

EUROPA E DIRITTO PRIVATO

Fasc. 1 - 2005

Lauro Zagato

**CASO GAMBELLI: LA CORTE DI
GIUSTIZIA RIFORMULA IL PROPRIO
GIUDIZIO SULLA NORMATIVA ITALIANA
IN MATERIA DI SCOMMESSE**

Estratto



Milano • Gluffrè Editore

OSSERVATORIO

CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA 6 novembre 2003, causa C-243/01;
Pres. V. Skouris - pronuncia pregiudiziale Trib. Ascoli Piceno
proc. Pen. a carico di Gambelli e altri.

Diritto di stabilimento - Libera prestazione dei servizi - Raccolta in uno Stato membro di scommesse sugli eventi sportivi e trasmissione, via Internet, verso un altro Stato membro - Divieto penalmente sanzionato - Normativa di uno Stato membro che riserva a taluni enti il diritto di raccogliere scommesse.

Una normativa nazionale contenente divieti — penalmente sanzionati — di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, a eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

CASO GAMBELLI: LA CORTE DI GIUSTIZIA RIFORMULA IL PROPRIO GIUDIZIO SULLA NORMATIVA ITALIANA IN MATERIA DI SCOMMESSE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I fatti nella causa principale e la richiesta di pronuncia in via pregiudiziale. - 3. La disciplina nazionale italiana in materia di scommesse e il precedente della pronuncia Zenatti. - 4. La sentenza Gambelli: incompatibilità della normativa italiana con gli artt. 43 e 49. - 5. (*segue*). Inapplicabilità delle deroghe di origine giurisprudenziale. - 6. Sentenza Gambelli e attuale orientamento della Corte di Giustizia in materia di libertà di circolazione delle persone. - 7. Primi contraccolpi sulla giurisprudenza italiana.

tenute, si qualificasse piuttosto per un rilancio delle occasioni ed opportunità di giuoco e scommessa perseguito dal legislatore per finalità di natura fiscale, rilancio che si poteva avvalere, *inter alia*, di una pubblicità aggressiva. D'altro canto i divieti e le gravi sanzioni anche penali previste dalla legge in esame per coloro che raccolgono le scommesse via Internet si innestavano, a parere del Tribunale di Ascoli Piceno, in una situazione caratterizzata fino a quel momento dalla liceità di tale comportamento, con la conseguenza che si erano diffuse sul territorio nazionale agenzie e reti di agenzie che svolgevano tale attività di intermediazione. Alla luce quindi di una situazione diversa da quella che si era presentata nel caso Zenatti, il Tribunale di Ascoli Piceno, agendo alla stregua dell'art. 234 del Trattato Ce, chiede alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sul se vi sia incompatibilità tra gli artt. 43 ss. e 49 ss. del Trattato Ce, che garantiscono rispettivamente la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi nel territorio della UE, e la normativa nazionale italiana che disciplina l'esercizio delle scommesse.

3. L'art. 4 della legge 401 del 1989 sanzionava penalmente, nella formulazione originaria, il comportamento di chi organizza scommesse o concorsi pronostici su eventi sportivi riservati allo Stato, o ad Ente concessionario di questo, in particolare il Comitato olimpico nazionale italiano (CONI) e l'Unione nazionale incremento razze equine (UNIRE) (9), nonché il comportamento di chi eserciti abusivamente « l'organizzazione di pubbliche scommesse su altre competizioni di persone o animali ». Esercizio abusivo è quello svolto da parte di chi non goda dell'autorizzazione *ex artt.* 8 e 88 TUPS; il secondo di tali articoli, in particolare, nella formulazione precedente la legge 388 del 2000, attribuiva alla Pubblica Amministrazione la possibilità di autorizzare le scommesse « necessarie all'utile svolgimento » della gara sportiva.

Dopo una prima modificazione del testo legislativo avvenuta a fine '93 (10), il legislatore interveniva nuovamente con la legge 388, il cui art. 37 parr. 4 e 5 modificava rispettivamente l'art. 88 par. 1

(9) Il concorso pronostici è disciplinato, in origine, dal d.lgs. 14-10-1948 n. 496, e dal d.p.r. 18-4-1951 n. 581, contenente la normativa di applicazione e di esecuzione del d.lgs. 496. Tale disciplina è stata poi profondamente innovata: per quanto riguarda il concorso pronostici affidato al CONI con l'art. 2 comma 229 della l. 28-12-1995 n. 549, Misure di razionalizzazione della funzione pubblica, g.u. n. 302 (suppl. ord. 153) del 29-12-1995; il relativo regolamento di esecuzione è stato emanato con d.m. 2 giugno 1998 n. 174, g.u. 5-6-1998 n. 129. Per quanto riguarda il concorso affidato all'UNIRE, la disciplina è stata modificata con l. 23-12-1996 n. 662, Misure di razionalizzazione della funzione pubblica, g.u. n. 303 (suppl. ord. 233) del 28-12-1996. Il ruolo attribuito all'UNIRE con la disposizione in esame è venuto all'attenzione dell'Autorità garante della concorrenza. Cfr. L. Nivarra, *Giuoco e scommesse sportivi*, Ann. It. Dir. Aut., 2003, 136 s.

(10) Nota 4.

