CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentate il 16 maggio 2006 [1]

I — Introduzione

1. «Rien ne va plus». La Corte di giustizia non può evitare ulteriormente di affrontare in profondità le ripercussioni delle libertà fondamentali del Trattato CE nel settore dei giochi di azzardo.

2. Per la terza volta deve pronunciarsi su tale materia in relazione alla normativa vigente in Italia. La prima volta lo ha fatto, su domanda del Consiglio di Stato, nella sentenza 21 ottobre 1999, Zenatti [2], dichiarando che le disposizioni del Trattato CE relative alla libera prestazione dei servizi non ostano ad una normativa nazionale, come quella italiana, che riserva a determinati enti il diritto di esercitare scommesse sugli eventi sportivi, ove tale normativa sia effettivamente giustificata da obiettivi di politica sociale tendenti ad evitare gli effetti nocivi di tali attività e ove le restrizioni da essa imposte non siano sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

3. Le indicazioni fornite in tale sentenza non hanno risolto i dubbi che faceva sorgere il regime giuridico di tale paese e hanno dato luogo ad un secondo rinvio pregiudiziale, questa volta da parte del Tribunale di Ascoli Piceno, il quale, oltre alla libera prestazione di servizi, ha fatto riferimento al diritto di stabilimento. La sentenza 6 novembre 2003, Gambelli e a. [3], ha precisato la precedente decisione nel senso che «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», aggiungendo che spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, sia giustificata e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Causa C-67/98, Racc. pag. I-7289.

3 — Causa C-243/01, Racc. pag. I-13031.

4. Le questioni pregiudiziali poste dai Tribunali di Larino e di Teramo offrono alla Corte di giustizia la possibilità di precisare la propria giurisprudenza, in considerazione del fatto che la Corte suprema di cassazione ha ritenuto compatibile tale sistema con la normativa comunitaria e in considerazione delle circostanze in cui è avvenuto il conferimento delle concessioni per la gestione di scommesse nella Repubblica.

5. In tale contesto, il contenuto delle sentenze menzionate e delle conclusioni degli avvocati generali mi consente, pur facendo alcune precise citazioni, di omettere alcuni dettagli, per concentrarmi sull'esame dei problemi ancora pendenti o di quelli sorti successivamente, aventi una sostanzialità propria.

II — Ambito normativo

A — *Il diritto comunitario*

6. L'azione della Comunità, per raggiungere i fini che si propone, implica, in base all'art. 3, lett. c), CE, «un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, tra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali». Questi ultimi tre aspetti sono disciplinati nel titolo III della parte terza del Trattato, che dedica il capo 2 al «diritto di stabilimento» e il capo 3 ai «servizi».

1. Il diritto di stabilimento

7. Le coordinate di questo principio figurano all'art. 43 CE:

«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri citta-

dini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

8. L'art. 46 CE, n. 1, prevede alcune riserve:

«1. Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

(...)»

9. L'art. 48 CE equipara le persone giuridiche alle persone fisiche ai fini dell'esercizio del diritto:

«Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.

Per società si intendono le società di diritto civile o 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».

2. La libera prestazione dei servizi

10. Il principio generale è enunciato nell'art. 49 CE, primo comma:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

(...)»

11. Deve essere completato con quanto previsto dall'art. 50 CE:

«Ai sensi del presente Trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

I servizi comprendono in particolare:

a) attività di carattere industriale;

b) attività di carattere commerciale;

c) attività artigiane;

d) attività delle libere professioni.

Senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini».

12. L'art. 55 rinvia ad alcune disposizioni che disciplinano il diritto di stabilimento:

«Le disposizioni degli articoli da 45 a 48 inclusi sono applicabili alla materia regolata dal presente capo».

B — *La disciplina italiana*

13. La normativa nazionale coincide in gran parte con quella esaminata nella causa

Gambelli, benché convenga ricordarla e aggiornarla.

a) Le concessioni

15. Il controllo dei giochi d'azzardo spetta allo Stato, tramite il Ministero dell'Economia e delle Finanze che agisce per mezzo dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (in prosieguo: «AAMS») [6].

1. Le concessioni e le autorizzazioni per esercitare l'attività

16. Tuttavia, due eccezioni a questa esclusiva statale sono previste a favore del Comitato olimpico nazionale italiano (in prosieguo: «CONI»), e dell'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (in prosieguo: «UNIRE») [7], autorizzati ad organizzare le scommesse [8] e ad affidare la loro gestione a terzi in eventi posti sotto il loro controllo [9].

14. L'art. 88 del Testo Unico delle Leggi di Publica Sicurezza (in prosieguo: «TULPS») [4], nella formulazione dell'art. 37, n. 4, della Legge finanziaria per il 2001 [5], stabilisce che la licenza per l'esercizio delle scommesse è accordata solo ai concessionari o a persone autorizzate da un ministero o altro ente al quale la legge riserva la facoltà di organizzarle. Pertanto, chi desidera esercitare un'attività nell'ambito delle scommesse pubbliche deve ottenere una concessione e una licenza, che il TULPS denomina «di polizia».

17. Il conferimento delle concessioni da parte di questi enti è assoggettato ad alcune

4 — Approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, (*Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 146 del 26 giugno 1931).

5 — Legge 23 dicembre 2000, n. 388 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 302 del 29 dicembre 2000, supplemento ordinario n. 219). Il testo che appare nel punto 7 della sentenza Gambelli non coglie la modifica, menzionata al n. 8 come se si trattasse di un'altra norma.

6 — Art. 1 del Decreto del presidente della Repubblica, 24 gennaio 2002, n. 33 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 63 del 15 marzo 2002) e art. 4 del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana,* n. 158 dell'8 luglio 2002) — convertito nella legge 8 agosto 2002, n. 178 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 187, del 10 agosto 2002).

7 — Rossi, G., «Il mercato unico europeo e il monopolio del CONI sui giuochi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive», *Rivista di diritto sportivo,* 1992, pagg. 229 e segg.

8 — Art. 6 del decreto legislativo 14 aprile 1948, n. 496 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 118 del 22 maggio 1948).

9 — Art. 3, n. 229, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 302 del 2 novembre 1995) — CONI —, e art. 3, n. 78 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 303 del 28 dicembre 1996) — UNIRE.

regole specifiche, che hanno subito modifiche nel corso del tempo. All'inizio, la scelta dei beneficiari era condizionata alla trasparenza dell'azionariato degli interessati, per cui le società di capitali subivano varie restrizioni, in quanto le azioni aventi diritto di voto dovevano essere intestate a persone fisiche, a società in nome collettivo o in accomandita semplice e non potevano essere trasferite per semplice girata [10], con il risultato che alle imprese quotate in borsa era vietato partecipare alle gare.

18. Attualmente, l'art. 22, n. 11, della Legge finanziaria per il 2003 [11] consente a qualsiasi persona giuridica di partecipare alle gare per l'attribuzione delle concessioni senza limitazione alcuna quanto alla sua forma.

b) Le autorizzazioni di polizia

19. Per operare nel settore delle scommesse occorre, oltre alla concessione, un'autorizzazione (art. 88 del TULPS), revocabile, che viene negata a chi ha subito una condanna a determinate pene o per particolari delitti, ad esempio, per reati contro la moralità pubblica ed il buon costume o per violazione della normativa relativa ai giochi d'azzardo (artt. 11 e 14 del TULPS).

20. Una volta ottenuta l'autorizzazione, il titolare deve tollerare che le forze dell'ordine accedano, in qualsiasi momento, ai locali destinati all'esercizio dell'attività soggetta ad autorizzazione (art. 16 del TULPS).

2. Le sanzioni

21. La legge 13 dicembre 1989, n. 401, recante intervento nel settore del gioco e delle scommesse clandestini e di tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive (in prosieguo: «Legge n. 401/89») [12], tipizza alcuni comportamenti.

22. In base all'art. 4 è punito con una pena detentiva da sei mesi a tre anni chiunque

10 — Art. 2, nn. 1, lett. a), e 6 del decreto del Ministero delle Finanze 2 giugno 1998, n. 174 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 129 del 5 giugno 1998) — CONI —, e art. 2, nn. 1, lett. a), e 8 del decreto del presidente della Repubblica 8 aprile 1998, n. 169 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 125 del 1° giugno 1998) — UNIRE — .

11 — Legge 27 dicembre 2002, n. 289 *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 305 del 31 dicembre 2002, supplemento ordinario n. 240).

12 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 294 del 18 dicembre 1989.

eserciti abusivamente l'organizzazione di lotterie o di scommesse riservate allo Stato o ad altro ente concessionario e chiunque lo faccia relativamente ad attività sportive gestite dal CONI o dall'UNIRE; se si tratta di altre competizioni, è prevista la reclusione da tre mesi ad un anno ed un'ammenda (n. 1). Inoltre è punita con l'arresto fino a tre mesi e con un'ammenda la pubblicità dei giochi menzionati (n. 2); e con l'una o l'altra di queste due ultime sanzioni la semplice partecipazione (n. 3).

23. I nn. 4 *bis* e 4 ter [13] del detto art. 4 estendono la punizione a chiunque, privo dell'autorizzazione di cui all'art. 88 del TULPS, accetti o raccolga scommesse di qualsiasi tipo, formalizzate in Italia o all'estero, per via telefonica o telematica, così come a chiunque faciliti tali atti — 4 bis – e a chiunque accetti biglietti di lotteria o di altre scommesse attraverso gli stessi strumenti ove sprovvisto di autorizzazione all'uso di tali mezzi per detti fini — 4 ter.

13 — Aggiunti dall'art. 37, n. 5, della legge n. 388/00, sopra citata. Il n. 9 della sentenza Gambelli parla di «art. 4 *bis*» e di «art. 4 ter», quando, in realtà, si tratta di due paragrafi dell'art. 4.

III — Gli antecedenti: la sentenza Gambelli e la risposta della Corte suprema di cassazione

24. Come ho indicato all'inizio di queste conclusioni, la Corte di giustizia è stata interrogata sulla dimensione transfrontaliera dei giochi di azzardo. Alle menzionate sentenze Gambelli e Zenatti bisogna aggiungere le sentenze Schindler [14] e Läärä e a. [15], benché, salvo la prima, le altre fossero incentrate sulla libera prestazione di servizi [16].

25. La causa «fratelli Schindler» verteva sul divieto totale delle lotterie nel Regno Unito; nella causa «Läärä e altri» è stata analizzata una normativa finlandese sugli apparecchi automatici per giochi d'azzardo; la causa «Zenatti» riguardava la gestione di scommesse da parte di agenzie italiane per conto di un'impresa avente sede in un altro Stato membro. Quest'ultimo caso presentava suf-

14 — Sentenza 24 marzo 1994, causa C-275/92 (Racc. pag. I-1039).

15 — Sentenza 21 settembre 1999, causa C-124/97 (Racc. pag. I-6067).

16 — La Corte ha esaminato anche altri ambiti: nella sentenza 11 settembre 2003, causa C-6/01, Anomar e a. (Racc. pag. I-8621), quello degli apparecchi da gioco; e nella sentenza 13 novembre 2003, causa C-42/02, Lindman (Racc. pag. I-13519), quello dell'assoggettamento all'imposta in Finlandia delle vincite. È pendente la causa C-89/05, United Utilities, in cui la House of Lords (Regno Unito) chiede «se l'esenzione prevista per le scommesse all'art. 13, parte B, lett. f), della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977 (Direttiva 77/388/CEE), ai sensi del quale sono esenti "le scommesse, le lotterie e altri giochi d'azzardo", si applichi ai servizi di un soggetto ("l'agente"), che effettua tali operazioni per conto di un altro soggetto ("il preponente") (...)».

ficienti analogie con quello che ha dato luogo alla sentenza nella causa Gambelli, che coincide per molti aspetti con quella attualmente in esame, specialmente per quanto riguarda i fatti e l'ambito normativo comunitario e nazionale.

26. Occorre poi esaminare i motivi che hanno indotto i giudici del rinvio a porre tali questioni pregiudiziali, il che richiede una illustrazione della sentenza Gambelli e dell'attuazione pratica operata dalla Corte suprema di cassazione dei criteri stabiliti in tale sentenza.

A — *La sentenza Gambelli*

27. Il sig. Gambelli ed altre 137 persone erano imputati in un procedimento penale con l'accusa di organizzare illegalmente giochi d'azzardo non autorizzati e di gestire locali in cui, senza autorizzazione, si raccoglievano scommesse per il tramite di un allibratore britannico.

