

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE III PENALE

Registro Generale n.
06197/2009

Composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. Lupo Ernesto	Presidente
Dott. Teresi Alfredo	Consigliere
Dott.a Squassoni Claudia	Consigliere
Dott. Amoroso Giovanni	Consigliere
Dott. Marini Luigi	Consigliere est.

Camera di Consiglio del
10 Novembre 2009

Ordinanza n.,,) *f0 b*

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Sul ricorso proposto dal PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI ROMA nel procedimento penale nei confronti di:

COSTA MARCELLO, nato a Roma il 17 Maggio 1981

Nei confronti della sentenza in data 27 Gennaio 2009 con la quale il Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Roma ha dichiarato non doversi procedere nei confronti del Sig. Costa in relazione all'attività di raccolta di scommesse su eventi sportivi posta in essere senza la necessaria concessione e senza la licenza prevista dall'art.88 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, e pertanto in violazione dell'art.4, comma primo e comma 4-bis della legge n.401 del 1989.

Sentita la relazione effettuata dal Consigliere LUIGI MARINI

Udito **il** Pubblico Ministero nella persona del CONS. FRANCESCO LO VOI, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

Udito **il** Difensore, Avv. DANIELA AGNELLO, che ha concluso per **il** rigetto del ricorso e precisato che, qualora questa Corte non accolga la richiesta, dovrà proporsi questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia CE ai sensi dell' art.234, comma terzo, del Trattato CE.

OSSERVA

A) Il fatto

1. Il Sig.Costa gestisce un punto di raccolta di scommesse su eventi sportivi ove opera quale concessionario della "Stanley International Betting Ltd", senza essere in possesso della concessione richiesta dalla legge e della licenza di pubblica sicurezza prevista dall 'art. 88 del Regio Decreto n.733 del 1938 (Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza).

Il Pubblico Ministero presso **il** Tribunale di Roma ha ravvisato in tale condotta gli estremi del reato previsto dall'art.4, commi I e 4-bis della legge 13 dicembre 1989, n.401 ed ha richiesto al Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Roma l'emanazione di un decreto penale con **il** quale **il** Sig.Costa fosse condannato al pagamento di una pena pecuniaria.

Il Giudice con la sentenza oggi impugnata ha ritenuto, sulla base di una assai sintetica motivazione, di dover disapplicare la disciplina interna in quanto la Corte di cassazione, dando applicazione ai principi fissati dalla Corte di Giustizia CE, ha stabilito che la legislazione italiana in materia contrasta con **i** principi contenuti nel Trattato CE. Alla disapplicazione della disciplina interna **il** Giudice ha fatto seguire, ai sensi dell'art.129 c.p.p., la dichiarazione di non doversi procedere nei confronti del Sig.Costa "perché **il** fatto non è più previsto come reato".

1. Il Procuratore della Repubblica presso **il** Tribunale di Roma propone ricorso a questa Corte lamentando l'esistenza di una violazione della legge che imporrebbe l'annullamento della sentenza. Afferma **il** ricorrente che l'ordinanza ha errato nel non considerare che le pronunce della Corte di Giustizia CE e della Corte di Cassazione invocate come precedente si riferiscono alla disciplina vigente anteriormente al "decreto Bersani" del 2006 ed in particolare ai bandi di gara che, nell'anno 1999, escludevano le società di capitali dalla partecipazione alle gare di aggiudicazione. Prima con l'art.22, comma II della legge finanziaria 2003 (n.289 del 2002), che ha esteso la possibilità di partecipazione anche alle società di capitali, e quindi con i bandi di gara emanati nel 2006 in attuazione dell'art.38 del decreto legge "Bersani" (d.l. n.223 del 2006, convertito con legge n.248 del 2006), lo Stato italiano ha superato le restrizioni oggetto delle censure della Corte di Giustizia CE e numerose società di diritto estero sono risultate assegnatarie dei diritti per l'attivazione di punti vendita di giochi pubblici.

