Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ELEANOR SHARPSTON
presentate il 9 marzo 2017 [1]

Causa C-685/15

Online Games Handels GmbH
Frank Breuer
Nicole Enter
Astrid Walden
contro
Landespolizeidirektion Oberösterreich

[Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Tribunale amministrativo del Land dell'Alta Austria, Austria)]

«Articoli 49 e 56 TFUE — Giochi d'azzardo — Monopolio del gioco d'azzardo in uno Stato membro — Infrazione — Normativa nazionale in cui è previsto che il giudice esamini i fatti ex officio (Amtswegigkeitsgrundsatz) — Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali — Articolo 6 — Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea — Articolo 47»

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale sorge nel contesto del Glücksspielgesetz (legge austriaca sul gioco d'azzardo), del 28 novembre 1989, come applicata, in particolare, alle persone fisiche o giuridiche che esercitano diritti di stabilimento (articolo 49 TFUE) o la libera prestazione dei servizi (articolo 56 TFUE), e delle norme processuali applicabili alle udienze dinanzi ai tribunali amministrativi di detto Stato membro. In tale contesto, alla Corte viene chiesto di interpretare i principi in materia di diritti fondamentali sanciti dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), come interpretato alla luce dell'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la «CEDU») [2]. Il particolare punto in discussione è il diritto dell'imputato a che la causa sia esaminata equamente, come tutelato dall'articolo 47 della Carta, in circostanze in cui il giudice investito della causa sia tenuto non solo ad adottare una decisione definitiva nel merito ma anche a raccogliere elementi di prova nella causa ex officio.

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Firmata a Roma il 4 novembre 1950.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

2. L'articolo 49 TFUE (rientrante nel capo 2, intitolato «Il diritto di stabilimento», del Titolo IV) prevede quanto segue:

«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 stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

3. L'articolo 52, paragrafo 1, TFUE stabilisce che:

«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» [3].

4. Ai sensi dell'articolo 56 TFUE (rientrante nel capo 3, intitolato «I servizi», del Titolo IV):

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

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione».

5. L'articolo 62 TFUE prevede quanto segue:

«Le disposizioni degli articoli da 51 a 54 inclusi sono applicabili alla materia regolata dal presente capo».

3 — Occorre sottolineare che la legge sul gioco d'azzardo sembra riguardare una deroga generale alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Come tale, essa non prevede «un regime particolare per i cittadini stranieri». Dato che, tuttavia, la normativa nazionale di cui trattasi nella causa in esame è la stessa normativa in discussione nella causa *Pfleger e a.* (sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12, EU:C:2014:281) e che la presente causa riguarda questioni processuali derivanti dall'interpretazione di tale normativa da parte dei tribunali amministrativi nazionali, non ritengo necessario esaminare ulteriormente tale punto.

La Carta

6. L'articolo 47 della Carta così dispone:

«Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

(…)»

La CEDU

7. L'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU stabilisce quanto segue:

«Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge (…)»

Diritto nazionale

8. La legge sul gioco d'azzardo limita l'organizzazione di giochi d'azzardo che utilizzano macchine da gioco agli operatori titolari di licenza.

9. Nella versione in vigore all'epoca dei fatti in questione nel *primo procedimento* dinanzi al giudice del rinvio, l'articolo 50 di tale legge prevedeva che la competenza sugli illeciti contemplati da tale legge spettasse, in primo grado, alle Bezirksverwaltungsbehörden (autorità amministrative distrettuali) e, in secondo grado, all'Unabhängiger Verwaltungssenat (Tribunale amministrativo indipendente) [ora Landesverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo del Land)] competente a livello regionale. Le autorità esecutive, tra cui le amministrazioni tributarie, erano tenute a fornire supporto a tali organismi ed erano legittimate a monitorare l'osservanza della legge di propria iniziativa.

10. Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, di tale legge, le infrazioni meno gravi dovevano essere trattate come illecito amministrativo e le ammende fino a EUR 22 000 potevano essere inflitte dalle autorità amministrative. Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 2, il procedimento cui sottoporre le infrazioni più gravi doveva essere quello previsto per i reati disciplinati dallo Strafgesetzbuch (codice penale). L'articolo 53 conferiva alle autorità amministrative il potere di confiscare le macchine da gioco in casi di presunta violazione del monopolio sui giochi d'azzardo attribuito allo Stato da tale legge.

11. Mediante emendamenti alla legge sul gioco d'azzardo, entrati in vigore nel 2014 e quindi applicabili al *secondo procedimento* dinanzi al giudice del rinvio, l'articolo 52 di tale legge è stato modificato in modo da assoggettare tutte le infrazioni unicamente a sanzioni amministrative.

12. Ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 2, del Bundes-Verfassungsgesetz (Costituzione federale), i procedimenti penali devono svolgersi in contraddittorio. Per quanto riguarda i ricorsi proposti dinanzi ai tribunali amministrativi regionali per l'annullamento di decisioni adottate dalle autorità amministrative, come il giudice del rinvio, l'articolo 130, paragrafo 4, della stessa Costituzione prevede che, in appello, detti tribunali siano tenuti a pronunciarsi direttamente sul merito della causa.

13. In forza dell'articolo 46, paragrafo 1, del Verwaltungsgerichtverfahrengesetz (legge sul processo amministrativo), spetta al giudice amministrativo raccogliere tutti gli elementi di prova necessari per definire la controversia.

14. Conformemente all'articolo 25 del Verwaltungsstrafgesetz (legge sugli illeciti amministrativi), il tribunale amministrativo è tenuto a indagare sugli illeciti ex officio. Esso deve tener conto sia delle circostanze attenuanti che delle circostanze aggravanti.

Fatti, procedimento e questione pregiudiziale

15. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda due procedimenti pendenti dinanzi al giudice del rinvio. Li descriverò separatamente.

Procedimento contro la Online Games Handels GmbH

16. In seguito a informazioni ricevute da una fonte anonima, la Bundespolizeidirektion Wels (ora facente parte della Landespolizeidirecktion Oberösterreich) (direzione della polizia regionale dell'Alta Austria; in prosieguo: la «Direzione della polizia») ha incaricato i funzionari del Finanzamt Linz (Ufficio imposte di Linz; in prosieguo: l'«Ufficio imposte») di svolgere indagini su un bar di Wels, noto come «SJ-Bet Sportbar». I funzionari hanno assolto l'incarico l'8 marzo 2012. Nel locale erano state collocate otto macchine da gioco ritenute in violazione del monopolio federale imposto dalla legge sul gioco d'azzardo. I funzionari che conducevano le indagini sono stati informati del fatto che una di dette macchine apparteneva alla Online Games Handels GmbH (in prosieguo: la «Online Games»), una società costituita in Austria. È emerso in seguito che l'organizzatore dei giochi in questione era una società a responsabilità limitata costituita a Brno, nella Repubblica ceca. Le macchine da gioco sono state tutte sequestrate e la Direzione della polizia, con decisione del 17 aprile 2012, ne ha disposto la confisca.