TUPS e l'art. 4 della l. 401/89, inserendo inoltre nel testo di quest'ultima gli artt. 4-bis e 4-ter.

Il nuovo art. 88 par.1 TUPS stabilisce che la licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa « esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o altri Enti cui la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse », nonché a incaricati dal titolare o dall'autorizzato in virtù di quella stessa concessione o autorizzazione.

Quanto alla legge 401/89, se il nuovo art. 4 introduce un forte inasprimento delle sanzioni (11), l'art. 4-bis allarga l'ambito di applicazione del reato previsto dall'art. 4 all'ipotesi di soggetti che svolgano in Italia attività organizzata al fine di « accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione .. anche per via telefonica o telematica » di scommesse di qualsiasi genere, da chiunque, in Italia o all'estero, queste siano accettate. L'art. 4 ter dal canto suo prevede come reato il comportamento di chiunque effettui la raccolta o la prenotazione, tra le altre ipotesi, di scommesse per via telefonica o telematica « se sprovvisto di apposita autorizzazione all'uso di tali mezzi per la predetta raccolta o prenotazione ».

Già prima della 388/00 la dottrina più avvertita aveva dubitato della compatibilità dell'art. 4 della l. 401/89 con la normativa comunitaria relativa alla libertà di prestazione dei servizi, mettendo a nudo « l'insincerità assiologica » della prima (12). Resta che ogni dubbio parve travolto proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Questa, nei primi casi relativi a tale tema sottoposti alla sua attenzione, aveva dato invero prova di un atteggiamento ispirato a grande cautela e rispetto per le finalità perseguite dagli Stati membri che si erano dotati di una normativa interna caratterizzata da forme rigide di controllo pubblicistico su giuoco e scommesse; detto atteggiamento venne interpretato dalla gran parte degli interpreti e dalle magistrature superiori nazionali (13) come prova della piena compatibilità della normativa interna protezionistica con il diritto comunitario.

In realtà la posizione della Corte risultava assai più sfumata. Con la pronuncia Schindler ad esempio (14), la prima sull'argomento, la Corte aveva fugato ogni dubbio espresso dalla dottrina, stabilendo intanto che le attività di gestore di scommesse sportive e

(11) Il par. 1 stabilisce la reclusione da sei mesi a tre anni per chiunque eserciti « abusivamente l'organizzazione del giuoco del lotto o di scommesse o di concorsi pronostici che la legge riserva allo Stato o ad altro Ente concessionario », ivi compresi i concorsi gestiti dal CONI o dall'UNIRE. Un arresto fino a tre mesi ed una ammenda da L. 100.000 a un milione è invece stabilito per « chiunque in qualsiasi modo dà pubblicità al loro esercizio » (par. 2) o vi partecipi (par. 3).

(12) V. in particolare Nunziata, *Allibratori cit.*, 249.

(13) Oltre, par. 7.

(14) V. nota 8.

di lotterie rilevavano appieno del regime della libertà di circolazione dei servizi (15). Nel successivo caso Zenatti i giudici di Lussemburgo avevano convenuto che l'obiettivo di salvaguardare gli scommettitori dal rischio delle truffe rientrava sicuramente tra quelle « ragioni imperative connesse all'interesse generale » che, con il concorso di altre condizioni, possono giustificare l'emanazione di misure atte a ostacolare la libertà di prestazione dei servizi. La Corte non si era tuttavia espressa sulla sussistenza o meno di tali elementi nel caso sottoposto alla sua attenzione, demandando l'operazione al giudice italiano, cui aveva nondimeno lanciato dei precisi ammonimenti (16). Essendo stato il ricorso ritirato nelle more del rinvio, nessun giudice di merito italiano era stato peraltro chiamato a dare applicazione a tali indicazioni. Come si vede, e contrariamente all'opinione prevalente, non si è mai avuta da parte della Corte di Giustizia una esplicita affermazione di non contraddittorietà della l. 401/89 con il principio di libera circolazione dei servizi. Donde l'inevitabilità del nuovo ricorso in via pregiudiziale, nel momento in cui il Tribunale di Ascoli Piceno registrava l'ulteriore aggravamento del carattere protezionistico della normativa nazionale intervenuto con la legge 388/00. Nel far ciò il Tribunale compiva anche, lo si è visto, un passo ulteriore: chiedeva cioè alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità della normativa nazionale italiana in esame con il principio della libertà di stabilimento, oltre che con quello della libera circolazione dei servizi. È quanto non era avvenuto nei precedenti casi di rinvio.

4. La Corte sovverte, nella sentenza Gambelli, l'iter seguito dall'avvocato generale Alber nelle sue conclusioni; malgrado gli esiti risultino convergenti, le conseguenze di tale modo di procedere sono ciononostante di notevole significato.

L'avvocato generale valuta innanzitutto la situazione sottoposta alla sua attenzione dal punto di vista della libertà di stabilimento.

(15) *Schindler*, punto 57. Giova ricordare che la situazione cui si riferisce la sentenza *Schindler* divergeva profondamente da quella presa in esame nei casi successivi. All'epoca del rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale infatti le lotterie erano vietate nel RU: di conseguenza la normativa proibizionistica vigente in tale Stato, non passibile di gravame sotto il profilo della discriminarietà, risultava effettivamente del tutto compatibile con il principio della libertà di prestazione dei servizi disciplinata dagli artt. 49 s. del Trattato Ce.