Quanto alla mancata partecipazione della società Stanley alle gare indette nell' anno 2006, non sussistono le lamentate discriminazioni e si è, invece, in presenza di una valutazione di opportunità finanziaria che non assume rilievo sul piano giuridico. Pertanto, in assenza di un provvedimento di diniego di rilascio della concessione e della licenza da parte delle autorità italiane, soggetto agli eventuali gravami in sede amministrativa, la società ed i suoi concessionari non hanno titolo per lamentare violazioni da parte dello Stato italiano e per richiedere la disapplicazione della disciplina cui si sono sottratti volontariamente. In conclusione, una volta esclusa l'esistenza di contrasto tra la normativa italiana in tema di concessioni e autorizzazioni per l'attività connessa ai giochi e alle scommesse su eventi sportivi, da un lato, e quella comunitaria, dall'altro, risultano pienamente giustificati i controlli di affidabilità e di pubblica sicurezza che lo Stato italiano effettua preventivamente, ai sensi degli artt.II e 88 R.D. 18 giugno 1931, n.773, sui soggetti concessionari dell'operatore estero, con la conseguenza che l'attività di intermediazione nella gestione delle scommesse deve considerarsi illecita se effettuata senza le previste autorizzazioni di pubblica

a) sicurezza anche quando viene posta in essere in favore di un gestore regolarmente autorizzato e abilitato in altro Stato membro.

3. La Difesa del Sig.Costa ha presentato un'ampia memoria, nella quale non contesta che l'attività di raccolta sia stata posta in essere senza che la società "Stanley Intemational Betting Ltd" sia titolare di concessione e senza che il Sig.Costa sia in possesso della licenza di pubblica sicurezza. Afferma, tuttavia, che la licenza è stata richiesta alla locale Questura, pur conoscendo che secondo la disciplina attuale non può essere rilasciata in assenza di concessione o autorizzazione. Afferma, poi, che la disciplina nazionale è in contrasto con il Trattato CE e deve essere disapplicata da questa Corte anche nei suoi riflessi penali. Ha, infine, chiesto che, ove questa Corte non accolga la richiesta, proponga questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia CE ai sensi dell'art.234, comma terzo, del Trattato CE.

B) La Questione

Considerata la rilevanza che l'interpretazione degli artt.43 e 49 del Trattato CE riveste nel caso in esame, in quanto la decisione sul ricorso presentato dal Pubblico ministero presuppone la previa decisione circa la applicabilità della disciplina interna in tema di concessioni e autorizzazioni quale fondamento delle disposizioni incriminatrici contenute nell'art.4 della legge n.633 del 1941, si formula il seguente quesito pregiudiziale ai sensi dell'art.234 del Trattato CE:

Dica la Corte di Giustizia dell'Unione Europea quale sia l'interpretazione degli artt.43 e 49 del Trattato istitutivo dell'Unione Europea con riferimento a) libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nel settore delle scommesse su eventi sportivi al fine di stabilire se le citate disposizioni del Trattato consentano o meno una disciplina nazionale che stabilisca un regime di monopolio in favore dello Stato ed un sistema di concessioni e di autorizzazioni che, all'interno di un numero determinato di concessioni, preveda: a) l'esistenza di un indirizzo generale di tutela dei titolari di concessioni rilasciate in epoca anteriore sulla base di una procedura che illegittimamente ha escluso una parte degli operatori; b) la presenza di disposizioni che garantiscono di fatto il mantenimento delle posizioni commerciali acquisite sulla base di una procedura che illegittimamente ha escluso una parte degli operatori (come ad esempio il divieto per i nuovi concessionari di collocare i loro sportelli al di sotto di una determinata distanza da quelli già esistenti; c) la fissazione di ipotesi di decadenza della concessione e di incameramento di cauzioni di entità molto elevata, tra le quali l'ipotesi che il concessionario gestisca direttamente o indirettamente attività transfrontaliere di gioco assimilabili a quelle oggetto della concessione.

C) La disciplina nazionale e le sue applicazioni

a) La disciplina amministrativa prevede che le attività di raccolta e di gestione delle scommesse siano esercitabili solo da soggetti che abbiano ottenuto al termine di una pubblica gara una delle concessioni, di cui lo Stato fissa il numero complessivo. I medesimi soggetti debbono ottenere anche una autorizzazione di polizia disciplinata dal Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza.

a.1) Il sistema di concessione

Le regole fondamentali fissate per il sistema di concessione per le scommesse su manifestazioni sportive sono il risultato del combinato disposto delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 14 aprile 1948, n.496 e in alcune disposizioni di successive leggi finanziarie (art.3, comma 229 della legge 28 dicembre 1995, n.594; art. 3, comma 78 della legge 23 dicembre 1996, n.662; art.37 della legge 23 dicembre 2000, n.388) che fissano un regime di monopolio in favore dello Stato e quindi attribuiscono esclusivamente al C.O.N.I. (Comitato Olimpico Nazionale Italiano) e all'U.N.I.R.E. (Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine) la facoltà di assegnare le concessioni in materia di organizzazione e raccolta delle scommesse.

