

AIDA

Annali italiani del diritto d'autore,
della cultura e dello spettacolo

diretti da

Luigi Carlo Ubertazzi

professore ordinario di diritto industriale nell'Università di Pavia



XIII - 2004

Milano - Dott. A. Giuffrè Editore

La libertà di circolazione nella UE dopo le pronunce Gambelli e Lindman: solo un colpo ai regimi protezionistici in materia di scommesse e giochi d'azzardo?

SOMMARIO. - 1. Premessa - I. Giuoco e scommesse in Italia e nella UE, tra libertà di circolazione e regime di protezione - 2. Cenni introduttivi sulla disciplina italiana. - 3. La legge 13 dicembre 1989 n. 401. - 4. Sviluppo normativo e giurisprudenziale lungo gli anni '90. - 5. La legge 388 del 20 dicembre 2000. - II. Le pronunce Gambelli e Lindman - 6. Le fattispecie sottostanti. - 7. Quadro d'insieme. - 8. Restrizioni alla libertà di stabilimento. - 9. Restrizioni alla libera circolazione dei servizi. - 10. Deroghe al divieto di restrizioni previste dal Trattato ex artt. 45, 46 e 55. - 11. Deroghe al divieto di restrizioni di origine giurisprudenziale. - 12. Inesistenza di una disciplina di diritto comunitario secondario applicabile alle scommesse - III. Le ricadute delle pronunce di novembre 2003 - 13. Ricadute sull'ordinamento nazionale italiano. - 14. Ricadute sull'ordinamento interno dell'Unione europea. - 15. Ricadute sulla giurisprudenza della Corte: verso una maggior omogeneità nell'interpretazione e nell'applicazione della disciplina relativa alla libertà di circolazione delle persone? - 16. Ragioni imperative di interesse generale e ordine pubblico sociale.

1. Con le pronunce Gambelli¹ e Lindman², del novembre 1993, la corte di giu-

(1) CGCE 6 novembre 2003, C-243/01, *Gambelli*, non ancora pubblicata.

stizia ritorna sul delicatissimo problema del contrasto tra regimi nazionali e sistema delle libertà garantite dal Trattato CE in materia di scommesse e di giuoco d'azzardo, innovando profondamente la propria giurisprudenza precedente. Le conseguenze appaiono destinate a riverberare, in ordine crescente di allargamento del quadro d'indagine: sulla prassi giurisprudenziale consolidata della magistratura italiana, in particolare della suprema corte, in subiecta materia; sul quadro normativo italiano, rectius sull'ordinamento nazionale nel suo insieme, viste le particolari ricadute che il regime protezionistico del giuoco e delle scommesse esercita sull'assetto dello Stato, a partire dal sistema fiscale; sulle scelte politiche della commissione europea, inducendola a riaprire fascicoli dispersi dopo le umiliazioni subite al vertice di Edimburgo '92; sugli sviluppi delle libertà di circolazione nella UE alla luce della recente prassi della corte di giustizia e sugli effetti di sistema che se ne possono ormai trarre.

Su tali aspetti ci si intratterrà a dire il vero solo nella terza parte (III) del presente studio. Proprio le particolarità della fattispecie che ha dato origine al caso consigliano invero di ricapitolare dapprima brevemente il regime giuridico del giuoco e delle scommesse vigente in particolare nel nostro Paese (I), per approfondire poi i vari profili delle due sentenze del novembre 2003, alla luce della pregressa giurisprudenza della corte in materia (II).

I.

2. Nell'ordinamento italiano gli artt. 1933-1935 c.c. disciplinano unitariamente giuoco e scommesse (3), stabilendo (art. 1933 comma 2) la non ripetitività dell'avvenuto pagamento di debiti derivanti da giuoco e scommessa, debiti per il pagamento dei quali non è comunque prevista azione (art. 1933 par. 1). Il successivo art. 1934 prevede peraltro che, nel caso di competizioni sportive, la previsione di cui al comma 1 dell'articolo precedente non si applichi. Pur se gli articoli in questione non differenziano il giuoco dalla scommessa, si ritiene comunemente in dottrina realizzarsi la prima ipotesi quando i giocatori partecipano alla produzione dell'evento, al cui verificarsi è subordinata l'attribuzione della prestazione patrimoniale, evento su cui esiti quindi influiscono; si realizza invece l'ipotesi di scommessa quando due o più persone si impegnino ad una prestazione di contenuto patrimoniale nei confronti di chi fornisca un pronostico od indichi la soluzione.

Si tratta in ogni caso di un contratto (4) aleatorio, caratterizzato cioè dal fatto

(2) CGCE 13 novembre 2003, C-42/02, *Lindman/Skatterättsnämnden*, non ancora pubblicata.

(3) Sull'argomento v. S. BELTRAMI, *La disciplina dei giuochi e delle scommesse*, Milano, 1999, 1-525; L. BUTTARO, *Giuoco e scommessa - 1) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, 1-9; E. VALSECCHI, *Giuochi e scommesse (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 49 ss.

(4) Nessun dubbio è possibile sulla natura contrattuale del rapporto obbligatorio che si viene a formare, a nulla valendo l'osservazione in base alla quale, per il chiaro giudizio di disvalore operato dal legislatore, il rapporto sia privo di conseguenze giuridiche apprezzabili, se non a certe condizioni; invero il contratto nullo perché persegue interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico è pur sempre un contratto. V. L. BUTTARO, op.cit., 2.

che l'evento da cui dipende la prestazione si presenta come incerto (5). Le tipologie contrattuali, pur nella varietà e «creatività», sono riconducibili a due. La prima è quella in base alla quale un organizzatore conclude una serie di contratti bilaterali dal contenuto identico con una serie di scommettitori, assumendosi l'impegno di pagare, al verificarsi dell'evento previsto dal giocatore, un premio già stabilito o perché somma predeterminata, come nelle lotterie, o perché multiplo della posta versata, come nel caso del lotto, della roulette, delle scommesse sportive: in quest'ultima ipotesi risultando il moltiplicatore determinato dallo stesso organizzatore tramite quotazione dei singoli eventi. Il premio è quindi dovuto al singolo vincitore indipendentemente dal numero dei giocatori (e quindi dalla cifra raccolta dall'organizzatore) e dei vincitori (in astratto tutti i partecipanti): è evidente come in capo all'organizzatore sussista allora un preciso interesse economico al realizzarsi di un risultato al posto di un altro; donde l'indubbio rischio di truffe. A tale rischio gli ordinamenti nazionali reagiscono diversamente. In alcuni casi essi considerano quella del bookmaker (o allibratore) una attività di tipo imprenditoriale, disciplinata con particolare rigore per i rischi cui è esposta; è quanto avviene nel Regno Unito (RU), il cui ordinamento prevede inter alia l'obbligatorietà dell'assunzione della forma di società di capitali per lo svolgimento dell'attività in discorso. Altri ordinamenti, come quello italiano, reagiscono all'accennato rischio circondando l'attività in esame di un ambiguo alone di generale disvalore, evidenziato del resto proprio dall'art. 1933 par. 2, senza peraltro giungere alla logica conseguenza del divieto. Piuttosto, come di seguito si vedrà, viene instaurato un rigido sistema di esclusive e concessioni.

La seconda tipologia contrattuale comprende i giuochi in cui l'ammontare della vincita non è predeterminato né predeterminabile, ma dipende invece dal numero dei partecipanti e dal numero dei vincitori, dovendo essere tra questi ripartiti. È il caso tipico del concorso pronostici, dal totocalcio al totip (6).

La già evidenziata sfiducia del legislatore italiano verso il mondo del giuoco e delle scommesse risulta con chiarezza dalla severa disciplina penalistica prevista per il giuoco d'azzardo agli artt. 718ss. c.p., nonché dalla disposizione di cui all'art. 88 del r.d. 18 giugno 1931 n. 773 (7). Mentre l'art. 721 c.p. stabilisce le condizioni in presenza delle quali si verifica l'ipotesi penalmente rilevante di giuoco d'azzardo (8), riconducibili a due elementi, l'uno soggettivo (il fine di lucro), l'altro oggettivo

(5) Per un importante e chiarificatorio intervento della Cassazione al riguardo v. oltre, nota 9.

(6) In tal caso, si sostiene, si ha un contratto aleatorio plurilaterale o con comunione di scopo, di cui "sono parti sempre e solo tutti gli scommettitori contemporaneamente", mentre il gestore si limita a raccogliere in nome e per conto dei giocatori ed in qualità di intermediario le singole adesioni, a riscuotere le somme investite, ad individuare i vincitori ed a ripartire i premi fra costoro: L. BUTTARO, op.cit., 3. Sulla suddivisibilità del contratto plurilaterale in un fascio di contratti bilaterali v. peraltro L. PICCHIO FORLATI, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova, 1974, 365ss.

(7) V. oltre, nota 11.

(8) V. G. PIOLETTI, *Il giuoco in diritto penale*, Milano, 1970, 1-147; ID., *Giuochi vietati*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 68 ss.; RANUCCI D., *Giuoco III) Giuoco d'azzardo e giuochi vietati - Diritto Penale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, pp. 1-5.

(carattere «quasi completamente aleatorio» della vincita e della perdita), l'art. 718 c.p. punisce «chiunque tiene un giuoco d'azzardo ovvero lo agevola», intendendosi con la voce verbale «tiene» una gamma di comportamenti variegati, dall'attività materiale a quella prodromica e logistica, a quella direttiva ed amministrativa nonché di sorveglianza; la seconda ipotesi, quella di agevolazione, è rivolta invece specificamente a quei gestori di pubblici locali che non controllino l'attività ludica praticata dagli avventori: il fatto insomma che questi ultimi, invece della consumazione, giochino somme di denaro.

Un contributo chiarificatore sarebbe peraltro venuto dalla cassazione penale nel 1997; questa, andando oltre la tutto sommato non particolarmente utile distinzione tra giuoco e scommessa nel senso sopra indicato, stabiliva una differenza tra «giochi di sorte» in senso proprio (lotto, lotterie, etc.) e scommesse, con particolare riguardo alle scommesse sull'esito delle competizioni sportive, nelle quali la possibilità di vincita è «influenzata anche dalla competenza tecnica del giocatore» (9). Le conseguenze della pronuncia della cassazione vanno nel senso della non applicabilità alle scommesse su avvenimenti sportivi della disciplina stabilita dall'art. 718 per il giuoco d'azzardo. Resta che queste necessitano comunque, anche quando non siano riservate allo Stato, o gestite dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI) e da organizzazioni da esso dipendenti o dall'Unione nazionale incremento razze equine (UNIRE) (10), di autorizzazione di polizia ex artt. 8 e 88 TUPS (11).

Per l'esattezza il regime dei giuochi e delle scommesse distingue tra giuochi riservati allo Stato (lotto, lotterie nazionali), giuochi e concorsi pronostici relativi a manifestazioni sportive poste sotto il controllo del CONI e dell'UNIRE, cui ne è riservato l'esercizio, giuochi d'azzardo che si svolgono in case da giuoco nei comuni a ciò autorizzati con provvedimento normativo, e infine altri giuochi, come i concorsi a premio, la cui organizzazione necessita di specifica autorizzazione da parte della p.a., autorizzazione emanata appunto sulla base delle valutazioni imposte dall'art. 88 TUPS. I concorsi pronostici riservati al CONI ed all'UNIRE (12) hanno peraltro subito di recente una profonda riorganizzazione. Il CONI (13) in partico-

(9) Cass. 24 giugno 1997, III Sez.pen., (ric. *Cacace*) che annulla l'ordinanza del trib. Napoli 28 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, II, 418-430, con nota di LA SPINA F., 419-425. Interessanti considerazioni anticipatorie in M.G. MAGLIO e F. GIANNELLI, *Questioni civili e penali in tena di giuoco d'azzardo*, in *Giur. mer.*, 1992, 777-791.

(10) Alla stregua dell'art. 6 del d.lgs. 14 aprile 1948 n. 496, *Disciplina delle attività di giuoco*, in *GURI* n. 118 del 22 maggio 1948.

(11) R. d. 18 giugno 1931 n. 773, in *GURI* n. 146 del 26 giugno 1931; l'art. 88, prima della modifica del 2000, attribuiva alla PA la possibilità di consentire l'esercizio delle sole scommesse «necessarie all'utile svolgimento della gara».

(12) La disciplina giuridica generale relativa al concorso pronostici è contenuta nel d.lgs. 14 ottobre 1948 n. 496, e nel d.p.r. 18 aprile 1951 n. 581, contenente la normativa di applicazione e di esecuzione del d.lgt. 496.

(13) V. art. 3 comma 229 della legge 28 dicembre 1995 n. 549, *Misure di razionalizzazione della funzione pubblica*, in *GURI* n. 302 (suppl. ord. 153) del 29 dicembre 1995. Le norme per l'organizzazione e l'esercizio delle scommesse sono nel regolamento approvato con d.m. 2 giugno 1998 n. 174, *Regolamento recante norme per l'organizzazione e l'esercizio delle scommesse a totalizzatore ed a quote fisse su competizioni sportive organizzate dal CONI, da adottare ai sensi dell'art. 3 comma 230 della legge 549 del 1995*, in *GURI* n. 129 del 5 giugno 1995,

lare può dare in concessione la gestione di scommesse su competizioni sportive organizzate sotto il proprio controllo a persone fisiche e società che offrano adeguate garanzie; analoga facoltà di scelta tra gestione diretta e concessioni è data al CONI per il totalizzatore nazionale, con l'unica limitazione che i terzi concessionari devono essere diversi da coloro che gestiscono le scommesse (14). Anticipando la successiva trattazione, va sin d'ora segnalato come sul regime delle scommesse vigente in Italia penda davanti alla corte di giustizia un ricorso per infrazione avviato dalla commissione contro il nostro Paese (15).