(16) In particolare i giudici di Lussemburgo precisano (punto 36) che le limitazioni poste dalla normativa nazionale italiana alla libera prestazione dei servizi in tanto si giustificano, in quanto perseguono effettivamente « l'obiettivo di un'autentica riduzione delle opportunità di gioco e se il finanziamento di attività sociali attraverso un prelievo sugli introiti derivanti dai giochi autorizzati » rappresenti al massimo « conseguenza vantaggiosa accessoria, e non la reale giustificazione della politica restrittiva attuata ». Spetterà al giudice di merito valutare se la normativa nazionale che egli è chiamato ad applicare abbia tali caratteristiche o se le restrizioni imposte non risultino invece sproporzionate rispetto agli obiettivi prefissati.

Vengono in evidenza al riguardo l'art. 43 par. 1 del Trattato CE che vieta in termini generali le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro e l'art. 48 par.1 secondo il quale, ai fini dell'applicazione delle disposizioni sulla libertà di stabilimento, le società (17) « costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro, sono equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri » (18). Nel caso in esame, ove la rete di società colletttrici di scommesse dovesse venire considerata dal giudice di merito stabilimento secondario di Stanley, la normativa nazionale italiana risulterebbe senz'altro incompatibile con le disposizioni di cui agli artt. 43 e ss.; l'avvocato Alber si interroga allora sul se a tale normativa si possano applicare o meno le deroghe consentite *ex lege* o quelle elaborate dalla giurisprudenza della Corte, per giungere a dare una risposta negativa. Ove invece il giudice di merito italiano giungesse alla conclusione, alla stregua dei criteri indicati nella sentenza *Factortame* (19), che piuttosto di prestazione di servizi transfrontalieri si discute nella causa principale — e le preferenze dell'avvocato Alber vanno chiaramente a questa seconda ipotesi (20) — il ragionamento deve ricominciare dall'inizio e articolarsi nelle medesime fasi, per giungere ad analoghe conclusioni: la normativa italiana in esame è incompatibile con il divieto di libera prestazione dei servizi di cui agli artt. 49 ss., né le si possono applicare le deroghe che escluderebbero il divieto. Nel seguire tale modo di procedere l'avvocato Alber è senz'altro in linea con i suggerimenti della miglior dottrina (21); ciò, alla luce di quel carattere residuale della libera circolazione dei servizi rispetto alle altre libertà affermato a più riprese proprio dalla Corte (22).

(17) Il successivo art. 48 par 2 detta poi la definizione: per società si intendono « le società di diritto civile e di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro ».

(18) Giusto il richiamo operato dall'art. 43 par. 2, secondo il quale la libertà di stabilimento impone, *inter alia*, l'accesso « alla costituzione e alla gestione di imprese ed in particolare di società ... alle condizioni stabilite dal Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini ».

(19) Corte eur. giust. 25-7-1991, C-2221/89, Racc. I-3905 s. (punto 20).

(20) Mancherebbe infatti secondo l'Avvocato Generale quel « collegamento preponderante con l'organizzatore » che la giurisprudenza *Factortame* indica quale elemento decisivo perché si possa parlare di stabilimento secondario (concl., punto 85). La valutazione non riesce a convincere appieno; peraltro, risultando il problema aggirato dalla successiva sentenza della Corte, un approfondimento critico non appare necessario.

(21) V. per tutti M. Condinanzi - A. Lang - B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone* (Milano 2003), 177 s.

(22) In particolare Corte eur. giust. 4-12-1986, 205/84, *Commissione c. Germania*, Racc., 3755 ss. (punto 21).

Al contrario, il modo di procedere della Corte nel caso in esame è trasversale e va oltre i limiti posti dal giudice di rinvio, aggirando la questione del se la rete di agenzie costituisca o meno stabilimento secondario di Stanley.

Secondo i giudici di Lussemburgo, nella misura in cui la Stanley International Betting, società di capitali regolarmente registrata nel Regno Unito ove svolge l'attività di allibratore con facoltà di operare sia nel all'interno che all'estero, (23) effettua « un'attività di raccolta di scommesse con l'intermediazione di una organizzazione di agenzie situate in un altro Stato membro, quali le agenzie degli indagati di cui alla causa principale, le restrizioni imposte alle attività di tali agenzie costituiscono ostacoli alla libertà di stabilimento » (punto 46). In particolare la Corte osserva come la normativa italiana, escludendo dalla partecipazione ai bandi di gara per l'assegnazione delle concessioni di attività di gestore di scommesse le società di capitali regolarmente costituite all'estero, discrimini gli operatori stabiliti in altri Paesi membri, quali appunto i *bookmakers* inglesi; ciò anche se il divieto alle società di capitali costituisce misura indistintamente applicabile. La Corte individua dunque nella normativa italiana che regola i bandi per la concessione di licenze in materia di scommesse una violazione dell'art. 43 (24); ciò del tutto autonomamente, dal momento che il giudice del rinvio non le aveva chiesto di pronunciarsi su tale profilo della normativa nazionale italiana.