28. Il Tribunale di Ascoli Piceno si è rivolto alla Corte di giustizia di fronte ai dubbi che ad esso suscitava la compatibilità degli artt. 43 e 49 CE con le norme sanzionatorie italiane che doveva applicare [17].

29. Nella sentenza Gambelli, la Corte, dopo avere esposto le osservazioni ad essa presentate (punti 25-43), ha esaminato la questione da due punti di vista, quello del diritto di stabilimento (punti 44-49) e quello della libera prestazione di servizi (punti 50-58) [18].

30. Dal primo punto di vista, ha preso come riferimento l'impresa del Regno Unito che operava in Italia tramite agenzie italiane (punto 46), in quanto non le era consentito intervenire direttamente, dato che la normativa nazionale escludeva che potessero ottenere concessioni le società di capitali quotate

17 — Ha formulato tale questione: «Se vi sia incompatibilità, con conseguenti effetti nell'ordinamento giuridico interno, tra gli artt. 43 CE e segg, e 49 CE e segg. del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione dei servizi transfrontalieri, da un canto, e, d'altro canto, una normativa nazionale quale quella italiana di cui agli artt. 4, primo comma, e segg., 4 bis e 4 ter della legge n. 401/89 (come da ultimo modificata con l'art. 37, quinto comma, della legge 23 dicembre 2000, n. 388) contenente divieti — penalmente sanzionati — di svolgimento delle attività, da chiunque e ovunque effettuate, di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, in particolare, su eventi sportivi, in assenza di presupposti concessori e autorizzatori prescritti dal diritto interno».

18 — Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Alber ritiene che i centri di trasmissione dati non siano stabilimenti secondari dell'impresa, ma operino come prestatori di servizi (paragrafo 87), per cui suggerisce una soluzione circoscritta alla libera prestazione di servizi.

sui mercati regolamentati degli altri Stati membri — il suo caso —, il che costituiva un ostacolo al diritto di stabilimento (punto 48).

31. Dal secondo punto di vista, ha approfondito l'analisi per precisare che la normativa italiana limitava la libera prestazione di servizi sotto tre aspetti: a) quello dell'organismo britannico, che accettava le scommesse provenienti dall'Italia, compito che, ai fini dell'art. 50 CE (punto 52), ha qualificato come «servizi», benché si operasse via Internet (punti 53 e 54); b) quello dei cittadini italiani che effettuavano le giocate, che erano perseguiti penalmente (punti 55-57); e c) quello degli intermediari, anch'essi assoggettati a sanzioni penali (punto 58).

32. Come corollario, ha dichiarato che l'art. 4 della legge n. 401/89 ostacolava i diritti di stabilimento e di libera prestazione di servizi (punto 59) e che si doveva verificare se tali restrizioni potessero essere ammesse a titolo di misure derogatorie espressamente previste agli artt. 45 CE e 46 CE o se potessero essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale (punto 60).

33. In nessuna di queste due deroghe rientra la diminuzione delle entrate fiscali (punto 61) come non vi rientra il finanziamento di attività sociali attraverso un prelievo sugli introiti, che «costituisce solo una conseguenza vantaggiosa accessoria» (punto 62).

34. Le restrizioni devono presentare i requisiti previsti dalla giurisprudenza (punto 64). Dopo averli elencati (punto 65), nella sentenza Gambelli la Corte ha attribuito al giudice nazionale il compito di stabilire se essi siano soddisfatti nel caso controverso [19] e gli ha indicato alcuni parametri (punto 66), richiedendo che:

— le restrizioni siano giustificate da motivi imperativi di interesse generale, quali «la tutela dei consumatori», «la prevenzione della frode», la dissuasione da una «spesa eccessiva collegata al giuoco» o la prevenzione di «turbative all'ordine sociale», purché le misure adottate contribuiscano a «limitare le attività di scommessa in modo coerente e sistematico» (punto 67), per cui, quando uno Stato persegue una politica di forte

19 — In termini analoghi nella sentenza Zenatti, al punto 37, la Corte ha dichiarato che spetta al giudice del rinvio verificare se la normativa nazionale fosse giustificata e se le restrizioni imposte risultassero sproporzionate. L'avvocato generale Alber, nelle conclusioni per la causa Gambelli, conferma che, finora, la valutazione è stata lasciata ai giudici nazionali, però avverte che nello svolgere tale compito essi «hanno avuto evidenti difficoltà» (paragrafo 116).

espansione delle scommesse, per ottenere vantaggi economici, non è legittimato ad «invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di giuoco» (punti 68 e 69) [20];

— devono essere applicabili con le stesse modalità e con gli stessi criteri a tutti gli operatori comunitari (punto 70), configurandosi una violazione del divieto di discriminazione se gli italiani potessero soddisfarli più facilmente (punto 71);

— non eccedano quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito. Deve essere rispettata la proporzionalità nell'applicare sanzioni a coloro che effettuano scommesse (punto 72) e agli intermediari che facilitano la prestazione di servizi per conto di un allibratore stabilito un altro Stato membro (punto 73), così come nella possibilità delle società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri di ottenere concessioni per la gestione dei giochi (punto 74).

20 — Occorre rilevare che, benché la sentenza abbia attribuito al giudice nazionale il compito di valutare se, nella causa principale, fossero soddisfatti i criteri posti dalla giurisprudenza, da questo punto di vista la stessa Corte di giustizia si è presa la libertà di esprimere un'opinione al riguardo.

B — *La risposta della Corte suprema di cassazione*

35. Alcuni mesi dopo la pronuncia della sentenza Gambelli, la Corte suprema di cassazione ha avuto la possibilità di applicare i criteri, stabiliti in tale sentenza, in occasione di un ricorso del Pubblico ministero contro un'ordinanza del Tribunale di Prato del 15 luglio 2003, con la quale, in un procedimento penale a carico del sig. Gesualdi e altri per il reato previsto nell'art. 4, n. 4 bis, della legge n. 401/89, era stato annullato il provvedimento di sequestro dei centri gestiti dagli imputati, ritenendo che la norma menzionata fosse in contrasto con il diritto comunitario [21].

36. La Corte suprema italiana aveva sostenuto, costantemente, che le norme nazionali erano compatibili con il diritto comunitario [22]. La sentenza Gambelli ha comportato che il ricorso, su istanza della terza sezione dinanzi alla quale era pendente, fosse trattato dalle Sezioni unite penali, dando luogo alla

21 — Secondo quanto si deduce dalla sentenza della Corte suprema di cassazione, perché la normativa nazionale non era giustificata: da un lato, non offriva alcuna garanzia di tutela dell'ordine pubblico, dato che, invece di diminuire la possibilità di giochi comportava un incremento delle scommesse e dei soggetti autorizzati a svolgere tale attività; e dall'altro lato, non era nemmeno finalizzata ad aumentare la sicurezza pubblica, poiché era priva degli strumenti per impedire l'infiltrazione di associazioni criminali. Secondo il Tribunale di Prato, solo l'interesse finanziario dello Stato ha determinato queste restrizioni alle libertà comunitarie.

22 — Sentenze della Sezione III n. 124 del 27 marzo 2000, Foglia, rv. 216223; n. 7764 del 4 luglio 2000, Vicentini, rv. 216986; e n. 36206 del 6 ottobre de 2001, Pugliese, rv. 220112.

sentenza 26 aprile 2004 n. 111/04 (in prosieguo: la «sentenza Gesualdi») [23].

37. La sentenza Gesualdi non si è allontanata dalle considerazioni svolte nella sentenza Gambelli, inserendole in una giurisprudenza uniforme (punto 11.1), anche se ha evidenziato due novità: quella che contempla le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi nell'ambito dei giochi d'azzardo; e quella che ammette esplicitamente che l'art. 4 della legge n. 401/89 le restringe (punto 11.2.3).

38. Successivamente, prendendo come punto di partenza il fatto che il legislatore italiano persegue, da diversi anni, una politica espansiva nel settore, al fine di aumentare le entrate dello Stato, ha accertato che tale atteggiamento si conformava ai motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza che giustificano gli ostacoli alle libertà comunitarie, poiché le disposizioni in materia di gioco non si propongono di contenere la domanda e l'offerta, ma di canalizzarle in circuiti controllabili al fine di evitare che siano commessi reati (punto 11.2.3).

39. In tale contesto, ha utilizzato l'argomento secondo cui l'allibratore britannico era già soggetto al controllo di uno Stato membro, dato che l'autorizzazione rilasciata da questo paese aveva una connotazione territoriale e l'uso di un regime di concessioni nelle scommesse non era stato discusso sul piano comunitario (punto 11.2.4).

40. Ha anche evidenziato che il sistema italiano si basa su due pilastri: la concessione e l'autorizzazione. I motivi di interesse generale che giustificherebbero le restrizioni ai fini della concessione sono apparenti, almeno in parte. Però, quelli relativi all'autorizzazione risultano dal concorso di condizioni soggettive orientate ad un controllo preventivo e ad una vigilanza continuativa per combattere le implicazioni criminali, quali le frodi, il riciclaggio del denaro sporco o l'usura (punto 11.2.5).

41. Al momento di valutare l'adeguatezza e la proporzionalità delle misure restrittive, la sentenza Gesualdi ha operato una distinzione tra le licenze e le sanzioni penali, non spettando ai giudici decidere sulla fondatezza o sulla congruità di queste ultime (punto 12).

23 — È stata riportata come allegato 6 alle osservazioni del sig. Placanica e può essere consultata in http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104/

42. Allo stesso modo ha negato il carattere discriminatorio delle norme nazionali, in quanto quelle che garantiscono la trasparenza dell'azionariato dei concessionari colpiscono sia gli italiani che gli stranieri. Inoltre, dal 1° gennaio 2004 tutte le società di capitali possono partecipare alle gare, essendo stati soppressi gli inconvenienti esistenti in tale ambito (punto 13).

43. Per concludere ha ritenuto non pertinente quanto fatto valere circa il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di cui all'art. 47 CE (punto 14).

44. Sulla base di quanto sopra esposto, ha dichiarato che l'art. 4 della legge n. 401/89 e, in particolare il n. 4 bis di tale disposizione in relazione con l'art. 88 del TULPS non è incompatibile con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (punto 15) [24].

IV — I fatti delle cause principali

45. La somiglianza dei fatti delle cause Zenatti e Gambelli con quelli delle cause alla base delle questioni pregiudiziali in esame facilita la descrizione del contesto di fatto, riducendolo ad alcune indicazioni sommarie.

46. I «Centri trasmissione dati» operano in locali aperti al pubblico, offrendo diversi strumenti telematici per accedere ai server di società di scommesse stabilite in altri Stati membri. In questi locali l'interessato invia le sue scommesse, riceve l'accettazione, paga e, se vince, riscuote il premio.

47. Queste imprese sono gestite da operatori indipendenti, che si limitano a facilitare le scommesse, facendo da intermediari tra i singoli e gli allibratori, con i quali sono vincolati contrattualmente [25].

24 — Nella stessa linea si è pronunciato il Consiglio di Stato in decisioni del 1° marzo 2005 (N. 5203/2005, appello NRG. 4587 del 2004) e 14 giugno 2005 (N. 5898/2005, appello NRG. 2715 del 1998).

25 — Secondo il Tribunale di Teramo, l'imputato «riceveva nella sua agenzia elenchi di eventi e relative quotazioni della società gestrice inglese, rendendoli pubblici, accettando le scommesse proposte dai privati e trasmettendo i relativi dati presso la detta società».

48. I sigg. Placanica, Palazzese e Sorrichio gestiscono alcuni esercizi di questo tipo per conto della Stanley International Betting Ltd., con sede a Liverpool; quest'impresa, per esercitare l'attività nel Regno Unito e all'estero, dispone di una licenza rilasciata dalle autorità di tale città [26], essendo priva di una autorizzazione italiana, che sarebbe servita per svolgere la sua attività per sei anni prorogabili per altri sei, e che aveva cercato di ottenere nel bando di gara indetto in tale paese nel 1999, dal quale era stata esclusa trattandosi di una società di capitali quotata in borsa.

V — Le questioni pregiudiziali e il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

49. Il Pubblico ministero ha avviato dinanzi al Tribunale di Larino un procedimento penale a carico del sig. Placanica, contestandogli il reato di cui all'art. 4, n. 4 bis, della legge n. 401/89, in quanto, in qualità di amministratore unico della società Neo Service Srl., raccoglieva per via telematica scommesse su eventi sportivi e non sportivi, senza una licenza, per conto della Stanley Internacional Betting Ltd.