3. Il dilagare del calcio scommesse alla fine degli anni '80 ha fornito al legislatore italiano l'opportunità di un intervento ad ampio raggio, intervento concretatosi nell'emanazione della l. 13 dicembre 1989 n. 401, «Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini a tutela della correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche» (16). Detta legge si poneva il fine di colpire le frodi nelle com-

mentre la convenzione-tipo per godere della concessione è stata approvata con d.m. 19 giugno 1998. Cfr. S. PIASCO, *Lotto e giochi organizzati*, in *Dig. pubbl.*, IX, 1994, pp. 278-284 e ID., *Lotto e giochi organizzati*, in *Dig. pubbl. agg.*, 2000, 392-394. Da notare che l'art. 4 della legge 8 agosto 2002 n. 178, in *GURI* n. 187 (suppl. ord. 168/L) del 10 agosto 2002, di conversione con modifiche del d.lgs. 138 dell'8 luglio 2002, *Intervento urgente in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento delle spese farmaceutiche e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate*, in *GURI* n. 158 dell'8 luglio 2002, prevede che le funzioni di organizzazione ed esercizio di giuochi, scommesse e concorsi pronostici passino in linea generale all'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato; per quanto riguarda in particolare i concorsi pronostici legati ad avvenimenti sportivi tali funzioni, ferma restando la competenza attribuita al CONI dalla legge del 1948, le competenze ora indicate sono attribuite all'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato come concessionaria.

(14) Per quanto riguarda le corse di cavalli, v. l. del 23 dicembre 1996 n. 662, *Misure di razionalizzazione della funzione pubblica*, in *GURI* n. 303 (suppl. ord. 233) del 28 dicembre 1996 e relativo regolamento di applicazione approvato con DPR 8 aprile 1998 n. 169, *Regolamento recante norme per il riordino della disciplina organizzativa, funzionale e fiscale dei giuochi e delle scommesse relativi alle corse dei cavalli, nonché per il riporto dei proventi ai sensi dell'art. 3 comma 78 della legge 23.12.1996 n. 662*, in *GURI* n. 125 del 1 giugno 1998. Le tipologie di scommesse sono disciplinate con d.m. del 15 giugno 1998. L'art. 3 comma 77 della legge 662 e l'art. 2 del dpr. n. 169 affidano la gestione dei giochi e delle scommesse sulle corse dei cavalli ai Ministeri delle finanze e, rispettivamente, delle politiche agricole, che possono provvedervi direttamente o tramite enti pubblici, società o allibratori da essi individuati.

(15) V. oltre, par. 8 il ruolo attribuito all'UNIRE nella disciplina dell'attività di scommessa sulle corse di cavalli è venuto anche all'attenzione dell'autorità garante della concorrenza sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante. V. AGCM 13 aprile 1995 n. 2950, in *Dir. ind.*, 1996, pp. 207 ss. (con nota di CATELLI V.) e in *Riv. dir. sp.*, 1996, pp. 825 ss. con commento di P.F. VALDINA, *Una corsa a handicap: scommesse ippiche e abuso di posizione dominante*, pp. 640-844. Sull'argomento anche L. NIVARRA, *Giuoco e scommesse sportivi*, in questa *Rivista* 2003, 136-143.

(16) Legge n. 401/89 del 13 settembre 1989, in *GURI* n. 294 del 18 dicembre 1989. Per primi commenti sulla versione originaria di tale legge: A. BOLOGNA, *Note critiche all'articolo 4 della legge n. 401/1989 in tema di esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa*, in *Riv. Dir. Sp.*, 1990, 415-451; G. VIDIRI, *Frode sportiva e repressione del giuoco e delle scommesse clandestine (Legge 13 dicembre 1989 n. 401)*, in *Giust. Pen.*, 1992, II, 648-668. Per una prima quanto garibaldina analisi del rapporto tra nuova legge nazionale italiana ed ordinamento comunitario, M. COCCIA, *I concorsi pronostici e le scommesse sulle competizioni sportive ed il diritto comunitario*, in *Riv. dir. sp.*, 1992, 241-267 e G. ROSSI, *Il mercato unco euro-*

petizioni sportive e di tutelare i diritti degli onesti scommettitori, autori di puntate sugli eventi sportivi, rispetto alla possibilità di cadere vittima di tali frodi. Le due finalità indicate risultavano quindi affatto omogenee; elementi di profonda estraneità venivano peraltro introdotti dal fatto che il perseguimento del secondo obiettivo si intrecciava con quello, ulteriore se non ultroneo, di combattere più efficacemente «l'usurpazione dei poteri inerenti all'organizzazione di giochi, scommesse o concorsi pronostici» (17) da parte di soggetti non autorizzati. Per un verso, è pur vero, la ratio di un simile collegamento andava ricondotta alla stessa occasio legis; andava rintracciata cioè nel fenomeno del calcio scommesse clandestino e nella necessità di estirpare il fenomeno, onde rendere più sicura, e quindi appetibile, la scommessa ai giocatori potenziali. Per l'altro verso rientrava dalla finestra tutto quell'apparato concettuale volto all'attribuzione di disvalore al fenomeno della scommessa in sé, da sempre utilizzato per giustificare l'apparato normativo protezionistico; a tale preesistente ambiguità veniva peraltro ad aggiungersi una evidente contraddizione con la finalità primaria propria dell'art. 4 della l. 401 consistente, giova ripetere, nel favorire l'onesto scommettitore. Se ne deve concludere che quella «insincerità assiomatica» (18) che esploderà alla luce del sole con le versioni successive dell'articolo in esame è già presente nella versione originaria della l. 401/89 (19).

L'art. 4 della l. 401/89, nella sua formulazione originaria, sanziona penalmente il comportamento di chiunque organizzi scommesse o concorsi pronostici su eventi sportivi riservati allo Stato o ad altro ente concessionario, compresa l'organizzazione di scommesse o concorsi pronostici su attività sportive gestite dal CONI o dall'UNIRE. È poi sanzionato penalmente, anche se con pena edittale inferiore, il reato commesso da chi comunque eserciti abusivamente «l'organizzazione di pubbliche scommesse su altre competizioni di persone o animali».

4. Il sistema introdotto dalla 401 risultò fin dall'inizio malfermo a causa della pressione transnazionale cui era sottoposto. Già prima della diffusione di Internet l'attività dei bookmakers stranieri nel nostro Paese si sviluppava infatti attraverso l'impiego di conti correnti nelle banche italiane da parte dei clienti desiderosi di scommettere con operatori stranieri, conti correnti sui quali vengono effettuati accrediti (corrispondenti alle puntate) e addebiti (corrispondenti alle vincite) in relazione alle scommesse effettuate. Ciò sia per avvenimenti sportivi esteri che nazionali. Incerta essendo la punibilità dei comportamenti corrispondenti a tale prassi alla stregua della normativa vigente (20), il legislatore provvedeva ad una prima modifi-

peo e il monopolio del Coni sui giochi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive, *ivi*, 229-240.

(17) G. VIDIRI, *op.cit.*, 358.

(18) Definizione condivisibile proposta dalla dottrina di cui oltre, nota 20.

(19) Ciò a prescindere da alcune altre aporie della legge, non rilevanti ai fini del presente lavoro, quale l'inserimento di previsioni in materia di gioco del lotto in un testo di legge che ha ad oggetto la disciplina delle scommesse su eventi sportivi, disciplina che mal si attaglia ad un gioco di sorte.

(20) Per una convincente discussione sul punto v. Y. NUNZIATA, *Allibratori (inglesi) e legge penale (italiana)*, in *Riv.Pen.*, 1994, 249-251.

ca della l. 401/89 (21), inserendo all'art. 4, dopo il comma 1, la previsione che vuole l'applicazione delle stesse sanzioni «a chiunque venderà sul territorio nazionale, senza autorizzazione dell'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, biglietti di lotterie nonché analoghe manifestazioni di sorte di Stati esteri, nonché a chiunque partecipi a tali operazioni mediante la raccolta di prenotazione di giocate e l'accreditamento delle relative vincite».

La nuova normativa (22), appare formulata ad hoc onde impedire l'ingresso dei bookmakers inglesi, operatori regolarmente autorizzati in altro Stato membro, nel mercato nazionale italiano. I dubbi di parte della dottrina sulla compatibilità della legislazione vigente nel nostro Paese con l'ordinamento comunitario in materia di libera circolazione dei servizi, si scioglievano di fronte all'onda lunga della pronuncia Schindler (23). Si sottovalutava con ciò la radicale diversità del quadro normativo nazionale cui si riferiva tale sentenza rispetto al quadro italiano, dal momento che, all'epoca del rinvio pregiudiziale, le lotterie risultavano affatto vietate nel RU (24).

La giurisprudenza nazionale, dal canto suo, si schierava omogeneamente, soprattutto nei gradi superiori di giudizio, su di una linea di completo sostegno alla normativa nazionale (25), negandone ogni contrasto con il diritto comunitario; riteneva qualche anno dopo la propria scelta avallata dalla pronuncia Zenatti (26), indulgendo in una lettura rituale e poco attenta al reale pensiero espresso in quella occasione dai giudici di Lussemburgo. Ove si consideri, anticipando quanto dovrà peraltro essere oggetto di puntuale dimostrazione in seguito, che le pronunce Ze-

(21) Con legge 24 dicembre 1993 n. 537, *Interventi correttivi di finanza pubblica*, in *GU-RU* n. 303 del 28 dicembre 1993; l'art. 11 comma 35 della legge in esame prevedeva appunto la modifica in discorso.

(22) La cui stessa formulazione suona peraltro a conferma della tesi che sosteneva non perseguibili dette pratiche alla stregua della formulazione originaria della norma: v. M. NUNZIATA, *op.cit.*, 249.

(23) CGCE 24 marzo 1994, C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excises/Schindler*, in *Racc.*, I-1039ss. La pronuncia è riportata anche in *Foro it.*, 1994, 521ss., con nota di M. COCCIA, *"Rien ne va plus": la Corte di Giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo* e in *Riv.Dir.Sp.*, 1994, con nota ancora di M. COCCIA, *Controllo pubblico sui giochi d'azzardo e principio comunitario di libera circolazione dei servizi* (729-733). V. anche i commenti di L. GORMLEY, *Pay your money and take your chance?*, in *Eur.LawRev.*, 1994, 644-653, e di V.HATZPOULOS, in *Comm.Mark.LawRev.*, 1995, pp. 841-855.

(24) V. oltre, parr. 8-9.

(25) V. C.S. 18 giugno 1996, n. 862 (ord.) in *Riv. dir. sp.*, 1997, 554ss. (con nota di G. CHINE', *Scommesse con allibratori stranieri e principio comunitario di libera prestazione dei servizi*); TAR Lazio 14 marzo 1996, n. 658 (ord.), in *Riv.Dir.Sp.*, 1996, pp. 533 ss.; Cass. 24 giugno 1997, III Sez. Pen., n. 437, in *Giust. pen.*, 1999, 987; Cass. 18 giugno 1997 n. 1824, in *Giust. pen.*, 1998, 3400; Trib. Isernia, 9 marzo 1999, in *Giur. mer.*, 1999, 1030ss. (con commento di CAMILLETTI R., *Sulla buona fede nella partecipazione ad attività di gioco o scommessa abusivamente esercitata*); Cass. 1 luglio 1999 n. 1999, in *Giust. pen.*, 2001, 280-281.

(26) CGCE 21 ottobre 1999, C-67/98, *Zenatti*, in *Racc.*, I-7289 ss. Anche in questa *Rivista* 2000, pp. 503 ss., con commento di ZAGATO L., *Libertà di circolazione dei servizi e Stati biscazzieri ovvero... il giudice comunitario nel regno di Shangri-là*, pp. 508-518 e in *Foro it.*, 2000, 218 ss., con nota di BARONE A. annotata anche da LUBY M. in *JDI*, 2000, pp. 490-491, e da MUNIZ, in *Rev.mar.un.eur.*, 1999, 211.

natti e Läärä (27) costituiscono comunque un momento di non completa sintonia con lo sviluppo innovativo già in corso della giurisprudenza della corte in materia di libertà di prestazione dei servizi (28), è giocoforza prendere atto di una situazione di crescente, pur se inespressa, conflittualità tra l'ambiente giuridico italiano e lo «spirito dei tempi» (29), intendendo con questo l'environment giuridico in rapida trasformazione dell'Unione europea. Onde far esplodere in piena luce il conflitto sarà peraltro necessario un ulteriore, temerario intervento del legislatore italiano.

5. Alla luce del crescente fenomeno di attività di raccolta di scommesse da parte di bookmakers stranieri tramite il ricorso allo strumento di Internet, il legislatore interveniva ancora con l. 388/00 (legge finanziaria 2001) (30) il cui art. 37 par. 5 modificava la l. 401 dell'89 con l'inserimento dei due nuovi articoli 4 bis e 4 ter, mentre il par. 4 modificava l'art. 88 par. 1 TUPS.

L'articolo 4 bis prevede che le sanzioni di cui all'art. 4 siano applicate anche a chiunque, privo dell'autorizzazione di cui all'art. 88 del r.d. del 1931 come in seguito modificato, «svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualche modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero». Alla stregua dell'art. 4 ter, le pene di cui sopra si applicano a chiunque effettui la raccolta o la prenotazione, inter alia, di «scommesse per via telefonica o telematica se sprovvisto di apposita autorizzazione all'uso di tali mezzi per la predetta raccolta o prenotazione». Per quanto riguarda il TUPS, il nuovo art. 88 par. 1 stabilisce che «la licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o di altri enti ai quali la 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».

Se l'orientamento prevalente in giurisprudenza è ancora quello favorevole alla piena compatibilità della normativa nazionale con il Trattato CE anche a seguito delle modifiche apportate dalle legge 388 del 2000 (31), e si segnala piuttosto per uno sforzo di approfondimento della ratio sottostante ai nuovi articoli (32), si mani-

(27) CGCE 21 settembre 1999, *Läärä*, in *Racc.* I-6067, annotata da STRAETMANS G., *Case Law*, in *Comm. mark. Law rev.*, 2000, pp. 991-1005.

(28) Oltre, par. 9-11 e ancora oltre, par. 15.

(29) Riprendendo l'osservazione di L. NIVARRA, *op.cit.*, 137: «Si sa, lo spirito del tempo non ama i monopoli legali. Accade così che su giochi e scommesse sportive, che certamente sono un monopolio legale, si siano appuntate le attenzioni dei veri custodi dell'ordine giuridico del mercato, la giustizia comunitaria e la nostra AGMC».

(30) L. 23 dicembre 2000 n. 388 (legge finanziaria 2001), in *GURI* n. 302 (suppl. ord. 219/L) del 29 dicembre 2000.

