

Versione anonimizzata

C-437/20 - 1

Causa C-437/20

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

17 settembre 2020

Giudice del rinvio:

Tribunale di Parma (Italia)

Data della decisione di rinvio:

8 novembre 2019

Procedimento penale nei confronti di:

ZI

TQ

TRIBUNALE DI PARMA

SEZIONE PENALE

In data 12 Gennaio 2016 a ZI è stato contestato il reato previsto e punito dagli articoli 110 Codice Penale, 4, comma 1 e [comma] 4 bis, legge 13 dicembre 1989, n. 401, in relazione all'articolo del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, numero 773, e successive modificazioni, perché, in concorso tra loro, ZI, quale titolare firmatario dell'impresa individuale «U&B di ZI» con sede in Parma, TQ, quale dipendente part time della citata società ed addetto alla gestione del centro trasmissione dati ubicato al medesimo indirizzo, privi di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'articolo 88 del T.U.L.P.S., svolgevano in Italia attività organizzata al fine di accettare e raccogliere, anche per via telefonica o telematica, scommesse di qualsiasi genere con successiva trasmissione delle stesse all'allibratore estero «Phoenix International Ltd».

IL GIUDIZIO

Il difensore proponeva quali tesi difensive l'assoluzione perché il fatto non costituisce reato; ovvero perché il fatto non sussiste; ovvero ai sensi dell'art. 530, co. 3, c.p.p.

A seguire il difensore invitava il Tribunale a rimettere gli atti alla CGUE di Lussemburgo ex art. 267 TFUE

VALUTAZIONI DIMERITO

La documentazione in atti consente di ripercorrere brevemente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale «*in subiecta*» materia.

1. In Italia il settore delle scommesse sportive non è liberalizzato.
2. Il [R.D] n. 773/31 all'articolo 88 (T.U.L.P.S.), infatti, rende necessarie, al fine di operare in tale settore, una concessione amministrativa, rilasciata dall'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato [divenuta Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, ADM], ed una successiva autorizzazione di polizia, rilasciata dal Questore territorialmente competente, che presuppone l'esistenza del titolo concessorio. Specificatamente, l'art. 88 T.U.L.P.S. disciplina il rilascio della licenza di polizia che consente al cittadino italiano di operare sul territorio nazionale in questo specifico settore.
3. La licenza di polizia viene, tuttavia, rilasciata, a condizione che siano rispettati 2 requisiti: uno di carattere soggettivo, l'altro di carattere oggettivo. Il primo, quello di carattere soggettivo, impone che il richiedente goda di specchiata condotta e, cioè, che rispetti le condizioni indicate dagli artt. 2. 92 e 111 del T.U.L.P.S.. Dall'altra parte, il requisito oggettivo consiste nel fatto che il richiedente sia collegato ad un Bookmaker in possesso della «Concessione Statale». Concessione statale che, per la propria natura, è sottoposta alle regole dettate per gli appalti, la cui disciplina europea è espressa dalla Dir. 2014/24/UE.
4. L'articolo 4 della legge 401/1989 criminalizza la condotta di chi eserciti in maniera abusiva l'attività di gioco e di scommessa, disponendo, al comma 4 bis, che: «*chiunque privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'articolo 88 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, numero 773, e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate al Italia o all'estero*».
5. Poste tali condizioni, l'art. 4, co. 4 bis., della L. n. 401/1989 è norma penale in bianco la cui parte precettizia è espressa proprio dalla legge che indice il Bando concessorio.

6. Dal 1998 al 2012 si sono susseguite tre differenti discipline, che sono state, in tempi diversi e per motivi diversi, dichiarate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea contrastanti con alcuni principi europei: 1) cd. «Bando delle 329 Agenzie Ippiche storiche» - anno 1999; 2) cd. «Bando Bersani» — Legge n. 248/2006; 3) cd. «Bando Monti» - L. n. 44/2012.

7. Sin dal momento della sua introduzione, la norma ha profilato dubbi di compatibilità con i principi comunitari. Il Trattato sull'Unione europea, ha, infatti, tra i suoi principi fondanti, il diritto di stabilimento e la libertà di circolazione dei servizi che vieta all'articolo 49 *«restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro»*.