17. La Online Games ha proposto ricorso avverso tale decisione dinanzi al predecessore del giudice del rinvio [l'Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Tribunale amministrativo indipendente del Land dell'Alta Austria)]. Con decisione del 21 maggio 2012, tale giudice ha respinto il ricorso. La Online Games ha quindi interposto appello avverso tale decisione dinanzi al Verwaltungsgerichtshof (Alta Corte amministrativa, Austria), la quale ha annullato tale decisione con sentenza del 1° ottobre 2015. La causa è ora nuovamente instaurata dinanzi al giudice del rinvio, oggi denominato Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Tribunale amministrativo del Land dell'Alta Austria). In tale procedimento la Online Games contesta la compatibilità della legge sul gioco d'azzardo con il diritto dell'Unione, in particolare con le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi enunciate, rispettivamente, agli articoli 49 e 56 TFUE.

Procedimento diretto contro Frank Breuer e altri

18. Agendo in base a informazioni ricevute da terzi, i funzionari dell'Ufficio imposte, il 14 agosto 2014, hanno effettuato un'irruzione in un bar di Linz, noto come «Café Vegas». I funzionari hanno provveduto alla confisca di otto macchine da gioco da essi considerate funzionanti in violazione della legge sul gioco d'azzardo. Un dipendente, presente nel locale, li ha informati del fatto che tali macchine appartenevano alla Franck Gastro s.r.o., una società costituita nella Repubblica ceca. La Direzione della polizia ha successivamente inflitto ammende di importo pari a EUR 24 000 ciascuna al sig. Breuer e alle altre due parti del procedimento dinanzi al giudice del rinvio per presunta organizzazione, o partecipazione all'organizzazione, dei giochi nei locali in questione. Il sig. Breuer è il

rappresentante di una società a responsabilità limitata costituita in Slovacchia [4].

19. Ciascuna delle parti ha contestato tali ammende dinanzi al giudice del rinvio. Esse sostengono che il monopolio federale imposto dalla legge sul gioco d'azzardo è contrario al diritto dell'Unione.

Sulla questione pregiudiziale

20. Nel decidere le questioni ad esso sottoposte, il giudice del rinvio tiene conto della giurisprudenza di questa Corte relativa alla legge sul gioco d'azzardo come emerge dalla sentenza Pfleger e a. [5] e, in particolare, dell'affermazione, contenuta nel punto 50 di tale sentenza, riguardante i doveri imposti a uno Stato membro intenzionato a far valere un obiettivo idoneo a legittimare un ostacolo alla libertà di prestazione dei servizi [6]. Il giudice del rinvio considera tale affermazione ugualmente applicabile alle restrizioni alla libertà di stabilimento, dato che la legge sul gioco d'azzardo deve essere ugualmente interpretata nel senso che deroga a tale libertà [7]. In tale contesto, detto giudice teme che il ruolo attivo che i tribunali amministrativi austriaci sono tenuti a svolgere nell'ottenere le prove in cause di cui essi sono investiti [8] e il ruolo corrispondente, relativamente passivo, svolto in tali procedimenti dalle autorità responsabili dell'azione penale possa essere contrario alla giurisprudenza di questa Corte.

21. Il giudice del rinvio ha quindi deciso di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE:

«Se, alla luce dell'articolo 6 della [CEDU] in combinato disposto con l'articolo 47 della [Carta], l'articolo 56 TFUE o gli articoli 49 e segg. TFUE debbano essere interpretati nel senso che, tenuto conto dell'obiettività e indipendenza di giudizio richiesta al giudice in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo (in particolare nella sua sentenza [Ozerov/Russia [9]], § 54), ostano a una disciplina nazionale in base alla quale le prove necessarie nell'ambito di un procedimento amministrativo di natura penale al fine di giustificare una disciplina di quasi monopolio del mercato nazionale del gioco d'azzardo, che gode di tutela penale, devono anzitutto, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (in particolare della sua sentenza [Pfleger e a.»]), essere individuate e circoscritte in modo del tutto indipendente, nonché successivamente essere assunte e valutate nell'ambito di indagini autonome, non dall'autorità penale (o da un'altra autorità statale preposta all'esercizio dell'azione penale) nella sua funzione di rappresentante dell'accusa, ma, d'ufficio e a prescindere dal comportamento delle parti, dal giudice (in una stessa persona/funzione) chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle misure penali impugnate».

22. Hanno presentato osservazioni scritte la Online Games, il sig. Breuer e altri, i governi austriaco e belga nonché la Commissione europea. Le difese orali delle parti e le loro risposte ai quesiti della Corte sono state sentite all'udienza del 10 novembre 2016.

4 — V. infra, nota a piè di pagina 19.

5 — Sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

6 — V. infra, paragrafo 33.

7 — V. paragrafi 49 e segg. delle mie conclusioni in tale causa (C-390/12, EU:C:2013:747) per un'analisi delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi che tale legge comporta.

8 — In particolare, v. supra, paragrafo 14 e, infra, paragrafi 40, 58 e segg.

9 — Sentenza del 18 maggio 2010, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

Valutazione

Ricevibilità

23. Il governo austriaco sostiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa in esame è irricevibile.

24. Detto governo sostiene, in primo luogo, che la questione pregiudiziale è ipotetica. La «norma nazionale» cui tale questione fa riferimento non esiste, in quanto l'interpretazione del diritto nazionale effettuata dal giudice del rinvio è errata e si deve preferire quella del governo austriaco.

25. Se la posizione del governo austriaco dovesse essere accolta, ciò equivarrebbe ad affermare che questa Corte è tenuta ad accogliere le osservazioni di un governo nazionale, riguardo all'esatta interpretazione del diritto interno, preferendole alla situazione descritta da un giudice del rinvio nella sua ordinanza. Ciò è manifestamente errato ed è pacifico che l'argomento del governo austriaco in proposito è totalmente privo di fondamento. Non intendo esaminarlo ulteriormente [10]. La questione pregiudiziale *non* può essere chiaramente classificata come «ipotetica» su tale presupposto.

26. In secondo luogo, il governo austriaco sostiene che il giudice del rinvio, nella sua ordinanza, ha omesso di fornire elementi di fatto e di diritto sufficienti per consentire a questa Corte di pronunciarsi.