(31) Cons. St. 21 dicembre 1999, in *C.S.*, 1999, IV, 2081 ss.; Cass. 4 luglio 2000, in *Riv. pen.*, 2001, 320; Trib. Avellino, 2 marzo 2001, in *Giur. mer.*, 2001, 689-690; Cass. 11 luglio 2001, n. 36206, in *Riv. pen.*, 2002, 40-42; Cass. 21 novembre 2001 n. 41667, in *Riv. pen.*, 2002, 622-623; Cass. 29 aprile 2003, II Sez. Pen., in *Giust. Pen.*, II, 313-314.

(32) V. in questo senso particolarmente la ricostruzione operata dalla II Sezione penale della Cassazione con la sentenza dell'aprile 2003, secondo la quale gli artt. 4 bis e, rispettiva-

festano nondimeno crescenti dubbi, in particolare da parte della magistratura incaricata di applicare in prima istanza la nuova normativa, o investita della materia a seguito di ricorsi contro provvedimenti cautelari. Donde, inevitabile, la richiesta alla Corte di Giustizia di una nuova pronuncia in via pregiudiziale.

II.

6. È il momento a questo punto di prendere in esame le due pronunce della corte del novembre 2003. Il caso Gambelli, cominciando da questo, trae origine dall'individuazione, ad opera della procura della repubblica presso il tribunale di Fermo, della presenza nel territorio nazionale di un'organizzazione diffusa e capillare di agenzie collegate via Internet con l'allibratore inglese Stanley International Betting di Liverpool. Gli indagati risultavano iscritti alle varie camere di Commercio come titolari di imprese per l'avvio di centri trasmissione dati, avendo una autorizzazione a ciò ai sensi di una delibera ad hoc da parte del ministero delle Poste e Telecomunicazioni (33). Il meccanismo delle scommesse era indirizzato prevalentemente, ma non esclusivamente, a giocate sulle partite del campionato di calcio nazionale italiano: il giocatore inviava all'agenzia indicazione delle partite su cui intendeva giocare e della somma; l'agenzia inviava la richiesta via Internet alla Stanley per l'accettazione, che avveniva in tempo reale. Seguiva il pagamento della puntata da parte del giocatore alla rete di agenzie, che inoltrava la somma alla Stanley su un conto estero; percorso inverso seguiva il pagamento delle eventuali vincite.

Per il giudice delle indagini preliminari si era in presenza di un'associazione per delinquere finalizzata all'organizzazione di scommesse clandestine e truffa ai danni dello stato, ai sensi dell'art. 4 della l. 401/89 e dell'art. 88 TUPS, come modificati dalla l. 388/00. Egli ordinava quindi il sequestro preventivo di tutte le attrezzature e sedi, emanava mandato di cattura contro uno degli indagati, il sig. Garrisi, membro del consiglio di amministrazione della Stanley International Betting e responsabile delle attività della stessa in Italia (concedendo a costui gli arresti domiciliari). Contro il decreto di sequestro veniva proposta istanza di riesame innanzi al tribunale di Ascoli Piceno.

Tale giudice investiva la corte del problema della compatibilità del trattato con la normativa italiana, preoccupandosi anche di sottolineare quelle che a suo dire risultavano le differenze tra la fattispecie in esame e quelle già esaminate dai giudici di Lussemburgo nei casi Schindler e, soprattutto, Zenatti; con ciò egli intendeva giustificare la riproposizione della normativa italiana rilevante al vaglio della corte a pochi anni di distanza dal caso Zenatti. Le differenze consistevano nell'introduzione di una modifica alla 401/89 da parte del legislatore italiano in occasione della legge finanziaria per il 2001 (34), nonché nel fatto che la fattispecie investirebbe, oltre

mente, 4 ter della l. 401/89 tutelerebbero interessi diversi, e più precisamente l'ordine pubblico il primo, la difesa della sicurezza nelle telecomunicazioni il secondo.

(33) Ai sensi dell'art. 3 n. 1 della delibera dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni 19 luglio 2000, 467/00/Cons e in ottemperanza dell'art. 6 del dpr. 19 settembre 1997, n. 318, *Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni*, in *GURI* n. 221 (suppl. ord. 191/L) del 22 settembre 1997.

(34) A ben vedere la fattispecie sottostante nel caso Zenatti era molto simili: il signor Ze-

alla disciplina comunitaria della libera circolazione dei servizi, anche quella della libertà di stabilimento.

In termini più puntuali il tribunale di Ascoli Piceno chiede alla corte di esprimersi sulla compatibilità degli artt. 43ss. e 49ss. del Trattato con la normativa nazionale, ed in specifico con gli artt. 4, 4 bis e 4 ter della l. 401/89 come modificata dall'art. 37 della l. 388/00 «contenente divieti – penalmente sanzionati – di svolgimento delle attività, da chiunque e ovunque effettuate, di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, in particolare, su eventi sportivi» in assenza dei presupposti concessori e autorizzatori prescritti dal diritto interno.

Il giudice del rinvio si interroga sul peso da dare all'asserita giustificazione delle misure previste dai detti articoli, fondata sul pericolo per l'ordine pubblico delle scommesse (35), soprattutto alla luce del fatto che le modificazioni portate dalla legge comunitaria del 2001 alla l. 401/89 sono esplicitamente dettate dall'esigenza di salvaguardare, a scopi fiscali, la categoria dei «Tutoricevitori» imprenditori privati operanti in regime di concessione, mentre dai lavori parlamentari non risulta un solo richiamo al tema dell'ordine pubblico (36); al contrario, le disposizioni normative in discussione si inserirebbero in una politica di forte espansione del gioco e delle scommesse condotta negli ultimi anni dallo Stato italiano sul piano interno per scopi, appunto, erariali. Infine il Tribunale di Ascoli Piceno si interroga sul rispetto o meno del principio di proporzionalità da parte del legislatore italiano, evidente ove si confrontino la durezza sanzionatoria e la non particolarmente significativa rilevanza dell'interesse protetto con il grave sacrificio delle libertà di circolazione garantita dal trattato.

Più semplice è la fattispecie all'origine della pronuncia Lindman. Questa riguarda una cittadina finlandese residente nelle isole Åland, la signora Lindman, che il 7 gennaio 1998 ha vinto la cifra di 1.000000 di SEK nell'estrazione di una lotteria svoltasi in Svezia, lotteria il cui biglietto aveva acquistato durante un precedente soggiorno a Stoccolma.

La normativa finlandese sulle lotterie prevede che le imposte allo stato, per i giochi d'azzardo organizzati nel territorio finlandese, siano dovute dall'organizzatore del gioco (nella fattispecie della lotteria), mentre le eventuali cifre vinte in tali giochi non costituiscono reddito imponibile per i

privati. Peraltro la legge relativa all'autonomia delle isole Åland (1144/1991) affida giochi e lotterie all'autonomia legislativa regionale; il regime ivi istituito è quello autorizzativo, a favore di associazioni di diritto pubblico istituite in base ad

natti svolgeva in Italia un'attività di intermediario per una società inglese specializzata nell'accettazione di scommesse (la *Overseas*), allibratore autorizzato da quel Paese.

(35) V. supra, note 32-33. V. anche oltre, par. 13 e ancora oltre, par. 16.

(36) Ad avviso del giudice nazionale sulla base della versione originaria dell'art. 4 della l. 401/89 si sarebbe determinato lo sviluppo di una rete di operatori che avevano investito capitali nel settore delle scommesse su eventi sportivi esteri e che ora vedrebbero la loro attività di colpo consegnata all'illegalità. Ciò è senz'altro vero, ma il giudice del rinvio sembra ignorare la prima modifica del testo normativo avvenuta nel 1993, che certo comportava il divieto di tali attività (supra, par. 4). Trattasi del passaggio meno convincente dell'ordinanza del Tribunale di Ascoli Piceno.

un regolamento regionale. Orbene, la signora Lindman ha visto la propria vincita sottoposta contemporaneamente all'imposta nazionale sui redditi professionali, in quanto l'art. 85 di detta legge non impedisce la tassazione delle vincite di giuoco d'azzardo ottenute all'estero, all'imposta comunale, all'imposta speciale per il culto e ad un supplemento del premio d'assicurazione malattie in base alla legge finlandese su tali assicurazioni. Dopo che il suo reclamo era stato respinto nel maggio 2000 dallo Skattestyrelsen, la signora Lindman ha introdotto ricorso all'Åland förvaltningsdomstol per l'annullamento della misura. L'organo investito del ricorso, giudicando quella nazionale come una regola speciale fondata sul luogo d'origine della prestazione di servizi (punto 11) ha ritenuto necessario porre alla corte di Giustizia una questione preliminare relativa alla compatibilità della normativa finlandese con l'art. 49 del Trattato.

7. Il rinvio operato dal Tribunale di Ascoli Piceno, lo si è visto, pone i giudici di Lussemburgo nella necessità di esaminare per la prima volta la compatibilità della normativa nazionale anche con le norme relative alla libertà di stabilimento, a differenza di quanto avvenuto nei casi Schindler (37), Zenatti (38) e Läärä (39). A dire il vero in quest'ultima occasione il giudice finlandese del rinvio aveva domandato alla corte di pronunciarsi sulla compatibilità della normativa finlandese non solo con gli artt. 49 e 28 (nell'eventualità che il caso sottoposto alla sua attenzione rilevasse della circolazione delle merci) ma anche su qualsiasi altra norma del Trattato applicabile. Orbene, l'avvocato generale La Pergola nelle sue conclusioni non si era sot-

(37) Questo riguardava una campagna pubblicitaria rivolta al RU tramite messaggi postali provenienti da oltremare e contenenti l'invito ad acquistare biglietti di una lotteria destinata a svolgersi in Germania, invito che si scontrava con il divieto puro e semplice di svolgere lotterie esistenti in quel Paese. Peraltro, proprio nelle more della pronuncia *Schindler*, il Regno Unito adottò il 21 ottobre 1993 il *National Lottery Act*, con il quale creava la propria lotteria nazionale, ponendo nel contempo pesanti limiti alla possibilità dei propri cittadini di giocare alle lotterie di altri Paesi dell'Unione europea (anche se non vietandolo del tutto). Tale Atto, con il quale si creava un ulteriore monopolio nazionale, era stato anticipato, nel '92, da un *White Paper* che affermava «without a national lottery of our own, the UK market would continue to be attractive to lotteries from other EC countries or elsewhere». Come afferma L. HATZOPOULOS, op.cit., p. 852, il caso *Schindler* rappresentava un modo ben curioso di salutare la nascita di un mercato interno senza frontiere.

(38) Il caso ha ad oggetto un procedimento (amministrativo) contro il signor Zenatti. Questi aveva chiesto l'autorizzazione alla pubblica autorità di Verona per svolgere attività di intermediario nella raccolta di scommesse su avvenimenti sportivi esteri per conto della *Overseas*, società inglese che opera in tal campo, autorizzazione che gli sarebbe stata negata ex art. 88 TUPS, ma in attesa di risposta apriva comunque un centro di trasmissione dati (via Internet e telefax) dando inizio alla propria attività. Il questore gli ingiungeva senz'altro la cessazione dell'attività medesima. Lo Zenatti ricorreva al TAR del Veneto chiedendo l'annullamento della decisione, e la sua sospensione in via cautelare; il TAR accendeva, sospendendo con ordinanza l'efficacia del provvedimento controverso. Di qui il ricorso – peraltro a carattere estremamente circoscritto – da parte del questore di Verona al consiglio di stato, e la scelta di quest'ultimo di chiedere alla corte di Lussemburgo di esprimersi in via pregiudiziale.

(39) In tale pronuncia veniva in evidenza la normativa finlandese relativa al giuoco tramite apparecchi automatici, riservato in quel Paese ad una impresa operante in regime di monopolio.

tratto alla richiesta operata dal giudice nazionale, sottolineando anzi come la normativa nazionale finlandese sul giuoco d'azzardo andasse considerata sia dal punto di vista della libertà di circolazione dei servizi che della libertà di stabilimento, ma non solo: veniva infatti in rilievo, a suo giudizio, anche l'art. 86 del trattato, relativo alle norme di concorrenza applicabili alle imprese che operano in regime di monopolio. L'avvocato generale La Pergola era peraltro giunto alla conclusione che la «normativa finlandese costituisce un ostacolo alla libera circolazione dei servizi non giustificata, nella sua attuale formulazione, dalle pur riconoscibili esigenze di tutela dell'ordine sociale adottate da quello Stato» (40). I giudici di Lussemburgo, dal canto loro, per un verso disattendevano completamente la soluzione indicata dall'avvocato generale a proposito dell'incompatibilità della normativa nazionale finlandese con il principio della libera circolazione dei servizi; per l'altro verso rifiutavano di allargare il quadro della loro analisi alla libertà di stabilimento ed alle norme di concorrenza, dichiarando troppo generica la richiesta del giudice nazionale di valutare l'eventuale incompatibilità della norma finlandese con altre norme previste del trattato (41).

Tale scelta risultava congrua con quella operata nel caso *Zenatti*; con la scelta cioè di esaminare la normativa italiana alla stregua solamente delle norme relative alla libera circolazione dei servizi perché questa era la richiesta del giudice di rinvio. Parte della dottrina, alla luce del carattere residuale della prestazione dei servizi rispetto alle altre libertà nel sistema del trattato (42), si esprimeva peraltro critica-

(40) E non aveva quindi allargato la propria indagine fino a ricomprendervi la disciplina delle norme di concorrenza la compatibilità del monopolio finlandese con l'art. 86 del Trattato. L'avvocato generale La Pergola era particolarmente efficace nel porre in risalto la radicale differenza tra il caso *Schindler* e quello in esame: «un divieto di fornire un dato servizio ai destinatari stabiliti in un dato Stato membro; che non ammetta eccezioni in favore financo di un solo operatore avente la cittadinanza di quello Stato o stabilito nel suo territorio, non solleva alcun sospetto di motivazioni protezionistiche. Le autorità nazionali considerano indesiderabile il servizio in parola ed intendono bandirlo sulla base di giustificazioni in ipotesi legittime, quale... la natura affatto speciale dei giochi d'azzardo. Il divieto da esse coerentemente posto sarà, pertanto, assistito da una sorta di presunzione di proporzionalità rispetto alle esigenze invocate» (punto 38). Ben diverso è invece, proseguiva l'avvocato generale, il caso di un divieto selettivo, tale cioè da consentire la fornitura del servizio, nel rispetto di penetranti modalità di organizzazione ed esercizio, esclusivamente ad un operatore nazionale (la normativa finlandese sulle *slot-machines*). In questa seconda ipotesi, infatti, «è lo stesso Stato membro a dimostrare, con il prevedere un'eccezione al divieto, che le esigenze imperative di interesse pubblico invocate si presentano, secondo la stessa concezione delle autorità nazionali, con gravità ed urgenza relative e vanno intese con un certo grado di flessibilità» (ivi).

