

(A)

15.9.2011 PRIMO PARERE AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO



186

Prefettura di Venezia
Ufficio Territoriale del Governo

Prot. N. 166/ GAB / 2011 /A

Venezia, 20 febbraio 2012

Al Sig. Sindaco di
VENEZIA

OGGETTO: Venezia. Casa da gioco.

Si trasmette, per opportuna conoscenza della S.V. e le conseguenti valutazioni, la nota n. 35015 del 27 gennaio u.s., con la quale l'Avvocatura Generale dello Stato ha espresso il parere a suo tempo richiesto dal Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno in merito alla possibilità di affidare a soggetti terzi la gestione della casa da gioco.

Al riguardo, si prega di far conoscere se codesto Comune intenda utilizzare lo strumento della concessione, così come indicato nel parere de quo, significando che il predetto Ministero ha incaricato lo scrivente di seguire l'evoluzione della vicenda, anche al fine di predisporre i necessari atti autorizzatori, nel caso in cui codesta Amministrazione intenda avvalersi di tale possibilità.

Il Prefetto
(Cuttaja)

Prot. n. 2118
del 8/2/2012

Avvocatura Generale dello Stato

FAX 06-46549737
27/01/2012
Prot. 35015

Roma,

Partenza N.

Tipo Affare Cs. 38412/2011 Sez. IV

Avv. P. Palmieri

Al Ministero dell'Interno
Dipartimento per gli Affari Interni
e Territoriali
Direzione Centrale UTG e Autonomie Locali
ROMA

Si prega di indicare nella
successiva corrispondenza i
dati sopra riportati
Risp. Nota del 15.9.2011 n. 13159

OGGETTO: Casa da gioco Venezia. Richiesta di parere .

Con nota n. 13159 del 15 settembre 2011, è stato sottoposto a questo G.U. il quesito inerente alla possibilità che il Comune di Venezia, affidi a soggetti terzi la gestione della locale casa da gioco.

Attualmente tale funzione viene svolta dalla Casinò Municipale di Venezia s.p.a., società per azioni con socio unico, le cui quote appartengono interamente al Comune di Venezia, con scadenza, salvo proroga, indicata nello Statuto al giorno 30 dicembre 2024 (artt. 1 e 4).

Si segnala nella richiesta di parere che la modifica della forma di gestione, viene invocata dall'Ente Territoriale a fronte della situazione di crisi in cui versa la società pubblica, le cui perdite si riflettono sul bilancio del Comune.

Invero, gli introiti derivanti dalla gestione della casa da gioco, sono considerati a tutti gli effetti entrate pubblicistiche di natura tributaria (art. 19, D.L. 318/86, conv. con L. 488/86), destinate fin ora dal Comune al risanamento del proprio bilancio, alla fornitura di servizi di primaria necessità nonché al finanziamento di opere pubbliche indilazionabili.

Le continue perdite registrate nel bilancio della società pubblica, dunque, andrebbero di fatto a riflettersi sulla qualità dei servizi forniti alla comunità locale nonché sul bilancio complessivo dell'Ente Territoriale.

Di qui la valutazione di alterne soluzioni di affidamento della gestione a soggetti terzi in relazione alle quali si richiede il supporto preventivo del Ministero e dunque, di questo Generale Ufficio.

1) Il soggetto autorizzato all'esercizio del gioco d'azzardo.

In via preliminare è importante chiarire che il soggetto giuridico autorizzato all'esercizio del gioco d'azzardo in deroga ai divieti imposti dalle vigenti leggi penali, è il Comune di Venezia, quale unico destinatario dell'autorizzazione contenuta nel decreto del Ministero dell'Interno emanato il 30 luglio 1936 così come nei successivi decreti autorizzatori che, di volta in volta individuano le sedi idonee allo scopo.

L'autorizzazione del Ministero nei confronti del Comune risulta adottata in virtù del R.D.L. del 16 luglio 1936, n. 1404, che ha esteso al Comune di Venezia le disposizioni del R.D.L. del 22 dicembre 1927, n. 2448, convertito nella L. 27 dicembre 1928, n. 3125, già recante analoghe disposizioni in favore del Comune di San Remo.

La deroga al divieto penale di esercizio di giochi d'azzardo, previsto e sanzionato dagli artt. 718 e ss. del c.p., che tale autorizzazione comporta, risulta giustificata proprio in ragione del fatto che il controllo su un'attività normalmente considerata illecita è affidato ad un Ente pubblico Territoriale.