8. La questione della compatibilità della normativa italiana in materia con il trattato CE è giunta, dunque, ben presto all'attenzione della Corte di Cassazione la quale, sin dall'inizio, ha sottolineato come la libertà di circolazione dei servizi imposta dalla normativa comunitaria potesse trovare un limite laddove le restrizioni fossero state giustificate da motivi di interesse pubblico, dovendo in tal caso la libera iniziativa economica privata cedere il passo alla protezione di interessi collettivi (cfr. Cass., sez. II, 18 giugno 2003, n. 26145; Cass. Sez. III, 19 febbraio 2003, n. 8122; Cass. Sez. III, 13 novembre 2002, n. 38058; Cass. Sez. III, 11 luglio 2001, Cass. Sez. III, 13 gennaio 2000, n. 124).

9. La Corte di Giustizia intervenne per la prima volta sulla questione con la cosiddetta Sentenza Gambelli – C-243/01, con la quale si stabilì[va] che l'articolo 4 legge numero 401 del 1989 comportava effettivamente una **[Or.3]** restrizione alla libertà di stabilimento e a quella di circolazione dei servizi, rimettendosi, tuttavia, al giudice nazionale il compito di stabilire se tale restrizione fosse o meno giustificabile per motivi di interesse pubblico nonché se non fosse sproporzionata rispetto agli obiettivi indicati. Il giudice comunitario, in sostanza, demandava al giudice nazionale l'individuazione delle finalità sottese alla sanzione penale prevista dall'articolo 4 legge n 401 del 1989.

10. Malgrado l'apertura della Corte di Giustizia, la Corte di Cassazione si pronunciava poco dopo a Sezioni Unite, ribadendo, con la sentenza numero 23271 [de] 26 aprile 2004, che le disposizioni di cui all'articolo 4 della legge 13 dicembre 1989 numero 401, non potevano considerarsi in contrasto con i principi comunitari della Libertà di stabilimento (art. 43 trattato UE) e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione Europea (art. 49), atteso che la normativa nazionale persegue finalità di controllo per motivi di ordine pubblico idonea a giustificare, ai sensi dell'articolo 46 del trattato, le restrizioni nazionali [ai] citati principi comunitari.

11. Anche l'intervento delle Sezioni Unite, tuttavia, non riusciva a subire il dibattito nell'ambito della giurisprudenza di merito, tanto da portare nuovamente alla rimessione degli atti alla Corte di Giustizia, che si pronuncia[va] il 6 marzo del 2007 con la cosiddetta sentenza Placanica, resa nel procedimento C-338/2004.

12. In tale pronuncia, la Corte di Giustizia rilevava che la normativa italiana nel limitare l'accesso all'organizzazione delle scommesse ai soli soggetti beneficiari di concessione sembrava perseguire effettivamente un interesse economico più che di tutela dell'ordine pubblico pur rimettendo comunque, formalmente, al Giudice nazionale la verifica circa il perseguimento, da parte del sistema delle concessioni stabilito dalla legge nazionale, delle finalità di ordine pubblico dichiarate. Con la sentenza 16969 del 28 marzo del 2007, quindi, la Corte di Cassazione, premettendo la vincolatività dell'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia ed abbandonando un orientamento seguito fino a quel momento, affermò il principio per cui non possono applicarsi sanzioni o misure restrittive reali alle persone indagate o processate per aver svolto senza autorizzazione attività di raccolta di scommesse qualora, sulla base di idonei elementi di prova, risulti al giudice che tale attività è stata svolta per conto di società che, nel paese membro ove sono stabilite, esercitano legittimamente tale attività imprenditoriale per aver ottenuto le necessarie autorizzazioni o abbiano, comunque, adempiuto alle prescrizioni previste dall'orientamento del paese stesso, anche ove le stesse siano prive di concessione nello Stato Italiano per non aver partecipato o non aver potuto partecipare alla relativa a gara (date le limitazioni previste dalla normativa "ratione temporis" in vigore).