27. Secondo una giurisprudenza costante, le questioni pregiudiziali sollevate da un giudice nazionale godono di una presunzione di rilevanza. Il rifiuto, da parte della Corte, di pronunciarsi su tale domanda è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione richiesta non ha alcun rapporto con l'effettività o l'oggetto della causa principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte [11].

28. È vero che lo status preciso della legge sul gioco d'azzardo ai sensi del diritto nazionale è, almeno per quanto riguarda gli elementi presentati dinanzi a questa Corte, poco chiaro e questo nonostante i quesiti posti alle parti in udienza. Tuttavia, a mio avviso, la Corte dispone di informazioni sufficienti riguardo al contesto di fatto e di diritto della controversia dinanzi al giudice del rinvio e la portata della questione pregiudiziale è chiaro. Inoltre, né la Commissione europea né alcuno dei governi che hanno presentato osservazioni ha mostrato di incontrare difficoltà nel formulare tali osservazioni in base all'ordinanza di rinvio [12].

29. Concludo, pertanto, che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

10 — V. anche, per quanto riguarda la ricevibilità di un'ordinanza di rinvio in una situazione in cui sussistono posizioni differenti tra i giudici nazionali quanto all'interpretazione di una decisione di questa Corte, ordinanza del 15 ottobre 2015, *Naderhirn*, C-581/14, non pubblicata, EU:C:2015:707.

11 — V., in particolare, sentenza del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, punto 27 e giurisprudenza ivi citata.

12 — V., ad esempio, sentenza del 25 marzo 2004, *Azienda Agricola Ettore Ribaldi e a.*, C-480/00, C-482/00, C-484/00, da C-489/00 a C-491/00 e da C-497/00 a C-499/00, EU:C:2004:179, punto 74.

Questioni preliminari

Applicabilità della Carta e della CEDU

30. Affinché la Carta sia applicata, occorre che lo Stato membro stia agendo «nell'attuazione del diritto dell'Unione» ai fini dell'articolo 51 della stessa. Come ho chiarito nelle mie conclusioni presentate nella causa Pfleger e a.[13], allorquando uno Stato membro emana una misura che deroghi ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, detta misura rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Il potere di derogare, in talune circostanze, a una libertà fondamentale garantita dal diritto dell'Unione è un potere che gli Stati membri mantengono e che viene riconosciuto dal diritto dell'Unione; ma l'*esercizio* di siffatto potere è circoscritto dal diritto dell'Unione. Quando un giudice – che sia un giudice nazionale o questa Corte – controlla se la normativa nazionale che restringe l'esercizio di siffatta libertà fondamentale rientri nella deroga prevista dal Trattato (e sia dunque consentita), detto controllo è esercitato con riferimento e in base ai criteri derivanti dal diritto dell'Unione e non dal diritto nazionale. Si deve quindi ritenere che uno Stato membro dia «attuazione [al] diritto dell'Unione» ai sensi dell'articolo 51 quando istituisce una deroga a una libertà fondamentale. Da ciò deriva che la Carta è applicabile[14]. Poiché la misura nazionale di cui trattasi nel procedimento principale «dà attuazione» al diritto dell'Unione in quanto rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, essa va interpretata alla luce della Carta. Il fatto che la causa in esame, diversamente dalla causa Pfleger e a., riguardi norme processuali che il giudice nazionale è tenuto ad applicare quando si pronuncia sulla controversia e non già la validità della misura derogatoria in quanto tale non fa, a mio avviso, alcuna differenza.

31. Secondo una giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo: la «Corte di Strasburgo»), l'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU si applica agli illeciti amministrativi e al corrispondente procedimento penale amministrativo ai sensi del diritto austriaco[15]. Ne consegue che tali illeciti devono essere classificati come «penali» ai fini di tale disposizione[16] e, per necessaria estensione, ai fini dell'articolo 47 della Carta.

La sentenza Pfleger e a.

32. La questione sottoposta alla Corte nella presente causa sorge nel solco della sentenza Pfleger e a.[17]. In tale causa alla Corte è stato chiesto di pronunciarsi su varie questioni pregiudiziali sollevate dall'Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Tribunale amministrativo indipendente del Land dell'Alta Austria), quale predecessore del giudice del rinvio, riguardanti essenzialmente la validità della legge sul gioco d'azzardo alla luce del principio di proporzionalità, come applicato nel contesto dell'articolo 56 TFUE sulla libera prestazione dei servizi. La Corte ha dichiarato che l'articolo 56 TFUE doveva essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale come la legge sul gioco d'azzardo, «se essa non persegue realmente l'obiettivo della tutela dei giocatori d'azzardo o della lotta alla criminalità né risponde effettivamente alla preoccupazione di ridurre le occasioni di gioco ovvero di contrastare le attività criminali connesse allo stesso in maniera coerente e sistematica»[18].

13 — C-390/12, EU:C:2013:747.

14 — V. anche, al riguardo, sentenza del 30 aprile 2014, *Pfleger e a.*, C-390/12, EU:C:2014:281, punto 36.

15 — V., in particolare, sentenza del 20 dicembre 2001, *Baischer c.* Austria, CE:ECHR:2001:1220JUD003238196, punto 22.

16 — V. decisione della Corte di Strasburgo del 4 luglio 2002, *Weh e Weh c.* Austria, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497.

17 — Sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

18 — V. punto 56 e dispositivo della sentenza.

33. Nel giungere a tale conclusione, la Corte ha dichiarato, in particolare, quanto segue:

«43 (…) occorre rammentare che le restrizioni imposte dagli Stati membri devono soddisfare le pertinenti condizioni di proporzionalità e di non discriminazione quali sviluppate dalla giurisprudenza della Corte. Pertanto, una normativa nazionale è atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo dichiarato solo se effettivamente risponde all'intento di raggiungere il medesimo in maniera coerente e sistematica (…)

44 Il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un sistema di protezione differente da quello adottato da un altro Stato membro non può rilevare ai fini della valutazione della proporzionalità delle disposizioni prese in materia. Queste vanno valutate soltanto alla stregua degli obiettivi perseguiti dalle competenti autorità dello Stato membro interessato e del livello di tutela che intendono assicurare (…)

(…)

47 (…) nell'ambito di una controversia sottoposta alla Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, la questione di quali siano gli obiettivi effettivamente perseguiti dalla normativa nazionale rientra nella competenza del giudice del rinvio (…)

48 Non solo. Al giudice nazionale spetta altresì verificare, tenendo conto delle indicazioni fornite dalla Corte, se le restrizioni imposte dallo Stato membro interessato soddisfino le condizioni risultanti dalla giurisprudenza della Corte per quanto attiene alla loro proporzionalità (…)

49 Spetta, in particolare, al giudice del rinvio assicurarsi, tenendo conto segnatamente delle concrete modalità di applicazione della normativa restrittiva di cui trattasi, che quest'ultima risponda veramente all'intento di ridurre le occasioni di gioco, di limitare le attività in tale settore e di combattere la criminalità connessa al gioco stesso in maniera coerente e sistematica (…)

50 In proposito, la Corte ha già dichiarato che lo Stato membro intenzionato a far valere un obiettivo idoneo a legittimare l'ostacolo alla libertà di prestazione dei servizi è tenuto a fornire al giudice chiamato a pronunciarsi al riguardo tutti gli elementi atti a consentirgli di accertarsi che la misura soddisfi effettivamente le condizioni imposte dal principio di proporzionalità (…)

(…)

52 (…) il giudice nazionale deve effettuare una valutazione globale delle circostanze alla base dell'adozione e dell'attuazione di una normativa restrittiva come quella oggetto dei procedimenti principali».