(41) Per l'esattezza i giudici di Lussemburgo rilevavano (punto 23) che il giudice del rinvio si era limitato ad aggiungere alla menzione degli artt. 30, 36, 59 e 60 del Trattato quella di «qualsiasi altro articolo del Trattato, senza fornire nessun'altra precisazione in merito né nella motivazione né nel dispositivo della sua ordinanza». Di conseguenza la Corte stessa non era in grado di pronunciarsi sulla questione se «disposizioni del Trattato diverse da quelle relative alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione dei servizi ostino ad una normativa nazionale come quella oggetto della causa a qua».

(42) V. in tal senso CGCE 4 dicembre 1986, 205/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 3755ss. (punto 21) e 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.*, I-4165ss. (punto 20). Su quest'ultima sentenza in particolare: BARANI A., *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, in *DCSI*, 1996, pp. 301-310; Y. BRULARD e P. DEMOLIN, *L'avocat européen est-*

mente su tale scelta; la corte avrebbe il dovere di analizzare prima se la fattispecie sottoposta al suo esame rientri nella libertà di circolazione dei lavoratori subordinati o nella libertà di stabilimento, riqualificando se del caso in tal senso l'eventuale quesito posto dal giudice nazionale del rinvio, e solo a seguito di valutazione negativa sottoporre la fattispecie alla disciplina attinente la libera circolazione dei servizi (43).

Giova peraltro anticipare come nel caso *Gambelli* il percorso suggerito dalla citata dottrina, pur seguito dall'avvocato generale Alber, sia nuovamente disatteso dalla corte, sia pure per finalità e con esiti affatto diversi da quelli del caso *Läärrä*. Le conclusioni dell'avvocato generale in effetti analizzano il caso dapprima dal punto di vista della libertà di stabilimento, valutando se sotto tale profilo la normativa italiana sia in contrasto con la disciplina comunitaria; accertato ciò, verificano se esistano elementi che giustificano misure nazionali capaci di ostacolare o impedire l'esercizio di tale libertà. Successivamente l'avvocato generale ripete l'intero iter per il caso in cui il giudice del merito verificò invece, applicando i criteri dettati dalla corte nel caso *Factortame* (44), che l'attività svolta dagli intermediari italiani di Stanley non rappresenti un caso di stabilimento secondario ma bensì di prestazione di servizi.

Ben diverso è invece il modo di procedere della corte. I giudici di Lussemburgo sono interessati a stabilire che la normativa nazionale italiana sottoposta alla loro attenzione costituisce contemporaneamente un ostacolo alla libertà di stabilimento ed alla libertà di prestazione di servizi. Stabilito questo passano a considerare, in termini ancora d'insieme, se tali ostacoli risultino o meno giustificati alla stregua delle deroghe previste dal trattato o dall'elaborazione giurisprudenziale della stessa corte. Le implicazioni di tale modo di procedere (45) verranno sottolineate più avanti.

8. Come noto, nel sistema del trattato l'art. 43 par. 1 vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento delle persone fisiche all'interno di uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadine; tale divieto si estende alle prestazioni relative all'apertura di agenzie, filiali o succursali. Ai sensi dell'art. 48 par. 1, sono equiparati ai cittadini le società costituite secondo il diritto di uno stato membro ed aventi

il né en 1995?, in *RTDE*, 1996, pp. 509-529; J. LONBAY, *Case Law*, in *Comm. mark. Law rev.*, 1996, 1073-1087. Sulla libertà di stabilimento in generale: T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2001, 439-470; M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2000, pp. 154 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG e B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003, *passim*; D. CONTALDI, *Diritto di stabilimento, in circolazione delle persone*, Milano, 2004, 383-403; E. GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Dig. pubbl.*, XIV, Torino, 1999; J.G. HUGLO, *Liberté d'établissement et libre prestation des services*, in *RTDE*, 1996, pp. 741-746; P. MENGOLZI, *Istituzioni di diritto comunitario dell'Unione europea*, Padova, 2003, 320-328; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 495-522; H. XANTHAKI, *The Right of Legal Persons to Establish within the EU: An Overview*, in *Riv. dir. eur.*, 1996, 641-675.

(43) Così M. CONDINANZI, A. LANG e B. NASCIBENE, op.cit., 177-178.

(44) CGCE 25 luglio 1991, C-2221/89, *Factortame*, in *Racc.*, I-3905 ss. (punto 20).

(45) V. oltre, par. 15.

«la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale» all'interno della comunità. Il contenuto di tale libertà, come la stessa giurisprudenza della corte ha a lungo evinto dal par. 2 dell'art. 43, che parla di «accesso alle attività non salariate e al loro esercizio.. alle condizioni stabilite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini», veniva a coincidere con il principio del trattamento nazionale (46). Peraltro ben presto l'affinamento del diritto comunitario, e in particolare dello strumento giurisprudenziale, ha portato a considerare in conflitto con l'esercizio della libertà di stabilimento anche quelle misure, pur indistintamente applicabili, che rendano impossibile a cittadini e società straniere avvalersi di detto diritto: si tratta del noto fenomeno della discriminazione indiretta, che ha poi conosciuto una ulteriore evoluzione a partire almeno dalla pronuncia Kraus (47). Sugli aspetti tuttora discussi di tale ulteriore evoluzione non occorre peraltro ai nostri fini soffermarsi; gli elementi a disposizione dei giudici consentono loro di trarne conseguenze certe, in relazione al caso sottoposto alla loro attenzione, già alla stregua della prassi consolidata in materia di discriminazione indiretta.

La Stanley è una società di capitali di diritto britannico, registrata nel RU dove svolge attività di bookmaker, riconosciuta e iscritta nei pubblici registri, con facoltà di svolgere attività nel RU e all'estero. Ai sensi dell'art. 48 par. 2 (48) è quindi soggetto potenziale della libertà di stabilimento. Essa organizza e gestisce le scommesse, anche per via telematica, assumendosi il rischio economico, paga le tasse, i contributi ai lavoratori, le vincite. È inoltre soggetta a controlli rigorosi svolti da società private di revisione dei conti e da controlli svolti dall'Inland Revenue e dal Customs and Excise. La sua presenza commerciale in Italia si svolge tramite una rete di contratti di «istituzione centro trasmissione dati» stipulati con operatori italiani che diventano intermediari sul territorio per l'esecuzione di mandati di trasmissione dati per via telematica contenenti previsioni su eventi sportivi. Questa rete pone a disposizione dell'utente italiano una serie di avvenimenti sportivi comprendenti sia quelli

(46) In tal senso, tra le altre pronunce, v. CGCE: 28 aprile 1977, 71/76, *Thieffry*, in *Racc.* 765ss., punto 19; 18 giugno 1985, 197/84, *Steinhauser*, in *Racc.*, 1819ss., punto 14; 8 luglio 1999, C-234/97, *Fernández de Aradilla*, in *Racc.*, I-4773 ss., punto.

(47) CGCE 31 marzo 1993, C-19/92, *Kraus/Land Baden-Württemberg*, in *Racc.* pp. I-1663; commento di ADOBATI E., *Laurea ed accesso alla libera professione nell'UE*, in *Dir. com. sc. int.*, 1995, 91-116 e di L. SMITH, *Postgraduate Degrees Vocational Training and Reversal Discrimination: The Narrow Divide*, in *Eur.LawRev.*, 1994, 67-75. A partire da tale pronuncia la Corte fa ricorso ad una nozione assai ampia di restrizione, qualificando in tal senso tutti quei «provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato»: v. *Gebhard*, cit., punto 37. V. anche CGCE: 11 maggio 1999, C-255/97, *Pfeiffer*, in *Racc.*, pp. I-2835, in part. punto 32; 1° febbraio 2001, C-108/96, *Mac Quen*, in *Racc.*, pp. I-837; 17 ottobre 2002, C-79/01, *Payroll* in *Racc.* pp. I-8923. V. peraltro la ricostruzione critica della più recente evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia di libertà di stabilimento operata dall'avvocato generale Tizzano nelle Conclusioni della causa C-442/02, *CaixaBank France/Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, presentate il 25 marzo 2004, punti 14 ss. Cfr. oltre, par. 15 (e nota 102).

(48) «Per società si intendono le società di diritto civile e di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro».

gestiti dal CONI sia quelli esteri, o anche eventi mondani (49).

I giudici di Lussemburgo (punto 46) partono dal constatare come il fatto che l'attività di raccolta di scommesse effettuata da Stanley in Italia attraverso l'intermediazione di una organizzazione di agenzie sia vietata, costituisca di per sé un ostacolo alla libertà di stabilimento. Tale convinzione è rafforzata dalla constatazione che la regolamentazione relativa ai bandi di gara per l'assegnazione delle concessioni esclude le società di capitali regolarmente costituite all'estero; il carattere discriminatorio di tali regole non è infatti modificato per il fatto che le stesse risultino indistintamente applicabili, nel senso che dalla gara siano escluse anche le società di capitali italiane. Ciò che impressiona nel ragionamento dei giudici di Lussemburgo è il carattere tranchant, che non si sofferma neppure a raccogliere ed offrire alla riflessione quegli ulteriori elementi che pur rafforzerebbero la loro tesi; se infatti possiamo imputare a considerazioni di opportunità e correttezza il mancato richiamo in sentenza al fatto che l'esclusione delle società di capitali dall'assegnazione delle concessioni sia attualmente oggetto di una procedura d'infrazione nei confronti del nostro Paese (50) non così è per l'ulteriore, decisiva constatazione che la normativa italiana impone la residenza nel nostro Paese a chi voglia partecipare alla gara per le concessioni (51). Quest'ultima è invero, nella giurisprudenza della corte, la più consolidata tipologia di «discriminazione dissimulata», e quindi vietata; una discriminazione cioè fondata su regole che, al di là del requisito (formale) dell'essere indistintamente applicabili, sfavoriscono «i cittadini di altri Stati membri fino a determinarne l'esclusione dall'accesso a determinate attività» (52). La rinuncia da parte dei giudici ad un elemento insieme decisivo e scontato a favore del giudizio espresso in sentenza non può essere interpretata altrimenti che come volontà di non banalizzare, ma al contrario drammatizzare ampiezza e conseguenze di tale

(49) Peraltro, a giudizio dell'avvocato generale Alber, il fatto che i centri svolgano per la Stanley attività di mera intermediazione e per giunta nell'ambito di una più ampia gamma di attività economiche lascerebbe adito a dubbi circa l'opportunità di intendere tale rete come stabilimento secondario di Stanley. Mancherebbe infatti, sostiene l'avvocato generale (punto 85) quel «collegamento preponderante con l'organizzatore» che la citata giurisprudenza impone perché si abbia stabilimento secondario. Il passaggio non convince del tutto: ad esempio il fatto che uno tra gli imputati risulti ad un tempo membro qualificato della rete di centri di trasmissione e membro del consiglio d'amministrazione della Stanley potrebbe contribuire ad indurre il giudice di merito ad conclusioni diverse, sul punto, da quelle dell'avvocato Alber.

(50) La commissione ha confermato in udienza, a richiesta della corte, di avere avviato un procedimento d'infrazione contro l'Italia, inviando allo stato in questione un parere motivato. Secondo il comunicato stampa emanato il 17 ottobre 2002 «la commissione europea ha deciso di chiedere formalmente all'Italia di rispettare il diritto comunitario nell'assegnazione delle concessioni per la gestione delle scommesse sportive». V. Conclusioni dell'avvocato generale, punto 96.

(51) V. Conclusioni dell'avvocato generale Alber, punto 95. La normativa italiana, imponendo che la concessione possa essere fatta solo a vantaggio di chi già dispone di un locale per l'esercizio dell'attività nel territorio italiano, risulta chiaramente discriminatoria proprio perché apertura ed esercizio dell'attività di scommesse nel territorio italiano in mancanza di concessione risultano comportamenti antiggiuridici

(52) G. TESAURO, op.cit., 509. V. le sentenze 17 novembre 1992, C-279/89, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.*, I-5785 ss., (punto 42) e 10 marzo 1993, C-111/91, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.* I-817 ss. (punto 10).

giudizio.

Stabilito che le condizioni imposte a livello nazionale per partecipare alle gare per l'attribuzione delle concessioni a gestire le scommesse costituiscono ostacolo alla libertà di stabilimento, la corte passa ad affrontare la compatibilità della normativa italiana con la disciplina comunitaria della libera circolazione dei servizi.

9. In entrambe le pronunce di novembre 2003, Gambelli e Lindman, la corte ricorda di aver stabilito già nella sentenza Schindler (53) che le norme sulla libera circolazione di servizi si applicano all'attività volta a consentire ai cittadini di uno stato membro di partecipare a giochi d'azzardo organizzati da un prestatario situato in un altro stato membro (54). Per analogia (sentenza Gambelli, punto 52) rientra nella prestazione di servizi (55) l'attività volta a far partecipare i cittadini di uno Stato membro a scommesse organizzate in un diverso Stato membro; ciò anche se le scommesse riguardino avvenimenti sportivi che hanno luogo nel Paese membro dello scommettitore. Ci si trova in tal caso di fronte all'ipotesi in cui prestatario e destinatario risiedono in Stati diversi ed a spostarsi è solo il servizio (56). Di conseguenza una normativa interna italiana che frapponga ostacoli all'attività di operatori situati in altri Stati membri, nel caso in specie il RU, attività consistente

(53) Caso *Schindler*, cit., punto 37.

(54) Facendo con ciò giustizia, oltre che di una serie di discutibili prese di posizione dottrinali nel nostro Paese, tendenti a collocare la gestione delle scommesse in una sfera di estraneità *tout court* al diritto comunitario (v. *supra*, nota 16), soprattutto delle vibranti proteste degli Stati membri intervenuti, i quali contestarono duramente la premessa, cioè il fatto stesso che il caso vertesse su attività economiche, qualificabili come servizi ai sensi dell'art. 60 comma 1 del Trattato CE (divenuto art. 50 CE), ed aventi carattere transfrontaliero. Tali Stati si opponevano senz'altro a che venisse qualificata come attività economica, rilevante quindi del Trattato CE, un'attività a loro dire criminogena quale quella delle lotterie, la cui repressione era quindi mero affare di ordine pubblico interno dei singoli Stati membri. Spiccava tra gli Stati membri intervenuti, per il suo ardore 'giacobino' nel farsi interprete della posizione indicata, proprio la Germania, massimo esempio di Stato biscaziere a livello europeo nel settore delle lotterie, tramite l'allestimento di megalotterie di Stato.