Venendo alla libera prestazione di servizi (25), la Corte richiama intanto la pronuncia *Schindler*, in cui aveva stabilito una volta per tutte che l'offerta di partecipare a giuochi e scommesse in uno Stato membro a cittadini residenti in un altro Stato membro ricade indubitabilmente sotto la libera prestazione dei servizi. Si collega poi alla

(23) E dove, sottolinea l'avvocato generale (punto 10) « è soggetta a controlli rigorosi sia di carattere interno che da parte di società private di revisione nonché da parte dell'amministrazione fiscale ».

(24) Sulla libertà di stabilimento: T. Ballarino, *Manuale di diritto dell'Unione europea* (Padova 2001) 439 s.; Condinanzi - Lang - Nascimbene, *Cittadinanza cit.*; J.G. Huglo, *Liberté d'établissement et libre prestation des services*, Rev. trim. dr. eur., 1996, 741 s.; P. Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea* (Padova 2003), 320 s.; G. Tesauo, *Diritto comunitario* (Padova 2003) 495 s.

(25) Sulla libertà di prestazione dei servizi: Ballarino, *Manuale cit.*, 471 s.; M. Condinanzi e B. Nascimbene, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, a cura di A. Tizzano, *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Tratt. Bessone, XXVI (Torino 2000), 282 s.; M. Condinanzi, A. Lang e B. Nascimbene, *Cittadinanza cit.*, 164 s.; L. Daniele, *Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons*, Eur. Law Rev., 1997, 191 s.; V. Hatzopoulos, *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, Comm. Mark. Law Rev., 2000, 43 s.; L.S. Rossi, *I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria*, Foro It., IV, 1997, 97 s.; G. Tesauo, *Diritto cit.*, 523 s.

nota pronuncia *Alpine Investment* (26), per inferirne che il divieto fatto a Stanley, operatore regolarmente stabilito in uno SM, della possibilità di offrire i propri servizi tramite Internet negli altri Stati Membri, costituisce, ex art. 49 del Trattato, ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Dal momento che, per giurisprudenza costante (27), detta libertà comprende anche il diritto del fruitore di ricevere servizi da prestatori stabiliti in un altro Stato Membro, se ne deduce che l'art. 4 della l. 401/89, come modificata dalla l. 388/00, sanzionando penalmente il comportamento del singolo che effettui scommesse con Stanley via Internet pagando con la propria carta di credito, costituisce ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Ad analoga conclusione i giudici pervengono per quanto riguarda gli intermediari di cui si discute alla causa principale; il divieto loro fatto di agevolare i servizi resi da Stanley rientra nell'ostacolo alla libertà di prestazione del servizio assicurata a quest'ultimo dall'art. 49, e ciò anche se gli intermediari siano stabiliti, come in questo caso, nello stesso Paese membro (punto 58).

La normativa italiana risulta quindi incompatibile con gli artt. 43 e 49 del Trattato anche a prescindere dalla qualificazione di quelle agenzie di raccolta, sulle quali pur verte la causa principale. Quali che siano i risultati cui il giudice di merito perverrà al riguardo, utilizzando i criteri indicati dalla giurisprudenza *Factortame*, la normativa italiana in materia di organizzazione e svolgimento delle scommesse sportive risulta nel suo insieme, ed in riferimento ai diversi soggetti coinvolti, in contrasto ad un tempo con entrambe le libertà, di stabilimento e di prestazione dei servizi. Una volta raggiunta tale conclusione, la Corte passa a prendere in esame l'eventuale esistenza di motivi che giustificano siffatta normativa.

5. Una disciplina in contrasto con la libertà di stabilimento può trovare giustificazione, in primo luogo, alla stregua delle deroghe espressamente previste dal Trattato CE ex artt. 45 e 46; dette deroghe sono poi riprese, in relazione al divieto di misure ostative alla libera prestazione di servizi, dall'art. 55 del Trattato. Si tratta di ipotesi tassativamente previste: partecipazione a pubblici poteri (art. 45), ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica (art. 46); in tali casi, e solo in tali casi, gli Stati possono anche emanare misure discriminatorie. Orbene, né nel caso Gambelli né in alcuno dei casi relativi a scommesse portati precedentemente all'attenzione della Corte la stessa ha valutato la compatibilità con il diritto comunitario delle normative nazionali in discussione alla stregua di tali ipotesi di deroga. Trattasi invero di ipotesi interpretate nel tempo in senso vieppiù restrittivo da parte dei giudici di Lussemburgo, fino a stabi-

(26) Corte eur. giust. 10-5-1995, C-384/93, Racc. I-1141 s.

(27) V. per tutte la sentenza *Luisi e Carboni*: Corte eur. giust. 12-1-1984, 286/82 e 26/83, Racc., 377 s., (punto 16).

lire che « il potere degli Stati membri di limitare la libera circolazione delle persone e dei servizi per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica non ha lo scopo di porre alcuni settori economici... al riparo dall'applicazione di questo principio », ma solo di consentire agli Stati membri di negare l'accesso o il soggiorno sul loro territorio « a persone il cui accesso o soggiorno sui detti territori costituirebbe, come tale, un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sanità pubblica » (28). Nel caso Zenatti in particolare, come fa notare l'avvocato generale Alber (punto 107) la Corte, si è limitata a citare le ipotesi di deroga *ex lege*, per passare direttamente a verificare l'esistenza o meno di motivi imperativi di interesse generale.