50. Qualcosa di simile è avvenuto nel Tribunale di Teramo contro i sigg. Palazzese e Sorricchio, i quali gestivano anch'essi scommesse per conto della società inglese, benché prima di iniziare l'attività avessero presentato alla Questura di Atri una domanda con cui chiedevano le autorizzazioni, senza ricevere risposta.

51. Il Tribunale di Larino ha sospeso il procedimento dinanzi ad esso pendente, in quanto nutre dubbi sul fatto che il sistema di concessioni sia giustificato per canalizzare le attività di gioco d'azzardo in circuiti controllabili. Nell'ordinanza 8 luglio 2004, che ha dato luogo alla causa C-338/04, sottopone alla Corte di giustizia le seguenti questioni:

«Valuti la Corte adita la conformità della norma di cui all'art. 4, comma 4 bis, della legge n. 401/89 con i principi espressi dagli artt. 43 e segg. e 49 del Trattato CE, in materia di stabilimento e di libertà di prestazione dei servizi transfrontalieri, anche alla luce del contrasto interpretativo emerso nelle decisioni della Corte di giustizia europea (in particolare nella sentenza Gambelli e altri) rispetto alla decisione della Corte

26 — Nei paragrafi 10 e 11 delle conclusioni dell'avvocato generale Alber e nei punti 12-14 della sentenza Gambelli sono esposte dettagliatamente le caratteristiche della menzionata società e il suo modo di operare nel mercato italiano.

suprema di cassazione a Sezioni Unite n. 23271/04; in particolare, si chiarisca l'applicabilità della normativa sanzionatoria riportata nell'imputazione e contestata a Placanica Massimiliano nello Stato italiano».

52. Il Tribunale di Teramo, in due ordinanze di contenuto analogo, in data 23 luglio 2004, che hanno dato origine alle cause C-359/04 e C-360/04, ha anch'esso sospeso il procedimento e, dal punto di vista delle condizioni per partecipare alle gare di aggiudicazione delle concessioni, sottopone alla Corte la seguente questione:

«Se [gli artt. 43, primo comma, CE e 49, primo comma, CE] possano essere interpretat[i] nel senso che sia possibile agli Stati membri derogare temporaneamente (per un tempo pari a 6 12 anni) al regime di libertà di stabilimento e di libertà della prestazione di servizi nell'ambito dell'Unione Europea, legiferando nel seguente modo, senza determinare un "vulnus" dei richiamati principi comunitari:

1) attribuendo ad alcuni soggetti concessioni per lo svolgimento di determinate attività di prestazione di servizi, valide per 6/12 anni, sulla base di un regime normativo che aveva portato ad escludere dalla gara di attribuzione talune tipologie di concorrenti (non italiani);

2) modificando quel regime giuridico, avendo preso atto successivamente della non conformità di esso ai principi di cui agli artt. 43 [CE] e 49 [CE], nel senso di consentire nel futuro la partecipazione anche a quei soggetti che erano stati esclusi;

3) non procedendo alla revoca delle concessioni rilasciate sulla base del precedente regime normativo, come detto, ritenuto lesivo dei principi della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi e all'indizione di una nuova gara in applicazione della nuova normativa, ora rispettosa di detti principi;

4) continuando per contro a perseguire chiunque operi in collegamento con quei soggetti che, abilitati a tale attività nello Stato membro di origine, erano stati esclusi dalla gara proprio a causa di quelle preclusioni contenute nelle precedenti previsioni normative, in seguito rimosse».

53. Il presidente della Corte di giustizia, con ordinanza 14 ottobre 2004, ha disposto la riunione dei procedimenti C-359/04 e C-360/04 e, con ordinanza 27 gennaio 2006, quella del procedimento C-338/04 ai precedenti [27].

54. Nel procedimento C-338/04 hanno depositato osservazioni scritte dinanzi alla Corte di giustizia, entro il termine stabilito dall'art. 23 dello Statuto, il sig. Placanica, i governi belga, tedesco, spagnolo, francese, italiano, austriaco, portoghese e finlandese, nonché la Commissione; nei procedimenti C-359/04 e C-360/04 lo hanno fatto il sig. Palazzese, il sig. Sorricchio, i governi spagnolo, italiano, austriaco e portoghese, nonché la Commissione.

55. All'udienza, svoltasi il 7 marzo 2006, hanno presentato osservazioni orali i rappresentanti dei sigg. Placanica, Palazzese e Sorrichio, dei governi belga, spagnolo, francese, italiano, portoghese nonché della Commissione.

56. Occorre anche rilevare che dinanzi alla Corte di giustizia pende la causa C-260/04, avviata con un ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione contro la Repubblica italiana, nella quale si discute sul sistema di concessione dei servizi di raccolta e di accettazione delle scommesse ippiche [28].

VI — La ricevibilità delle questioni pregiudiziali

A — *Senso delle questioni pregiudiziali*

57. I due giudici del rinvio hanno in comune lo stesso punto di partenza, un procedimento penale avviato per intermediazione nelle scommesse senza concessione e autorizzazione, e di arrivo, le osservazioni sulla compatibilità delle norme nazionali con le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, ma seguono percorsi diversi.

58. Il Tribunale di Larino non condivide l'applicazione della giurisprudenza Gambelli da parte della Corte suprema di cassazione,

27 — In attesa della decisione nella presente causa sono pendenti altri rinvii analoghi effettuati anch'essi da giudici italiani (cause C-395/05, D'Antonio e a., C-397/05, Di Maggio e Buccola, C-466/05, Damonte).

28 — GU 2004, C 217, pag. 14.

poiché non sembra convinto del fatto che la normativa statale miri al controllo dell'ordine pubblico né del fatto che evita di operare discriminazioni a danno di operatori di altri Stati membri.

59. Il Tribunale di Teramo pone l'accento sul fatto determinante che l'allibratore per conto del quale operavano gli imputati non potrà ottenere una licenza finché non scadranno quelle concesse nel 1999. Se questo lasso di tempo comporta una «deroga temporanea» alle libertà fondamentali comunitarie, dubita della sua validità giuridica.

60. Questi chiarimenti aiutano ad esaminare le difficoltà che sono state sollevate relativamente agli aspetti non sostanziali dei rinvii.

B — *Impostazione*

61. I governi che hanno presentato osservazioni nella causa C-338/04, ad eccezione del governo belga, ritengono irricevibile la questione pregiudiziale, anche se per diversi motivi. I rappresentanti dei governi portoghese e finlandese, poiché ritengono che non contenga gli elementi sufficienti per fornire una soluzione; i rappresentanti dei governi tedesco, spagnolo, francese e italiano, poiché, a loro parere, verte sull'interpretazione del diritto nazionale e non del diritto comunitario; il rappresentante del governo austriaco, poiché ritiene che coincida con quella trattata nella sentenza Gambelli, proponendo che si emetta un'ordinanza ai sensi dell'art. 104, n. 3, del regolamento di procedura, suggerimento che, in subordine, condividono i governi tedesco, italiano e finlandese.

62. Nelle cause C-359/04 e C-360/04, i governi spagnolo e italiano ribadiscono quanto affermato nell'altra causa per far valere l'irricevibilità, facendo riferimento il governo italiano, in subordine, alla menzionata via dell'ordinanza ai sensi dell'art. 104, n. 3, del regolamento di procedura.

63. In tale contesto occorre esaminare se la Corte di giustizia debba dichiarare ricevibili le domande di pronuncia pregiudiziale.

C — *I motivi di irricevibilità fatti valere*

1. La correttezza formale dell'ordinanza con cui sono state sottoposte le questioni pregiudiziali

64. La Corte di giustizia ha sostenuto ripetutamente che è tenuta a risolvere le questioni pregiudiziali, salvo qualora l'interpretazione o il giudizio sulla validità di una norma comunitaria chiesti non abbiano alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, oppure qualora il problema sia di natura ipotetica o la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile [29].

65. Occorre ricordare che, per facilitare un'interpretazione efficace, il giudice nazionale deve definire l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o, almeno, deve spiegare le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono basate [30], indicando le ragioni che lo hanno indotto a promuovere la cooperazione pregiudiziale e fornendo un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle norme comunitarie di cui chiede l'interpretazione e sul nesso di tali norme con la normativa nazionale [31].

66. Questi requisiti mirano a far sì che la Corte di giustizia fornisca una soluzione utile [32] e i governi degli Stati membri nonché le altre parti interessate presentino osservazioni ai sensi dell'art. 23 dello Statuto [33].

67. Nel presente procedimento, le ordinanze di rinvio soddisfano sufficientemente i requisiti indicati, poiché analizzano in fatto e in diritto l'origine della questione. Anche se non sono state riportate le norme italiane di riferimento, tuttavia tale carenza viene superata facilmente, facendo ricorso alla sentenza Gambelli. Inoltre, le ordinanze di rinvio mettono in rilievo il punto centrale del

29 — Sentenze 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman (Racc. pag. I-4921, punti 59-61); 5 giugno 1997, causa C-105/94, Celestini (Racc. pag. I-2971, punto 22); 7 settembre 1999, causa C-355/97, Beck e Bergdorf (Racc. pag. I-4977, punto 22); 13 luglio 2000, causa C-36/99, Idéal tourisme (Racc. pag. I-6049, punto 20); 19 febbraio 2002, causa C-35/99, Arduino (Racc. pag. I-1529, punti 24 e 25); 22 maggio 2003, causa C-18/01, Korhonen e a. (Racc. pag. I-5321, punti 19 e 20); 9 settembre 2003, causa C-137/00, Milk Marque y National Farmers'Union (Racc. pag. I-7975, punto 37); 25 marzo 2004, cause riunite da C-480/00 a C-482/00, C-484/00, da C-489/00 a C-491/00 e da C-497/00 a C-499/00, Azienda Agricola Ettore Ribaldi e a. (Racc. pag. I-2943, punto 72); 10 novembre 2005, causa C-316/04, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (Racc. I-9759, punti 29 e 30).

30 — Ordinanza 8 ottobre 2002, causa C-190/02, Viacom (Racc. pag. I-8287, punto 15); e sentenze 17 febbraio 2005, causa C-134/03, Viacom Outdoor (Racc. pag. I-1167, punto 22); 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller (Racc. pag. I-2529, punto 29); e 6 dicembre 2005, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, ABNA e a. (Racc. pag. I-10423, punto 45).

31 — Ordinanza Viacom, cit., punto 16; sentenze 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia (Racc. pag. 3045, punto 17); 12 giugno 1986, cause riunite 98/85, 162/85 y 258/85, Bertini e a. (Racc. pag. 1885, punto 6); 17 maggio 1994, causa C-18/93, Corsica Ferries (Racc. pag. I-1783, punto 14); 8 giugno 2000, causa C-258/98, Carra e a. (Racc. pag. I-4217, punto 19); e 21 gennaio 2003, causa C-318/00, Bacardi-Martini e Cellier des Dauphins (Racc. pag. I-905, punto 43).

32 — Sentenza 26 gennaio 1993, cause riunite da C-320/90 a C-322/90, Telemarsicabruzzo e a. (Racc. pag. I-393, punto 6).

33 — Ordinanze 30 aprile 1998, cause riunite C-128/97 e C-137/97, Testa e Modesti (Racc. pag. I-2181, punto 6); 2 marzo 1999, causa C-422/98, Colonia Versicherung e a. (Racc. pag. I-1279, punto 5); 11 maggio 1999, causa C-325/98, Anssens (Racc. pag. I-2969, punto 8); 28 giugno 2000, causa C-116/00, Laguillaumie (Racc. pag. I-4979, punto 15); e 8 ottobre 2002, Viacom, cit., punto 14; sentenze 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany (Racc. pag. I-5751, punto 40); 11 settembre 2003, causa C-207/01, Altair Chimica (Racc. pag. I-8875, punto 25), e 12 aprile 2005, Keller, cit., punto 30.

problema, costituito dalla divergenza tra questa sentenza della Corte di giustizia e quanto argomentato dalla Corte suprema di cassazione, esponendo in tal modo la misura in cui l'interpretazione richiesta è necessaria per la causa pendente.

69. Non credo che le questioni sottoposte alla Corte debbano essere dichiarate irricevibili, benché la formulazione dell'ordinanza del Tribunale di Larino conforti la tesi degli Stati sopra indicati.