Successivamente, con **il** decreto legge 8 luglio 2002, n.138, convertito dalla legge 8 agosto 2002, n.178, le competenze in tema di scommesse sono state unificate e riservate all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato.

Con la legge finanziaria per l'anno 2003, e cioè con l'art.22, comma 11 della legge 27 dicembre 2002, n.305, le limitazioni relative all'azionariato delle società quotate, che sono state oggetto **di** osservazioni critiche da parte di sentenze della Corte di Giustizia CE (ed in particolare della sentenza del 21 ottobre 1999, Zenatti), hanno conosciuto una significativa modifica, nel senso che è stato permesso a tutte le società di capitale, qualunque ne sia la struttura, di partecipare alle gare per l'attribuzione delle concessioni.

Con l'art.14-ter del d.l. 14 marzo 2005, n.35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n.80 è stata soppressa la disciplina, vigente all'epoca delle gare effettuate nel 1999, che non consentiva ai titolari di concessione di operare mediante terzi soggetti a tal fine delegati (d.P.R. 8 aprile 1998, n.169 e D.M. 2 giugno 1998, n.174).

Una ulteriore e decisiva modificazione è stata introdotta con **il** decreto legge 4 luglio 2006, n.223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n.248 (di seguito indicato come "decreto Bersani"), che ha accolto le osservazioni delle istituzioni comunitarie al fine di armonizzare la normativa interna con i principi del Trattato CE ed ha previsto l'aggiudicazione di "nuovi" titoli concessori. Tale disciplina sarà esaminata più dettagliatamente in seguito.

a.2) I controlli di pubblica sicurezza

Al sistema di concessione fin qui delineato si collega un diverso sistema di controllo, disciplinato dal R.D. 18 giugno 1931, n.773 (Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza), ed in particolare dall'art.88, come modificato dall'art.37, comma 4 della legge 22 dicembre 2000, n.388. Tale disposizione prevede che:

"La licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o altri enti ai quali lo legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione".

Tale regime trova, poi, nell'art.11 del medesimo decreto una disciplina generale circa **i** requisiti soggettivi delle persone richiedenti, così che le autorizzazioni di polizia possono essere negate a chi ha riportato una condanna per delitto non colposo con pena superiore a tre anni di privazione della libertà personale (e non ha ottenuto riabilitazione); a chi è stato sottoposto a misura di prevenzione personale, o è stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza; a chi ha riportato condanna per alcuni reati, specificamente indicati, tra cui reati contro la moralità pubblica e **il** buon costume o violazioni della normativa relativa, appunto, ai giochi d'azzardo.

b) Le disposizioni penali

Sanzioni specifiche in materia di scommesse e gioco d'azzardo ed a tutela della correttezza nello svolgimento delle manifestazioni sportive sono previste dall'art.4 della legge 13 dicembre 1989, n.401, come modificata dall'art.37, comma 5 della legge 23 dicembre 2000, n.388.

In particolare, **il** comma 4 bis (introdotto con la legge n.388 del 2000) stabilisce che le sanzioni sopra indicate sono applicate *"a chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art.88 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n.773, e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero."*

Per completezza si segnala che **il** comma 4-ter, come si è detto introdotto anch'esso con la legge n.388 del 2000, prevede sanzioni penali simili per coloro che effettuino la raccolta o la prenotazione

di scommesse o di concorsi pronostici per via telefonica o telematica senza avere ottenuto la specifica autorizzazione da parte del Ministero delle comunicazioni.

c) La normativa di immediato interesse: il e.d. "decreto Bersani" (decreto legge 4 luglio 2006, n.223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n.248, in G.U. n.186, supplemento ordinario, dell' 11 agosto 2006).

L'art.38 ("Misure di contrasto al gioco illegale") prevede, al primo comma che entro il 31 dicembre 2006 vengano adottate una serie di disposizioni *"Al fine di contrastare la diffusione del gioco irregolare e illegale, l'evasione e l'elusione fiscale nel settore del gioco, nonché ad assicurare la tutela del giocatore"*.