Nel caso Gambelli come in tutti i precedenti casi rilevano dunque esclusivamente le deroghe elaborate dalla Corte di Giustizia, adattando alla libera circolazione delle persone dei principi forgiati, per la libera circolazione delle merci, con la pronuncia Cassis de Dijon (29); tali principi sono stati esposti in termini compiuti in particolare nelle pronunce Kraus (30), Gouda (31) e Gebhardt (32). Le restrizioni alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi per essere lecite devono rispondere a taluni requisiti: essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale; risultare idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo; in ogni caso, essere applicate in modo non discriminatorio.

La Corte ha già riconosciuto nella sentenza Schindler (punto 57) e ribadito nelle pronunce Läärä e Zenatti l'esistenza di motivi imperativi di interesse generale che, in presenza degli altri requisiti, possono in astratto giustificare misure restrittive della libertà di circolazione in materia di giuoco e scommesse; tali la necessità di « prevenire i reati e garantire che i partecipanti ai giochi vengano trattati onestamente; evitare di stimolare la domanda nel settore dei giochi d'azzardo, i cui eccessi hanno conseguenze sociali nocive; far sì che

(28) Corte eur. giust. 9-3-2000, C-355/98, *Commissione c. Belgio*, Racc. I-1234 (punto 29); v. anche Corte eur. giust. 13-2-2001, C-7/98, *Krombach*, Racc. I-1935 s., con commento di B. Nascimbene, *Riconoscimento di sentenza straniera e « ordine pubblico europeo »*, Riv. dir. int. priv. proc., 2002, 659 s. Per una recente riflessione sulla nozione di ordine pubblico nel diritto comunitario: G. Karydis, *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable*, Rev. trim. dr. eur., 2002, 1-26.

(29) Corte eur. giust., 20-2-1979, 120/78, *Rewe Centrale*, Racc. 649.

(30) Corte eur. giust., 31-3-1993, C-19/92, Racc. I-1663.

(31) Corte eur. giust., 21-07-1991, C-288/89, Racc. 1991, 4007.

(32) Corte eur. giust., 30-11-1995, C-55/94, Racc., I-4165. V. anche Corte eur. giust.: 11-5-1999, C-255/97, *Pfeiffer*, Racc., I-2835 (punto 32) e, da ultimo, Corte eur. giust. 5-10-2004, C-442/02, *CaixaBank France/Ministère de l'Economie, de la Finance et de l'Industrie* (non ancora pubblicata).

non possano essere organizzate lotterie per profitti personali e commerciali bensì unicamente a scopi caritatevoli, sportivi o culturali » (33). Ha fin qui lasciato peraltro al giudice del rinvio il compito di valutare se la normativa volta a volta in esame risponda concretamente a tale imperativo, e se rispetti i rimanenti requisiti. Ora, pur confermando formalmente tale orientamento, interviene (punto 66) per dettare i criteri cui il giudice del caso si dovrà richiamare.

Non vi è dubbio che alla base dell'adozione di misure restrittive da parte degli Stati *in subiecta materia* possano esservi ragioni imperative di interesse pubblico; resta che la liceità di tali misure deve passare il vaglio del giudizio di idoneità, definito dalla Corte stessa come atteggiamento delle misure in esame a « contribuire a limitare le attività di scommessa in modo coerente e sistematico » (punto 67). Orbene, il contesto in cui si colloca la nuova disciplina italiana, e cioè la legge 388/00, caratterizzata da scelte di forte espansione del giuoco e delle scommesse a scopi erariali, contraddice nettamente con tali motivazioni (34). Le autorità nazionali non possono allora invocare l'*ordine pubblico sociale* (punto 69) e la necessità di ridurre le occasioni del giuoco e delle scommesse, per giustificare le misure restrittive di cui si verte nella causa principale (35). È quanto pone tale disciplina nell'impossibilità di godere delle giustificazioni di elaborazione giurisprudenziale, dal punto di vista sia del contrasto con la libertà di stabilimento che con la libertà di prestazione dei servizi.

La Corte si riserva comunque un approfondimento specifico per quanto attiene alla libertà di stabilimento, ricordando come la normativa nazionale sui requisiti per partecipare alle gare relative alla concessione di licenze per la gestione delle scommesse debba presentare carattere non discriminatorio. Spetterà al giudice italiano stabilire se le condizioni previste dai bandi siano o meno più facilmente conseguibili dai concorrenti italiani; in tal caso vi sarebbe discriminazione degli operatori stranieri, e la misura nazionale risulterebbe contraria all'art. 43.

(33) Del pari, nella pronuncia Läärä (punto 32) la Corte riconosce come motivi imperativi di interesse generale, idonei dunque a giustificare misure restrittive da parte della Finlandia, la necessità di « limitare lo sfruttamento della passione umana per il gioco, di evitare i rischi di reato e di frode generati dalle attività corrispondenti e di autorizzare tali attività al solo fine di raccogliere fondi destinati a opere di beneficenza o al sostegno di iniziative senza scopo di lucro ».