34. La Corte è pervenuta alle sue conclusioni in tale causa facendo riferimento alla libertà fondamentale di prestazione dei servizi ai sensi dell'articolo 56 TFUE. Nella presente causa la questione pregiudiziale riguarda non solo tale libertà ma anche la libertà di stabilimento prevista all'articolo 49 TFUE [19]. Poiché, tuttavia, le disposizioni che consentono a uno Stato membro di derogare a quest'ultima, contenute negli articoli da 51 a 54 TFUE, si applicano ugualmente alla libera prestazione dei servizi in forza dell'articolo 62 TFUE, ritengo che i principi sanciti nella sentenza Pfleger e a. [20] si applichino allo stesso modo a entrambe le libertà.

19 — L'esatta correlazione tra i fatti del procedimento principale e la libertà di stabilimento non è completamente chiarita dall'ordinanza di rinvio. Suppongo, tuttavia, che essa riguardi il coinvolgimento della società slovacca menzionata supra al paragrafo 18.

20 — Sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

Il ruolo del giudice del rinvio e la natura degli illeciti che si presume siano stati commessi dai ricorrenti nel procedimento principale

35. Il giudice del rinvio costituisce parte integrante dell'ordinamento amministrativo austriaco. Tecnicamente, esso deve essere classificato come giudice d'appello di secondo grado, in quanto gli illeciti amministrativi vengono trattati in primo grado dalle autorità ammnistrative [21]. Le sue sentenze sono impugnabili dinanzi al Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa).

36. Gli illeciti di cui sono stati accusati i ricorrenti nel procedimento principale sono illeciti amministrativi ai sensi del diritto nazionale e la procedura applicabile alle controversie in cui sono coinvolti tali ricorrenti è quella applicabile per il procedimento amministrativo. Tale procedura impone al giudice competente a decidere sulla controversia di indagare sull'illecito ex officio [22]. Nell'appello proposto dinanzi a un giudice quale il giudice del rinvio l'autorità amministrativa che emesso la sanzione amministrativa assume la funzione di pubblico ministero [23]. Come accennato supra al paragrafo 31, gli illeciti che si presume siano stati commessi dai ricorrenti nel procedimento principale devono essere classificati come «penali» ai fini dell'articolo 6 della CEDU.

Nel merito

37. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza chiarimenti sull'applicazione dell'articolo 6 della CEDU e dell'articolo 47 della Carta a un procedimento giudiziario avente ad oggetto la presunta violazione di una norma nazionale che, per essere riconosciuta valida, deve soddisfare le condizioni applicabili alle deroghe alla libertà di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi come stabilite, rispettivamente, agli articoli 49 e 56 TFUE e applicate nella giurisprudenza della Corte, in particolare nella sentenza Pfleger e a. [24].

38. Nel procedimento generalmente noto come procedimento in contraddittorio [25], le funzioni del pubblico ministero e del giudice sono, almeno in teoria, nettamente distinte. Il primo è tenuto a raccogliere e a presentare gli elementi che esso fa valere a sostegno della sua tesi e il secondo a pronunciarsi su tali elementi alla luce, in particolare, delle osservazioni formulate per conto della difesa. Nel caso in cui un giudice tentasse di svolgere le funzioni del pubblico ministero in tale procedimento, ciò si configurerebbe come un inammissibile sviamento dal suo ruolo giurisdizionale e qualsiasi conseguente decisione sarebbe quasi certamente respinta in appello.

21 — V., per quanto riguarda l'Unabhängiger Verwaltungssenat (Tribunale amministrativo indipendente), quale predecessore dell'attuale Landesverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo del Land), decisione della Corte di Strasburgo del 4 luglio 2002, *Weh e Weh c.* Austria, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. Il governo austriaco ha confermato in udienza che il Landesverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo del Land) ricopre una posizione analoga.

22 — V. supra, paragrafo 14.

23 — Tale, almeno, è la posizione come riportata nelle osservazioni scritte del governo austriaco. Per quanto riguarda l'Unabhängiger Verwaltungssenat (Tribunale amministrativo indipendente), quale predecessore dell'attuale Landesverwaltungsgericht, v. decisione della Corte di Strasburgo del 4 luglio 2002, *Weh e Weh c.* Austria, CE:ECHR:2002:0704DEC003854497. Nelle sue osservazioni relative a tale causa il giudice del rinvio rileva che l'articolo 51 quinquies del Verwaltungsstrafgesetz (legge sugli illeciti amministrativi), sul quale la Corte di Strasburgo ha basato la sua analisi, è stato abrogato senza essere sostituito. Osservo, tuttavia, che il processo verbale del giudice del rinvio per la causa Online Games, che costituisce parte integrante del fascicolo nazionale presentato a questa Corte, include un riferimento alla Direzione della polizia quale autorità convenuta (*belangte Behörde*), nell'ambito dell'osservazione secondo cui nessun rappresentante di tale autorità era comparsa all'udienza e nessuna motivazione era stata fornita per tale assenza.

24 — Sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

25 — Utilizzo questa espressione per indicare una forma di procedimento in base al quale le parti sviluppano e presentano i loro argomenti e raccolgono e producono le loro prove, controllando, quindi, nel rispetto di talune norme, il procedimento. L'autorità preposta all'accertamento dei fatti, nelle vesti di un giudice o di una giuria, rimane neutrale o passiva per tutta la durata del procedimento. Non utilizzo detta espressione nel senso più ampio, impiegato talvolta dalla Corte di Strasburgo per indicare un procedimento che garantisce la parità delle armi (v., ad esempio, sentenza del 16 febbraio 2000, *Rowe e Davis c.* Regno Unito, CE:ECHR:2000:0216JUD002890195, punto 60).