Al comma secondo vengono disciplinate, sostituendo il comma 287 dell'art.1 della legge 30 dicembre 2004, n.311 (legge finanziaria 2005), *441 e nuove modalità di distribuzione del gioco su eventi diversi dalle corse dei cavalli"*; previsioni simili sono contenute nel successivo comma quarto dell'art.38 citato, che sostituisce il comma 498 dell'art.1 della citata legge n.311 del 2004. Tali disposizioni per la raccolta di scommesse su eventi diversi dalle corse dei cavalli (ma previsioni simili sono introdotte anche per queste ultime) prevedono, tra l'altro, che:

- può essere effettuata attività di raccolta del gioco da parte *"degli operatori che esercitano la raccolta del gioco presso uno Stato membro dell'Unione europea, degli operatori di Stati membri dell'Associazione europea per il libero scamoto e anche degli operatori di altri Stati, solo se in possesso dei requisiti di affidabilità definiti dall'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato"* (art.287, citato, lett.b);
- saranno attivati non meno di 7.000 nuovi punti di vendita (art.287, lett.d);
- sarà determinato il numero massimo di nuovi punti vendita per comune (art.287, lett.e);
- vengono fissate le distanze minime dai punti vendita già esistenti (art.287, lett.f, g);
- saranno definite *"le modalità di salvaguardia dei concessionari della raccolta di scommesse a quota fissa su eventi diversi dalle corse dei cavalli :disciplinate dal (regolamento di cui al) decreto del Ministro dell'economia e delle finanze l° marzo 2006. n.111"* (art.287, lett.1),

Al "decreto Bersani" hanno fatto seguito specifiche disposizioni tecniche di attuazione che accompagnano i bandi di gara e fissano requisiti e condizioni di natura contrattuale. Come sarà più ampiamente illustrato in seguito, il ricorrente ritiene che una particolare attenzione debba essere dedicata all'art.23 dello schema di convenzione per l'affidamento in concessione.

Rileva sul punto questa Corte che, giusta la delega che il citato art.38 del "decreto Bersani" attribuisce all' AAMS in ordine alla valutazione sull'affidabilità dei concessionari e al controllo sull'esecuzione delle concessioni, le disposizioni tecniche assumono carattere integrativo delle regole fissate dalla legge e debbono pertanto essere considerate come parte integrante della disciplina che l'ordinamento italiano applica ai giochi e alle scommesse.

d) Le decisioni del giudice amministrativo

Questa Corte deve rilevare che l'esistenza di decisioni sfavorevoli delle autorità di pubblica sicurezza e dell' AAMS ha spinto alcuni operatori stabiliti in Paesi membri a sollecitare il controllo del Giudice amministrativo. Con plurime decisioni il Consiglio di Stato ha pronunciato su ricorsi avverso i provvedimenti con cui il Questore ordinava la cessazione dell'attività dei centri di raccolta di scommesse svolta senza autorizzazione, oppure avverso i provvedimenti con cui l' AAMS interveniva sui siti internet oscurati per ragioni di assenza di autorizzazione.

In tali decisioni il Consiglio di Stato ha fissato il principio che non è compatibile con l'ordinamento italiano la condotta dell'operatore che raccolga scommesse su eventi sportivi senza essere titolare di concessione o autorizzazione e senza sottoporsi ai controlli di pubblica sicurezza previsti, con la conseguenza che non può essere destinatario di tutela l'operatore che per ragioni di ordine commerciale abbia deciso di non partecipare ai bandi di assegnazione delle concessioni pur avendo

■ requisiti di anuissione. Tale affenzazione riguarda direttamente la posizione della Stanley International Betting Ltd (cfr. la sentenza della Sesta Sezione, decisione del 21 Ottobre 2008, n.208/2009 nel procedimento Ministero dell'interno contro Talano): ■ Consiglio di Stato ha considerato che l'attivit  del centro raccolta dati operante per conto della societ  estera, regolarmente abilitata nel Paese membro, era stata iniziata illegittimamente in territorio italiano senza attendere l'esito della richiesta di autorizzazione.