(34) Anche perché la Corte è sempre stata precisa nell'escludere qualsiasi rapporto tra motivi di ordine pubblico o di interesse generale e finalità fiscali dello Stato. Per il primo caso v. le pronunce Corte eur. giust. 29-10-1998, C-114/97, *Commissione c. Regno di Spagna*, Racc. I-1617 e Corte eur. giust. 9-3-2000, C-355/98, *Commissione c. Belgio*, Racc. I-1234; Per il secondo Corte eur. giust. 16-7-1998, C-264/96, *ICI*, Racc. I-4695 e Corte eur. giust. 3-10-2003, C-136/00, *Danner*, Racc. I-8147.

(35) La nozione di ordine pubblico sociale, che compare qui per la prima volta, suscita qualche perplessità in dottrina; v. Condinanzi - Lang - Nascimbene, *Cittadinanza cit.*, 220.

Infine, la Corte affronta il problema delle restrizioni imposte dalla 401/89 come modificata dalla 388/00 dal punto di vista del principio di proporzionalità. In particolare, per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi, il giudice dovrà analizzare la congruità con il diritto comunitario delle misure previste nei confronti degli intermediari, così come della sanzione penale nei confronti di chi si colleghi da casa sua con l'allibratore straniero. In relazione poi alla libertà di stabilimento (punto 74) il giudice dovrà ancora chiedersi se, proprio perché l'obiettivo dichiarato dalle autorità italiane è quello di evitare il rischio che i concessionari dei giuochi siano implicati in attività criminali o fraudolente, non risulti una misura eccessiva rispetto a tale intento « escludere la possibilità per le società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri di ottenere concessioni per la gestione di scommesse sportive, soprattutto quando esistono altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività delle dette società » (punto 74). Quanto agli intermediari che facilitano la prestazione di servizi da parte di un intermediario stabilito in un altro Paese membro, il giudice dovrà valutare se le restrizioni imposte, in una con la previsione di pene detentive, non costituiscano misure che vanno al di là di quanto necessario per combattere contro la frode, dal momento soprattutto che il prestatario del servizio è già sottoposto nel Paese di stabilimento ad un sistema di controlli e sanzioni (punto 73) (36).

6. Si è sottolineato a più riprese, nelle pagine che precedono, come il giudizio di disvalore sulla normativa italiana in materia di scommesse espresso dal giudice comunitario con la pronuncia Gambelli non rappresenti una brusca inversione di rotta nei confronti della precedente giurisprudenza in materia; ciò dal momento che l'esatta portata di quelle pronunce, e della sentenza Zenatti in particolare, era stata spesso fraintesa (37). Tale sottolineatura non contraddice in alcun modo l'affermazione iniziale (38) circa l'importanza della pronuncia in esame.

Le pronunce Zenatti e Läärä erano state infatti caratterizzate da un atteggiamento di cautela e *self-restraint* da parte del giudice comunitario nei confronti del giudice nazionale, cui sostanzialmente veniva demandato, in qualità di giudice comune di diritto comunitario, il compito di verificare la sussistenza, nella fattispecie concreta, degli elementi che giustificano, secondo la giurisprudenza della Corte, il mantenimento di restrizioni da parte dello Stato alla libertà

(36) Sul principio di mutuo riconoscimento v. Corte eur. giust. 18-1-1979, 110/78 e 111/78, *Van Wesemael*, Racc. 1979, 35 s. Per un approfondimento si rimanda a S. Nicolin, *Il mercato interno, tra mutuo riconoscimento e sussidiarietà* (di prossima pubblicazione).

(37) V. par. 3.

(38) V. par. 1.

di prestazione dei servizi; in altre parole, rimaneva al giudice nazionale l'applicazione creativa delle deroghe di origine giurisprudenziale in materia di libera prestazione dei servizi (39). Si trattava peraltro, già all'epoca, di una eccezione, in un quadro giurisprudenziale segnato da un esplicito intervento dei giudici di Lussemburgo al fine di liberare il campo dagli ostacoli alla libertà di circolazione delle persone, avessero questi o meno natura discriminatoria (40). Proprio le pronunce Zenatti e Läärä avevano allora indotto parte della dottrina a giudicare non univoco il nuovo approccio della Corte di Giustizia (41). Il rilievo della pronuncia Gambelli nel quadro evolutivo della giurisprudenza della Corte consiste proprio nel suo porre fine ad una tra le poche, se non all'unica, anomalie rimaste; donde, anche, un significativo contributo allo sforzo dell'interprete volto a ricondurre ad un quadro di unità la recente evoluzione giurisprudenziale in materia di libertà di circolazione delle persone.

La piena sintonia della pronuncia in esame con la profonda evoluzione maturata nei giudici di Lussemburgo (42) si evidenzia anche nella scelta di non lasciare il giudice nazionale solo nell'applicare il principio di origine giurisprudenziale dei motivi imperativi di interesse generale, ma di guidarlo piuttosto passo per passo in tale compito, attraverso una attenta quanto puntuale opera di chiarificazione delle condizioni in presenza delle quali possono essere giustificate deroghe al divieto di restrizione alle libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi.

7. Ben più complesso è invece il rapporto della pronuncia in esame con l'ordinamento italiano, e ciò a partire dallo spettacolare impatto esercitato sulla giurisprudenza della Cassazione.