39. Nei procedimenti dinanzi al giudice del rinvio detto giudice è tenuto a esaminare gli elementi a sua disposizione ex officio [26]. Siffatta procedura, che comporta una ripartizione sostanzialmente diversa delle funzioni tra il pubblico ministero e il giudice, è tradizionalmente denominata «inquisitoria» [27].

40. È stato osservato che, attualmente, è difficile trovare un sistema processuale che sia puramente accusatorio o puramente inquisitorio [28]. Come esposto dal governo austriaco nelle sue osservazioni scritte, gli elementi essenziali del sistema applicabile dinanzi al giudice del rinvio sono i seguenti. Anzitutto, il giudice deve, ex officio, accertare la veridicità dei fatti sottesi all'illecito raccogliendo tutti gli elementi di prova necessari, mentre le osservazioni delle parti sono irrilevanti al riguardo. Così facendo, il giudice è tenuto a fare tutto ciò che è in suo potere per giungere alla verità. Esso deve quindi tener conto di tutte le fonti atte a svelare la verità e, in particolare, raccogliere tutti gli elementi di prova che siano disponibili nella causa dinanzi ad esso instaurata e che possano essere rilevanti ai fini del raggiungimento di una decisione. Esso deve esaminare tutti gli elementi che possano avere potenzialmente un impatto sul risultato senza limitazioni e deve provvedere in tal senso in piena autonomia.

41. Una parte dell'iter logico seguito dal giudice del rinvio nella sua ordinanza sembra suggerire a questa Corte di constatare che il sistema inquisitorio, per sua stessa natura, è contrario ai requisiti fissati dall'articolo 6 della CEDU e dall'articolo 47 della Carta.

42. A sostegno della sua posizione, il giudice del rinvio fa riferimento a talune sentenze della Corte di Strasburgo [29], a due conclusioni presentate da avvocati generali di questa Corte [30] e a un parere reso dal Consiglio consultivo dei giudici europei e dal Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei (in prosieguo: il «parere CCJE/CCPE») [31].

43. È vero che in ciascuna di queste serie di documenti è possibile rinvenire affermazioni o osservazioni che attribuiscono notevole importanza all'imparzialità del giudice. Le sentenze della Corte di Strasburgo e il parere CCJE/CCPE sottolineano altresì la necessità che non vi sia confusione tra le funzioni di pubblico ministero e di giudice [32]. Tuttavia nessuno di tali documenti contiene indicazioni che il sistema inquisitorio debba o possa essere considerato, di per sé, poco sicuro.

44. Non ritengo neppure che sussistano fondati motivi per adottare l'approccio del giudice del rinvio [33].

45. A mio avviso, la tesi corretta è che sia il sistema accusatorio che quello inquisitorio, se non vengono adottate le dovute precauzioni, possono creare difficoltà sotto il profilo della conformità all'articolo 6 della CEDU e all'articolo 47 della Carta. Nel primo caso, la scarsa rappresentanza dell'imputato può costituire una violazione del diritto alla parità delle armi. Nel secondo caso, la

26 — V. supra, paragrafi 14 e 36.

27 — Sebbene tale espressione sia utilizzata nell'ordinanza di rinvio e compaia anche nelle osservazioni scritte del governo austriaco, il rappresentante del governo austriaco sembrava sollevare dubbi, in udienza, sull'uso appropriato di tale espressione nel contesto del sistema austriaco in discussione nel procedimento principale. Tengo quindi a sottolineare che utilizzo tale espressione in senso descrittivo più che come termine tecnico.

28 — V. Armenta-Deu, T., «*Beyond Accusatorial or Inquisitorial Systems: a Matter of Deliberation and Balance*», in *Visions of Justice*, Ackerman, B., Ambos, K. e Sikirić, H., (a cura di), Duncker & Humboldt, Berlino, 2016, pagg. da 57 a 75.

29 — Queste comprendono le sentenze del 15 dicembre 2005, *Kyprianou c.* Cipro, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, punti 118, 121 e da 126 a 128; del 18 maggio 2010, *Ozerov c.* Russia, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201, punti da 51 a 54, e del 20 settembre 2016, *Karelin c.* Russia, CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. L'ultima di tali sentenze è stata pronunciata dopo la data di emissione dell'ordinanza di rinvio; il giudice del rinvio ha provveduto a presentarla separatamente.

30 — Le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, presentate nella causa *Kaba*, C-466/00, EU:C:2002:447, paragrafi 90 e segg., e le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón, presentate nella causa *X*, C-507/10, EU:C:2011:682, paragrafi 20 e segg.

31 — V. parere n. 12(2009) del Consiglio consultivo dei giudici europei e parere n. 4(2009) del Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei («Dichiarazione di Bordeaux»), punti 3 e 7. Il documento può essere consultato al seguente indirizzo Internet: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/avis_EN.asp.

32 — V., in particolare, sentenza della Corte di Strasburgo del 15 dicembre 2005, *Kyprianou c.* Cipro, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, punto 126.

33 — Occorre sottolineare, contrariamente a quanto sostenuto in udienza dal legale della Online Games, che io *non* suggerisco nelle mie conclusioni nella causa *Pfleger e a.*, C-390/12, EU:C:2013:747, che il processo inquisitorio sia contrario alla CEDU o al diritto dell'Unione.

mancanza di un'adeguata distinzione tra le funzioni del pubblico ministero e le funzioni del giudice può determinare una confusione di ruoli, ancora una volta a danno dell'imputato. Tuttavia, se gestito adeguatamente, ciascuno di essi costituisce un sistema di accertamento della verità; ciò che differisce è semplicemente il modo in cui i due sistemi operano tale accertamento. Tornerò a esaminare la funzione del pubblico ministero nel procedimento inquisitorio più avanti nel corso delle presenti conclusioni [34].

46. Respingo pertanto la tesi secondo la quale il sistema inquisitorio dovrebbe essere considerato, per sua stessa natura, contrario ai requisiti di cui all'articolo 6 della CEDU e all'articolo 47 della Carta.

47. Ciò non significa, tuttavia, che non possano essere fornite indicazioni utili al giudice del rinvio nel dare risposta alla sua questione.

48. Resta da stabilire, in particolare, come si debba applicare la sentenza della Corte Pfleger e a. [35] nel contesto di un sistema nazionale come quello descritto supra al paragrafo 40.

Il punto 50 della sentenza Pfleger e a.