e) La legislazione successiva

Per esigenze di completezza, anche ai fini di individuare la "ratio" delle modifiche al regime dei giochi pubblici e delle scommesse che lo Stato italiano sta introducendo a partire dall'anno 2002, questa Corte evidenzia che la disciplina emanata successivamente al "decreto Bersani" presenta una particolare attenzione per ■ profili legati alla tutela del consumatore, alla difesa dei giovani consumatori, alla prevenzione delle frodi e ai rischi di infiltrazioni della criminalit  nel settore delle scommesse. Il riferimento   alle seguenti disposizioni:

- decreto legge 25 settembre 2008, n.149, convertito dalla legge 19 novembre 2008, n.181 (G.U. n.276, supplemento ordinario, del 25 novembre 2008), con si cui intende dare attuazione alla sentenza della Corte di Giustizia CE del 13 settembre 2007, in causa C.260/04;
- decreto legge 1 luglio 2009, n.78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n.102 (G.U. n.179, supplemento ordinario, del 4 agosto 2009), in tema di lotterie;
- legge 7 luglio 2009, n.88, cos  detta "legge comunitaria" 2008 (G.U. n.161, supplemento ordinario, del 14 luglio 2009), emanata (art.24, comma 11) al fine di *"contrastare in Italia la diffusione del gioco irregolare ed illegale, nonch  di perseguire la tutela dei consumatori e dell'ordine pubblico, la tutela dei minori e la lotta al gioco minor/le ed alle infiltrazioni della criminalit  organizzata nel settore dei giochi"*. Tale legge introduce, all'art.24, la previsione di un "contratto di gioco" tipo che deve essere stipulato tra giocatore e concessionario e fissa una serie di sanzioni per ■ mancato rispetto degli obblighi relativi ai giochi a distanza

D) Il contenuto essenziale del ricorso del Pubblico ministero

Afferma ■ Pubblico ministero ricorrente che le pronunce della Corte di Giustizia CE e della Corte di Cassazione invocate come precedente non risultano pertinenti al caso in esame, dal momento che si riferiscono alla disciplina vigente anteriormente al "decreto Bersani" del 2006 ed in particolare ai bandi di gara che, nell'anno 1999, escludevano le societ  di capitali dalla partecipazione alle gare di aggiudicazione.

Prima con l'art.22, comma 11 della legge finanziaria 2003 (n.289 del 2002), che ha esteso la possibilit  di partecipazione anche alle societ  di capitali, e quindi con ■ bandi di gara emanati nel 2006 in attuazione dell'art.38 del decreto legge "Bersani" (decreto legge n.223 del 2006, convertito con legge n.248 del 2006)110 Stato italiano ha superato le restrizioni oggetto delle censure della Corte di Giustizia CE e numerose societ  di diritto estero sono risultate assegnatarie dei diritti per l'attivazione di punti vendita di giochi pubblici; quanto alle scommesse su eventi sportivi diversi dalle gare ippiche (per le quali vi   stato ■ rinnovo di 329 concessioni), sono stati messi in concorrenza un numero molto elevato di concessioni.

Per quanto concerne le doglianze della societ  Stanley, che a differenza di altri operatori stranieri non ha partecipato alle gare di aggiudicazione, ■ ricorrente contesta che sussistano le condotte discriminatorie lamentate: la societ  ha effettuato semplicemente una valutazione di opportunit  finanziaria che non assume rilievo sul piano giuridico, cos  che, in assenza di un provvedimento di diniego delle autorit  italiane, soggetto agli eventuali gravami in sede amministrativa, la societ  non ha titolo per lamentare violazioni da parte dello Stato italiano e per richiedere la disapplicazione della disciplina cui si   sottratta volontariamente.

Prosegue il ricorrente affermando che, esclusa l'esistenza di contrasto tra la nonnativa italiana in tema di concessioni e autorizzazioni per l'attività connessa ai giochi e alle scommesse su eventi sportivi, da un lato, e quella comunitaria, dall'altro, risultano pienamente giustificati i controlli di affidabilità e di pubblica sicurezza che lo Stato italiano effettua preventivamente, ai sensi degli artt.11 e 88 R.D. 18 giugno 1931, n.773, sui soggetti concessionari dell'operatore estero, con la conseguenza che l'attività di intermediazione nella gestione delle scommesse deve considerarsi illecita se effettuata senza le previste autorizzazioni di pubblica sicurezza anche quando viene posta in essere in favore di un gestore regolarmente autorizzato e abilitato in altro Stato membro.