(39) Cfr. V. Poli, *Funzione nomofilattica e certezza del diritto: la vincolatività delle decisioni del giudice superiore nazionale-comunitario*, Foro it., 2000, 222, secondo il quale la Corte evita, con la pronuncia Zenatti « di riempire il contenuto delle clausole generali di diritto comunitario, fondanti i poteri limitativi degli Stati membri, affidando questo compito, sostanzialmente creativo, ai giudici nazionali in quanto giudici comunitari ». Precisamente nell'apertura di tale rapporto di fiducia starebbe secondo l'autore il lascito di maggior rilievo della sentenza Zenatti.

(40) Da ultimo, per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi, v. Corte eur. giust. 13-2-2003, C-131/01, *Commissione c. Italia*, Racc., I-1659 s.; ivi, punto 26, per la statuizione che l'art. 49 del Trattato esige « la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare, da ostacolare o da rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi ».

(41) V. Tesaro, *Diritto* cit., 548-549.

(42) Sui recenti sviluppi di tale evoluzione, tendente per un verso ad una interpretazione omogenea delle libertà di circolazione, anche al di là delle previsioni letterali del Trattato, per l'altro verso ad integrare le fondamentali libertà economiche su cui si fonda l'edificio comunitario in un discorso forte sui diritti degli individui, ci si permette di rimandare a Zagato, *La libertà di circolazione* cit., par. 15.

Gli è che una serie di ricorsi per procedimenti analoghi, sempre in relazione alla rete di agenzie che operano in Italia per la Stanley International Betting, erano all'esame della Cassazione penale in quelle settimane. Proprio alla vigilia della pronuncia Gambelli la terza sezione penale della Cassazione rigettava (43) l'invito ad attendere la pronuncia dei giudici di Lussemburgo, ribadendo la tesi secondo la quale la pronuncia Zenatti avrebbe stabilito una volta per tutte che le disposizioni del Trattato Ce relative alla libera prestazione dei servizi non ostano ad una disciplina nazionale, quale quella italiana, che riserva a determinati enti il diritto di gestire le scommesse su eventi sportivi « per motivi di sicurezza o di ordine pubblico » (44).

Non sfugge peraltro alla stessa sezione del supremo Collegio come la successiva pronuncia Gambelli, nel ribadire che spetta al solo giudice nazionale il compito di valutare la sussistenza o meno degli elementi che giustificano l'emanazione da parte dello Stato di misure restrittive delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, introduca in realtà elementi radicalmente critici della disciplina vigente nel nostro Paese (45). Donde la scelta di chiamare le sezioni unite della Cassazione penale ad esprimersi sulla compatibilità della disciplina italiana in tema di controllo sulla gestione delle scommesse sportive con i principi comunitari della libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi alla luce della pronuncia Gambelli. È quanto avviene il 26 aprile 2004, con una sentenza invero brillante ma sulla solidità del cui impianto, per i motivi che in breve si discuteranno, appaiono leciti ampi dubbi (46).

Le sezioni unite, pur prendendo atto dell'esistenza di accenti diversi nella pronuncia Gambelli rispetto alle precedenti statuizioni della Corte di Giustizia in questa materia (punto 12.2), non ritengono intanto che la pronuncia del 6 novembre 2003 introduca novità tali

(43) Il caso riguardava il ricorso del procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bergamo avverso l'ordinanza (13-3-2003) con cui lo stesso Tribunale annullava un decreto del giudice delle indagini preliminari della stessa città, decreto avente ad oggetto il sequestro preventivo di due locali destinati dalla Società Famad srl. alla raccolta e trasmissione delle scommesse alla Stanley International Betting.

(44) Cass. 5-11-2003, III Sez. Pen., n. 42187, Riv. Pen., 2004, 641, con frettolosa nota di F. Arciuli. La sentenza conferma un indirizzo costante della III Sezione: cfr. per tutti Cass. 11-7-2001, III Sez. Pen., n. 36206, Riv. Pen., 2002, 40.

(45) Cass. 18-11-2003, III sez. penale, n. 48506, consultabile al sito www.dirittoejustizia.it. Si trattava in questo caso di decidere sul ricorso del P.m. presso il Tribunale di Prato avverso l'ordinanza con cui il Tribunale di quella città aveva annullato, « per incompatibilità con gli obblighi posti all'Italia dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE », il decreto del GIP che disponeva il sequestro preventivo di una serie di aziende che svolgevano il ruolo di intermediari nella raccolta per via informatica di scommesse per conto di Stanley.

(46) Cass. 26-4-2004, sez. un. pen., Foro it., 2004, II, 393 s., con nota di G. Colangelo.

da obbligare la Cassazione a modificare il precedente orientamento. Certo, la suprema Corte non può che prendere atto del fatto che è venuta ormai meno la tradizionale giustificazione che attribuiva alla normativa italiana il perseguimento di obiettivi di contenimento delle occasioni di giuoco per il pubblico; ancor meno riproponibile risulta la seconda tradizionale giustificazione, quella fondata sull'utilizzo dei proventi fiscali dei prodotti dal regime delle scommesse per « scopi caritatevoli, sportivi o culturali ». Le sezioni unite tuttavia non demordono ed anziché concludere per l'incompatibilità della normativa nazionale italiana con gli artt. 43 e 49 del Trattato, nel solco aperto dalla requisitoria del procuratore generale presso la Corte di Cassazione, giungono infine ad individuare la giustificazione della normativa in esame nella necessità di evitare infiltrazioni criminali. Tale complesso di disposizioni si riproporrebbe non già (47) di « contenere la domanda e l'offerta del giuoco, ma di canalizzarla in circuiti controllabili al fine di evitarne la possibile degenerazione criminale »; donde la liceità del divieto imposto alle reti di operatori che, collegati con i *bookmakers* stranieri, operano tuttavia sul territorio nazionale.