2. L'applicazione delle norme nazionali

68. Secondo una giurisprudenza constante, nell'ambito della ripartizione delle funzioni tra la Corte di giustizia ed i giudici degli Stati membri, spetta a questi ultimi interpretare il diritto nazionale e statuire sulla sua applicazione, valutando la sua portata e la sua compatibilità con l'ordinamento comunitario [34], salvo il caso in cui il legislatore nazionale, per disciplinare materie puramente statali, rinvia alle disposizioni comunitarie [35].

70. In effetti, una semplice modifica dell'ordine delle parole utilizzate riformula la questione dal punto di vista comunitario, di modo che non si tratta di valutare se l'art. 4, n. 4 bis, della legge n. 401/89 sia compatibile con gli artt. 43 CE e 49 CE — contenuto letterale dell'ordinanza —, bensì di esaminare il significato di queste norme del Trattato al fine di collegarle con le disposizioni nazionali e con le situazioni da cui deriva la causa, anche se il problema, che sarà esaminato più avanti, deriva in realtà dalla discrepanza esistente tra qualche giudice italiano e la Corte suprema di cassazione.

71. A sua volta, il Tribunale di Teramo fa riferimento alla modifica apportata al sistema nazionale vigente per l'aggiudicazione delle concessioni di gestione delle scommesse, affinché qualunque società di capitali partecipi alle gare future, quando saranno scadute le licenze concesse in seguito alle gare alle quali tali soggetti non erano stati ammessi a partecipare. Questi aspetti sembrano collegati alle libertà comunitarie e non sono stati affrontati nella sentenza Gambelli.

34 — Sentenze 13 marzo 1986, causa 296/84, Sinatra (Racc. pag. 1047, punto 11); 21 gennaio 1993, causa C-188/91, Deutsche Shell (Racc. pag. I-363. punto 27); 7 dicembre 1995, causa C-45/94, Ayuntamiento de Ceuta (Racc. pag. I-4385, punto 26); 26 settembre 1996, causa C-341/94, Allain (Racc. pag. I-4631, punto 11); 24 ottobre 1996, causa C-435/93, Dietz (Racc. pag. I-5223, punto 39); 30 aprile 1998, causa C-136/95, Thibault (Racc. pag. I-2011, punto 21); 19 gennaio 2006, causa C-265/04, Bouanich (Racc. pag. I-923, punto 51).

35 — Sentenze 26 settembre 1985, causa 166/84, Thomasdünger (Racc. pag. 3001); 8 novembre 1990, causa C-231/89, Gmurzynska-Bscher (Racc. pag. I-4003); 24 gennaio 1991, causa C-384/89, Tomatis e Fulchiron (Racc. pag. I-127); 28 marzo 1995, causa C-346/93, Kleinwort Benson (Racc. pag. I-615); 17 luglio 1997, causa C-28/95, Leur-Bloem (Racc. pag. I-4161); nonché 17 marzo 2005, causa C-170/03, Feron (Racc. pag. I-2299). Bartoloni, M.E., «La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale "modellato" sulla normativa comunitaria», *Il diritto dell'Unione europea,* anno VI, nn. 2-3, 2001, pagg. 311-349.

72. Inoltre, spetta al giudice comunitario fornire tutti gli elementi di interpretazione circa le norme europee che facilitino la valutazione da parte del giudice nazionale della causa dinanzi ad esso pendente [36].

3. La pronuncia sulla questione pregiudiziale mediante un'ordinanza

73. L'art. 104, n. 3, del regolamento di procedura, consente, in un'ottica di economia processuale, di pronunciare un'ordinanza motivata, qualora una questione pregiudiziale sia identica ad un'altra già risolta, qualora la soluzione si desuma chiaramente dalla giurisprudenza o qualora la soluzione della questione non dia adito a dubbi ragionevoli.

74. Questo meccanismo viene utilizzato con cautela dalla Corte di giustizia [37], poiché comporta la soppressione di alcune formalità che limita le possibilità di difesa. Per tale motivo, di fronte ad una qualsiasi obiezione circa la sussistenza dei presupposti indicati, viene esclusa la sua applicazione.

75. In queste conclusioni ho fatto rilevare certe analogie con la causa Gambelli, però la loro constatazione non è sufficiente per giustificare un'ordinanza che chiuda il procedimento pregiudiziale ripetendo affermazioni precedenti. I giudici nazionali non chiedono qualcosa che già conoscono; intendono ottenere precisazioni sulla sentenza Gambelli la quale, non si dimentichi, ha continuato sulla scia della sentenza Zenatti. I problemi a cui devono far fronte i giudici italiani continueranno a sussistere se la Corte di giustizia si limiterà a far presente la sua giurisprudenza [38].

D — *La competenza della Corte di giustizia*

76. A mio parere, il vero problema sta nel determinare se la Corte di giustizia sia

36 — Sentenza 30 aprile 1998, cause riunite C-37/96 e C-38/96, Sodiprem e a. (Racc. pag. I-2039, punto 22), e 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a. (Racc. pag. I-5409, punto 48).

37 — Esempi dell'uso dell'art. 104, n. 3, del regolamento di procedura sono le ordinanze 26 maggio 2005, causa C-297/03, Sozialhilfeverband Rohrbach (Racc. pag. I-4305) e 13 dicembre 2005, causa C-177/05, Guerrero Pecino (Racc. pag. I-10887), basate sul fatto che la soluzione si desume chiaramente dai precedenti; e si riscontrano nelle ordinanze 14 luglio 2005, causa C-52/04, Personalrat der Feuerwehr Hamburg (Racc. pag. I-7111) e 1° dicembre 2005, causa C-447/04, Ostermann (Racc. pag. I-10407) sulla base dell'inesistenza di dubbi ragionevoli. Altra situazione prevista nella norma — l'identità tra le questioni — si verifica raramente, come nell'ordinanza 7 luglio 1998, cause riunite da C-405/96 a C-408/96, Beton Express e a. (Racc. pag. I-4253).

38 — Nella sesta parte delle osservazioni dei sigg. Placanica e Palazzese e nella seconda parte, capitolo nono, di quelle del sig. Sorricchio sono illustrate le divergenze interpretative dei giudici nazionali. Nella nota 27 menziono altri rinvii pregiudiziali analoghi, effettuati anch'essi da giudici italiani, i quali sono in attesa della soluzione del procedimento in esame.

competente a risolvere le questioni pregiudiziali, allorché esse si basano sul disaccordo dei giudici di grado inferiore rispetto allo sviluppo operato dalla Corte suprema di cassazione dei criteri della sentenza Gambelli [39]. In altre parole, occorre chiarire se tra le attribuzioni della Corte di giustizia figuri quella di dirimere i dissensi tra gli organi giudiziari nazionali, quando interpretano le norme comunitarie al fine di verificare la loro compatibilità con quelle nazionali, allorché ha già delineato i parametri che devono disciplinare tali aspetti.

77. Vi sono vari argomenti a favore di una soluzione negativa di tale problema: in primo luogo, nell'ambito del rinvio, l'interpretazione della norma statale spetta ai giudici del paese membro, meglio collocati per tale operazione, avendo sempre di mira il procedimento pendente, nel rispetto delle regole interpretative fornite dalla Corte di giustizia.

78. Conformemente a questa idea, la sentenza Gambelli ha affidato esplicitamente ai giudici italiani il compito di valutare se le disposizioni del proprio diritto rispettino le libertà comunitarie [40].

79. In secondo luogo, se i giudici pervengono a risultati diversi o contraddittori, spetta al loro ordinamento giuridico porre in essere gli strumenti per uniformare le opinioni. In tal senso, la pronuncia di un giudice di ultimo grado vincola i giudici di grado inferiore, ai quali dovrebbe essere vietato far ricorso, per saltum, alla giustizia europea, poiché il Trattato non prevede alcun ricorso diretto contro le decisioni degli organi giurisdizionali nazionali, anche se statuiscono in ultimo grado applicando erroneamente il diritto dell'Unione [41].

80. Tuttavia, nonostante la sua relativa semplicità, la soluzione indicata solleva rilevanti obiezioni.

81. Da un lato, quando la Corte di giustizia affida ai giudici degli Stati membri il compito di valutare le norme nazionali in relazione a quelle comunitarie, non rinuncia alle sue attribuzioni in questo campo [42], ma mette in pratica i principi che ispirano il dialogo

39 — Il Tribunale di Teramo ha sottolineato maggiormente questo disaccordo, introducendo, come ho già evidenziato, aspetti nuovi. La controversia è stata rilevata dalla dottrina; Botella, A.S., «La responsabilité du juge national», *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 2, 2004, pag. 307, menziona gli eventuali dissensi tra ordini giurisdizionali diversi o tra giudici della stessa giurisdizione citando un esempio francese.

40 — Punti 66, 71, 73 e 75, specialmente.

41 — L'avvocato generale Léger, nelle conclusioni nella causa che ha dato luogo alla sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler (Racc. pag. I-10239), ricorda che, nel 1975, nelle sue proposte sull'Unione europea, la Corte di giustizia ha suggerito che il Trattato prevedesse una garanzia adeguata per la tutela dei diritti dei singoli in caso di violazione dell'art. 234 CE da parte dei giudici di ultimo grado (nota 126).

42 — Ossenbühl, F., «Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland — Verfassungs- und europarechtliche Fragen», *Deutsches Verwaltungsblatt*, luglio, 2003, pag. 892, sostiene che, benché i giudici nazionali possano controllare la veridicità dei motivi addotti dagli Stati membri per giustificare le restrizioni nazionali e l'osservanza del principio di proporzionalità, la Corte di giustizia non ha completamente rinunciato a questo controllo, ritenendo erronea la supposizione che abbia delegato tale competenza.

pregiudiziale, riconoscendo i vantaggi della prossimità alla controversia, conservando però la decisione definitiva in tale materia. Così ha ammesso nuove questioni, se il giudice nazionale si trova di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza della Corte di giustizia, se sottopone a quest'ultima una nuova questione giuridica o se le sottopone nuovi dati di valutazione tali da indurre la Corte a risolvere altrimenti una questione che era già stata sollevata [43].

82. Gli stessi principi valgono quando le difficoltà provengono da una sentenza di un giudice nazionale di ultimo grado che applica i criteri della Corte di giustizia.

83. Se si impedisse ai giudici italiani di rivolgersi alla Corte di giustizia in casi come quelli di cui trattasi, le anomalie si correggerebbero solo mediante un ricorso per inadempimento, analogamente a quanto successo nella sentenza 9 dicembre 2003, Commissione/Italia [44].

84. L'uso di questa via causa alcuni problemi: 1) lascia in mano a chi è legittimato ad agire la valutazione dell'infrazione [45] e del momento in cui denunciarla dinanzi alla Corte di giustizia, allorquando i giudici nazionali si trovano in una situazione idonea per effettuare entrambe le operazioni; 2) comporta che, nella fase precontenziosa del procedimento relativo al ricorso per inadempimento, in seguito alle ingiunzioni della Commissione, i poteri legislativo ed esecutivo dello Stato membro condizionano il potere giudiziario, con il rischio di menomare la sua indipendenza; e 3) fa riflettere sul contenuto e sulle conseguenze della dichiarazione di inadempimento, poiché la menzionata sentenza Commissione/Italia è stata motivata, in parte, con la presenza nell'ordinamento giuridico nazionale di una norma che ammetteva un'interpretazione contraria allo spirito comunitario.

85. Non bisogna nemmeno dimenticare i singoli, che possono sollecitare un rinvio pregiudiziale, benché la decisione spetti al giudice dinanzi al quale pende la controversia [46]. Se sapessero in anticipo che il rinvio è

43 — Ordinanza 5 marzo 1986, causa 69/85, Wünsche (Racc. pag. 947, punto 15); sentenze 11 giugno 1987, causa 14/86, Pretore di Salò (Racc. pag. 2545, punto 12); e 6 marzo 2003, causa C-466/00, Kaba II (Racc. pag. I-2219, punto 39), in cui l'Immigration Adjudicator ha sollevato una questione identica a quella che era stata risolta con la sentenza 11 aprile 2000, causa C-356/98, Kaba I (Racc. pag. I-2623), della quale non condivideva alcune valutazioni.

44 — Causa C-129/00, Racc. pag. I-14637.

45 — La Commissione si è mostrata riluttante a presentare ricorso contro gli Stati per inadempimenti imputabili ai loro organi giudiziari, Cobreros Mendazona, E., «La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 10, 2004, in particolare pagg. 291-299; sui precedente, Ortúzar Andéchaga, L., *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Trivium, Madrid, 1992, pagg. 184 e 185.