E) La memoria presentata dalla Difesa

Osserva, in estrema sintesi, la Difesa del Sig.Costa che la disciplina introdotta nell'anno 2006 risponde solo apparentemente ai principi fissati dal Trattato CE e dalle sentenze interpretative adottate dalla Corte di Giustizia CE, in quanto le regole fissate per la partecipazione ai bandi per l'aggiudicazione delle concessioni contengono previsioni che:

- a) risultano discriminatorie nei confronti degli operatori esclusi dalla partecipazione ai bandi del 1999;
- b) sono giustificate non da ragioni imperative di ordine generale, bensì ed esclusivamente da ragioni fiscali e di tutela dei concessionari nazionali che già operano e vengono protetti nelle posizioni di privilegio ingiustamente acquisite in passato.

A tale proposito evidenzia che il regime risultante dal "decreto Bersani" e dai bandi di assegnazione delle concessioni emanati nell'anno 2006 si caratterizza per:

- b) la previsione di un numero chiuso di concessioni; .
- c) l'esistenza di limitazioni che favoriscono i titolari di concessione ottenuta a seguito del bando del 1999, come ad esempio il divieto per i nuovi concessionari di collocare i loro sportelli al di sotto di una determinata distanza da quelli già esistenti;
- c) la previsione di ipotesi di decadenza, tra le quali: decadenza nell'ipotesi che il concessionario gestisca direttamente o indirettamente attività di scommessa transfrontaliere; decadenza nell'ipotesi di rinvio a giudizio o di misure cautelari emesse nei confronti del concessionario, del legale rappresentante o degli amministratori della società concessionaria; decadenza nell'ipotesi che i titolari dei centri di trasmissione dati sia destinatari di inizio di processo penale.

Infine, la Difesa chiede a questa Corte che, qualora non ritenga di disapplicare la disciplina interna, quale giudice di ultima istanza proponga alla Corte di Giustizia CE una questione pregiudiziale ai sensi dell'art.234, terzo comma, del Trattato CE al fine di ricevere l'interpretazione autentica degli artt.43 e 49 del Trattato stesso in relazione al contenuto discriminatorio della disciplina italiana che dovrebbe essere applicata nel caso in esame.

F) Le considerazioni della Corte

1. Il Pubblico Ministero ricorrente contesta che sussistano gli estremi per la disapplicazione della disciplina interna e afferma che questa Corte può limitarsi a prendere atto dell'errata applicazione della legge operata dal Tribunale di Roma.

Al contrario, la Difesa del Sig.Costa individua una serie di aspetti problematici circa i contenuti concreti della disciplina vigente in Italia e ne evidenzia possibili incompatibilità con i principi fissati dagli artt.43 e 49 del Trattato CE, sollecitando l'eventuale proposizione di questione pregiudiziale al giudice comunitario.

In applicazione dell'art.234 del Trattato CE, come interpretato dalla Corte di Giustizia (sentenza 6 ottobre 1981 in causa 28/81; sentenza 1 aprile 1987, n.3135), la richiesta della parte processuale di proposizione della questione pregiudiziale può non essere accolta dal giudice nazionale anche nella

d) ipotesi disciplinata dal comma terzo allorché costui ritenga **il** tema non rilevante per la decisione, manifestamente privo di fondamento oppure già oggetto di valutazione da parte del giudice comunitario.

2. Questa Corte ritiene evidente che sussista la rilevanza del tema rispetto alla decisione sul ricorso proposto dal Pubblico Ministero, che ha ad oggetto una sentenza che ha disapplicato la disciplina interna perché non compatibile con le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi più volte richiamate. Inoltre, per quanto **fin** qui esposto, la Corte considera che si sia in presenza di questione di non agevole soluzione, che implica una attenta valutazione del contenuto e, ancor più, della estensione delle libertà tutelate dagli artt.43 e 49 del Trattato stesso.

3. Occorre, dunque, verificare se sussista **il** terzo requisito per la proposizione di questione pregiudiziale, e cioè se la questione non possa dirsi già esaminata e risolta **in** tutti i suoi aspetti di criticità da precedenti decisioni della Corte di Giustizia CE.

