall'Agenzia, la quale sosteneva di avere correttamente assegnato il punteggio, in quanto l'intervento in questione doveva ritenersi una nuova costruzione e la *lex specialis* aveva differenziato gli interventi di ristrutturazione e miglioramento dei fabbricati preesistenti da quelli di costruzione di nuovi fabbricati, assegnando ai primi un maggiore punteggio in quanto volti alla tutela del paesaggio rurale e ad un minore consumo di suolo.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato ha chiarito che le nozioni di nuova costruzione e di ristrutturazione edilizia, previste nel bando di gara, vanno interpretate prendendo come riferimento le disposizioni contenute nel T.U. dell'edilizia, che danno la definizione di tali nozioni e ne individuano i limiti (art. 3, co. 1, lett. d) e lett. e) del D.P.R. n. 380/2001).

Peraltro, secondo la giurisprudenza, si è in presenza di una semplice ristrutturazione quando le componenti essenziali dell'edificio rimangono inalterate; di una ricostruzione quando, a seguito di

demolizione, l'edificio viene ripristinato senza alcuna variazione rispetto alle dimensioni originarie, né in termini di volumetria né in termini di mutamento delle superfici occupate; si ha, invece, una nuova costruzione, quando si verifica un aumento della volumetria o delle superfici occupate in relazione all'originaria sagoma di ingombro, tale per cui occorre riconsiderare il computo delle distanze rispetto agli edifici contigui.

Il concetto di ristrutturazione edilizia resta, pertanto, distinto dall'intervento di nuova costruzione per la necessità che la ricostruzione corrisponda, nel volume e nella sagoma, al fabbricato demolito. Difatti, precisa il Collegio, la ristrutturazione edilizia può essere attuata attraverso la demolizione e la successiva ricostruzione di un fabbricato, ma in tale ipotesi il nuovo edificio deve essere comunque del tutto fedele a quello preesistente, perché in caso contrario si realizza una nuova costruzione (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3056).

Il Consiglio di Stato puntualizza, inoltre, che la distinzione tra tali concetti rimane ferma anche in seguito alle modifiche apportate al T.U. dell'edilizia con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito nella L. 9 agosto 2013, n. 98), in quanto anche se nella novellata lett. d) dell'art. 3, co. 1, (per la definizione degli interventi di ristrutturazione edilizia) non si fa più riferimento al rispetto della sagoma precedente, è rimasta inalterata la lett. e) della medesima disposizione, secondo cui deve considerarsi una nuova costruzione, con conseguente necessità del rilascio del permesso di costruire, quando l'immobile ricostruito ha una diversa sagoma ed occupa anche una diversa area di sedime.

## **SILENZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – SILENZIO RIGETTO**

### **Consiglio di Stato, Sez. III, 20 novembre 2013, n. 5491, Pres. Lignani, Est. Stelo**

*A seguito della formazione del silenzio-rigetto sul provvedimento impugnato in via gerarchica, il Giudice deve sottoporre al sindacato giurisdizionale, in una con il silenzio-rigetto, anche la legittimità del provvedimento così confermato.*

*L'istanza volta al rilascio di licenza di pubblica sicurezza va vagliata non in astratto, ma in concreto, alla luce di un complessivo giudizio connotato da lata discrezionalità che si sostanzia nell'espressione di una valutazione sintetica in ordine al possesso, nel richiedente, dei requisiti soggettivi e oggettivi, e che deve essere esercitata secondo i principi di trasparenza dell'azione amministrativa, fermo restando l'impossibilità per il giudice di sostituirsi alla P.A. in accertamenti e scelte ad essa riservati*

#### **Il caso**

Un cittadino che aveva presentato istanza al Prefetto per ottenere il rilascio della licenza per la minuta vendita di prodotti esplosivi, ha proposto ricorso gerarchico al Ministero dell'Interno impugnando il provvedimento di rigetto. Formatosi il silenzio-rigetto su tale ricorso, l'istante ha presentato ricorso al TAR deducendo censure nei confronti del decreto prefettizio e l'omesso esame, da parte del Ministero, del procedimento svolto dalla Prefettura. Il TAR ha respinto il ricorso in quanto, dal raffronto tra le richieste istruttorie della Prefettura e i chiarimenti forniti dall'interessato, emergevano alcune lacune documentali e divergenze rispetto all'all. B del R.D. n. 635/1940, che legittimavano il provvedimento impugnato.

L'interessato proponeva appello al Consiglio di Stato, che veniva rigettato.

#### **La decisione**

Il Consiglio di Stato ha precisato che, nel procedimento avviato dinanzi al TAR a seguito del silenzio-rigetto costituitosi sul ricorso gerarchico, il sindacato giurisdizionale ha ad oggetto il provvedimento già impugnato in via gerarchica, mentre il silenzio costituisce un mero fatto propedeutico alla proposizione dell'impugnativa. Sicché, in assenza di un provvedimento esplicito

dell'Amministrazione adottato nelle more del giudizio, il Giudice deve sottoporre al sindacato giurisdizionale, insieme al silenzio-rigetto, anche la legittimità del decreto prefettizio.