(55) V. sull'argomento: T. BALLARINO, op.cit., 471-498; M. CONDINANZI e B. NASCIMBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2000, *Tratt. Bessone*, XXVI, 282-314; M. CONDINANZI, A. LANG e B. NASCIMBENE, op.cit., 164-217; L. DANIELE, *Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons*, in *Eur. law rev.* 1997, 191-200; M. GIULIANO, *La libertà di circolazione delle persone e di prestazione dei servizi nel Trattato di Roma*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1985, 441-452; V. HATZOPOULOS, *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, in *Comm. mark. law Rev.* 2000, 43-82; LUGATO M., *I servizi*, in *Comm. Tizzano*, cit., pp. 403-415; MASTROIANNI R., *Libertà di prestazione dei servizi, garanzia del rispetto delle norme comunitarie ed obblighi degli Stati membri*, in questa *Rivista* 1997, 607-615; L.S. ROSSI, *I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.* 1997, IV, 97ss.; G. TESAURO, op.cit., 523-549; A. TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi nella Cee. Profili generali*, in A. TIZZANO, (a cura di), *Professioni e servizi nella CEE*, CEDAM, Padova, 1985, 1ss..

(56) La giurisprudenza è copiosa, ma i giudici di Lussemburgo si limitano a richiamare la pronuncia 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments*, in *Racc.* I-1141ss.; il caso concerneva i servizi che un prestatario offriva per telefono a dei destinatari potenziali stabiliti in altro Stato membro senza spostarsi.

nell'offrire via Internet servizi a destinatari residenti in altri Stati membri, costituisce ostacolo alla libera prestazione di servizi.

C'è di più, prosegue la corte. La libertà di prestazione dei servizi prevede non solamente la libertà del prestatario ma, per giurisprudenza costante (57), anche quella del destinatario di ricevere prestazioni offerte da un prestatore stabilito in altro paese membro. Il governo italiano ha confermato in udienza come il comportamento di un privato il quale dall'Italia si colleghi via Internet con Stanley (o con altro bookmaker) per effettuare scommesse pagando con la carta di credito è vietato e sanzionato penalmente alla stregua dell'art. 4 della l. 401/89 come modificata dalla legge finanziaria per il 2001. Tale divieto costituisce una restrizione alla libertà di prestazione dei servizi.

Solo a questo punto, cioè dopo aver individuato nella normativa italiana una restrizione alla libertà di prestazione di servizi in capo sia all'operatore inglese che ai destinatari, la corte accenna, quasi di sfuggita (punto 58), al problema degli intermediari italiani, assumendo che il divieto nei loro confronti di facilitare la prestazione del servizio da parte di un bookmaker che, come Stanley, è stabilito in un paese membro diverso da quello in cui gli intermediari esercitano la propria attività costituisce un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, e ciò «anche se gli intermediari sono residenti nello stesso Paese membro dei destinatari». In altre parole la corte banalizza il problema che aveva affaticato l'avvocato generale Alber, quello cioè di stabilire se l'attività della rete di società italiane vada inquadrata nella disciplina dello stabilimento secondario o in quella della prestazione di servizi. Da un lato, vi è comunque restrizione della libertà di stabilimento di Stanley, dal momento che la normativa italiana gli inibisce formalmente di partecipare alle gare per le concessioni; dall'altro lato, se anche cioè il giudice del rinvio concludesse nel senso che la rete di agenzie in Italia costituisce stabilimento secondario di Stanley, vi sarebbe comunque restrizione della libera prestazione di servizi, dal momento che i destinatari italiani del servizio non possono usufruirne direttamente via internet.

La corte si è così aperta la strada ad una considerazione unitaria del regime delle deroghe ed eccezioni ad entrambe le libertà. Resta allora da vedere, affermano i giudici (punti 59-60), se una normativa quale la l. 401/89, che costituisce restrizione ad un tempo della libertà di stabilimento e della libertà di circolazione dei servizi, possa essere giustificata o dalle deroghe di cui agli artt. 45 e 46, o da motivi imperativi di interesse generale.

Quanto al caso Lindman, questo riguarda, lo si è visto, una ipotesi di prestazione di servizi tramite trasferimento del destinatario onde usufruire della prestazione in altro Stato membro (c.d. libera prestazione di servizi passiva). I giudici di Lussemburgo esordiscono ricordando come, se pur la fiscalità diretta rimane competenza esclusiva degli Stati membri, tale competenza per giurisprudenza costante

(57) CGCE: 312 gennaio 1984, 286/82 e 26/83, *Luisi e Carboni*, in *Racc.*, 377ss., (punto 16) e 26 ottobre 1999, C-294/97, *Eurowings Luftverkehr*, in *Racc.*, 17447 ss. (punti 33-34). Sul caso *Luisi e Carbone v. J.V. LOUIS, Free Movement of Tourists and Freedom of Payments in the Community: The Luisi-Carbone Judgment*, in *Comm. mark. Law Rev.*, 1984, 625-637.

debba essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario (58). Successivamente essi richiamano il fatto che l'art. 49 vieta non solo le misure nazionali discriminatorie nei confronti di un prestatore stabilito in un altro Paese membro, ma qualsiasi restrizione alla libera circolazione dei servizi anche quando questa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli stabiliti in altri Paesi membri. Nel caso in esame ci si trova peraltro in presenza di una norma di natura «chiaramente discriminatoria» (punto 21), come risulta del resto dall'ammissione fatta dallo stesso governo finlandese; questo conveniva in udienza sull'essere la legge in discorso motivata dalla volontà di indurre il giocatore nazionale a puntare sulle lotterie organizzate in Finlandia invece che su quelle organizzate in altri Stati membri della UE.

Come nel caso Gambelli, si tratta di misure indistintamente applicabili ma di fatto discriminatorie; la corte coglie l'occasione per dettare un duro inciso a favore della interpretazione più radicale della libertà di prestazione dei servizi sancita dall'art. 49 del Trattato: tale risultato consegue richiamando il punto 26 della recente pronuncia Commissione c. Italia del 2003 (59).

10. Il Trattato prevede agli artt. 45 e 46 talune ipotesi di deroga al divieto fatto agli Stati dagli artt. 43 e seguenti di porre ostacoli alla libertà di trasferimento, deroghe riprese dall'art. 55 per quanto attiene alla libera prestazione di servizi; in questi casi sono possibili addirittura restrizioni aventi carattere discriminatorio. Le ipotesi sono quelle di attività che partecipino anche occasionalmente all'esercizio di pubblici poteri (art. 45), nonché quelle di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Al di là di queste esistono poi le giustificazioni fondate su motivi imperativi di interesse generale elaborate nel tempo dalla giurisprudenza della corte.

Fin dalla pronuncia Schindler la corte ha fondato la propria decisione sulla liceità di misure nazionali restrittive in materia di giuoco e scommesse pressoché esclusivamente su questo secondo ordine di motivazioni. Il fatto che le prime sentenze, ed in particolare la pronuncia Zenatti, siano risultate soddisfacenti per lo Stato italiano (60) ha probabilmente convinto i suoi rappresentanti a fare affidamento su queste soltanto. Fatto si è che la corte non ha trovato, nelle prese di posizione e nella documentazione presentata dallo Stato italiano come dagli altri stati intervenuti a suo fianco nello svolgimento del caso Gambelli, nulla di attinente alle deroghe ex artt. 46 e 55 (61). Il fatto è singolare e richiederà qualche considerazione; ciò per-

(58) Da ultimo CGCE 3 ottobre 2002, C-136/00, *Danner*, in *Racc.* I-8147, punto 28.

(59) V. oltre, par. 15.

(60) Inteso qui nel senso di Ente-apparato, proprio del diritto internazionale.

(61) Che il rischio di riduzione delle entrate fiscali non può certo, come hanno provato a sostenere i governi ellenico e portoghese, essere ricondotta ad una ipotesi di applicazione dell'art. 46. La Corte ha del resto stabilito in una serie di sentenze che l'eccezione di ordine pubblico non può consentire di porre gli attori economici al riparo dall'applicazione delle libertà comunitarie. V. in particolare CGCE 29 ottobre 1998, C-114/97, *Commissione c. Regno di Spagna*, in *Racc.*, I-6717ss. (punti 42 e 47) e 9 marzo 2000, C-355/98, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.* I-1234 (punto 29). Ivi per l'affermazione che «il potere degli Stati membri di limitare la libera circolazione delle persone e dei servizi per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica non ha lo scopo di porre alcuni settori economici come quello della sorveglianza privata al riparo dall'applicazione di questo principio, dal punto di vista dell'ac-

ché, lo si è visto, la cassazione penale italiana veniva fondando nel frattempo sull'eccezione di ordine pubblico la presunzione di compatibilità della normativa interna con l'ordinamento comunitario (62).

Un richiamo esplicito, per quanto tutt'altro che convincente, alle eccezioni indicate dall'art. 46, e precisamente alla pubblica sanità, è presentato piuttosto dello Stato norvegese nella causa Lindman (punto 24): il giuoco d'azzardo, creando dipendenza nelle sue «vittime», aumenterebbe il numero dei divorzi e dei suicidi ed obbligherebbe lo Stato a finanziare centri di riadattamento ed altre infrastrutture. Come motivazione a sostegno di un regime nazionale, quello finlandese, discriminatorio della tassazione sulle vincite alle lotterie organizzate all'estero rispetto alle lotterie nazionali, non sembra invero gran cosa. La corte comunque ricorda pazientemente che le giustificazioni addotte dagli Stati possono essere invocate solo se accompagnate da una analisi puntuale della opportunità delle misure restrittive adottate dallo Stato membro, nonché della loro proporzionalità; da questo punto di vista l'applicabilità alla causa Lindman dell'eccezione di sanità pubblica non appare, per così dire, sufficientemente dimostrata.

11. Sono quindi esclusivamente le restrizioni alle libertà di circolazione come risultano dall'elaborazione giurisprudenziale della corte di giustizia a venire in rilievo. Tali restrizioni per risultare legittime devono fondarsi su ragioni imperative connesse all'interesse generale, a condizione che queste non presentino carattere discriminatorio, siano tali da garantire il raggiungimento dell'obiettivo prefissato e non vadano oltre quanto necessario per il conseguimento di tale obiettivo (63). Deve inoltre trattarsi di ragioni imperative non adeguatamente tutelate dalla legislazione dello Stato di origine del prestatore (64).

Gli obiettivi perseguibili legittimamente dagli Stati in subiecta materia, quali risultano dalle pronunce Schindler, Läära e Zenatti sono in particolare quelli di prevenire i reati, assicurare il trattamento onesto dei giocatori, evitare di stimolare la domanda nel settore del giuoco d'azzardo limitando al contrario lo sfruttamento della passione umana per il giuoco, controllare che tali attività non vengano organizzate a scopo di lucro. La possibilità di finanziare con i proventi di tali attività ini-

cesso al lavoro, bensì mira a consentire agli Stati membri di negare l'accesso o il soggiorno sul loro territorio a persone il cui accesso o soggiorno sui detti territori costituirebbe, come tale, un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sanità pubblica». Per una recente riflessione sulla nozione di ordine pubblico nel diritto comunitario: G. KARYDIS, *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable*, in *Rev. trim. dir. eur.*, 2002, 1-26.

(62) V. *supra*, par. 5. Le stesse pronunce della cassazione citate, peraltro, danno l'impressione, nell'interpretare la giurisprudenza della corte, di muovere dalla non piena consapevolezza della distinzione tra ordine pubblico e motivi imperativi di interesse generale. V. comunque oltre, par. 11 e ancora oltre, par. 13.

(63) V. in particolare *Gebhard*, cit., punto 37 e *Kraus*, cit., punto 32.

(64) CGCE 18 gennaio 1979, 110/78 e 111/78, *Van Wesemael*, 18 gennaio 1979, in *Racc.* 1979, 35ss. Si osservi come nelle pronunce *Schindler*, *Zenatti* e *Läära* la corte non avesse richiamato tale aspetto, e ciò malgrado il principio di mutuo riconoscimento risulti "sotteso alla libertà di circolazione dei servizi". V. M. CONDINANZI, A. LANG e B. NASCIBENE, *op.cit.*, 203.

ziative di beneficenza può rappresentare (pronuncia Zenatti, punto 36) un beneficio accessorio, ma non può costituire la giustificazione principale della misura restrittiva messa in atto dallo Stato membro (Gambelli, punto 62). Spetta al giudice italiano valutare se la normativa italiana presenti o meno tali caratteristiche.

Fino a questo punto, si noti, malgrado gli spunti innovativi individuati, la pronuncia Gambelli sembra muoversi nel solco della pronuncia Zenatti. Ma i tempi sono cambiati: nel caso Läärä i giudici non hanno saputo cogliere gli spunti offerti loro dall'avvocato generale La Pergola preferendo, secondo una immagine calzante, «s'abîmer dans les flots de la subsidiarité jurisdictionnelle» (65). Ora la corte si trova di nuovo davanti ad un esplicito invito, rivolte questa volta dall'avvocato generale Alber nell'introdurre la parte centrale delle sue conclusioni (punto 60), ad emanare una «sentenza chiarificatrice» di fondamentale importanza, sentenza che sappia «mostrare in modo netto la strada da percorrere al giudice del rinvio come anche a tutti gli altri giudici degli Stati membri investiti della medesima problematica». Sotto l'aspetto formale, a dire il vero, l'invito pare raccolto esplicitamente dalla corte nella pronuncia Lindman, più che nella pronuncia Gambelli. È nella prima infatti che i giudici stabiliscono una volta per tutte (punto 27) la non compatibilità della normativa finlandese in questione con l'art. 49 del Trattato, senza alcuna concessione formale al giudice del rinvio. Nella sentenza Gambelli la risposta all'invito dell'avvocato Alber è più articolata: toccherà, lo si è visto, al giudice di merito stabilire se sussistano o meno le condizioni elaborate dalla giurisprudenza della corte. Nel farlo, egli dovrà peraltro basarsi sugli elementi forniti dalla corte nei punti successivi della sentenza (punto 66).