13. Bando Bersani.

Il complesso panorama giurisprudenziale appena descritto ha portato l'intervento del legislatore, il quale con il cosiddetto decreto Bersani del 2006 (D.L. n. 223/2006, convertito in legge 248/2006) ha previsto nuove assegnazioni di concessioni, aprendo almeno formalmente il mercato all'ingresso di nuovi operatori mediante espletamento di una nuova gara per l'assegnazione delle stesse concessioni.

14. Anche il nuovo regime, tuttavia, venne censurato dalla Corte di Giustizia, la quale, con due sentenze, il 17 febbraio del 2012, C-72/2010 e C-77/2010, riscontr[ò] ancora una volta la violazione degli articoli 43 e 49 del trattato CE. In particolare, dinanzi al Giudice Comunitario venne sollevata questione circa la compatibilità dei predetti principi con l'articolo 38 del decreto Bersani, che prevedeva come i nuovi successori dovessero collocare le agenzie ad una distanza minima da quelle già esistenti, che dunque venivano a godere di una sorta di primazia sul territorio nazionale.

15. La Corte nelle due sentenze citate concluse che: «[...] gli articoli 43 e 49 CE, nonché i principi di parità di trattamento e di effettività, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che uno Stato membro, il quale abbia escluso, in violazione del diritto dell'Unione, una categoria di operatori dall'attribuzione di concessioni per l'esercizio di un'attività economica e che cerchi di rimediare a tale violazione mettendo a concorso un numero rilevante di nuove concessioni, protegga le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti prevedendo in particolare determinate distanze minime tra gli esercizi dei nuovi concessionari e quelli di tali operatori esistenti. Gli articoli 43 CE e

49 CE devono [pertanto] essere interpretati nel senso che essi ostano a che vengano [Or.4] applicate sanzioni per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia nei confronti di persone legate ad un operatore che era stato escluso da una gara in violazione del diritto dell'Unione, anche dopo la nuova gara destinata a rimediare a tale violazione, qualora quest'ultima gara e la conseguente attribuzione di nuove concessioni non abbiano effettivamente rimediato all'illegittima esclusione di detto operatore dalla precedente gara. Risulta dagli articoli 43 CE e 49 CE, dal principio di parità di trattamento, dall'obbligo di trasparenza, nonché dal principio di certezza del diritto che le condizioni e le modalità di una gara, quale quella in questione negli odierni procedimenti principali, e in particolare le norme contemplanti la decadenza di concessioni rilasciate al termine di tale gara, come quelle dettate dall'articolo 23, commi 2, lettera a), e 3, dello schema di convenzione tra l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e l'aggiudicatario della concessione per giochi d'azzardo relativi ad eventi diversi dalle corse dei cavalli, devono essere formulate in modo chiaro, preciso e univoco, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare».

16. Ancora una volta, quindi, il Giudizio finale sulla compatibilità della legislazione con i principi comunitari venne demandato al giudice nazionale, ma questa volta la Corte di Cassazione tornò a difendere la normativa nazionale, osservando che: «[...] la norma prevista dall'articolo 4 comma 4-bis della legge 13 dicembre 1989 n 401 contrasta con i principi comunitari della Libertà di stabilimento della Libertà di prestazione di servizi all'interno dell'Unione europea ex articoli 43 e 49 del Trattato secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia Europea (confronta sentenza Placanica e Costa Cifone) soltanto nel caso, giustificativo della sua applicazione, in cui il soggetto svolga senza autorizzazione di pubblica sicurezza attività organizzata di intermediazione per l'accettazione e la raccolta di scommesse sportive in favore di un allibratore straniero che non abbia potuto ottenere in Italia le concessioni o le autorizzazioni richieste dalla normativa nazionale a causa del rifiuto dello Stato italiano di concederle, [in violazione del] diritto comunitario» (cfr. Cass. Sez. III, n. 18767/2012).

17. Veniva, dunque, ribadita la piena legittimità delle limitazioni all'apertura di agenzie per la raccolta di gestione delle scommesse, purché tale limitazioni fossero: 1 coerenti, 2 proporzionate alle finalità di ordine pubblico perseguite, 3 non si rivelassero discriminatorie.