4. Questa Corte riconosce che con plurime sentenze interpretative la Corte di Giustizia CE, ora dell'Unione Europea, ha fissato principi rilevanti, ma non esaustivi, per la decisione del presente caso, in particolare stabilendo che:

a) Nel settore dei giochi non esiste armonizzazione comunitaria, così che ciascuno Stato può determinare le proprie priorità di tutela e **i** propri meccanismi di controllo (sentenza 6 marzo 2007, **in** cause riunite C-338/04 e altre, Placanica e altri, punto 47; sentenza 8 settembre 2009, in causa n.C-42/07, Liga Portuguesa, punto 57);

b) un sistema di monopolio con affidamento ad unico operatore può rispondere alle esigenze di tutela e non contrastare con le regole comunitarie (sentenza 8 settembre 2009, Liga Portuguesa, punto 67; sentenza Placanica e altri, punto 57);

c) i controlli che l'operatore estero conosce nel Paese membro dove si è stabilito e che lo autorizzano ad effettuare operazioni transfrontaliere possono non essere sufficienti per altro Paese membro, così che non è contrario al diritto comunitario che **il** secondo Stato imponga specifici controlli sull'operatore estero abilitato (sentenza 21 ottobre 1999, in causa C-67/1998, Zenatti, punto 35; sentenza 8 settembre 2009, Liga Portuguesa, punti 58, 68 e 69);

d) la normativa nazionale può, **in** conformità con i principi affermati negli articoli 45 e 46 del Trattato, prevedere deroghe che siano giustificate da motivi imperativi di interesse generale, quali la tutela dei consumatori, la prevenzione della frode e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva, la prevenzione di turbative dell'ordine sociale (sentenza 6 novembre 2003, Gambelli, punti 63 e 67; sentenza 21 settembre 1999, **in** causa C-124/1997, Laara, punti 32, 33; sentenza 21 ottobre 1999, Zenatti, punti 31 e 32; sentenza 6 marzo 2007, Placanica e altri, punto 46);

e) tali deroghe richiedono, altresì, che siano rispettati i criteri di effettiva finalizzazione, di proporzionalità ed effettività, di equivalenza e non discriminazione, etc. (sentenza 3 marzo 2007, Placanica e altri, punto 49; sentenza 10 marzo 2009, in causa C-169/07, Hartlauer, punti 55 e 59);

f) in particolare, con riferimento alla disciplina italiana vigente anteriormente all'anno 2006 si è affermato che al fine di eliminare **il** pregiudizio per gli operatori causato dalle restrizioni indebite, una soluzione percorribile può **in** via **di** principio essere costituita tanto dalla revoca e dalla redistribuzione delle precedenti concessioni quanto dalla messa a concorso di un numero adeguato di nuove concessioni (sentenza 6 marzo 2007, Placanica, punto 63).

5. Questa Corte rileva che l'Indebito pregiudizio per gli operatori esteri accertato dalla Corte di Giustizia con la sentenza 6 marzo 2007, Placanica e altri:

a) è stato eliminato sul piano penale con le sentenze che questa Corte **ha** emanato nel marzo 2007 e successivamente (per tutte si rinvia alle sentenze di questa Sezione 28 Marzo 2007, n.16969, PG **in**

è) proc.Palmioli, e 22 Ottobre 2008, n.2417, Grieco), con le quali è stata disapplicata la norma penale incriminatrice, così assolvendo gli imputati con la formula "perché il fatto non sussiste", nei casi in cui si è accertato che l'operatore estero non aveva potuto partecipare ai bandi di assegnazione delle concessioni che nell'anno 1999 escludevano in radice le società di capitale con azionariato anonimo, ferma restando l'affermazione che il reato sussiste qualora le autorizzazioni manchino o siano state negate per ragioni diverse;

b) è stato superato in via generale con l'art.22, comma 11 della legge n.289 del 2002, che ha rimosso l'ostacolo alla partecipazione delle società con azionariato anonimo alle gare di aggiudicazione delle concessioni;

c) infine, è stato affrontato con il "decreto Bersani", che non ha optato per l'annullamento di tutte le concessioni già rilasciate, ma, in conformità con quanto affermato al punto 63 della sentenza Placanica e altri, ha scelto la strada della pubblicazione di un numero elevato di nuove concessioni. In particolare, in attuazione delle norme contenute nel "decreto Bersani" si è provveduto alla pubblicazione di circa 16.000 nuovi titoli di concessione.