Dato atto al Supremo Collegio di aver colto l'unica linea di difesa della normativa protezionistica nazionale ancora praticabile dopo la pronuncia Gambelli, nonché di aver fatto ordine in una distinzione tra deroghe *ex lege* e deroghe di origine giurisprudenziale al divieto di restrizioni della libertà di circolazione imposto dal Trattato Ce, fino a quel momento malferma nella giurisprudenza come nella letteratura non specializzata italiana (48), resta che la posizione assunta dalle sezioni unite risulta all'atto pratico poco meno che temeraria. La lucida analisi condotta dal procuratore generale (49) è invero più che sufficiente a fornire al prossimo giudice di merito investito della questione elementi sufficienti per disinnescare il meccanismo che sorregge il ragionamento dalle sezioni unite. Il procuratore generale dimostra in particolare (50) (punto IX della requisitoria) la sostanziale identità tra i requisiti richiesti per partecipare ai bandi di

(47) Come pur sostenuto dalla terza Sezione fino a pochi mesi prima (nota 44).

(48) Va anche ascritta a merito della pronuncia in esame una utile precisazione (punto 16) sul diverso oggetto giuridico del reato punito dall'art. 4-bis rispetto a quello previsto dall'art. 4-ter della l. 401/89.

(49) Questi (Colangelo, cit.) « segnala la necessità di rivisitare la giurisprudenza di legittimità che — prima di Gambelli — aveva costantemente affermato la compatibilità comunitaria della l. 401/89 ».

(50) Oltre a fare alcune sconcertanti rivelazioni sulla origine lobbistica delle modificazioni introdotte dalla l. 388/00 alla l. 401/89. Non solo la versione originaria dell'art. 37 della l. 388/00 non conteneva cenno alle modificazioni dell'art. 4 della l. 401/89 e dell'art. 88 TUPS, introdotti solo nel dibattito in aula al Senato su pressione dei soggetti interessati alla raccolta delle scommesse (Federazione italiana tabaccai e sindacato totoricevitori); il procuratore generale fornisce documenti da cui sembrano

gara per la concessione delle licenze per la gestione delle scommesse e quelli necessari per l'autorizzazione all'utilizzazione di strumenti telematici (51). Traspare già da questo elemento come, in assenza quantomeno di una profonda revisione del regime di tali requisiti, la motivazione escogitata dai giudici delle sezioni unite per giustificare l'esclusione dei gestori di Ctd dalla possibilità di raccogliere e trasmettere scommesse per conto di operatori stabiliti in altri Paesi membri risulti poco convincente. Ciò soprattutto, giova ripetere, a fronte di un atteggiamento del giudice comunitario deciso ormai ad esaminare puntualmente, e senza fare sconti, le ragioni imperative di interesse generale invocate dagli Stati membri per giustificare misure restrittive della libertà di circolazione delle persone.

Per quanto riguarda l'altro punto dolente, quello cioè della mancata apertura ai *bookmakers* stranieri della possibilità di partecipare ai bandi italiani per le concessioni, la posizione delle sezioni unite, condivisa in questo caso dal procuratore generale, è che, avendo il nostro Paese modificato la propria normativa a seguito del procedimento avviato nei suoi confronti dalla Commissione (52), sia venuto ormai meno ogni motivo del contendere. Tale ottimistica conclusione è stata peraltro puntualmente smentita alcuni mesi dopo dal deposito da parte della Commissione di un ricorso per infrazione contro il nostro Paese (53). Il prossimo atto della saga concernente la compatibilità con il diritto comunitario della legislazione italiana sulle scommesse è quindi prossimo ad andare in scena.

Lauso Zagato

emergere (punto X) « non solo il suggerimento e le sue motivazioni, ma addirittura la preventiva redazione del testo dell'emendamento in sedi esterne al Parlamento ».

(51) Art. 6 d.p.r. 318/97 cit. (nota 7).

(52) La Commissione aveva infatti inviato all'Italia, il 16-10-2002, un parere motivato in cui, secondo il comunicato stampa emanato il 17-10-2002, chiedeva formalmente al nostro Paese « di rispettare il diritto comunitario nell'assegnazione delle concessioni per la gestione delle scommesse sportive ». A detta delle sezioni unite (punto 14) l'art. 22 comma 11 della l. 27-12-2002 n. 289 (legge finanziaria del 2003) stabilendo che alle procedure concorrenziali di affidamento delle concessioni « possono partecipare anche le società di capitali », avrebbe eliminato ogni eventuale (*sic!*) carattere discriminatorio presente nella precedente normativa.

(53) Causa C-260/04, g.u.c.e. C 217 del 28-08-2004: ricorso contro l'Italia per violazione degli artt. 43 s. e 49 s. per avere il Ministero delle Finanze rinnovato 329 concessioni per scommesse sulle gare ippiche senza indire gare di concorrenza.