18. La Corte di Giustizia, in altri termini, secondo il nostro organo di nomofilachia, non aveva proclamato l'illegittimità dell'articolo 4 legge n. 401 del 1989 in generale, ma nei soli casi in cui taluno fosse stato illegittimamente escluso dall'assegnazione delle concessioni.

19. Sempre con riferimento al sistema delineato dal decreto Bersani del 2006, la Corte di Giustizia risulta essere intervenuta nuovamente in data 12 settembre 2013, con la cosiddetta sentenza Biasci (cause riunite C-660/2011 e C-8/2012),

affermando i seguenti principi: A) che gli articoli 43 e 49 [CE] devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che imponga alle società interessate a esercitare attività collegate ai giochi d'azzardo l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di polizia, in aggiunta a una concessione rilasciata dallo Stato al fine di esercitare simili attività, e che limiti il rilascio di una siffatta autorizzazione segnatamente ai richiedenti che già sono in possesso di una simile concessione. B) Che gli articoli 43 e 49 del trattato nonché i principi di parità di trattamento e di effettività, devono essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro che abbia escluso, in violazione del diritto dell'Unione, una categoria di operatori dall'attribuzione di concessioni per l'esercizio di un'attività economica e che cerchi di rimediare a tale violazione mettendo a concorso un numero rilevante di nuove concessioni protegga le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti prevedendo, in particolare, determinate distanze minime tra gli esercizi dei nuovi concessionari e quelli di tali operatori esistenti. C) Che risulta dagli articoli 49 e 43 del trattato dal principio di parità di trattamento, dall'obbligo di trasparenza, dal principio di certezza del diritto che le condizioni e le modalità di una gara, quale quella in questione nei procedimenti principali, in particolare le norme contemplanti la decadenza di concessioni rilasciate al termine di una tale gara, come quelle dettate dall'articolo 23, comma 3, dello schema di convenzione tra l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato e l'aggiudicatario della concessione relativa ai giochi d'azzardo riguardanti gli eventi diversi dalle corse dei cavalli, devono essere formulate in modo chiaro, preciso e univoco, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. D) Che gli articoli 43 e 49 devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che impedisca di fatto qualsiasi attività transfrontaliera nel settore del gioco indipendentemente dalla forma di svolgimento della suddetta attività e, in particolare, nei casi in cui avviene un contatto diretto fra il consumatore e l'operatore ed è possibile un controllo fisico, per finalità di pubblica **[Or. 5]** sicurezza, degli intermediari dell'impresa presenti sul territorio. Spetta al giudice del rinvio verificare se ciò avvenga nel caso dell'articolo 23, comma 3, di detto schema di convenzione. E) Che gli articoli 43 e 49 devono essere interpretati nel senso che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, la circostanza che un operatore disponga, nello Stato membro in cui è stabilito, di un'autorizzazione che gli consente di offrire giochi d'azzardo non osta a che un altro Stato membro, nel rispetto degli obblighi posti dal diritto dell'Unione, subordini al possesso di un'autorizzazione rilasciata dalle proprie autorità la possibilità, per un tale operatore, di offrire siffatti servizi a consumatori che si trovino nel suo territorio.

20. Anche la Corte di Giustizia, quindi, riconosce: la compatibilità con il diritto comunitario del regime di cui all'articolo 88 del testo unico leggi pubblica sicurezza, affermando l'illiceità delle sole restrizioni contenute nell'articolo 38 del Decreto Bersani, anche perché [e]ccessivamente garantiste verso chi era già in possesso di tali titoli.

21. Il principio di primazia ed [e]ffettività del diritto comunitario ed il principio di collaborazione di cui agli articoli 10 trattato CE impongono al giudice nazionale di verificare la compatibilità delle proprie norme con quelle comunitarie

e di adottare tutte le misure atte a preservarne e garantirne la portata e l'efficacia: la problematicità della materia delle scommesse sportive risiede, infatti, nella necessità di operare un bilanciamento tra il principio di legalità sotteso all'applicazione delle singole fattispecie incriminatrici con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi enucleati agli articoli 43 46 49 e 50 del trattato CE.