Partendo dalla prima condizione, l'esistenza cioè di ragioni imperative connesse all'interesse generale (66), il giudice nazionale dovrà valutare soprattutto la coerenza e la sistematicità delle misure prese con l'obiettivo propugnato (67). Nella misura in cui il giudice del rinvio ha rilevato come lo Stato italiano persegua in questa fase una politica di forte espansione del giuoco e delle scommesse per scopi fiscali, e come le modifiche introdotte alla 401/9 dalla l. 388/00, cioè dalla legge finanziaria per il 2001, appaiano in particolare volte a tutelare il CONI (e, s'intende, l'UNIRE), appare evidente che la normativa interna non risponde al criterio richiesto. In particolare le autorità nazionali non possono invocare l'ordine pubblico sociale (punto

(65) L'immagine, di L. IDOT (*Europe*, 1999, *Repères*, p. 3) è riportata in M. LUBY, *Circulation des personnes et des services*, in *Jour. dr. int.*, 2004, 600. Cfr anche le critiche espresse da L. ZAGATO, op.cit., *passim*, dove si parla di «velo di ipocrisia che avvolge la materia».

(66) Sul punto la sentenza Gambelli richiama in modo generico la precedente giurisprudenza, limitandosi a citare la tutela dei consumatori, la prevenzione dei reati e dell'incitamento dei cittadini alle spese eccessive (punto 67). Con maggior precisione l'Avvocato generale Alber, nelle sue Conclusioni (punti 117ss.) aveva articolato tali ragioni in due gruppi: quelle legate ai possibili pericoli provenienti dall'organizzatore (frodi e reati in genere) e quelle legate alla necessità di difendere il giocatore da se stesso (dipendenza, eccesso di spese, etc.).

(67) V. le osservazioni convergenti dell'Avvocato generale, che osserva (punti 121-122) come da un lato lo Stato italiano abbia creato per legge la possibilità di ampliare l'offerta di giochi e scommessi, estendendo l'infrastruttura necessaria con il rilascio di ulteriori 1000 nuove concessioni, dall'altro lato i concessionari praticino una pubblicità aggressiva, volta a stimolare, non certo a contenere presso il pubblico il desiderio di giuoco.

69) e la necessità di ridurre le occasioni, e quindi i pericoli, del giuoco e delle scommesse, per giustificare le misure restrittive di cui si verte nella causa principale. Quanto poi al caso Lindman, nulla nel dossier trasmesso alla Corte fornisce «elementi di natura statistica» relativi alla gravità dei rischi connessi al giuoco d'azzardo, né tantomeno all'esistenza di un nesso tra tali rischi e la partecipazione dei cittadini dello Stato membro interessato a lotterie organizzate in altri Stati membri. Ben si spiega allora come in tale pronuncia la Corte si limiti a constatare la totale assenza della prima condizione, l'esistenza cioè di ragioni imperative connesse all'interesse generale, senza che si renda neppure necessario esaminare le altre ragioni che possono giustificare, alla stregua della sua giurisprudenza consolidata, una misura restrittiva della libera circolazione dei servizi.

La necessità che le misure restrittive siano indistintamente applicabili è presa in esame dalla corte, nel caso Gambelli, con particolare riferimento alla libertà di stabilimento. La normativa italiana sugli appalti per le concessioni deve applicarsi indistintamente agli operatori nazionali e stranieri; ove il giudice italiano verifichi che le condizioni da esse previste sono più facilmente soddisfatte dagli operatori italiani, egli dovrà concludere che le condizioni in esame non soddisfano il criterio di non-discriminazione.

Quanto alla terza ed alla quarta condizione, che vogliono le restrizioni essere tali da garantire il raggiungimento dell'obiettivo prefissato e non andare oltre quanto necessario per conseguirlo, la corte richiede al giudice italiano di prenderle in considerazione per valutare le restrizioni ad entrambe le libertà. Per ciò che riguarda la libera circolazione dei servizi, il giudice interno dovrà in particolare valutare se risponda a tali criteri la sanzione penale inflitta ai privati che effettuano dall'Italia puntate con un bookmaker straniero via Internet; nel far ciò dovrà tener conto ad un tempo della pregressa giurisprudenza della corte (68) ma anche del fatto che ciò avviene in un contesto legislativo in cui la partecipazione al giuoco e alle scommesse è favorita. Analogamente dovrà valutare se la sanzione penale inflitta dalla 401/89 come modificata dalla legge 388/00 agli intermediari che pongano a disposizione dei giocatori le loro connessioni Internet per favorire la prestazione di servizi da parte di un bookmaker straniero costituisca o meno una restrizione che va al di là di quanto necessario a lottare contro la frode; ciò alla luce del fatto che il prestatario di servizi è assoggettato nel suo Stato di stabilimento ad un sistema regolamentato di sanzioni e di controlli e che gli intermediari stessi sono società regolarmente costituite (69).

Per quanto riguarda poi la valutazione circa la sussistenza delle condizioni in esame dal punto di vista della restrizione alla libertà di stabilimento, i giudici di Lussemburgo neppure mantengono la finzione del suggerire criteri dei quali il giudice del rinvio dovrà tener conto; rilevano piuttosto come l'esclusione di società di capi-

(68) La Corte richiama le pronunce 29 febbraio 1996, C-193/94, *Skanavi e Chryssanthakopoulos*, in *Racc.*, I-929 (punti 34-39) e 25 luglio 2002, C-459/99, *MRAX*, in *Racc.*, I-6591 (punti 89-91).

(69) E quindi solo verso la fine (punto 73) della sua quinta sentenza su giuoco e scommesse la Corte di Giustizia richiama, senza peraltro nominarlo come tale, il principio del mutuo riconoscimento!

tali regolarmente quotate sul mercato di altri Paesi membri costituisca icto uculi una misura che va al di là di quanto necessario per combattere la frode. Diventa allora mera clausola di stile la puntuale riformulazione finale (punto 67) della clausola di chiusura della pronuncia Zenatti: la normativa nazionale costituisce un ostacolo alla libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi; toccherà al giudice del rinvio stabilire se tale normativa, per quanto riguarda le sue modalità concrete di applicazione, risponda effettivamente agli obiettivi in grado di giustificarla e se le restrizioni imposte non risultino sproporzionate rispetto agli obiettivi che la normativa in esame si prefigge.

12. Giova ancora richiamare, per completezza, lo scarso richiamo esercitato sull'avvocato generale Alber da quel tema degli effetti dello sviluppo tecnologico in subjecta materia che assumeva una certa importanza nelle posizioni sia dai ricorrenti che dello Stato italiano e degli altri Stati intervenuti; la corte, dal canto suo, giudicando con tutta evidenza il tema privo di rilievo, in sentenza non vi accenna nemmeno.

L'avvocato generale Alber replica invece con ironia all'argomento, introdotto dallo Stato italiano e sostenuto dagli Stati intervenuti per giustificare le innovazioni legislative introdotte dalla legge 388/00 e gli inasprimenti sanzionatori in essa contenuti, argomento secondo il quale il perfezionamento tecnologico rende sempre più difficile controllare il rispetto delle regolamentazioni nazionali. Egli esprime fondati dubbi sul fatto che l'inasprimento delle sanzioni penali, come avvenuto non solo in Italia ma anche in altri Paesi membri, possa costituire la corretta risposta ad un simile problema; ciò prima di ricordare che comunque la legittimità delle sanzioni dipende dalla legittimità delle restrizioni e dei divieti che ne sono alla base. Quanto invece alle considerazioni svolte dai ricorrenti relativamente al contrasto tra normativa italiana e la libertà di offrire servizi di telecomunicazione, stabilita in particolare dalle direttive rispettivamente sul commercio elettronico (70), sulla concorrenza nei mercati di telecomunicazione (71), sulla disciplina comune in materia di autorizzazioni e licenze negli stessi mercati (72) e sul trattamento dei dati e tutela della privacy (73), l'avvocato generale puntualizza (punto 133) innanzitutto che l'art. 1 par. 5 lett. b) della direttiva 96/19 esclude espressamente che la disciplina ivi prevista si applichi ai «giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse», mentre le altre direttive non accennano a giuochi e scommesse. Di conseguenza, nella materia in esame non esiste al-

(70) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, in GU n. L 178 del 17 luglio 2000.

(71) Direttiva della Commissione 96/19/CE del 13 marzo 1996 che modifica la Direttiva della Commissione 90/388/CE del 28 giugno 1990 relativa alla concorrenza nei mercati di telecomunicazione, in GU n. L 74 del 22 marzo 1996.

(72) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 97/13/CE del 10 aprile 1997, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, in GU n. L 117 del 7 maggio 1997.

(73) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 97/66/CE del 15 dicembre 1997, sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, in GU n. L 24 del 30 gennaio 1998

cuna disciplina specifica di diritto secondario cui far riferimento, rilevando piuttosto il solo diritto comunitario primario.

III.

13. Le ricadute della pronuncia Gambelli sull'ordinamento italiano sono state immediate e per certi versi spettacolari, grazie ad una coincidenza: la terza sezione della Cassazione penale era infatti nello stesso momento chiamata ad esprimersi su identica fattispecie (74). Una indagine svolta in Toscana per fatti analoghi a quelli in discussione nel caso Gambelli aveva infatti portato il GIP del Tribunale di Prato a disporre con decreto il sequestro preventivo di una serie di aziende che svolgevano il ruolo di intermediari nella raccolta per via informatica di scommesse per conto di un allibratore inglese. Il provvedimento veniva peraltro annullato con ordinanza del Tribunale della stessa città, per incompatibilità con gli obblighi posti all'Italia dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE. Per quel che riguarda l'art. 43 quel giudice osservava come la normativa italiana, prevedendo un regime fondato sulla concessione o autorizzazione da parte di ministeri o altri Enti cui la legge riserva le facoltà in materia, contrasti con il diritto da tale articolo garantito; quanto poi al contrasto della disciplina italiana con il principio di libera circolazione dei servizi, l'ordinanza sostiene l'insussistenza delle motivazioni che possono eccezionalmente consentire restrizioni all'esercizio del diritto garantito dall'art. 49 del Trattato. Il ragionamento del Tribunale di Prato, che per la verità non rappresenta un modello di chiarezza, si fonda al riguardo su: carattere neutro di detta disciplina rispetto alla sanità pubblica; mancanza di garanzie proprio ai fini della tutela dell'ordine pubblico, in quanto la disciplina nazionale italiana non prevede «particolari limitazioni atte ad impedire infiltrazioni di organizzazioni criminali tra i concessionari» (75); mancanza di proporzionalità, dimostrata dal ricorso alla sanzione penale anche quando sarebbero sufficienti forme di sanzione civilistica o amministrativa, o misure fiscali. Ricorreva per cassazione il pm, denunciando non solo erronea applicazione della legge penale italiana e «mancanza di motivazione evincibile dal testo del provvedimento», ma anche erronea applicazione della normativa comunitaria di riferimento.

Orbene, proprio nelle more del giudizio di cassazione la corte di giustizia emanava la pronuncia Gambelli. Non sfuggiva al supremo collegio come la pronuncia dei giudici di Lussemburgo solo apparentemente si conformasse, nella parte finale del dispositivo (76), alla giurisprudenza «costante e univoca» della cassazione penale che riteneva conforme al diritto comunitario la l. 401/89, anche come modificata da ultimo dalla l. 388/00; in realtà, conviene la cassazione nell'ordinanza in esame, «nello sviluppo delle motivazioni della decisione sembra intravedersi un concreto e ripetuto giudizio negativo sulla normativa italiana» tale da obbligare il collegio ad una rimediazione, in vista di un vero e proprio ribaltamento del proprio indirizzo giurisprudenziale. Di conseguenza la terza sezione penale rimette il caso alle sezioni

(74) Cass. 18 novembre-18 dicembre 2003 n. 48506, consultabile al sito www.dirittoegiustizia.it.

(75) Aggiunge il Tribunale di Prato che non sono previsti «per l'aggiudicazione delle concessioni incensuratezza né accertamenti circa la non appartenenza ad associazioni criminali».

(76) V. *supra*, par. 11.

unite della cassazione.

Pur meritando apprezzamento per la sua coraggiosa iniziativa, il comportamento del tribunale di Prato non può sottrarsi ad una valutazione critica, sotto un doppio profilo. In primo luogo le motivazioni addotte lasciano a desiderare in relazione ad entrambe le libertà. Invero, per quanto riguarda la libertà di stabilimento, non il mero disporre la normativa italiana un sistema di concessioni ed autorizzazioni, di per sé lecito, ma la natura discriminatoria (77) della normativa in questione risulta incompatibile con il principio sancito dall'art. 43. Per questo, oltre che per la confusione fatta a proposito di deroghe alla libera circolazione dei servizi, il tribunale di Prato meglio avrebbe agito, anticipando così il secondo profilo, operando a sua volta un rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia. Avrebbe così evitato il rischio che la cassazione facesse a pezzi l'ordinanza del tribunale stesso in ogni sua parte; ciò che, per ammissione dello stesso supremo collegio, stava puntualmente per avvenire.

Un discorso a parte merita la valutazione del tribunale di Prato circa l'inesistenza di motivi che giustifichino deroghe alla libera circolazione dei servizi. Corretta nel merito essa è nondimeno imprecisa nella sostanza. Ci si riferisce alla insufficiente distinzione tra i motivi eccezionali che consentono deroghe (artt. 46 e 55) alle libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanità pubblica e le ragioni imperative connesse all'interesse generale elaborate dalla giurisprudenza della corte, applicabili alle condizioni più volte citate. La differenza del resto non appare molto chiara neppure, lo si è visto, ai rappresentanti dello stato italiano nel caso Gambelli, né, soprattutto, alla giurisprudenza del supremo collegio ed alla riflessione di qualificati commentatori. La cassazione in particolare sembra aver ritenuto che la giustificazione dell'art. 4 bis della l. 401/89 si fondasse sull'eccezione di ordine pubblico, nella colpevole convinzione che ciò si potesse evincere dalla pronuncia Zenatti (78); la rivista della guardia di finanza riporta un autorevole commento da cui risulterebbe addirittura come, alla stregua della pronuncia Zenatti, il principio di libera circolazione dei servizi possa essere «legittimamente derogato di fronte a primarie esigenze di ordine pubblico (e cioè, nel caso di specie, evitare l'infiltrazione della criminalità nel settore dei giochi e delle scommesse) nonché di interesse collettivo (in quanto il ricavo delle schedine viene impiegato dal CONI stesso per finanziare la cultura e lo sport)» (79).