46 — Fermo restando che, in caso di necessità, la Corte di giustizia, per accertare la propria competenza, esamina le circostanze in cui il giudice nazionale effettua il rinvio (sentenze 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, Racc. pag. 3045, punti 21 e 27; 26 settembre 2000, causa C-322/98, Kachelmann, Racc. pag. I-7505, punto 17; 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra, Racc. pag. I-2099, punto 39; 17 maggio 2001, causa C-340/99, TNT Traco, Racc. pag. I-4109, punto 31; e 16 dicembre 2004, causa C-293/03, My, Racc. pag. I-12013, punto 25).

irricevibile, rimarrebbe loro solo la via della responsabilità patrimoniale, asserita nella menzionata sentenza Köbler [47].

86. L'uso di questo meccanismo risulta anch'esso insoddisfacente, poiché, essendo configurato per salvaguardare il diritto comunitario in casi di particolare gravità [48], viene assoggettato ad alcuni requisiti molto rigorosi [49], come quello secondo cui la violazione deve avere un «carattere manifesto», e non cessa di costituire un rimedio complicato, che, frequentemente, sfocia in una questione pregiudiziale somigliante a quella che si cerca di impedire.

87. Bisogna tener conto di un altro argomento più importante. La funzione primaria della Corte di giustizia consiste nel garantire con carattere esclusivo l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme europee. Il rinvio pregiudiziale mira, secondo la sentenza 24 maggio 1977, Hoffmann-La Roche, ad «impedire che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie» [50]. Un mezzo diretto per conseguire ciò può essere quello di mediare nella disputa giuridica tra gli organi giudiziari di un paese con riferimento all'interpretazione dell'ordinamento dell'Unione effettuata da un giudice di grado superiore.

88. In questa linea di pensiero, nella sentenza 16 gennaio 1974, Rheimühlen-Dusseldorf [51], la Corte ha ammesso che la questione pregiudiziale svolge la funzione essenziale di garantire che il diritto istituito dal Trattato abbia la stessa efficacia in tutto il territorio della Comunità; ha aggiunto che intende anche assicurare l'applicazione uniforme, «offrendo al giudice nazionale il mezzo per sormontare le difficoltà che possono insorgere dall'imperativo di conferire al diritto comunitario piena efficacia nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati membri» (punto 2), con una discrezionalità molto ampia per sottoporre la questione alla Corte di giustizia (punto 3), di modo che «il giudice

47 — Martín Rodríguez, P., «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 19, 2004, pag. 859, mette in evidenza le difficoltà incontrate per addebitare l'inadempimento comunitario in tale causa, poiché si sarebbe potuto imputarlo vuoi al potere legislativo, che aveva adottato la norma che introduceva il supplemento discriminatorio, vuoi al potere esecutivo, in quanto l'amministrazione austriaca avrebbe dovuto concedere priorità alle disposizioni europee, vuoi, come si è fatto, al potere giudiziario, a cui si rimproverava di non tutelare effettivamente i diritti conferiti al cittadino dall'ordinamento comunitario.

48 — Simon, D., «The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law», in O'Keeffe, ed., *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, La Haya, 2000, pagg. 275 e segg.

49 — La sentenza Köbler qualifica questi casi come «eccezionali» (punto 53).

50 — Causa 107/76, Racc. pag. 957, punto 5.

51 — Causa 166/73, Racc. pag. 33. Ha avuto la sua origine in alcune domande di restituzioni all'esportazione respinte dall'ente di intervento tedesco per i cereali ed il foraggio e confermate in via giudiziale dallo Hessisches Finanzgericht (giudice del contenzioso tributario dell'Assia). In sede di appello, il Bundesfinanzhof (tribunale federale di ultimo grado in materia fiscale) ha sollevato alcune questioni pregiudiziali; dopo che queste sono state risolte (sentenza 27 ottobre 1971, causa 6/71, Rheinmühlen Düsseldorf, Racc. pag. 823), ha in parte accolto il ricorso rimettendo gli atti al giudice di primo grado affinché si pronunciasse di nuovo, ma, prima di farlo, il Finanzgericht dell'Assia ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni con un'ordinanza che è stata impugnata dinanzi al Bundesfinanzhof il quale, a sua volta, ha di nuovo interpellato la Corte di giustizia, dando luogo alla sentenza che commento — le questioni del Finanzgericht dell'Assia sono state risolte con la sentenza 12 febbraio 1974, causa 146/73, Rheinmühlen Düsseldorf, Racc. pag. 139.

che non si pronuncia in ultimo grado, qualora ritenga che il vincolo a rispettare le valutazioni contenute nella sentenza di rinvio del Tribunale superiore possa risolversi in pratica in una sentenza incompatibile con il diritto comunitario deve rimanere libero di interpellare la Corte di giustizia sui punti che gli paiono nebulosi» giacché, se fosse vincolato, senza sottoporre la questione, la competenza della Corte di giustizia e l'applicazione del diritto comunitario in ogni grado di giudizio dinanzi alle magistrature nazionali «ne verrebbero pregiudicate», salvo se le questioni «[fossero] materialmente identiche» a quelle formulate dal giudice di ultimo grado (punto 4) [52].

89. Senza dubbio, la proposta genera inconvenienti, come la proliferazione del numero di questioni pregiudiziali o l'apparente rottura della gerarchia dell'organizzazione giudiziaria nello Stato. Il primo svantaggio è privo di rilevanza, poiché il carico di lavoro non deve condizionare l'opzione giuridica adeguata [53]. Il secondo svantaggio ignora la funzione della Corte di giustizia quale supremo interprete dell'ordinamento europeo, vertice essenziale per l'esistenza di una vera comunità di diritto. In ogni caso, gli inconvenienti sarebbero minori che se si adottasse qualsiasi altra alternativa.

90. Non mi sfugge nemmeno che, di fronte alle indeterminatezze del progetto del potere giudiziario nell'Unione, una certa confusione è causata dalla stessa Corte di giustizia, poiché non è facile raggiungere in ogni situazione il grado di precisione conveniente, tenendo conto che in diritto è decisivo scegliere bene i limiti.

VII — Esame delle questioni pregiudiziali

91. Se la Corte di giustizia dichiara ricevibili le questioni pregiudiziali del Tribunale di Larino e del Tribunale di Teramo, si impone una riflessione sul diritto, il gioco e le scommesse.

A — *Il diritto, il gioco e le scommesse*

92. Attualmente, dall'idea di «diritto» nulla si allontana maggiormente dell'idea di

52 — La Corte di giustizia ha dichiarato che «se il diritto interno contempla una norma che vincola i giudici al rispetto delle valutazioni giuridiche emananti da un Tribunale di grado superiore, ciò non implica che debba venir meno per questo fatto la facoltà di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, conferita dall'art. [234 CE]».

53 — Benché la scelta si presti a discussione, può darsi che una modifica normativa attribuisca solo ai giudici di ultimo grado la possibilità di porre le questioni pregiudiziali, analogamente a quanto avviene in alcuni ambiti (art. 68 CE).

«azzardo», poiché non deriva dalla volontà dell'uomo né da convinzioni generali; nemmeno opera intenzionatamente, ma in maniera capricciosa e arbitraria [54]. Però in altre epoche vi è stata un'accentuata interdipendenza di entrambe le nozioni, poiché, per conservare la pace sociale, le decisioni giudiziarie richiedevano l'osservanza e a colui che le emanava veniva concesso un potere «magico» o «sacerdotale» [55].

93. Le ordalie o giudizi di Dio, di antichissima origine [56], dimostrano questa simbiosi, subordinando la decisione ad un evento casuale. Più tardi, si tende a basare la decisione su criteri razionali, fino agli ordinamenti giuridici moderni, che hanno escluso questi capricci del destino, salvo in alcuni casi [57].

94. Vi sono altri aspetti nei quali si scorge questo paradossale collegamento, come le obbligazioni naturali, di cui la scommessa rappresenta un buon esempio, i negozi condizionali, quando l'evento futuro e incerto dipende dal caso, il caso fortuito o, attualmente in esame, i contratti aleatori.

95. Il gioco, come attività ludica, è sopravvissuto in tutte le collettività nel corso della storia, distinguendosi al riguardo quattro livelli di diversa proiezione giuridica. Nel primo si trova la manifestazione più spontanea ed elementare, puro svago e divertimento [58]. Nel secondo sorge la competizione, che attribuisce al vincitore, unitamente al piacere di competere con altri, autostima e considerazione sociale. Nel terzo non basta lo svago o l'esibizione dell'abilità, vi è un interesse monetario [59]. Nel quarto si collocano le scommesse che, oltre a mettere a

54 — Rivas Torralba, R.A., *Juegos de azar*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 1996, pag. 11.

55 — Díez Picazzo, L., *Experiencia jurídica y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pagg. 18 e 21.

56 — Il codice di Hammurabi, in pieno apogeo dell'impero babilonese durante il secolo XVIII a.C., ricorre con frequenza all'ordalia dell'acqua: l'accusato veniva gettato nel fiume e, se sopravviveva, veniva dichiarato innocente.

57 — Abitualmente si usa il «sorteggio» per scegliere i membri di una giuria o per nominare periti giudiziari. A volte si impongono soluzioni estreme, come nel caso U.S. *versus* William Holmes, in cui, dopo un naufragio, l'equipaggio aveva gettato quattordici passeggeri da una scialuppa di salvataggio sovraccarica. Il giudice decise che al drammatico sorteggio per scegliere le vittime dovevano partecipare tutti, marinai e passeggeri.

58 — Spesso, ci si sforza solo di contrastare o ridicolizzare l'altro giocatore, come quando D. Quijote si accanisce con il suo scudiero: «Farei una buona scommessa con te, Sancho: dato che stai parlando senza che nessuno ti trattenga, nulla ti duole in tutto il tuo corpo » (Cervantes Saavedra, M., *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, parte seconda, capitolo XXVIII, Espasa Calpe, Madrid, 2004, pag. 466).

59 — Kant, I., fa riferimento a questi aspetti narrando che i giochi del bambino, la palla, la lotta, le corse, i soldati perseguono lo svago e facilitano lo sviluppo personale; successivamente, quelli dell'adulto, gli scacchi, le carte, cercano la pura vittoria; infine, quelli del cittadino, che tenta la sua buona sorte nelle società pubbliche con la roulette o i dadi, sono stimolati tutti, inconsapevolmente, dalla natura umana (*Antropología en sentido pragmático*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pag. 216).

rischio somme di denaro, si sono trasformate in una dipendenza [60].

96. Di questi quattro livelli, il primo è estraneo al mondo giuridico e praticamente anche il secondo. Tuttavia, quando nel gioco si rischia un capitale, il legislatore interviene per due motivi. Da un lato, preoccupandosi delle ripercussioni sul patrimonio [61] e sulla salute del partecipante [62], nonché della stabilità della sua famiglia; dall'altro, considerando il carattere commerciale dei centri dove si sviluppa.

97. Questi motivi spiegano l'attenzione giuridica che viene prestata ai giochi d'azzardo e al loro impatto nel diritto comunitario. Su tale piano, la Corte di giustizia ha dichiarato «che l'organizzazione di lotterie costituisce un'attività economica, ai sensi del Trattato» [63], poiché costituisce «la fornitura a pagamento di un servizio determinato» [64], includendola nelle prestazioni di servizi [65]. Non si deve escludere il coinvolgimento di altri ambiti, come, nello stesso settore economico, il diritto di stabilimento, o, al di fuori dei contesti finanziari, gli aspetti umani già accennati.

B — *Sulle restrizioni alle libertà fondamentali*

98. Nella causa Gambelli, l'avvocato generale Alber affronta l'esame della compatibilità del regime giuridico nazionale con il diritto di stabilimento, prima che con la libera prestazione di servizi, poiché il Trat-

60 — Dostoyevski, F., noto giocatore, descrive in maniera magistrale coloro che cadono nelle reti del gioco: «(...) nel mondo del gioco si sa perfettamente che un giocatore, quando si sente preso con passione in una lotta così singolare contro l'azzardo, può rimanere fino a ventiquattro ore di seguito seduto dinanzi ad un tavolo senza staccare lo sguardo neanche un secondo dalle carte o dalla ruota che gira» *(Il giocatore,* Ed. Bruguera, Barcellona, 1974, pag. 247), aggiungendo che «in un attimo potei percepire che non mi interessava il denaro, ma la sensazione di rischio, l'impressione di avventura che presupponeva l'andare contro ogni logica. Da allora ho molto riflettuto su questo particolare e sono pervenuto alla conclusione che è molto probabile che, attraversando tante sensazioni, lungi dal piegarsi, lo spirito si ecciti ancora di più ed esiga sensazioni ogni volta più forti, fino a giungere alla sua definitiva inerzia. » (pag. 274). Lo stesso sentimento si cela nel testo di Gabriel y Galán, J.A., «(...) era vero che passava il giorno pensando al denaro, dipendendo da esso, vivendo col suo ritmo e, tuttavia, come tutti i giocatori, non aveva alcun attaccamento al denaro, bensì alle fiches (...)» *(Muchos años después,* Alfaguara, Madrid, 1992, pag. 324). Chateaubriand, F. confessa una commozione simile dopo aver perso la maggior parte del denaro che gli avevano appena prestato: «Non avevo giocato mai: il gioco ha prodotto in me una specie di ubriachezza dolorosa; se mi avesse dominato questa passione, mi avrebbe perturbato le facoltà mentali» *[Memorie dell'oltretomba (libri I-XXIV),* El Acantilado, Barcelona, 2004, pag. 385].