22. In base ai principi sanciti sia dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. CGUE 6.11.2003, C-243/2001, Gambelli), che da quella nazionale (cfr. ex plurimis Cass. Pen., SS.ULI, 26.04.2004 n. 23272; nonché sez I, 10.11.2005, n. 41728; sez. III 4.05.04, n. 26849; sez. II, 9.3.2.012, n. 24656), le disposizioni penali in questione assolvono ad una funzione di tutela dell'ordine pubblico ovvero a motivi imperativi di interesse generale che giustificano la possibilità di operare restrizioni alla disciplina sovranazionale, a condizione che non risultino sproporzionate alla finalità perseguita (cfr. CGUE, 21.10.99, C-67/98, ZENATTI): tanto più che, secondo la già citata giurisprudenza di legittimità, la scelta discrezionale in merito alla congruità della sanzione penale è demandata non già al singolo giudice Nazionale, bensì al legislatore.

23. Si tratta, peraltro, di un orientamento di recente recepito anche dallo stesso legislatore, il quale con la legge numero 73 del 22 maggio 2010, all'articolo 2, comma 2-ter, ha ribadito la necessità della previa concessione amministrativa per l'esercizio delle attività di cui all'articolo 88 T.U.L.P.S.. In sostanza, *«[...] la normativa italiana regola il settore del gioco delle scommesse in modo restrittivo, creando sbarramenti oggettivi e soggettivi all'esercizio di tale attività. Tale regime, che si fonda sul sistema complesso della gara per le concessioni dei servizi e della licenza di pubblica sicurezza, è certamente idoneo a creare ostacoli alla piena attuazione dei Principi comunitari testé menzionati. Ma una loro compressione si giustifica, in considerazione di quanto disposto dall'articolo 46 del Trattato CE, per ragioni di ordine pubblico, sempreché tali restrizioni siano proporzionate, trasparenti e non discriminatorie ai danni dei cittadini stranieri»* (Cass. n. 24656/2012).

24. Invero, a giudizio della citata giurisprudenza si precisa che *«[...] in concreto, possono profilarsi quattro ipotesi: - Che il soggetto abbia ottenuto la concessione e la licenza di pubblica sicurezza e comunque violi una delle prescrizioni in materia: in tal caso, il contrasto con i precetti comunitari è da escludersi, in radice, perché l'instaurazione del regime concessorio è dimostrativa, per sé stessa, della non compromissione dei principi della libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi; - Che il soggetto non abbia richiesto la concessione e la licenza in Italia e non abbia mai conseguito l'autorizzazione ad esercitare l'attività neppure nel paese di stabilimento: questa attività è certamente passibile di rilievo penale, in quanto non può ravvisarsi alcun contrasto fra l'esistenza di un qualsiasi regime autorizzatorio, dall'interessato del tutto disatteso, e i principi comunitari; - Che il soggetto, già abilitato all'estero alla raccolta di scommesse, agisca in Italia tramite collaboratori o rappresentanti che non hanno chiesto alle autorità nazionali le necessarie autorizzazioni. Anche questa ipotesi è certamente*

rilevante dal punto di vista penale, in quanto la disciplina che impone restrizioni soggettive non è stata ritenuta, in sé, incompatibile con i principi [Or.6] comunitari; - Che il soggetto abbia richiesto la licenza e la concessione in Italia e gli siano state negate: solo in questo caso il Giudice Nazionale è tenuto ad indagare circa le ragioni del diniego e sincerarsi che le stesse: A) non abbiano determinato diversità di trattamento o posizioni di vantaggio fra i cittadini italiani e quelli stranieri, B) siano emerse nel corso di una procedura chiara e trasparente, C) siano giustificate dal perseguimento di scopi di interesse pubblico preminente, quali evitare infiltrazioni della criminalità del settore, tutelare i consumatori e limitare un'eccessiva sollecitazione al gioco, D) siano proporzionate al raggiungimento di tali scopi, ossia che gli stessi non potrebbero essere perseguiti tramite l'adozione di procedure alternative. Difettando una sola di queste condizioni, le ragioni del diniego si porranno in concreto contrasto con i principi di cui agli articoli 43 e 49 del trattato CE e non potranno essere giustificate, a mente dell'articolo 46 del medesimo Trattato, con la conseguenza che - in simili evenienze - la mancanza di concessione o di licenza di pubblica sicurezza non potrà costituire il presupposto per l'applicazione delle sanzioni penali previste dalla legge 401 del 1989 articolo 4».