6. Tutto ciò premesso, questa Corte osserva che la questione sottoposta alla sua attenzione non può essere ricondotta ai profili di interpretazione che la Corte di Giustizia ha già esaminato. Il tema della presente decisione non ha come riferimento la questione se le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi possano conoscere limitazioni originate da motivi imperativi di carattere generale, ma ha ad oggetto quale sia, secondo l'interpretazione degli artt.43-49 del Trattato CE, l'estensione delle citate libertà e la possibilità che tale estensione soffra limitazioni da parte di un ordinamento interno che presenta caratteri che si assumono e che appaiono discriminatori ed escludenti nei termini in precedenza ricordati.

A tale proposito vengono in luce soprattutto le disposizioni di legge (in particolare il "decreto Bersani") e le relative disposizioni tecniche (in particolare l'art.23 dello schema di convenzione) che, nel porsi in sintonia con le indicazioni provenienti dalle istituzioni e dagli organi di giustizia comunitarie mediante l'ampliamento del numero e mediante una nuova distribuzione delle concessioni, prevedono forme di tutela delle posizioni acquisite dai precedenti concessionari al termine di una procedura che la Corte di Giustizia CE ha ritenuto non rispettosa delle citate libertà e prevedono specifiche clausole di decadenza dalla concessione per l'ipotesi di concomitante gestione transfrontaliera di altri giochi; si tratta di soluzioni che non possono essere valutate esclusivamente dal punto di vista della critica sulla normativa nazionale, ma chiamano in causa l'ambito di operatività di quei "motivi imperativi" che la giurisprudenza delle Corti di Giustizia ha ritenuto far parte dell'orizzonte stesso delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi. In tal modo, la valutazione di quelle soluzioni presuppone una chiara definizione dei contenuti e della estensione delle libertà ora citate e, dunque, una chiara interpretazione delle due disposizioni del Trattato CE che quelle libertà fissano e tutelano.

Sotto tale profilo, questa la Corte considera che l'interpretazione degli artt.43 e 49 del Trattato CE conservi margini di incertezza, che non sono stati risolti dalle ricordate pronunce della Corte di Giustizia CE.

7. Conclusivamente questa Corte ritiene che permangano dubbi interpretativi circa l'estensione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, come fissati negli artt.43 e 49 del Trattato CE, e che sia pertanto necessario chiarire se quelle libertà possano trovare limitazione in un sistema nazionale fondato sul rilascio di un numero limitato di concessioni e di successive licenze di pubblica sicurezza che preveda, tra l'altro:

a) l'esistenza di un indirizzo generale di tutela dei titolari di concessioni rilasciate in epoca anteriore ed al termine di una gara che aveva illegittimamente escluso una parte degli operatori;

- b) la presenza di disposizioni che garantiscono di fatto il mantenimento delle posizioni commerciali acquisite (come ad esempio il divieto per i nuovi concessionari di collocare i loro sportelli al di sotto di una determinata distanza da quelli già esistenti;
- c) la previsione di ipotesi di decadenza della concessione, e di incameramento di cauzioni di rilevante importo, tra le quali l'ipotesi che il concessionario gestisca direttamente o indirettamente attività transfrontaliere di gioco assimilabili a quelle oggetto della concessione.

Per quanto fin qui esposto la Corte di cassazione dichiara che il processo deve essere sospeso, e

DISPONE

che, ai sensi dell' art.234, comma terzo, del Trattato CE, gli atti del presente procedimento vengano trasmessi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma il 10 Novembre 2009

Il Giudice-presidente

At

~

i j

Il Presidente

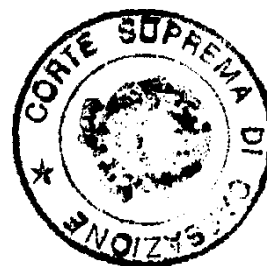
f/W.. "t >:..1,....~"

DEPOSITATA IN cAHc&u.&RIA

Il 25 SEN. 2010

ZIONARIO DI CANCELLERIA
dott. Fiorilla Bonati

[Handwritten signature]



E' copia conforme all'originale

Roma, li 2-2-2010

IL FUNZIONARIO DIRIGENTE

(dott. Fiorella Donati)