In tal modo si è ritenuto — attraverso un'apposita previsione normativa — che il contrasto della condotta con l'ordine pubblico ed il buon costume, tutelati dalle norme penali richiamate sia destinato a venire meno ove tale specifica attività sia svolta da un ente pubblico (Sull'eccezionalità delle norme che consentono l'esercizio del giuoco d'azzardo in favore di Comuni: Corte Cost, sent. n. 152 del 1985 e sent. n. 291 del 2001.

Tanto evidenziato, ne discende che la società Casinò Municipale s.p.a non è il soggetto direttamente autorizzato all'esercizio del gioco d'azzardo, essendo ad essa affidata la mera gestione di tale attività, della quale rimane unico titolare il Comune di Venezia.

2) Sulla vendita con patto di retrocessione e sull'affitto di azienda.

1

2a) Come riferito nella nota che si riscontra il Comune di Venezia propone come modelli alternativi alla gestione della casa da gioco tramite società per azioni interamente pubblica, i contratti di vendita con patto di retrocessione delle azioni societarie e l'affitto di azienda.

La disciplina del primo contratto, considerate le particolari esigenze del caso di specie, dovrebbe essere modellata sulla figura della vendita con patto di retrovendita (*pactum de retrovendendo*), da tenere distinta dal tipo contrattuale della vendita con patto di riscatto.

Nel patto di retrovendita, che ha carattere obbligatorio e non reale, l'acquirente si obbliga a rivendere all'alienante il bene a date condizioni.

Nel caso di specie, il privato acquirente delle azioni della Casinò Municipale di Venezia s.p.a., dovrebbe ritrasferirne la proprietà al Comune di Venezia, una volta spirato il termine stabilito nel contratto.

Il rischio legato a questa figura contrattuale, risiede tutto nella sua natura obbligatoria che non ne consente la trascrizione e la consueta opponibilità ai

terzi subacquirenti.

Il venditore potrebbe, in caso di inadempimento, esclusivamente agire per il risarcimento dei danni.

2b) Secondo l'ulteriore prospettazione la gestione della Casa da gioco verrebbe affidata a terzi ricorrendo alla figura contrattuale dell'affitto di azienda.

Tale figura contrattuale è disciplinata sia dalle norme speciali sull'azienda e, in particolare, gli artt. 2561 e 2562 c.c. sia dalle disposizioni generali sull'affitto, recate dagli artt. 1615 e ss., c.c.

Azienda, si legge nell'art. 2555, c.c., "è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa"; mentre, come è noto, il ramo d'azienda costituisce un insieme produttivo autonomo, il quale fa parte di una più ampia e complessa organizzazione. Le due figure si dà pertanto rapporto di genere a specie.

A differenza della precedente tipologia contrattuale, l'affitto d'azienda tutelerebbe maggiormente la posizione del Comune di Venezia che, in quanto locatore, manterrebbe un generale potere di controllo sull'attività dell'affittuario (art. 1619, c.c.).

Invero, la disciplina dell'affitto di azienda è improntata consapevolmente alla tutela del valore dell'organizzazione che, normalmente, è frutto dell'attività del locatore. La medesima *ratio* giustifica, del resto, il divieto di concorrenza imposto al locatore, dall'art. 2557, c.c.

Sotto il profilo degli obblighi generali imposti all'affittuario, poi, questi, non solo è tenuto ad esercitare l'azienda sotto la ditta che la contraddistingue, ma deve altresì gestirla senza modificarne la destinazione, in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione, degli impianti e delle normali scorte.

L'inadempimento di tale obbligo determina la nascita, in capo al locatore, di duplice diritto: egli, da un lato, può chiedere l'estinzione del rapporto, applicando la norma sugli abusi dell'usufruttuario (art. 1015, c.c.); dall'altro, può agire in risoluzione per inadempimento dell'affittuario, ai sensi dell'art. 1618, c.c.

Ulteriori profili rilevanti della disciplina riguardano la possibilità per entrambe le parti di recedere liberamente dal contratto, qualora non abbiano convenuto un termine di durata, (art. 1616, c.c.), nonché il divieto di subaffitto senza il consenso del locatore, posto a carico dell'affittuario, (art. 1624 c.c.).