Il rilascio di licenza di pubblica sicurezza è disciplinato da disposizioni particolarmente rigorose sul piano soggettivo e oggettivo, per cui è necessaria una complessa ed articolata istruttoria. Secondo la giurisprudenza, tale istanza va vagliata non in astratto, ma in concreto, alla luce di un complessivo giudizio connotato da lata discrezionalità che si sostanzia nell'espressione di una valutazione sintetica in ordine al possesso, nel richiedente, dei requisiti soggettivi e oggettivi, e che deve essere esercitata secondo i principi di trasparenza dell'azione amministrativa, fermo restando l'impossibilità per il giudice di sostituirsi alla P.A. in accertamenti e scelte ad essa riservati.

## **GIOCHI, LOTTERIE E SCOMMESSE - CENTRO DI TRASMISSIONE DATI**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 27 novembre 2013, n. 5676, Pres. Est. Cirillo**

*Dal quadro normativo vigente in materia di autorizzazioni all'esercizio delle scommesse emerge 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.*

*Ne deriva che la provenienza della domanda da un soggetto sostanzialmente privo del titolo legittimante, vale a dire il titolare di un'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, è fonte di incertezza 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. L'autorità preposta all'ordine pubblico non può, infatti, 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.*

### **Il caso**

La titolare di un'impresa che opera come centro trasmissione dati relativi a scommesse su eventi sportivi in favore di una società straniera, titolare di concessione in un altro ordinamento, ha chiesto il nulla osta ai fini del rilascio dell'autorizzazione per l'attività di offerta al pubblico di reti e servizi di comunicazione elettronica, ai sensi dell'art. 88 del T.U.L.P.S.

L'autorità competente ha rigettato l'istanza, in quanto la richiedente non era titolare della concessione a svolgere l'attività per l'organizzazione e la gestione delle scommesse.

La titolare dell'impresa ha proposto ricorso al TAR, deducendo che l'attività del gruppo straniero in Italia è tutelata dalla normativa europea in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi. Il TAR ha respinto il ricorso precisando che, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'art. 88 del T.U.L.P.S., nella parte in cui subordina il rilascio della licenza al possesso di una concessione statale da parte di chi organizza e gestisce le scommesse, non può essere disapplicato, in quanto si verrebbero a verificare situazioni di disparità che favorirebbero i centri di raccolta delle società straniere presenti sul territorio nazionale.

La sentenza è stata appellata al Consiglio di Stato, il quale ha rigettato l'appello.

### **La decisione**

La decisione in esame affronta il nodo problematico relativo alla legittimità del diniego opposto alla richiesta di autorizzazione per l'esercizio di scommesse presentata da un centro trasmissione dati

per conto di una società priva di concessione nell'ordinamento italiano, ma legittimata allo svolgimento di tale attività in altro ordinamento europeo.

In particolare, il problema si pone per quelle società operanti in Italia (nell'affermato esercizio dei diritti di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, di cui agli artt. 49 e 56 TFUE - prima artt. 43 e 49 del Trattato CE -) mediante operatori a sé contrattualmente legati, denominati Centri Trasmissione Dati (CTD o Centri), ubicati presso locali aperti al pubblico, i cui titolari mettono a disposizione dei giocatori il collegamento telematico e trasmettono i dati delle singole giocate all'operatore estero, per incarico dello stesso. Quest'ultimo gestisce direttamente le giocate, sopporta il rischio di impresa e trasmette ai Centri le indicazioni per il calcolo delle vincite e i pagamenti.

La detta attività viene esercitata in Italia attraverso i titolari dei Centri sulla base di un rapporto riconducibile contrattuale senza, tuttavia, essere in possesso di alcun titolo concessorio e senza l'autorizzazione di polizia [il cui rilascio - ai sensi dell'art. 88 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza di cui al Regio Decreto 18 giugno 1931 n. 773 (TULPS) - presupponeva la titolarità di una concessione].

La normativa vigente (art. 2 commi 2 bis e 2 ter, del decreto legge n. 40 del 2010 convertito nella legge n. 73 del 2010), inoltre, prevede il gioco con vincita in denaro può essere raccolto dai soggetti titolari di valida concessione rilasciata dall'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.

Con disposizione interpretativa e quindi retroattiva, tale previsione aveva altresì stabilito che il citato art. 88 del TULPS si interpreta nel senso che la licenza ivi prevista, ove rilasciata per esercizi commerciali nei quali si svolgeva l'esercizio e la raccolta di giochi pubblici con vincita in denaro, è da intendersi efficace solo a seguito del rilascio ai titolari dei medesimi esercizi di apposita concessione per l'esercizio e la raccolta di tali giochi.