49. A tal riguardo, il governo austriaco offre un'interpretazione di tale sentenza che, a mio avviso, sostanzialmente non tiene conto del punto 50. Al contrario, essa è incentrata sui punti 48, 49 e 52. In tali punti la Corte presenta la sua interpretazione dei doveri del giudice chiamato a pronunciarsi sulla validità di ciò che essa descrive come «normativa restrittiva» [36]. Considerati isolatamente, è probabile, quantomeno, che tali punti possano essere intesi a sostegno della tesi secondo la quale i timori del giudice del rinvio sono infondati. Lo Stato membro e le sue autorità non hanno alcun ruolo da svolgere. È il giudice nazionale a dover svolgere il ruolo fondamentale.

50. Tuttavia, ciò significa escludere dalla riflessione il punto 50 della sentenza e quindi non tener conto di una parte sostanziale dell'analisi svolta dalla Corte. Ritengo che ciò non sia opportuno. È altresì importante tener presente che il ragionamento esposto in tale punto riflette una giurisprudenza costante della Corte in materia [37].

51. Il requisito imposto agli Stati membri dal punto 50 è al contempo importante e oneroso. Quando è in discussione una deroga a una qualsiasi libertà fondamentale, spetta allo Stato membro fornire ragioni chiare e convincenti per giustificarla.

52. Per loro stessa natura, tali ragioni sono probabilmente complesse, in quanto richiedono una speciale conoscenza che, nella maggior parte dei casi, se non in tutti, presenterà un particolare rapporto con lo Stato membro che cerca di ottenere la deroga. In quasi tutti i casi, esse avranno come base la particolare realtà sociale e/o economica e le particolari politiche sociali e/o economiche dello Stato membro in questione. È legittimo attendersi che tale Stato membro abbia considerato attentamente la giustificazione o le giustificazioni sottese alla misura prima di adottarla. Tale è il contesto in cui va interpretato, a mio avviso, il riferimento della Corte, contenuto nel punto 47 della sentenza Pfleger e a. [38] agli «obiettivi *effettivamente perseguiti dalla normativa nazionale*» [39].

34 — V. infra, paragrafi 63 e segg.

35 — Sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

36 — V. punto 52 della sentenza.

37 — V. sentenze dell'8 settembre 2010, *Stoß e a.*, C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, EU:C:2010:504, punto 71; del 15 settembre 2011, *Dickinger e Ömer*, C-347/09, EU:C:2011:582, punto 54, e dell'11 giugno 2015, *Berlington Hungary e a.*, C-98/14, EU:C:2015:386; punto 65. V. anche sentenza del 13 marzo 2008, *Commissione/Belgio*, C-227/06, non pubblicata, EU:C:2008:160, punti 62 e 63 e giurisprudenza ivi citata.

38 — Sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

39 — Il corsivo è mio.

53. Il compito di presentare tale giustificazione può essere, a mio avviso, una questione di esclusiva competenza dello Stato membro interessato [40]. Tale compito non spetta alle altre parti del procedimento, compreso il giudice nazionale o la parte che tenta di contestare la validità della misura nazionale che dà effetto alla deroga in questione. Non ci si può attendere, in altri termini, che tali parti «indovinino» il ragionamento che ha indotto lo Stato membro ad adottare la misura.

54. Se e nei limiti in cui un obbligo di tale natura non risulta già dall'ordinamento giuridico dello Stato membro in questione, esso si sovrapporrà alle norme processuali altrimenti applicabili. Tale obbligo, ovviamente, non può sminuire i diritti della difesa; esso, anzi, dovrebbe rafforzarli fornendo un accesso più rapido e più completo al ragionamento che ha indotto lo Stato membro ad adottare la deroga in questione.

55. Al giudice nazionale resta naturalmente l'obbligo di valutare e di pronunciarsi sugli elementi presentati dallo Stato membro. Ciò vale sia nel caso in cui il procedimento dinanzi a tale giudice sia conforme al modello accusatorio, sia nel caso in cui sia conforme al modello inquisitorio. Nella seconda ipotesi, detto giudice sarà (o potrà essere) anche tenuto a svolgere indagini ex officio e tale requisito continuerà ad essere applicabile in ogni caso. Gli elementi presentati dallo Stato membro fungeranno da supplemento a tali indagini; salvo quanto puntualizzerò più avanti [41], essi non le sostituiranno.

56. Le esatte modalità con cui il giudice nazionale conduce la sua indagine devono essere, in larghissima misura, una questione di sua competenza, sempre che siano soddisfatti i requisiti fissati dalla CEDU e dal diritto dell'Unione, in particolare i principi di equivalenza e di effettività [42] e, – se del caso – dalla Carta. La natura di tale compito varierà inevitabilmente (in taluni casi notevolmente) da caso a caso e tra i diversi ordinamenti; non spetta a questa Corte intervenire in settori che costituiscono materia di puro diritto nazionale [43].

57. È opportuno, tuttavia, esaminare due particolari questioni che sono state sollevate nell'ordinanza di rinvio e nelle osservazioni presentate alla Corte.

58. In primo luogo, le funzioni d'indagine dei giudici, come descritte dal governo austriaco, sono particolarmente impegnative, per non dire potenzialmente erculee [44]. Di quali risorse dispongono i giudici nazionali nell'esercizio di tali funzioni d'indagine? Tale punto può essere di natura più teorica che concreta in casi semplici riguardanti questioni di cui il giudice nazionale ha già piena conoscenza. Tuttavia, in casi come quello in esame, che possono dar luogo a questioni complesse di analisi scientifica e statistica, chiaramente non si tratta, a mio avviso, di un compito che può essere svolto dal giudice nazionale da solo. Gli elementi presentati dai periti diventano una parte essenziale di tale funzione.

59. Nella sua ordinanza il giudice del rinvio precisa che i tribunali amministrativi regionali austriaci non dispongono di propri periti e sono tenuti a ricorrere principalmente a esperti dei servizi amministrativi nazionali (appartenenti, probabilmente, alla medesima istituzione che è parte del procedimento dinanzi al giudice nazionale).

40 — Occorre chiarire che, nel fare riferimento, nel presente contesto, a uno «Stato membro» non intendo affermare che è il governo stesso dello Stato membro a dover fornire obbligatoriamente la necessaria giustificazione. Tale giustificazione deve essere presentata, tuttavia, da una parte che rappresenti tale Stato membro o che abbia il potere conferitole da tale Stato di agire in tal senso.

41 — V. infra, paragrafo 68.

42 — V. al riguardo, in particolare, sentenza del 22 gennaio 2015, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, C-463/13, EU:C:2015:25, punto 37.

43 — Secondo una giurisprudenza costante di questa Corte, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione (v. in tal senso, in particolare, sentenza del 18 marzo 2010, *Alassini e a.*, da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, punto 47).

44 — V. supra, paragrafo 40.