3) Entrambi i modelli analizzati presentano aspetti critici al fine di poter riconoscere rispettivamente, nell'acquirente con patto di retrovendita e nell'affittuario, possibili soggetti autorizzati alla gestione della casa da gioco.

L'applicabilità al caso di specie di entrambi i modelli analizzati, appare principalmente ostacolata dalla natura dell'attività che il privato acquirente o locatario dovrebbe svolgere.

Come già evidenziato, l'esercizio di giochi d'azzardo in deroga al divieto imposto dagli artt. 718 e ss. del c.p., viene tollerato in quanto bilanciato da uno stringente controllo pubblico affidato al Comune di riferimento ed in vista del perseguimento di finalità pubbliche di speciale rilievo.

Nel caso della vendita con *pactum de retrovendendo*, l'alienazione delle azioni della Casinò Municipale di Venezia s.p.a., seppur debitamente limitata nel tempo, comporterebbe un affievolimento del controllo pubblico sull'attività della casa da gioco, incompatibile con la tutela dell'ordine pubblico e del buon costume, cui presiedono le norme penali richiamate.

Il contratto di affitto di azienda, poi, pur ponendo significativi vincoli all'attività svolta dall'affittuario, attraverso il generale potere di controllo sull'affittuario ai sensi dell'art. 1619 c.c. sopra richiamato, tuttavia, non eliminerebbe il principale ostacolo relativo al trasferimento in capo all'affittuario, della titolarità dell'autorizzazione ad esercitare il gioco d'azzardo, autorizzazione che, per quanto detto, dovrebbe ritenersi riservata ex lege alla titolarità del Comune di Venezia.

L'impiego dei modelli sopra descritti, infine, appare in contrasto - come si esporrà nel punto successivo - agli attuali orientamenti giurisprudenziali, tendenti a qualificare l'atto che affida la gestione di una casa da gioco ad un privato, come concessione di pubblico servizio (Cass., SS.UU., sent. n. 202/99; Cass., Sez. L., sent. n. 5745/91; Cons. St., Sez. V, sent. n. 5371/2000).

4) Sulla natura dell'attività di gestione della Casa da gioco

Come già esposto in precedenza, le speciali previsioni normative relative all'esercizio delle case da gioco in favore di pochi comuni italiani costituiscono espressa deroga alla normativa ordinaria penale, il Legislatore avendo autorizzato in sporadici casi l'esercizio di attività normalmente prevista dall'ordinamento come reato sia nella forma dell'esercizio che della partecipazione ad essa.

La speciale deroga, oltre che attraverso la previsione normativa, si realizza attraverso l'attribuzione al Ministro dell'Interno del potere di autorizzare l'effettivo esercizio dell'attività in questione da parte del Comune nel cui territorio è prevista l'apertura del Casinò.

Come sopra già accennato, il regime derogatorio si giustifica in virtù della sussistenza di numerose ragioni (incremento del turismo e di valuta estera, disincentivazione del flusso dei cittadini verso case da gioco nei paesi di confine, sostegno dell'economia locale e regionale) tutte rispondenti, com'è palese, ad esigenze di natura pubblicistica tali da far qualificare come entrate di diritto pubblico (e non più come profitto di reato) gli utili della casa da gioco, destinati in massima parte a favore degli enti territoriali locali.

La *ratio* del regime derogatorio, dunque, come riconosciuto dalla

giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, risiede anche nella particolare vocazione turistica dei Comuni interessati (tra i quali, oltre San Remo e Venezia, figura anche Campione d'Italia) ed altresì nelle finalità pubbliche di particolare rilievo, quali l'assestamento del bilancio e la realizzazione di opere pubbliche indilazionabili, cui le entrate ricavate dalla gestione delle rispettive case da gioco, vengono destinate.

Da tali connotazioni di carattere pubblico discende che le attività legate al gioco d'azzardo, ove il Comune non via voglia provvedere in via diretta, possono essere realizzate attraverso lo strumento della concessione che, per le dedotte implicazioni, appare il più idoneo a trasferire in capo a terzi l'attività in questione, di norma riservata all'ente locale in quanto tale.

Il profilo è ben chiarito da Cass. Sez. lav. n. 5745 del 1991.