61 — Dostoyevski fa divagare il protagonista del suo racconto: «Perché il gioco dovrebbe essere peggio di qualsiasi altro mezzo per acquisire denaro, come il commercio, poniamo per caso? Certo su cento giocatori, vince solo uno, ma (...) come poteva interessarmi questo dettaglio se mi sentivo predestinato a vincere?» *(Il giocatore,* op. cit., pag. 68).

62 — Il famoso personaggio di José Zorrilla, D. Juan Tenorio, mostra questa preoccupazione quando, uscendo vincitore da una scommessa, viene sfidato dal perdente e gli risponde: «Vuol dire che, poiché ho vinto la scommessa, la festa dovrebbe finire con un duello?» (*D. Juan Tenorio,* Alianza, Madrid, 1998, parte prima, atto quarto, scena VI).

63 — Sentenze Schindler, punto 19, e Anomar e a., punto 46, entrambe citate.

64 — Sentenza Anomar e a., punto 47; in senso analogo, sentenza Zenatti, punto 24, entrambe già menzionate.

65 — Sentenze Schindler, punti 25 e 34; Läärä e a., punto 27; e Anomar e a., punto 52, già sopra citate.

tato gli dà la precedenza (paragrafo 76) [66], benché i centri di trasmissione non debbano essere considerati stabilimenti secondari (paragrafo 87), poiché, in tal caso, la normativa violerebbe il menzionato diritto (paragrafo 104), oltre a violare la menzionata libertà (paragrafo 132).

99. La Corte di giustizia, prestando attenzione a coloro che giocano, alle imprese che svolgono quest'attività e agli intermediari, non ha contemplato con carattere esclusorio entrambe le libertà, ma, dopo averle esaminate, ha constatato che «una normativa nazionale quale la legislazione italiana sulle scommesse, in particolare l'art. 4 della legge la n. 401/89, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi» (punto 59), esaminando, successivamente, se sussistessero le deroghe previste nel Trattato o una giustificazione per motivi imperativi di interesse generale (punto 60).

100. Non conviene mettere in discussione questi riferimenti, che esistono anche nella sentenza Zenatti relativamente alla prestazione di servizi, benché appaia opportuno esaminare gli elementi limitativi ed i soggetti cui si riferiscono.

101. Su questa linea, la sentenza Gambelli ha riscontrato nei requisiti posti dal diritto italiano a coloro che partecipano alle gare per ottenere le concessioni per aprire agenzie di scommesse ostacoli alla libertà di stabilimento, poiché escludevano alcuni tipi di società (punti 46-48); ed ha qualificato come ostacoli alla libera prestazione di servizi quelli che incontrava un prestatore stabilito in uno Stato membro diverso per svolgere la sua attività (punto 54), così come quelli imposti ai cittadini per partecipare a scommesse organizzate in altri paesi della Comunità (punto 57) e a coloro che agevolavano l'attività degli offerenti stabiliti in questi territori (punto 58), in questi due ultimi casi con l'applicazione di sanzioni penali [67].

102. Sorprende che, anche se la questione pregiudiziale derivava da alcuni procedimenti penali a carico degli agenti dell'allibratore, l'approccio tenesse conto della tripla sfera di influenza personale indicata [68]. Non bisogna tuttavia dimenticare la funzione della Corte di giustizia né l'efficacia erga omnes delle sue sentenze pregiudiziali, in quanto potrebbero essere perseguiti i semplici scommettitori; inoltre, l'impresa straniera è priva della possibilità di stabilirsi, per cui svolge il suo compito concludendo contratti con altri commercianti, ai quali viene addebitato di adempiere quanto convenuto.

66 — Basandosi sulla sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard (Racc. pag. I-4165, punto 22).

67 — Korte, S., «Das Gambelli-Urteil des EuGH», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, pag. 1449, sostiene che queste minacce a causa della cooperazione nell'attività di gestione di scommesse costituiscono una barriera al mercato dei servizi.

68 — Korte, S., op. cit., pag. 1451.

C — *Sulla sussistenza di una giustificazione*

1. Impostazione

103. Di fronte a quanto aveva proposto l'avvocato generale Alber nelle sue conclusioni, nella sentenza Gambelli sono state esaminate congiuntamente le restrizioni poste dalla normativa italiana, precisando che, a prescindere dalla libertà che si intende conculcata, esse devono soddisfare talune condizioni: essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo ed essere applicate in modo non discriminatorio (punto 65) [69].

104. Più dettagliatamente della sentenza Zenatti, la sentenza Gambelli ha lasciato al giudice nazionale la valutazione in concreto del rispetto di tali condizioni da parte della normativa italiana, pur indicando alcuni parametri in base ai quali tale compito doveva essere svolto.

105. La Corte di giustizia avrebbe dovuto specificare di più e avrebbe dovuto pronunciarsi circa il riflesso delle libertà comunitarie sulle disposizioni nazionali, in conformità a quanto proposto dall'avvocato generale, il quale aveva fatto notare le difficoltà che comportava per i giudici nazionali il compito ad essi assegnato [70].

106. Non dubito del fatto che la sentenza Gambelli ha calibrato il grado di minuziosità che la Corte di giustizia poteva permettersi senza oltrepassare le proprie competenze, ma, col precedente della sentenza Zenatti, che non aveva evitato un nuovo rinvio, ha peccato di eccesso di prudenza, poiché possedeva gli elementi sufficienti per un'analisi più approfondita, che avrebbe evitato che le fossero sottoposte le questioni in esame [71].

107. In questo momento dovrebbe effettuare il passo mancato e profilare la soluzione per dissipare l'incertezza provocata, benché il compito risulti più complesso, in quanto occorre accertare se un qualche motivo possa giustificare gli ostacoli alle libertà comunitarie denunciati, valutando il loro

69 — Sentenze marzo 1993, causa C-19/92, Kraus (Racc. pag. I-1663, punto 32), e Gebhard, cit., punto 37.

70 — Paragrafo 116 delle conclusioni dell'avvocato generale Alber nella causa Gambelli; nel paragrafo 120 insiste su tale argomento, poiché, quando si conoscono fatti sufficienti per una valutazione della Corte di giustizia, non vi dovrebbero essere ostacoli all'esercizio dell'anelata valutazione.

71 — Brouwer, L., e Docquir, B., commentando la sentenza Gambelli in *Revue de droit comercial belge*, n. 3, 2004, pag. 314, punto 7, sostengono che la Corte di giustizia non lasciava adito a dubbi: benché la valutazione della compatibilità spettasse in via di principio al giudice del rinvio, indicava chiaramente che la normativa italiana non soddisfaceva i requisiti per essere compatibile con quella comunitaria.

carattere discriminatorio, adeguato e proporzionato.

2. Le ragioni imperative di interesse generale

108. La sentenza Gambelli ha definito i motivi che giustificano le restrizioni alle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi negativamente e positivamente, in quanto ha escluso «la diminuzione delle entrate fiscali» e «il finanziamento di attività sociali attraverso un prelievo sugli introiti derivanti dai giuochi autorizzati» (punti 61 e 62) [72], però ha ammesso «la tutela del consumatore», «la prevenzione della frode e dell'incitazione dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al gioco», nonché «la necessità di prevenire turbative all'ordine sociale» (punto 67).

109. La normativa italiana si basa, secondo la Corte suprema di cassazione, sul fatto che, assoggettando le scommesse al controllo, si riduce la possibilità di commettere reati [73].

110. Secondo il governo italiano, il fondamento si trova nella tutela dell'ordine pubblico [74] e del consumatore, nonché nella prevenzione delle frodi [75].

111. La Corte di giustizia ha fatto notare la contraddizione in cui si incorre nel tentare di evitare il danno che comporta un'azione promuovendola [76], come succede quando lo Stato persegue una politica di forte espansione del gioco e delle scommesse [77], per cui

72 — La Corte di giustizia ha escluso come motivi di ordine pubblico, ai sensi dell'art. 46 CE, gli obiettivi di natura economica (sentenze 25 luglio 1991, causa C288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Racc. pag. I-4007, pag. 11; e 29 aprile 1999, causa C-224/97, Ciola, Racc. Pag. I-2517, punto 16, tra le altre).

73 — Sentenza Gesualdi, già menzionata, punto 11.2.3. In dottrina, Beltrani, S., *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, Giuffrè, Miolano, 1999, pag. 313, sostiene che il sistema è orientato soprattutto alla tutela degli interessi finanziari e fiscali dello Stato; anche, Coccia, M., «"Rien ne va plus": la Corte di giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo», *Foro italiano*, 1994, pag. 521.

74 — Punto D), lett. a), delle osservazioni scritte depositate nella causa Placanica e nelle cause Palazzese e Sorricchio.

75 — Punto D), lett. b), delle stesse osservazioni.

76 — Sentenza Gambelli, punti 68 e 69.

77 — Nella sentenza Gesualdi, punto 11.2.3, la Corte suprema di cassazione ha menzionato le lotterie «Gratta e vinci», introdotte nel1994 dall'AAMS; «Totogol», lanciata dal CONI anche nel 1994; «SuperEnalotto», concessa alla Sisal nell'ottobre 1997; «Totosei», lanciata dal CONI nel 1998; «Formula 101», disciplinata da un decreto dell'agosto 1999 e lanciata dal Ministero dell'Economia nell'aprile 2000; «Totobingol», gestita dal CONI a decorrere dal 2001; e «Bingo», autorizzato dal Ministero dell'Economia nel 2000.

la lotta contro la frode appare come l'unica giustificazione delle restrizioni controverse.

112. A tal riguardo non si forniscono ulteriori precisazioni per comprendere l'incidenza dei comportamenti criminali nei giochi di azzardo, ad esempio, la truffa o il riciclaggio di denaro sporco [78].

113. Nella sentenza Läärä e a., menzionata, si è sostenuto che «un'autorizzazione limitata» delle scommesse in un ambito esclusivo presenta il vantaggio di incanalare il desiderio di giocare e la gestione dei giochi in un circuito controllato, di prevenire il rischio che tale gestione sia diretta a scopi fraudolenti e criminosi e di impiegare gli utili che ne derivano per fini di pubblica utilità (punto 37) [79].

114. Tuttavia, per rispettare le norme comunitarie, non bastano ragioni valide che inducano a disciplinare il gioco in maniera che, senza vietarlo completamente, lo restringono in un modo particolare, poiché le misure adottate devono essere anche egualitarie, adeguate e proporzionate.

3. La possibile discriminazione

115. La sentenza Gambelli non si è pronunciata sulla violazione del divieto di discriminazione da parte della normativa italiana [80], affidando al giudice nazionale tale valutazione [81].

116. Il Tribunale di Teramo ha completato ora gli elementi di cui ha disposto quella sentenza, facendo sì che la Corte di giustizia risolva di per sé la questione, senza rifugiarsi nella scusa che le riforme legislative del 2003 hanno cambiato la situazione nel paese, in quanto, a suo parere, gli effetti di queste modifiche sono stati differiti, probabilmente fino al 2011, in modo che ancora perdurano le conseguenze del regime precedente, con conseguente riflesso sui procedimenti penali che hanno dato origine ai rinvii. Inoltre, le modifiche legislative hanno riguardato solo uno degli elementi del sistema — la concessione —, non gli altri — l'autorizzazione e la sanzione.

78 — La prevenzione della criminalità presuppone secondo Buschle, D., «"Der Spieler" — Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts», *European Law Reporter*, n. 12, 2003, pag. 471, un motivo di ordine pubblico e, contemporaneamente, un motivo imperativo di interesse generale.

79 — Le sentenze Zenatti, punto 35; e Anomar e a., punto 74, hanno ribadito tale idea.