60. Se dovesse appunto ricorrere tale ipotesi [45], ritengo che essa desti concrete preoccupazioni per quanto riguarda la conformità all'articolo 6 della CEDU e, per estensione, all'articolo 47 della Carta. L'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU impone che la formulazione dell'accusa nei confronti di un imputato sia effettuata «da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge». Data la natura ex officio della valutazione che deve essere svolta dai tribunali amministrativi nazionali austriaci, è probabile che, almeno in casi di una certa complessità, tali tribunali debbano ricorrere al parere di uno o più periti per giungere a una conclusione. Mi sembra chiaro che anche tali periti debbano essere indipendenti e imparziali. Essi devono essere altresì sufficientemente qualificati per poter valutare punti di vista contrastanti e per poter redigere relazioni al riguardo. Il loro compito, dopo tutto, è di assistere il giudice nell'esercizio delle sue funzioni. Nel valutare l'imparzialità, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che tale requisito comprende sia un elemento soggettivo che un elemento obiettivo [46]. A mio avviso, vi è quantomeno il rischio che esperti scelti nell'ambito dei servizi amministrativi nazionali non soddisfino il primo di tali elementi, e quasi la certezza che essi non soddisfino il secondo. Ne consegue che i giudici nazionali devono avere accesso ai servizi di periti realmente indipendenti e imparziali.

61. La seconda questione riguarda l'importanza che il giudice nazionale può attribuire ai documenti esplicativi [47] della normativa interna contestata e agli atti dei lavori parlamentari che hanno portato all'adozione di tale normativa. Il governo austriaco suggerisce che il giudice può trarre ispirazione dai primi e il governo belga si esprime nello stesso senso per quanto riguarda i secondi. Può il giudice nazionale basarsi su una di queste fonti (o su entrambe), già di pubblico dominio, escludendo in tal modo la necessità per lo Stato membro di presentare le sue giustificazioni conformemente al punto 50 della sentenza Pfleger e a. [48]?

62. Siffatta soluzione risulta indebitamente semplicistica. Mentre le autorità nazionali competenti saranno senza dubbio propense ad attingere da tali documenti come parte delle osservazioni da esse presentate al giudice nazionale, qualsiasi contestazione farà probabilmente riferimento a uno o più aspetti specifici della normativa in questione. Allo Stato membro incombe l'onere di indicare al giudice nazionale su quali elementi della sua più ampia giustificazione dovrebbe concentrarsi detto giudice nell'adottare la sua decisione sulla controversia. Lo Stato membro può avere intenzione (e necessità) di fornire informazioni supplementari e più complete a sostegno della giustificazione sulla quale esso fonda le sue osservazioni. Inoltre, tali fonti non possono essere considerate, per definizione, pienamente esaustive o affidabili quando, come nel caso della legge sul gioco d'azzardo, questa Corte ha fornito chiare indicazioni sul fatto che la normativa in questione può non soddisfare i requisiti fissati dal diritto dell'Unione [49].

La presenza del pubblico ministero alle udienze

63. La preoccupazione del giudice del rinvio è che non vi sia un ruolo preciso del pubblico ministero nelle udienze che si tengono dinanzi ad esso. Tale giudice rileva in particolare che, nei procedimenti come quello principale, il pubblico ministero è presente solo in via eccezionale. Per contro, il suo posto è occupato da un rappresentante del potere esecutivo, che, per di più, svolge un ruolo del tutto passivo nel procedimento [50]. La preoccupazione fondamentale del giudice del rinvio, al riguardo, sembra essere la confusione tra i ruoli del giudice e del pubblico ministero, con il conseguente impatto che ciò

45 — Interpellato in udienza su tale punto, il rappresentante del governo austriaco non ha smentito che tale fosse la situazione, preferendo invece concentrare la propria attenzione sul dovere del giudice del rinvio di tener conto di tutte le circostanze rilevanti.

46 — V., in particolare, sentenza del 15 dicembre 2005, *Kyprianou c.* Cipro, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701, punti 118 e 119. Occorre sottolineare, per evitare dubbi, che, nella causa in esame, nulla indica che siano in discussione aspetti dell'elemento soggettivo di tali valutazioni.

47 — In lingua tedesca, «*Erläuterungen*».

48 — Sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12, EU:C:2014:281.

49 — V. sentenza del 30 aprile 2014, *Pfleger e a.*, C-390/12, EU:C:2014:281, punto 56 e dispositivo.

50 — V. infra, nota a piè di pagina 23 in fine.

può avere sull'indipendenza e sull'imparzialità del giudice. Esso fa riferimento, a tal proposito, a tre sentenze della Corte di Strasburgo. La prima è la sentenza Kyprianou c. Cipro [51]. Tale causa riguardava un procedimento per oltraggio alla corte svoltosi nei confronti del ricorrente mediante procedura sommaria e dinanzi agli stessi giudici che erano stati oggetto di critiche in aula da parte del ricorrente. L'azione penale era stata esercitata dagli stessi giudici. La Corte di Strasburgo ha dichiarato che la confusione di ruoli poteva chiaramente suscitare timori obiettivamente giustificati riguardo all'imparzialità dell'organo giurisdizionale dinanzi al quale si svolgeva il procedimento [52].

64. La seconda è la sentenza Ozerov c. Russia [53]. In tale causa, il ricorrente era stato condannato per un reato da un giudice di primo grado. Per tutta la durata del processo non era stato presente alcun rappresentante della pubblica accusa, sebbene fosse stata disposta la partecipazione del pubblico ministero. Il procedimento in questione era di tipo accusatorio e, ai sensi del diritto nazionale in vigore all'epoca dei fatti, il pubblico ministero doveva essere presente al processo se così era stato disposto. Se il pubblico ministero fosse stato presente, avrebbe preso parte all'esame delle prove e avrebbe formulato osservazioni. La Corte di Strasburgo ha dichiarato che l'organo giurisdizionale nazionale aveva confuso i ruoli di pubblico ministero e di giudice e aveva dato quindi adito a legittime preoccupazioni riguardo alla sua imparzialità [54].

65. La terza sentenza cui si richiama il giudice del rinvio è la sentenza Karelin c. Russia [55]. Il ricorrente era stato condannato per un illecito amministrativo e aveva proposto impugnazione contro tale condanna. Non era presente alcun rappresentante della pubblica accusa né in primo grado né in appello. Il giudice del processo aveva modificato le accuse contro il ricorrente nel corso dell'udienza. La Corte di Strasburgo ha osservato che, in mancanza del pubblico ministero, il giudice del processo non aveva altra scelta se non quella di sostenere l'onere non solo di formulare ma anche di sostenere l'accusa contro il ricorrente durante l'udienza. Essa ha constatato che la mancanza della parte che sostiene l'accusa sia in primo grado che in appello aveva violato il requisito dell'imparzialità [56].