(77) Verso le società di capitali (discriminazione indiretta) e, addirittura, discriminazione fondata sulla residenza: v. *supra*, par. 7.

(78) Esempio al riguardo la sentenza *Pugliese* (*supra*, nota).

(79) F. MORERA, *La disciplina giuridica delle scommesse on-line*, in *Riv. giur. guardia fin.*, 2001, 2123-2136, consultabile al sito www.gdf.it/rivista/Sito_-Rivista_2001/Rivista_5-2001. L'autore è un colonnello della guardia di finanza, e l'intervento, pur non condivisibile, presenta nondimeno profili interessanti (v. oltre, nota 80); l'intero costrutto peraltro crolla di fronte alla confusione tra deroghe ex Trattato e deroghe di origine giurisprudenziale alle libertà di circolazione contenuta nel passaggio sopra riportato e, più colpevolmente, al rovesciamento del contenuto della statuizione della Corte di Giustizia circa l'utilizzo dei proventi dell'attività sottoposta a misure restrittive per scopi sociali. V. sentenza *Zenatti*, punto 36: «l'obiettivo di un'autentica riduzione delle opportunità di giuoco e se il finanziamento di attività sociali attraverso un prelievo sugli introiti derivanti dai giochi autorizzati» rappresenta al massimo «conseguenza vantaggiosa accessoria, e non la reale giustificazione della politica restrittiva attuata».

Simili errori di prospettiva paiono tali da lasciare l'interprete in balia dei peggiori sospetti, non fosse per un particolare che può contribuire a spiegare la situazione creatasi. A seguito della pronuncia della corte di giustizia nel caso Zenatti, i ricorrenti nella causa davanti al giudice del rinvio rinunciarono a proseguire. Di conseguenza il giudice di merito che aveva chiesto il parere della corte e cui spettava valutare sul campo se la normativa nazionale italiana presentasse caratteristiche tali da giustificare la deroga per motivi imperativi di interesse generale, non ebbe occasione di farlo. Fino alla felice scelta del giudice di Ascoli Piceno di riproporre la questione pregiudiziale alla corte di giustizia, evidentemente, nessuno si è cimentato in tale compito, lasciando il campo ad interpretazioni discutibili ai più vari livelli, in particolare per quanto attiene il nesso tra ordine pubblico e ragioni connesse all'interesse generale (80).

Devesi allora concludere, certo in attesa della pronuncia delle sezioni unite della cassazione, che il giudizio della corte suona come di condanna irrevocabile per la normativa interna sotto alcuni importanti profili, relativi sia alla libertà di stabilimento che alla libertà di circolazione. Per quanto riguarda il primo, lo stato italiano può senz'altro mantenere un regime concessorio anche rigido ma senza poterne escluderne le imprese straniere del settore, regolarmente sottoposte ad adeguato controllo in patria. Per quanto riguarda la libera circolazione dei servizi, la disciplina nazionale non potrà impedire ai privati di collegarsi direttamente via Internet con i bookmakers inglesi per giocare; non esistono deroghe, né tra quelle previste dal trattato né tra quelle elaborate dalla giurisprudenza della corte, che possano consentire ciò (81).

Quanto invece alle società che cooperano con i bookmakers stranieri nella raccolta delle scommesse come prestatori di servizi, una legislazione severa, ancorché non rigidamente protezionista, nei loro confronti sarebbe forse giustificabile; si imporrebbe al riguardo una adeguata riflessione da parte del legislatore italiano sul non casuale inciso dell'avvocato generale Alber a proposito della plausibilità delle

(80) In ogni caso, poiché è su motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica che si è fondata la giurisprudenza del supremo Collegio per affermare sia la costituzionalità che la compatibilità con il diritto comunitario della legislazione nazionale italiana in discussione, tali motivi devono essere sostenuti dai rappresentanti dello Stato anche in sede di processo comunitaria, sia pure per vedervi disattesa la propria tesi: ne risulterebbe comunque la possibilità di un approfondimento di una tematica non ancora del tutto chiara (v. oltre, par. 16). Da questo punto di vista appare coerente l'intervento del col. MORERA (*supra*, nota 80); questi, sostenendo Internet essere, in una materia delicata quale quella delle scommesse, uno strumento inadeguato e pericoloso, e difendendo la normativa in vigore nel nostro Paese sotto il profilo per cui solamente una rete di sedi fisicamente ben individuate controllate centralmente a livello statale sarebbe in grado di aggirare i gravissimi rischi che le scommesse sugli avvenimenti sportivi comportano, ha quanto meno il merito di abbozzare una effettiva tesi giustificatoria della normativa interna italiana sulla base delle ragioni di ordine pubblico.

(81) Del resto l'ipotesi di procedimento e condanna penale a carico di privati non sembra essersi finora verificata. Ove ciò avvenisse, sarebbe inevitabile, tra l'altro, che una disciplina la quale pone l'onesto scommettitore italiano che utilizzi Internet per giocare presso una società quotata in borsa nel RU, in condizioni analoghe, dal punto di vista dell'esercizio del proprio diritto ad una efficace fruizione della rete, a quelle del dissidente cinese o della donna saudita, finisca prima o dopo al giudizio della Corte di Strasburgo.

eccezioni di pubblica sicurezza e di ordine pubblico nella materia, nonché sul singolare richiamo alla nozione di ordine pubblico sociale operata dalla corte (82). In ogni caso, si impone allo Stato italiano, questo è certo, una rimeditazione dell'intero impianto legislativo vigente in materia di scommesse; e ciò, se possibile, prima che arrivi davanti alla corte stessa il procedimento d'infrazione avviato contro il nostro Paese, procedimento il cui esito risulterebbe a questo punto affatto scontato.

Su di un piano più generale, certo non approfondibile in questa sede, le pronunce Gambelli e Lindman invitano poi ad una rimeditazione circa i rapporti tra corte di Lussemburgo e giudice nazionale in quanto giudice comune di diritto comunitario; non va dimenticato come proprio dalla sentenza Zenatti certa dottrina avesse preso lo spunto per affermare l'esistenza di un processo di integrazione dei sistemi giudiziari europei che vede la corte evitare «di riempire di riempire il contenuto delle clausole generali di diritto comunitario, fondanti i poteri limitativi degli Stati membri, affidando questo compito, sostanzialmente creativo, ai giudici nazionali in quanto giudici comunitari» (83). Resta piuttosto che proprio il settore dove con maggior evidenza si sarebbe realizzata tale armoniosa articolazione ha visto la corte obbligata, raccogliendo l'appello rivoltole in tal senso dell'avvocato generale, a porre fine ad ogni finzione di self-restraint. Si tratta, a prima vista, di una pista di ricerca senz'altro degna di approfondimento.

14. Del pari, la pronuncia della corte ha effetti immediati sull'ordinamento interno della unione europea, stimolando una ripresa d'iniziativa in materia di disciplina delle scommesse da parte degli organi incaricati della funzione normativa.

Nella recente proposta di direttiva sui servizi nel mercato interno (84) la commissione riprende infatti un progetto interrotto ancora agli albori del mercato interno inserendo una proposta di armonizzazione anche nel settore del gioco e delle scommesse (85). All'inizio degli anni '90 la commissione aveva predisposto uno studio in materia (86), a seguito del quale aveva inserito la materia tra quelle da li-

(82) Sentenza *Gambelli*, punto 69; v. *supra*, par. 11. V. anche oltre, par. 16.

(83) V. POLI, *Funzione nomofilattica e certezza del diritto: la vincolatività delle decisioni del giudice superiore nazionale-comunitario*, in *Foro it.*, 2000, 222.

(84) Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno del 13 gennaio 2004 (COM/2004/0002 def.), consultabile al sito. La proposta fa seguito ad un lungo lavoro preparatorio, articolato in particolare sulla prima relazione della Commissione sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento nei mercati dei prodotti e dei servizi, SEC (1999) 106 del 13 luglio 1999, consultabile al sito www.europa.eu.int/comm/internal_market/ft/goods/mutrec.htm e sul secondo rapporto biennale della Commissione sull'applicazione del principio del riconoscimento reciproco nel mercato interno, COM (2002) 419 def. Del 23 luglio 2002, consultabile al sito www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/goods/mutrec.htm.

(85) Nella relazione d'accompagnamento alla proposta di Direttiva-quadro, che dovrebbe entrare a pieno regime per il 2010, il gioco rientra tra le questioni specifiche, insieme al trasporto di fondi ed al recupero giudiziario dei crediti, per cui è prevista una armonizzazione complementare da realizzare entro la data citata, senza che ciò peraltro leda la possibilità di altre iniziative, legislative e non, nel settore della tutela dei consumatori.

(86) Lo studio, commissionato ad una società privata di consulenza e di impronta nettamente liberistica, recava il titolo *Gambling in the Single Market - A Study of Current Legal and Market Situation*, Lussemburgo, 1991.

beralizzare in vista del completamento del mercato interno, iniziando una serie di audizioni degli Stati membri e degli operatori interessati allo scopo di approfondire l'analisi giuridico-economica dei problemi esistenti (87). La proposta della commissione era stata peraltro duramente battuta al vertice di Edimburgo, scontrandosi con una opposizione generalizzata degli Stati a prendere qualsiasi misura di armonizzazione (88). Tale opposizione ricomprendeva al proprio interno anche il Regno Unito, principale fruitore di una eventuale liberalizzazione; tale Stato negava, all'epoca, la possibilità di estendere il principio del mutuo riconoscimento alla materia in esame. È quindi senz'altro lecita una lettura degli sviluppi in atto in termini di rivincita ad opera dell'apparato comunitario sugli Stati membri.

È peraltro possibile anche una lettura diversa. Il settore del gioco d'azzardo, comprensivo anche delle «transazioni sulle scommesse» risulta invero, ex art. 18 par. 1 lett. b) della proposta di direttiva sui servizi nel mercato interno, tra quelli per i quali è previsto venga transitoriamente disapplicato il principio del mutuo riconoscimento di cui all'art. 16 della proposta, mentre l'art. 40 colloca il settore tra quelli per i quali la commissione si riserverebbe la possibilità di presentare proposte di misure d'armonizzazione entro un anno dall'entrata in vigore della direttiva, alla luce di una relazione della commissione e di un'ampia consultazione delle parti interessate.

Appare quindi non priva di plausibilità l'ipotesi che la proposta di direttiva, prevedendo in subiecta materia un blocco, sia pure temporaneo, degli effetti del principio di mutuo riconoscimento in cambio di una cauta e soprattutto graduale apertura armonizzatrice, venga incontro ai regimi nazionali protezionistici, onde diluire nel tempo gli effetti della pronuncia Gambelli (89). Avremmo dunque, come conseguenza dell'approfondimento del regime delle libertà di circolazione avvenuto nell'ultimo decennio sotto la spinta della giurisprudenza della corte, una spettacolare inversione nelle aspettative dell'ordinamento nazionale interno nei confronti dell'attività normativa dell'Unione. Tra il '92 e il '94 il rigido regime nazionale protezionistico venne giudicato da ampia dottrina non in contrasto con il diritto comunitario in quanto estraneo ai principi di libertà di circolazione (90), salvo «il rischio» di un intervento normativo ad hoc, intervento peraltro divenuto estremamente improbabile dopo le conclusioni del vertice di Edimburgo, e che gli apparati sta-

(87) V. comunicato stampa n. IP (91) 1017

(88) Donde la retromarcia della stessa Commissione. Cfr. Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Edimburgo, 11-12 dicembre 1992, All. 2, *Sussidiarietà - Esempi di riesame di proposte in istanza e di legislazione in vigore*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, pp. 849ss.

(89) Sull'ambivalenza del principio di mutuo riconoscimento, strumento di integrazione alternativo all'armonizzazione delle legislazioni nazionali da un lato, quale portato della giurisprudenza della Corte, come anche strumento complementare all'armonizzazione legislativa a partire dal Libro Bianco del 1985 (*Il completamento del Mercato Interno, Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo* di Milano, 28-29 giugno 1985, Bruxelles, 14 giugno 1985), si sofferma da ultimo S. NICOLIN, *Il mercato interno, tra mutuo riconoscimento e sussidiarietà* (di prossima pubblicazione). V. anche V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruxelles, 1996, pp. 1-567; Y.M. SUN e Y. PELKMAN, *Regulatory Competition in the Single Market*, in *Jour. comm. mark. st.*, 1995, 67-89, in part. p. 69.

(90) V. *supra*, parr. 3-4.

tuali dei Paesi membri erano comunque mobilitati ad impedire. Sono passati non troppi anni, il diritto comunitario di elaborazione giurisprudenziale fa irruzione da ogni lato dentro i fortini assediati dei variegati regimi protezionistici presidiati dai singoli ordinamenti interni (91); a questo punto l'emanazione di una direttiva d'armonizzazione, dal contenuto corrispondente alla proposta ora delineata (92), si trasformerebbe in un salvagente, per gli apparati nazionali, onde rallentare gli effetti della tendenza in atto.

15. Le pronunce Gambelli e Lindman si inseriscono dunque in un ampio quadro innovativo indotto dalla giurisprudenza della corte (93), caratterizzato sempre più esplicitamente per un verso dalla tendenza ad una interpretazione omogenea delle libertà, anche al di là delle previsioni letterali del Trattato; per l'altro verso dalla tendenza ad integrare le fondamentali libertà economiche su cui si fonda l'edificio comunitario in un discorso forte sui diritti degli individui. È un quadro variegato, che comprende le pronunce Carpenter (94) come Jany (95), Commissione c. Italia (96) come De Coster (97), Danner (98) come Lankhorst-Hohorst (99), come anche, malgrado le apparenze contrarie, Paracelsus (100); ora, grazie alle pronunce in esame, si presenta anche come un quadro vieppiù omogeneo. La direzione di marcia è ben esplicitata dalla corte nella pronuncia Commissione c. Italia (101); in tale pronuncia (punto 26), ricordato come l'art. 49 non si limiti ad imporre l'abolizione di ogni discriminazione basata sulla cittadinanza nei confronti del prestatore di servizi stabilito in altro Stato membro, i giudici di Lussemburgo sanciscono (102)

(91) «Les lois européennes .. (c) est un véritable naz-de-marée qui submerge nos digues et envahit nos terres, inondant champs et maisons sous nos yeux effarés»: così, riproponendo una risalente affermazione di Lord Denning, M. LUBY, *op.cit.*, pp. 578-579.