80 — L'avvocato generale Alber espone ai paragrafi 95-97 delle conclusioni vari argomenti che dimostrano l'infrazione.

81 — Punti 70 e 71.

117. In base ai dati risultanti dagli atti di causa e a quelli che risultano dalle sentenze precedenti, si riscontra un trattamento disuguale per quanto riguarda le concessioni e le autorizzazioni.

a) Le concessioni

118. Le società di capitali quotate in borsa nella Comunità non potevano partecipare alle gare per l'assegnazione delle concessioni. I requisiti vincolavano tutti gli interessati, compresi i cittadini nazionali [82], però le imprese aventi sede in altri territori comunitari si trovavano maggiormente esposte agli ostacoli della normativa italiana [83], poiché, se desideravano partecipare, dovevano adattare la loro struttura interna, per cui erano prive di possibilità reali di installarsi in tale paese [84].

119. Questa conclusione è rafforzata dalla parsimonia mostrata nell'attribuire concessioni [85], non giustificata dalle necessità urgenti della lotta contro la criminalità [86], in quanto per le autorizzazioni vi sono alcuni controlli preventivi ma per essere ammesso ai procedimenti di aggiudicazione è sufficiente una cauzione che garantisca il pagamento all'erario dei diritti pertinenti [87].

120. La disuguaglianza incide anche sugli intermediari, ai quali viene impedito, con minaccia di sanzioni penali, di prestare servizi ad allibratori stabiliti in un altro Stato membro, che non possono stabilirsi né ottenere permessi per esercitare la loro attività in Italia.

b) Le autorizzazioni

121. Secondo la Corte di giustizia, un regime di previa autorizzazione amministrativa non

82 — Sentenza Zenatti, punto 26.

83 — Come è stato ricordato nelle sentenze Schindler, punto 43, e Anomar e a., punto 65, il diritto comunitario osta anche ad una normativa nazionale che, benché non tenga conto della cittadinanza, vieta o ostacola le attività del prestatore situato in un altro Stato membro, nel quale fornisce servizi analoghi. Nella sentenza Zenatti la Corte, al punto 27, ha dichiarato che la normativa italiana impediva «agli operatori degli altri Stati membri, direttamente o indirettamente, di procedere essi stessi all'esercizio di scommesse nel territorio italiano».

84 — Korte, S., op. cit., pag. 1450. A tal riguardo, nel rispondere ad una delle domande che gli sono state poste in udienza, il rappresentante del governo italiano ha ammesso che erano otto le imprese straniere che avevano ottenuto una concessione, per la maggior parte comprandola dall'aggiudicatario.

85 — Il CONI ha offerto 1 000 concessioni nel 1998; il ministro delle Finanze e il ministro per le Politiche Agricole, nell'ambito delle loro competenze, hanno concesso 671 nuove concessioni e hanno rinnovato automaticamente le 329 esistenti. Quest'ultimo atto ha fatto sì che la Commissione ha avviato un ricorso per inadempimento contro l'Italia — causa C-260/04, pendente attualmente —, alla quale ho già fatto riferimento.

86 — I bandi per le concessioni delle scommesse ippiche emanati con il decreto ministeriale 7 aprile 1999, Approvazione del piano di potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse ippiche *(Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* n. 86, del 14 aprile 1999), lasciano intendere che la quantità è stata determinata sulla base di altri parametri.

87 — Questo particolare risulta dall'ordinanza del Tribunale di Teramo con cui è stata posta la questione pregiudiziale nel procedimento C-359/04.

può legittimare un comportamento discrezionale da parte delle autorità nazionali, tale da privare le disposizioni comunitarie [88] di un'applicazione utile. Esso deve essere fondato, da un lato, su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale di tali autorità, affinché esso non sia usato in modo arbitrario; e, dall'altro, deve essere basato su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole in modo oggettivo e imparziale [89].

122. A prima vista sembra che l'autorizzazione di cui all'art. 88 del TULPS possieda gli elementi richiesti, però un'analisi più dettagliata degli arttt. 8-14 dello stesso TULPS rivela un margine di discrezionalità incompatibile con l'obiettività, come quando l'art. 10 prevede la revoca in caso di «abuso della persona autorizzata», senza ulteriore precisazione [90]. L'assenza di un carattere regolamentato si deduce anche dal fatto che non risulta né si evince l'esaustività dei criteri di rifiuto di queste autorizzazioni.

123. Inoltre, l'autorizzazione di polizia presuppone la concessione e recepisce i vizi di cui questa è inficiata, proprio per il suo carattere previo.

4. L'adeguatezza e la proporzionalità

124. Le disposizioni italiane limitano il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi, in onore di un fine legittimo, però sono discriminatorie, il che sarebbe sufficiente per disapplicarle. Esse non risultano nemmeno idonee per realizzare i fini a cui mirano né proporzionate al bene giuridico perseguito.

a) Gli ostacoli al diritto di stabilimento

125. L'esclusione di alcuni tipi di società dalla gara per l'aggiudicazione di concessioni si basa sulla trasparenza delle imprese, però vi sono altre soluzioni meno restrittive e più rispettose del Trattato [91]. La Corte ha dichiarato nella sentenza Gambelli che «esi-

88 — Sentenze 23 febbraio 1995, cause riunite C-358/93 e C-416/93, Bordessa e a. (Racc. pag. I-361, punto 25); 14 dicembre 1995, cause riunite C-163/94, C-165/94 e C-250/94, Sanz de Lera e a. (Racc. pag. I-4821, punti 23-28); 20 febbraio 2001, causa C-205/99, Analir e a. (Racc. pag. I-1271, punto 37), e 12 luglio 2001, causa C-157/99, causa C-157/99, Smits y Peerbooms (Racc. pag. I-5473, punto 90).

89 — Sentenza Smits y Peerbooms, cit., punto 90.

90 — La Commissione menziona l'art. 11, secondo comma, del TULPS, in base al quale le autorizzazioni possono essere negate a chi non può provare la sua buona condotta, però la Corte costituzionale, nella sentenza 16 dicembre 1994, n. 440, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale frase, poiché impone all'interessato l'onere della prova.

91 — Hoeller, B., e Bodemann, R., «Das "Gambelli"-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf Deutschland», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, pag. 125, sostengono, con riferimento alla disciplina tedesca — in certo qual modo somigliante a quella italiana —, che una normativa che non autorizza l'accesso al mercato delle scommesse a tutte le imprese, indipendentemente dalla loro forma giuridica, deve essere considerata un'ingerenza sproporzionata nella libertà di stabilimento.

stono altri strumenti del controllo dei bilanci e delle attività delle dette società» [92], accogliendo a tal riguardo le conclusioni dell'avvocato generale Alber, laddove indica che occorre verificare l'onestà delle società, ad esempio, raccogliendo informazioni sui loro rappresentanti o sui loro principali azionisti [93].

126. Di fronte a questi argomenti, lo Stato italiano non ha valutato le misure denunciate, confrontandole con altre, e non ha dimostrato che costituissero le migliori alternative per riuscire nell'intento che le ispirava.

b) Le limitazioni alla libera prestazione di servizi

127. L'impossibilità virtuale che un'impresa stabilita in uno Stato membro svolga la sua attività in un altro Stato membro, così come il divieto dell'intermediazione e dell'uso dei servizi offerti superano il livello di quanto necessario per raggiungere gli obiettivi fissati nella normativa nazionale [94].

128. Ignorare o passare sotto silenzio gli esami effettuati e le garanzie prestate in altri paesi dell'Unione con la scusa, utilizzata dalla Corte suprema di cassazione, del carattere territoriale dell'autorizzazione ritarda la costruzione europea e attenta ai suoi pilastri fondamentali, violando il mandato dell'art. 10 CE di astenersi «da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato» e il principio di fiducia reciproca che è di guida alle relazioni intracomunitarie.

129. A tal riguardo, nella sentenza 4 dicembre 1986, Commissione/Germania [95], la Corte ha dichiarato che le autorità di controllo dello Stato destinatario devono «tener conto degli esami e delle verifiche già effettuati nello Stato membro di stabilimento» (punto 47), riconoscendo il principio di equivalenza [96], e nella sentenza 10 maggio 1995, Alpine Investments [97], trattandosi di

92 — Punto 74.

93 — Paragrafo 99.

94 — Brouwer, L., y Docquir, B., op. cit., pag. 314, punto 8.

95 — Causa 205/84, Racc. pag. 3755.

96 — L'avvocato generale La Pergola, al paragrafo 36 delle conclusioni per la causa in cui è stata pronunciata la sentenza Läärä e a., richiama l'attenzione su tale criterio, anche se poi la Corte di giustizia non lo ha menzionato.

97 — Causa C-384/93, Racc. pag. I-1141; specialmente punti 46-49.

prestazioni per telefono a destinatari potenziali di altri Stati membri, ha fatto ricorso implicitamente al principio di efficienza.

130. Entrambi questi principi mi inducono a condividere la tesi dell'avvocato generale Alber al paragrafo 118 delle conclusioni nella causa Gambelli, allorché sostiene che il gioco d'azzardo è regolamentato per legge in tutti gli Stati membri e che i motivi, che vengono addotti per la regolamentazione, corrispondono ampiamente [98]. In tal modo, se un organizzatore di un altro Stato membro soddisfa i requisiti previsti dalla sua normativa, le autorità dello Stato nel quale viene prestato il servizio dovrebbero ritenere che vi sia una garanzia della sua rettitudine [99].

131. La stessa Corte suprema di cassazione ha indicato che la società britannica per conto della quale operano gli imputati italiani è stata autorizzata ad operare con decisione del Betting Licensing Committee di Liverpool sulla base del Betting Gaming and Lotteries Act (Legge sulle scommesse e le lotterie) del 1963, paga le imposte sulle scommesse (General Betting Duty) ed è sottoposta a controllo del fisco inglese (Inland Revenues and Custom & Excise), di revisori di conti privati e di organi di controllo delle società che sono quotate in borsa.

132. In queste circostanze, sulle quali insiste la maggior parte degli Stati che hanno presentato osservazioni nel presente procedimento pregiudiziale, appare chiaro che le autorità britanniche sono meglio collocate rispetto a quelle italiane per valutare la legalità dell'attività, non intravvedendosi argomenti che suggeriscano un doppio controllo [100]. Nella sentenza 25 luglio 1991, Säger [101], la Corte ha ammesso gli ostacoli alla libera prestazione di servizi per motivi di interesse generale, nella misura in cui «tale interesse non sia salvaguardato dalle norme alle quali è soggetto il prestatore nello Stato membro in cui è stabilito» (punto 15).

133. Per quanto riguarda gli intermediari, essi hanno ottenuto dal Ministero delle Comunicazioni le autorizzazioni specifiche per trasmettere dati per via telematica, per la qual cosa devono essere iscritti presso la camera di commercio, ottenere il certificato nulla osta antimafia e non avere precedenti penali, sottoponendosi al controllo delle

98 — Quest'aspetto è descritto nei primi paragrafi delle conclusioni dell'avvocato generale Gulmann nella causa che ha dato luogo alla sentenza Schindler, menzionata.

99 — Su un piano più ampio, la relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo — lo stato del mercato interno dei servizi (Relazione presentata nell'ambito della prima fase della strategia per il mercato interno dei servizi) [COM(2002) 441 def.], in particolare pagg. 36 e segg.

100 — Secondo Schütz, H.-J., Bruha, T., y König, D., *Europarecht Casebook*, Munich, 2004, pag. 752, l'introduzione da parte di uno Stato membro di condizioni più restrittive richiede un esame rigoroso della proporzionalità, specialmente per quanto riguarda la prova del fatto che non vi siano misure meno restrittive.

101 — Causa C-76/90, Racc. pag. I-4221.

corrispondenti autorità nazionali. Ciò nonostante ad essi viene impedito di prestare servizi in nome di una società legalmente stabilita in un altro Stato membro.

5. Le norme penali

134. I comportamenti sanzionati dall'art. 4, nn. 4 bis e 4 ter, della legge n. 401/89 si basano sull'esecuzione senza autorizzazione di attività collegate con scommesse. Costituiscono il corollario del sistema, delineato dal legislatore italiano, che si è dotato di un ampio margine di discrezionalità, dall'ammissibilità al divieto [102], di modo che, tenendo conto degli aspetti discussi, del livello di tutela che ritiene pertinente e delle peculiarità del paese, si decanta attraverso un grado di tutela determinato. Però la scelta deve rispettare il diritto comunitario [103].