66. Nel giungere a tale conclusione, la Corte di Strasburgo ha svolto un riesame completo della sua giurisprudenza riguardante i timori di parzialità che possono sorgere in caso di assenza del pubblico ministero dalle udienze. Essa ha provveduto a tale riesame senza operare particolari distinzioni tra procedimento accusatorio e procedimento inquisitorio [57]. La Corte ha considerato altresì le questioni che potrebbero sorgere per il fatto che una causa è stata trattata in appello piuttosto che in primo grado. Essa ha dichiarato che la situazione potrebbe essere diversa in appello, in particolare quando siano in discussione soltanto motivi di diritto, e che il ruolo del pubblico ministero potrebbe essere quindi percepito come «meno vincolante». Essa ha proseguito aggiungendo, tuttavia, che il requisito dell'imparzialità deve essere comunque osservato in tale fase [58]. La Corte di Strasburgo ha altresì osservato che, quando un'udienza è ritenuta opportuna per accertare giudizialmente la fondatezza di un'imputazione contro l'accusato, la presenza di un rappresentante dell'autorità responsabile dell'azione penale «è, di norma, opportuna al fine di evitare dubbi legittimi che possano sorgere, altrimenti, riguardo all'imparzialità del giudice» [59].

51 — Sentenza del 15 dicembre 2005, CE:ECHR:2005:1215JUD007379701.

52 — V. punti 127 e 128 della sentenza.

53 — Sentenza del 18 maggio 2010, CE:ECHR:2010:0518JUD006496201.

54 — V. punti da 52 a 55 della sentenza.

55 — Sentenza del 20 settembre 2016, CE:ECHR:2016:0920JUD000092608. Come precisato supra nella nota a piè di pagina 29, la sentenza è stata presentata separatamente dal giudice del rinvio.

56 — V. punto 84 della sentenza.

57 — V. punti 53 e segg. della sentenza.

58 — V. punti 81 e 83 della sentenza.

59 — V. punto 76 della sentenza.

67. Non distinguo un unico filo conduttore che riunisca tutte queste osservazioni a parte il requisito fondamentale secondo il quale l'organo giurisdizionale chiamato a stabilire la colpa dell'imputato, che sia in primo grado o in appello, deve essere considerato – in senso obiettivo – sia indipendente che imparziale. Non ritengo, in altri termini, che possano essere stabilite norme rigorose e precise per quanto riguarda la presenza del pubblico ministero in questo tipo di procedimenti, salvo rilevare l'osservazione generale della Corte di Strasburgo secondo la quale tale presenza è, di norma, «opportuna». Sebbene tale dichiarazione sia stata formulata nel contesto di un'udienza in primo grado e il procedimento dinanzi a un organo giurisdizionale come il giudice del rinvio sia qui classificato come procedimento d'appello, la natura di detto procedimento ai sensi del diritto nazionale è tale per cui esso sembra essere la prima occasione in cui avrà luogo un pieno accertamento giurisdizionale delle questioni. Inoltre, la ragione per cui si tiene un'udienza è di rendere possibile lo svolgimento di un dialogo tra le parti e, attraverso tale dialogo, garantire che il giudice sia meglio informato. Se il pubblico ministero non è presente, tale dialogo non può aver luogo o non può aver luogo pienamente [60].

68. Occorre aggiungere che, poiché il requisito fondamentale è quello dell'indipendenza e dell'imparzialità, quando sussiste un qualsiasi dubbio al riguardo, il giudice nazionale chiamato a pronunciarsi deve prioritariamente assicurarsi che tale requisito sia soddisfatto. Se ciò dovesse significare, in un determinato caso, che il giudice nazionale deve astenersi dal sollevare una questione che potrebbe andare a beneficio della tesi del pubblico ministero a danno dell'imputato, allora così sia. Consentitemi anche di sottolineare che in nessun caso un giudice nella posizione del giudice del rinvio può essere tenuto a sostituirsi allo Stato membro nel presentare la giustificazione che spetta invece a quest'ultimo fornire secondo il punto 50 della sentenza Pfleger e a. [61]. Se tale giustificazione non dovesse essere fornita (come in qualsiasi altro caso in cui il pubblico ministero, in quanto assente o passivo o in altro modo, omette di adempiere un onere ad esso incombente), il giudice nazionale può trarre tutte le opportune conseguenze da tale omissione.

Conclusione

69. Propongo pertanto alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale sollevata dal Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Tribunale amministrativo del Land dell'Alta Austria) come segue:

«Quando la normativa di uno Stato membro intende derogare a una libertà fondamentale dell'Unione europea, compresa la libera prestazione dei servizi ai sensi dell'articolo 56 TFUE e la libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE, né l'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali né l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ostano a una norma nazionale secondo la quale, in caso di procedimento amministrativo di natura penale, l'organo giurisdizionale competente a pronunciarsi sulla validità di tale deroga alla luce del diritto dell'Unione è tenuto a indagare sugli illeciti ex officio. Tuttavia, spetta allo Stato membro che intende far valere la deroga giustificare la misura considerata in modo tale che la parte accusata dell'illecito ne possa conoscere la natura e che l'organo giurisdizionale in questione possa valutarlo e pronunciarsi. In tale contesto, possono essere altresì rilevanti le seguenti questioni supplementari:

— nel giungere alla sua decisione in materia, tale organo giurisdizionale è legittimato ad avere accesso, ove necessario, a periti indipendenti e imparziali;

60 — Il governo austriaco attribuisce particolare importanza, nelle sue osservazioni scritte, al fatto che, in casi come il procedimento principale, la funzione dell'autorità responsabile dell'azione penale è assunta dall'autorità amministrativa che ha emesso la sanzione amministrativa (v. supra, paragrafo 36). Non sussiste quindi confusione tra i ruoli del pubblico ministero e del giudice. Va osservato che, nel valutare la rilevanza di tale argomento, esiste un'inevitabile correlazione tra l'intensità con cui tale autorità svolge un ruolo attivo in un procedimento e un ruolo puramente passivo.

61 — Sentenza del 30 aprile 2014, C-390/12, EU:C:2014:281. V. supra, paragrafi 51 e segg.

— sebbene non esista alcuna norma generale che richieda la presenza di un rappresentante dell'autorità responsabile dell'azione penale nel procedimento dinanzi all'organo giurisdizionale in questione, tale presenza è, di norma, opportuna al fine di evitare dubbi legittimi che possano sorgere, altrimenti, riguardo all'imparzialità di tale organo giurisdizionale».