Da ciò consegue la necessità della compresenza sia della concessione che dell'autorizzazione di polizia, a prescindere dalla distinzione tra soggetti delegati e titolari, nonché tra l'utilizzo di sistemi telematici o altri, anche con riferimento a soggetti che esercitano l'attività di gioco e di scommesse agendo per conto di una società comunitaria.

Quanto invece al quadro normativo di riferimento in materia di organizzazione del settore della raccolta delle scommesse, l'attribuzione delle concessioni per l'organizzazione di scommesse su eventi sportivi è stata gestita, fino al 2002, dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI) e dall'Unione nazionale per l'incremento delle razze equine (l'UNIRE); nel 2002 le competenze del CONI e dell'UNIRE in materia di scommesse su eventi sportivi erano state trasferite, in seguito ad una serie di interventi legislativi, all'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato che agisce sotto il controllo del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Con il decreto legge n. 223 del 2006 (c.d. decreto Bersani), convertito in legge dalla legge n. 248 del 2006, è stata demandata all'adozione di decreti ministeriali la disciplina della raccolta del gioco su eventi diversi dalle corse dei cavalli, prevedendosi l'ammissione a tale attività degli operatori che esercitavano la raccolta di gioco presso uno Stato membro dell'Unione europea, degli operatori di Stati membri dell'Associazione europea per il libero scambio e anche degli operatori di altri Stati.

In ultimo, l'art. 10 comma 8 octies, del decreto legge n. 16 del 2012 ha introdotto, nelle more di un riordino delle norme in materia di gioco pubblico, una disciplina volta a favorire tale riorganizzazione attraverso, innanzitutto, un primo allineamento temporale delle scadenze delle concessioni aventi ad oggetto la raccolta delle scommesse, e con contestuale adeguamento ai principi stabiliti dalla sentenza Costa-Cifone delle regole nazionali di selezione dei soggetti che, per conto dello Stato, raccoglievano scommesse.

Ivi è stata prevista, in considerazione della scadenza di un gruppo di concessioni per la raccolta delle scommesse, l'indizione di una gara per la selezione dei soggetti che devono raccogliere le scommesse aperta a tutti i soggetti che già esercitavano attività di raccolta di gioco in uno degli

Stati dello spazio economico europeo, stabilendo il numero di diritti da concedere, il relativo prezzo e la durata delle concessioni, nonché i criteri per il loro affidamento.

In un siffatto quadro normativo si innesta la sentenza in esame, che unitamente a circa 40 casi simili è stata affrontata e decisa dalla III sezione che si è, in particolare, occupata di scrutinare la legittimità del diniego opposto all'istanza di autorizzazione ai sensi dell'art. 88 TULPS presentata dai Centri Trasmissione Dati operanti nel nostro paese su incarico di operatori aventi sede in altri Paesi comunitari.

Secondo il Collegio deve essere confermata la piena legittimità del sistema vigente, per cui va considerato conforme al diritto europeo il diniego di autorizzazione opposto ad un CTD che operi per conto di un operatore comunitario non abilitato alla gestione di giuochi o scommesse nel nostro Paese.

La sezione risolve in primo luogo il nodo problematico alla natura giuridica del rapporto tra il CTD e l'operatore comunitario precisando che 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 implicino una relazione giuridica più stretta, il rapporto 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.

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, 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.

Nonostante la ritenuta insussistenza della legittimazione e dell'interesse al ricorso originario, che giustificerebbe di per sé l'arresto processuale con la declaratoria d'inammissibilità del medesimo, il collegio ha ritenuto di doversi spingere all'esame del merito, sia pure negli indicati limiti dell'oggetto del 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.

Il Collegio, al fine di fare ulteriore chiarezza sul nodo problematico posto alla sua attenzione ha rilevato anche che, alla luce del quadro normativo vigente, 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 normativa considera rilevante è la presenza della concessione in capo all'effettivo gestore delle scommesse, che poi a sua volta può avvalersi di altri soggetti.

Inoltre, laddove la normativa vigente fa riferimento a soggetti incaricati, va precisato 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.

Il Collegio si preoccupa anche di confutare tutti gli scritti difensivi in cui vengono richiamate ed analizzate 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.

Ad avviso del collegio, infatti, 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.

A dimostrazione di ciò è sufficiente fare riferimento alla recente 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>>.

Pertanto, nel risolvere il nodo problematico posto alla sua attenzione, la III sezione conclude evidenziando che dal quadro normativo di riferimento emerge chiaramente come la qualità di

concessionario costituisca un presupposto imprescindibile, in particolar modo ove è statuito che la licenza ai sensi dell'art. 88 TULPS 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.