135. Non si tratta quindi di mettere in discussione lo ius puniendi dello Stato, che si trova nella migliore posizione per valutare la potenzialità, l'adeguatezza e la validità di una reazione repressiva [104], ma del fatto che, quando il regime accompagnato da sanzioni penali è contrario all'ordinamento giuridico della Comunità, la coazione risulta essere, a maggior ragione [105], anch'essa una trasgressione, poiché entrambe le normative costituiscono parti di un ingranaggio che deve unirsi ad un altro ingranaggio superiore e non costituiscono compartimenti stagni. Alla Corte di giustizia non spetta scegliere [106], bensì verificare che la scelta sia compatibile con il diritto comunitario.

136. Su un piano globale, richiama l'attenzione il fatto che l'art. 4 della legge n. 401/89 infligge una pena maggiore se si incide sulle scommesse riservate allo Stato, al CONI, all'UNIRE o ai loro concessionari, circostanza che ha poco a che fare con la prevenzione del crimine e concorda più con l'incentivo economico che il gioco significa per le casse dello Stato.

137. Ciò nonostante, occorre anche soffermarsi sulla proporzionalità delle sanzioni, nei termini colti nella sentenza Gambelli, spe-

102 — Sentenze Schindler, punto 61; Läärä e a., punto 35; Zenatti, punto 33, e Anomar e a., punti 79 e 87, già menzionate.

103 — Come indica l'avvocato generale La Pergola al paragrafo 34 delle conclusioni della causa che ha dato luogo alla menzionata sentenza Läärä e a., «sebbene discrezionali, le misure restrittive prescelte restano sindacabili in sede giurisdizionale; la loro adeguatezza alle esigenze di pubblico interesse è, infatti, suscettibile di controllo da parte del giudice nazionale chiamato ad applicarle, il quale dovrà nello svolgimento di tale indagine riferirsi ai canoni di giustificatezza –incluso quello della proporzionalità — elaborati dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo ai limiti che possano legalmente circondare l'esercizio di diritti e libertà scaturenti dal Trattato». Il che, come ho indicato, non esclude il controllo da parte della Corte di giustizia.

104 — Così spiego al paragrafo 48 delle conclusioni nella causa che ha dato luogo alla sentenza 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione/Consiglio (Racc. pag. I-7879).

105 — Raccolgo l'espressione utilizzata dall'avvocato generale Alber ai paragrafi 97 e 99 delle conclusioni della causa Gambelli.

106 — Sentenza Schindler, menzionata, punto 32.

cialmente nei punti 72 e 73, che ha operato una distinzione tra lo scommettitore e l'intermediario.

138. Per quanto riguarda lo scommettitore, essa ha raccomandato al giudice nazionale di ponderare le sanzioni penali inflitte a coloro che effettuano scommesse dal proprio domicilio in Italia, via Internet, con un allibratore situato in un altro Stato membro, valutando l'incoraggiamento alla partecipazione ai giochi organizzati da enti nazionali autorizzati, al qual fine ha fatto riferimento a diverse sentenze [107].

139. Per quanto riguarda l'intermediario, ha incaricato il giudice del rinvio anche di valutare se le sanzioni eccedano quanto necessario per la lotta alla frode, poiché il prestatore di servizi era sottoposto ad un sistema normativo di controlli e sanzioni nello Stato membro di stabilimento.

140. La Corte suprema di cassazione non ha svolto il compito affidatole, col pretesto che non le fosse possibile. Sorprende che, invece di scoprire i tre elementi fondamentali del sistema giuridico italiano sulla gestione delle scommesse, per prendere la sua decisione, si soffermi solo sull'autorizzazione, escludendo nella sua totalità l'esame della sanzione e analizzando parzialmente la concessione.

141. In questo momento, la Corte di giustizia dovrebbe pronunciarsi, poiché dispone di tutti i dati precisi a tal fine, e dichiarare, senza alcuna vergogna, che una sanzione che comprende la privazione della libertà fino a tre anni appare sproporzionata alle circostanze descritte nell'ambito di queste conclusioni, in particolare, a quelle relative al bene giuridico tutelato con le norme penali e a quelle del comportamento stesso dello Stato che incentiva il gioco [108].

142. Inoltre, la condanna comporta per chi la subisce alcuni precedenti che, ai sensi degli artt. 11 e 14 del TULPS, impediscono il rilascio della necessaria autorizzazione di polizia, rendendo impossibile l'esercizio di qualsiasi attività collegata con le scommesse.

107 — Sentenze 29 febbraio 1996, causa C-193/94, Skanavi e Chryssanthakopoulos (Racc. pag. I-929, punti 34-39), e 25 luglio 2002, causa C-459/99, MRAX (Racc. pag. I-6591, punti 89-91).

108 — Korte, S., op. cit., pag. 1451, esprime seri dubbi circa l'utilità delle sanzioni penali, constatando la politica espansiva relativa al gioco in Italia; Mignone, C. I., «La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'azzardo nell'era di Internet», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, pag. 401, si interroga sulla proporzione tra gli interessi tutelati e la libertà personale che viene sacrificata; Hoeller, B., e Bodemann, R., op. cit., pag. 125, nel diritto tedesco, sostengono che la sproporzione si manifesta nel fatto che lo Stato indebolisce i suoi stessi obiettivi.

143. Non si deve neanche dimenticare che si incide su libertà comunitarie fondamentali, per cui qualsiasi deroga deve essere interpretata in maniera restrittiva [109], e che una pena detentiva ostacola la libera circolazione delle persone [110].

D — *Indicazione finale*

144. L'assenza di diritto derivato applicabile ai giochi d'azzardo richiede una soluzione delle questioni pregiudiziali partendo dal diritto originario, benché, in considerazione dei settori interessati, sia opportuna un'armonizzazione della materia negli ambiti di competenza della Comunità, cosa per la quale non sono mancate le occasioni.

145. Vi è stato un primo tentativo nel 1991, quando la Commissione, sulla base dello studio «Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation» [111], ha auspicato che la regolamentazione del gioco fosse assoggettata al regime del mercato comune; ma non è andata oltre a causa delle reticenze di alcuni Stati membri [112].

146. Un'altra occasione si è presentata con la direttiva 2000/31, sul commercio elettronico [113], ma quest'ultima ha escluso esplicitamente «i giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse » [art. 1, n. 5, lett. d), terzo trattino].

147. Attualmente è in discussione la proposta di un'importante direttiva sui servizi [114], con la quale si intende creare un ambito normativo «per agevolare l'esercizio della

109 — Tra le altre, sentenza 19 gennaio 1999, causa C-348/96, Calfa (Racc. pag. I-11, punto 23), che fa riferimento, concretamente, all'eccezione di «ordine pubblico».

110 — Sentenze 3 luglio 1980, causa 157/79, Pieck (Racc. pag. 2171, punto 19); 12 dicembre 1989, causa C-265/88, Messner (Racc. pag. I-4209, punto 14), e Skanavi e Chryssanthakopoulos, cit., punto 36.

111 — Ufficio delle pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo, 1991. È stato commentato dall'avvocato generale Gulmann nelle conclusioni per la causa che ha dato luogo alla sentenza Schindler, menzionata.

112 — Coccia, M., op. cit., pag. 524. La Commissione ha fatto valere il principio di sussidiarietà per paralizzare l'iniziativa (Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo riunito a Edimburgo nei giorni 11 e 12 dicembre 1992, allegato 2 della parte A: «Sussidiarietà — Esempi di riesame di proposte pendenti e di normative vigenti», apparse nella pubblicazione periodica denominata *Bollettino delle Comunità europee*, n. 2, 1992).

113 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno (direttiva sul commercio elettronico) (GU L 178, pag. 1).

114 — Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno [COM(2004) 2 def.].

libertà di stabilimento dei prestatori di servizi nonché la libera circolazione dei servizi» (art. 1), che interesserebbe i giochi d'azzardo (art. 2, *a contrario sensu*), benché preveda un periodo transitorio, nel quale il «principio del paese di origine» [115] non si applica «alle attività di giochi d'azzardo, compresi i giochi con poste in denaro, le lotterie e le transazioni relative a scommesse » [art. 18, n. 1, lett. a)], per le quali è prevista la possibile armonizzazione complementare, «alla luce di una relazione della Commissione e di un'ampia consultazione delle parti interessate» (art. 40) [116], data l'importanza di quello di cui si deve discutere [117].

148. Se questa concertazione nella Comunità avesse un buon esito, si risolverebbero molti dei problemi relativi alle scommesse via Internet. Nel frattempo, le misure che vengono adottate unilateralmente devono essere analizzate dal punto di vista del Trattato [118].

149. Per il resto, la dimensione transfrontaliera di questi giochi eccede l'ambito territoriale dell'Unione europea, come è confermato dai contrasti nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del Commercio [119], i cui patti, in particolare l'Accordo generale sul commercio di servizi, hanno incidenza nel diritto comunitario se è implicato uno Stato terzo, cosa che non si verifica nella presente fattispecie.

115 — In base a questo principio, il prestatore del servizio è soggetto unicamente alla legge dello Stato membro in cui è domiciliato, il quale è responsabile del controllo anche quando l'attività si svolge in un altro paese comunitario (art. 16).

116 — Non mi sfugge che la liberalizzazione del settore è lungi dall'essere pacifica. Ad esempio, Ohlmann, W., «Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, n. 1, 2005, pagg. 55 e 58, sostiene che non vi deve essere concorrenza; Walz, S., «Gambling um Gambelli? — Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, pag. 524, manifesta reticenze circa la validità delle autorizzazioni straniere; Campegiani, C., e Pati, C., «Il sistema di monopolio statale delle scommesse e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (artt. 43 e 49 CE)», *Giustizia civile*, 2004-I, pag. 2532, giustificano una disciplina statale della gestione del gioco. A favore della creazione di un mercato liberalizzato, sotto il controllo di una normativa sopranazionale o internazionale con norme restrittive per prevenire la commissione di reati, si pone Geeroms, S., «Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules Compared: A Justified Restriction on the Freedom to Provide Services?», *Cross-Border Gambling on the Internet — Challenging National ant International Law*, Zurigo/Basilea/Ginevra, 2004, pag. 180.

117 — Buschle, D., op. cit., pag. 471, sostiene che, in Germania, vi sono tra 90 000 e 500 000 persone che praticano il gioco d'azzardo, di cui i due terzi sono uomini con redditi bassi. Secondo il quotidiano El País, che riporta dati della società di consulenza Christiansen Capital Advisors, vi sono tra 1 800 e 2 500 siti su Internet dedicati ai giochi d'azzardo, che fatturano più di 8 200 milioni di dollari in tutto il mondo, cifra che aumenterà a 23 500 milioni nel 2009 (Ciberpaís, 13 ottobre 2005).

118 — La discussione, per il momento, percorre la sua strada. I giudici francesi hanno recentemente dovuto far fronte ad alcuni ostacoli analoghi a quelli dei loro colleghi italiani a causa di scommesse ippiche gestite via Internet dalla ditta Zeturf, registrata a Malta; la Cour d'appel di Parigi, con sentenza 4 gennaio 2006, ha confermato la sentenza del Tribunal de grande instance di Parigi e, senza aver sottoposto una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, ha affermato la compatibilità della normativa nazionale con la normativa comunitaria, il che ha sollevato le prime critiche (Verbiest, T., «Paris hippiques en ligne: la Cour d'appel de Paris confirme la condamnation de Zeturf», *Droit et Nouvelles Technologies*, http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1150).

119 — Per esempio, il contrasto tra Stati Uniti e Antigua, che si è risolto con la relazione dell'organo di appello della menzionata Organizzazione, Stati Uniti — Misure che incidono sulla prestazione transfrontaliera di servizi di giochi di azzardo e scommesse, WT/DS285/AB/R, adottata il 7 aprile 2005.

VIII — Conclusione

150. Sulla base di quanto sopra esposto, propongo alla Corte di giustizia di risolvere le questioni pregiudiziali proposte dal Tribunale di Teramo e dal Tribunale di Larino, dichiarando quanto segue:

«Gli artt. 43 e 49 CE devono essere interpretati nel senso che si oppongono ad una normativa nazionale che vieta, sanzionando con pene detentive fino a tre anni, di raccogliere, accettare, registrare o trasmettere scommesse, senza concessione né autorizzazione dello Stato membro di cui trattasi, per conto di un'impresa, alla quale non viene consentito di ottenere tale concessione o autorizzazione nel detto Stato, ma che possiede una licenza per fornirli, rilasciata da un altro Stato membro, nel quale è stabilita».