Evidenziate le finalità pubbliche che il Comune persegue attraverso l'esercizio del gioco d'azzardo la Suprema Corte sottolinea, in particolare, che *"Le menzionate finalità di natura pubblica vengono dunque realizzate attraverso l'emanazione di atti amministrativi (l'autorizzazione ministeriale prima e la concessione comunale poi in ipotesi di affidamento della gestione a privati anziché di esercizio diretto da parte dell'ente autorizzato), sicché l'attività in questione si connota di riflessi pubblicistici sia per quanto riguarda il suo esercizio (vietato alla generalità), sia per quel che concerne i soggetti giacché, appunto in ipotesi di concessione a terzi, un soggetto privato, estraneo alla P.A. esercita un'attività che in virtù di legge compete esclusivamente all'Ente territoriale e che pur non corrispondendo a una potestà o a un servizio pubblico bensì a una attività imprenditoriale privata è esercitata in regime di monopolio sia direttamente dal Comune sia dal concessionario: essa è dunque inserita nella sfera del diritto pubblico.*

Ad avviso di questo G.U., in conformità alla consolidata giurisprudenza il modello di gestione che appare, dunque, maggiormente rispondente alle problematiche sollevate da codesta Amministrazione è rappresentato dalla concessione e, in particolare alla concessione traslativa di pubblico servizio, essendo trasferite al privato alcune potestà delle quali la P.A. è titolare ma rimanendo intatta in capo all'Amministrazione la titolarità astratta del potere, il Comune limitandosi a consentirne l'esercizio al concessionario.

(Sulla dedotta configurabilità nel caso di specie, di una concessione traslativa di pubblico servizio v. anche Cass. SS.UU. 1.4.1999 n. 202, sia pure con riferimento al caso di Campione d'Italia).

Tornando all'oggetto del quesito sottoposto all'attenzione di questo G.U. si osserva che l'affidamento della gestione della casa da gioco a terzi, alla luce di quanto sopra esposto, dovrebbe realizzarsi - in luogo delle prospettate figure contrattuali che, dando luogo a meri rapporti obbligatori, non risolvono i problemi impliciti nelle connotazioni pubblicistiche connesse allo

svolgimento di tale particolare attività - attraverso una concessione di pubblico servizio che, stanti anche le implicazioni patrimoniali del servizio stesso, non potrà che essere sottoposta alle generali regole di evidenza pubblica.

Attraverso lo strumento della concessione, invero, il Comune di Venezia, potrà trasferire al privato individuato mediante procedura ad evidenza pubblica, la mera facoltà di gestire la casa da gioco, conservando in capo a sé stesso, la titolarità del potere.

Quanto sopra, a parere della Scrivente, potrà avvenire o in via diretta, previa estinzione della società che attualmente gestisce la casa da gioco, o indirettamente, mediante gara bandita dalla società Casinò municipale che, in quanto società interamente pubblica è a sua volta soggetto pubblico concedente, anche se per conto e nell'interesse del Comune.

In entrambi i casi, ciò che rileva ai fini della nuova autorizzazione che dovrà essere rilasciata da parte di codesto Ministero è che l'Ente Territoriale mantenga penetranti poteri di indirizzo in grado di incidere direttamente sulle facoltà decisionali del concessionario, nonché poteri di controllo e di vigilanza preordinati a verificare che il concessionario svolga l'attività con regolarità e nel rispetto del principio di buona amministrazione.

A poteri così stringenti dovrebbe, inoltre, corrispondere, altresì, un ampio potere sostitutivo, esercitabile dal Comune ove il privato concessionario venga meno ai propri obblighi.

Anche sul fronte della risoluzione del rapporto concessorio, l'Amministrazione dovrebbe poter disporre di una pluralità di rimedi, corrispondenti alle fattispecie della decadenza, del riscatto e della revoca.

Alla concessione, pertanto, necessariamente dovrà accedere una Convenzione diretta a regolare il rapporto in modo da preservare i profili pubblicistici impliciti nella gestione di tale particolare attività sulla quale codesto Ministero dovrà esprimersi in sede autorizzatoria.

Si sottolinea, in ogni caso, che i profili di riorganizzazione della società comunale, Casinò Municipale di Venezia, nonché i contenuti economici della Convenzione, in caso di concessione ad un soggetto privato specializzato, rientrano nella Competenza del Comune di Venezia, ~~chiarato ed espresso nel riguardo.~~

Si resta a disposizione per eventuali ulteriori chiarimenti.

L'Avvocato incaricato
Paola Palmieri



Il Vice Avvocato Generale
Michele Dipace