(92) Senza naturalmente entrare nel merito, in questa sede, di una valutazione d'insieme della proposta di Direttiva, che in termini generali prevedendo un obbligo di liberalizzazione dei servizi, per quanto scaglionata nel tempo, è al centro di ampio dibattito.

(93) V. sull'argomento, oltre agli autori già citati: P. OLIVER e W.H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Comm.Mark.LawRev.*, 2004, 407-441; C. PRIETO, *Liberté d'établissement et de prestation de services*, in *Rev.Trim.Dr.Eur.*, 2003, pp. 489-527; A.TIZZANO, *Note sulla recente giurisprudenza della Corte comunitaria*, in *Dir. un. eur.*, 2002, 535-550 (in part. 544-547).

(94) CGCE 11 luglio 2002, C-60/00, *M. Carpenter*, in *Racc.* I-6279ss. V. su tale pronuncia: S. ACIERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2002, 653-670; E. SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: towards a (non)-economic European Constitution*, in *Comm. mark. law rev.*, 2004, 343-373.

(95) CGCE 20 novembre 2001, C-268/99, *Malgorzata Jany*, in *Racc.* I-8615ss..

(96) CGCE 13 febbraio 2003, C-131/01, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, I-1659ss..

(97) CGCE 29 novembre 2001, C-17/00, *C. De Coster*, in *Racc.* I-9445.

(98) V. *supra*, nota 59.

(99) CGCE 12 dicembre 2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, in *Racc.*, I, 11779.

(100) CGCE 11 luglio 2002, C-294/00, *Deutsche Paracelsus Schulen/Gräbner*, in *Racc.* I, 6515ss.; v. oltre, par. 16.

(101) Non a caso richiamato, senza stringente necessità (le misure restrittive finlandesi erano di natura discriminatoria) dalla corte nel caso *Lindman*; v. *supra*, par. 9.

(102) Richiamando una giurisprudenza comunque recente: in particolare sentenza 3 ottobre 2000, C-58/98, *Corsten*, in *Racc.* I-7919ss., punto 33. Il nuovo indirizzo si collega a quell'orientamento risalente, di cui costituisce l'evoluzione, per cui sono in linea di principio

come lo stesso articolo esiga «la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare, da ostacolare o da rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»; definizione convergente, va ricordato, è presente nella pronuncia Kraus in materia di libertà di stabilimento (103).

L'appartenenza delle pronunce Gambelli e Lindman ad un filone già in via di consolidamento non ne sminuisce peraltro in alcun modo l'importanza. Al contrario, va sottolineato come la più avvertita dottrina, nel delineare l'evoluzione giurisprudenziale in atto, ne avesse sottolineato il carattere non univoco, dal momento che «recenti pronunce sembrano assicurare una maggiore considerazione per gli interessi degli Stati», soprattutto rimettendo alla discrezionalità di questi la «determinazione unilaterale» della nozione di ragioni imperative connesse all'interesse generale. Orbene, con tale rilievo la dottrina in esame faceva esplicito riferimento alle sentenze Zenatti e Läärä (104).

Deve allora concludersi come, sotto un profilo generale, le pronunce esaminate esercitino una centrale funzione di natura sistemica, di chiarificazione e di definitiva messa a regime cioè di un orientamento; se vogliamo, a rischio forse di forzatura, possano essere salutate come un segnale di avvenuta saldatura per linee interne della giurisprudenza della corte in materia di libertà di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi.

Quale indicazione di ricerca, resterà allora da controllare come si inserisca la giurisprudenza in materia di libera circolazione dei lavoratori nel suddetto panorama; soprattutto, dovrà essere nuovamente oggetto di indagine, alla luce di un quadro di evoluzione giurisprudenziale in via di stabilizzazione, quel rapporto decisivo tra libera circolazione delle merci e libertà di circolazione delle persone che, oramai dall'inizio degli anni '90, affatica la dottrina (105).

vietate tutte le restrizioni, e non solo quelle che si risolvano in diritto o in fatto in discriminazioni a danno di prestatori stabiliti in altri Stati membri: V. CGCE: 21 luglio 1991, C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, in *Racc.* 1991, 4007ss. (punti 13-15) e 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*, in *Racc.* I-4221ss.

(103) Sentenza *Kraus* (*supra*, nota 47), punto 32: «gli artt. 48 e 52 ostano a qualsiasi provvedimento, relativo ai presupposti dell'uso di un titolo universitario integrativo conseguito in un altro Stato membro, il quale, anche se si applica senza discriminazioni in base alla cittadinanza, può ostacolare o scoraggiare, l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, compresi quelli dello Stato membro che ha emanato il provvedimento stesso, delle libertà fondamentali garantite dal trattato» (corsivo aggiunto). In senso conforme *Gebhard*, cit. punto 37 e CGCE 11 maggio 1999, C-255/97, *Pfeiffer Grossahndel*, in *Racc.*, I-2835ss.. V. peraltro le Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nel caso *CaixaBank* (ancora *supra*, nota 47), per una suggestiva proposta interpretativa volta a separare, al di là del coincidere delle espressioni usate dai giudici, il dettato delle pronunce *Kraus* e *Gebard* (e tutta la più recente giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento) da un lato, e quello della pronuncia *Pfeiffer* dall'altro lato.

(104) *Ivi*, pp. 548-549.

(105) Sull'argomento, fra gli altri: N. BERNARD, *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence*, in *Cah. dr. eur.*, 1998, 11-45; ENCHELMAIER, *The Awkward Selling of a Good Idea, or a Traditionalist Interpretation of Keck*, in *Yearb.Eur.Law*, 2003, 249-322; L.M. MADURO, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical reading of Arti-*

16. Nondimeno, la nozione di interesse generale (106) richiede qualche osservazione conclusiva. Come noto nella pronuncia Gouda (107) la corte aveva operato una prima ricognizione di quelle esigenze imperative connesse all'interesse generale che giustificerebbero, in presenza delle altre condizioni sopra elencate, misure restrittive della libertà di circolazione, aggiungendosi alle deroghe espressamente previste dal trattato. Tra queste vanno ricordate le esigenze ambientali, la tutela dei consumatori e dei lavoratori, la conservazione del patrimonio storico e artistico, la valorizzazione delle ricchezze archeologiche, storiche ed artistiche, la tutela della proprietà intellettuale. Trattavasi di un elenco esemplificativo; non a caso proprio le pronunce Schindler e Zenatti consentirono di aggiungere a tale elenco l'esigenza di lotta contro la frode.

Per una certa fase, nel silenzio della corte, è parso lecito considerare le esigenze in esame come una sorta di riserva *ratione materiae* lasciata alla discrezionalità degli Stati; una volta cioè stabilita l'inerenza di una normativa nazionale al rispetto di una o più tra tali esigenze, era assodata anche l'esistenza dell'interesse generale, salvo il successivo controllo di adeguatezza, proporzionalità, non discriminatorietà. Ora la corte, anche a fronte delle difficoltà e degli ostacoli incontrati dai giudici interni nell'applicazione delle regole generali da lei dettate, ritorna sulla nozione di interesse generale, specificando come in presenza di misure nazionali restrittive della libertà di circolazione facenti riferimento ad una (o più) di tali esigenze, il giudice interno non deve dare per scontata l'esistenza di ragioni di interesse generale; deve invece sottoporre tali misure ad un rigoroso esame di coerenza e sistematicità, solo in

cle 30 of the EC Treaty, Oxford, 1998; A. MATTERA RICIGLIANO, *De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck » l'obscurité d'une jurisprudence riche en principe novateurs et contradictions*, in *Rev. Marché Un. eur.* 1994, pp. 117-160; C. NOVI, *Le misure di effetto equivalente nella giurisprudenza comunitaria recente*, in *Giust. civ.* 1995, 857ss.; F. PICOD, *La nouvelle approche de la Cour de Justice en matière d'entraves aux échanges*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.* 1998, 169-189; N. REICH, *The « November Revolution » of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, in *Comm. Mark. law rev.*, 1994, 459-492; N. SHUIBHNE, *The Free Movement of Goods and Article 28 EC: An Evolving Framework*, in *Eur. law rev.*, 2002, 408-425; J. SNELL, *True Proportionality and Free Movement of Goods and Services*, in *Eur. bus. Law rev.*, 2000, pp. 50-57; ID., *Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in the EC Law*, in *Yearb. Eur. Law*, 2003, 323-351; Y. STUICK, *Gourmet: une nouvelle brèche dans la jurisprudence Keck?*, in *Cah. dr. eur.* 2001, 683-705; M. TODINO e T. LÜDER, *La jurisprudence "Keck" en matière de publicité: vers un marché unique inachevé?*, in *Rev. marché un. Eur.* 1995, 171-190; O.-A. TORGENSEN, *The Limitations of Free Movement of Goods and the Freedom to Provide Services - in Search of a Common Approach*, in *Eur. Bus. Law Rev.* 1999, pp. 371-387; WEATHERILL S., *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, in *Comm. Mark. Law Rev.* 1996, 885-906; ID., *Recent Case Law Concerning the Free Movement of Goods: Mapping the Frontiers of Market Deregulation*, in *Comm. Mark. Law Rev.* 1999, 51-85; L. ZAGATO, *La giurisprudenza del dopo-Keck*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.* 1998, 525-535; ID., *L'antinomia beni materiali/beni immateriali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle CCEE*, in L. FORLATI e L. ZAGATO (a cura di), *Cultura e innovazione nel rapporto fra ordinamenti*, Quaderni di AIDA, n. 2, Milano, 2000, 101-167 (in particolare pp. 120ss.).

(106) V. sull'argomento C. BOUTAYEB, *Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.* 2003, 1-28.

(107) *Supra*, nota 102.

presenza delle quali assumeranno rilievo le questioni relative alla sussistenza o meno delle rimanenti condizioni giustificative.

La vera e propria «chiusura sistemica» in corso appare ampiamente confermata ove si relazionino le pronunce Lindman e Gambelli a Paracelsus; ciò consente anche di dar ragione dell'altrimenti inspiegabile inserimento nell'elenco delle sentenze a carattere maggiormente innovativo di tale pronuncia. Nel caso Paracelsus invero la corte in ultima analisi conferma la sussistenza, allo stato attuale della legislazione comunitaria, della libertà in capo ad uno stato membro (nel caso di specie l'Austria) di apprezzare diversamente i rischi per la salute pubblica connessi all'esercizio di un'attività di terapia perfettamente legale in altro stato membro (la Germania), vietandola. Ciò che della pronuncia in esame va enfatizzato è peraltro il radicale ridimensionamento, quando non l'esplicito annuncio di prossima fine, dei margini di discrezionalità lasciati allo Stato austriaco; e ciò, si osservi, malgrado il caso verta su una delle deroghe esplicite previste dagli artt. 46 e 55 del trattato. Se allo stato non ci sono elementi per pronunciarsi sulla necessità (idoneità) e proporzionalità della misura di impedimento posta dalla normativa austriaca, dicono infatti i giudici di Lussemburgo (punto 49), ciò è vero provvisoriamente, allo stato appunto; l'apprezzamento potrà cambiare nei prossimi anni, in funzione dei progressi realizzati nella conoscenza dei metodi terapeutici utilizzati e dei loro effetti sulla salute. È quanto dire che potranno venire in rilievo anche coerenza e sistematicità della normativa interna restrittiva. È stata tracciata così la strada perché tanto il giudice di merito quanto la corte di giustizia si possano pronunciare anche su misure restrittive nazionali riguardanti la salute pubblica. Ove si consideri che il caso verta sulla meno controversa, nella giurisprudenza comunitaria, delle deroghe *ratione materiae*, diviene chiara la confluenza della pronuncia Paracelsus nella linea di sviluppo giurisprudenziale delineata, ad ulteriore riprova del carattere sistematico e tendenzialmente omogeneo di questa.

Piuttosto, ci si può chiedere se, a fronte di sviluppi che rischierebbero altrimenti di imbrigliare oltremodo l'insopprimibile rivendicazione di libertà di azione degli stati membri, con effetti controproducenti sulla stessa saldezza della costruzione dell'unione, non vada interpretata come offerta di ancora di salvataggio quella definizione di «ordine pubblico sociale» che fa la sua comparsa per la prima volta nella pronuncia Gambelli (108). In ipotesi, potrebbe trattarsi di una nozione intermedia tra quelle di ordine pubblico e sicurezza pubblica di cui all'art. 46, nozioni invero assai impegnative e spesso scarsamente gestibili (109), e quelle ragioni imperative

(108) V. *supra*, par. 11. Perplexità sul significato della nozione in esame viene espressa in M. CONDINANZI, A. LANG e B. NASCIBENE, *op.cit.*, 220.

(109) La nozione di ordine pubblico, toccando il nucleo duro della sovranità dello Stato rimane affidata al positivo, questo è certo all'ordinamento interno dei singoli Stati membri. Tuttavia la giurisprudenza della Corte ha avvolto tale nozione, nel corso degli anni, in una fitta rete di limitazioni e determinazioni negative, sì da renderne progressivamente difficile, e comunque di natura viepiù emergenziale, le ipotesi di concreta applicazione. Per una ricostruzione puntuale di tale "rete" v. G. KARYDIS, *op.cit.*, 3-9. Ivi (p. 8) per la largamente condivisibile constatazione secondo cui solo «une interprétation restrictive de l'exception de l'ordre public pourrait garantir l'application cohérente et uniforme du droit communautaire, tout en préservant à la fois l'essence du droit de circulation et de séjour des citoyens de l'Union». Nel

di interesse generale su cui oramai la corte intende «guardare dentro» volta a volta senza sconti, esigendo eguale comportamento dal giudice nazionale di merito. Una nozione intermedia o, se vogliamo, un suggerimento di nicchia: evidentemente, e l'osservazione conclusiva funziona anche da opportuna .. controindicazione rispetto ad un quadro di certezze altrimenti forse eccessive, saranno la ripresa e l'eventuale approfondimento della nuova nozione in successive pronunce a fornire elementi validi di approfondimento.

LAUSO ZAGATO