25. Si deve, peraltro, registrare un ulteriore mutamento normativo, in quanto il decreto legge 2 marzo 2012 numero 16, convertito in legge 44/2012, ha previsto un nuovo bando per il rilascio di concessioni per la raccolta di scommesse nello Stato Italiano (cosiddetto Bando Monti), prevedendo la possibilità di partecipazione «[...] per i soggetti che già esercitano attività di raccolta di gioco in uno degli Stati dello spazio economico europeo, avendo la sede legale o operativa sulla base di valida ed efficace titolo abilitativo rilasciato secondo le disposizioni vigenti nell'ordinamento di tale Stato e che siano [altresì] in possesso dei requisiti di onorabilità, affidabilità ed economico patrimoniali individuali dell'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato tenuto conto delle disposizioni in materia di cui alla legge 13 dicembre 2010 numero 220, nonché al decreto legge 6 luglio 2011 numero 98, convertito con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011 numero 11».

26. All'indomani dell'espletamento della procedura inerente al Bando Monti, sono stati rilasciati 2000 diritti di raccolta con scadenza al 1° luglio 2016. Questi diritti sono stati acquisiti da: Lottomatica, Snai, Cogetech, Hbg, Sisal, Codere, Cirsa, Matica e B Plus Gioco Legale limited.

27. Lo stesso legislatore italiano, con la legge del 23 dicembre 2014, n. 190 (cd. «Legge stabilità [per il] 2015»), all'art. 1 co. 643, prima, e con la legge 208/2015 (cd. «Legge stabilità [per il] 2016») all'art. 1 co. 926, poi, ha introdotto una procedura di “Sanatoria” in forza della quale gli esercizi che sin dal 30 ottobre 2014 svolgevano attività di raccolta scommesse su Rete Fisica in favore di bookmaker esteri, in difetto di concessione italiana e di licenza ex articolo 88 testo unico leggi pubblica sicurezza, potevano regolarizzare [la] proprie attività così da renderl[e] pienamente conform[i] alla normativa interna vigente pagando l'imposta unica pregressa.

28. Si prevedeva tramite la compilazione dell'allegato C e l'inoltro che l'adesione alla procedura di regolarizzazione avrebbe avuto valore di domanda di rilascio della licenza ex articolo 88 testo unico leggi Pubblica Sicurezza.

29. Anche a seguito di tale innovazione normativa, la Suprema Corte è più volte intervenuta sulla materia chiarendo: «[...] A) che l'attività legata alle scommesse illecite è soggetta a concessione rilasciata dall'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato e, una volta ottenuta tale autorizzazione, deve essere rilasciata la licenza di pubblica sicurezza di cui all'articolo 88 del [T.U:L.P.S.] con la conseguenza che il reato di cui all'articolo 4 comma 4-bis della legge 401 del 1989 risulta integrato da qualsiasi attività, comunque organizzata, attraverso le quali si eserciti, in assenza di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi del regio decreto 18 giugno 1931, numero 773, articolo 88; B) che qualora il bookmaker estero sia provvisto di concessione, la precedente condotta è ugualmente sussumibile al modello legale descritto dalla legge 401 del 1989 articolo 4, in mancanza del preventivo rilascio della prescritta licenza di pubblica sicurezza richiesta ai sensi dell'articolo 88 testo unico leggi pubblica sicurezza; C) che [la] mancanza di autorizzazione non può essere addebitata a soggetti che non siano riusciti a ottenere le autorizzazioni dal diritto dell'Unione; D) che in mancanza della concessione della licenza, per escludere la configurabilità della fattispecie incriminatrice, occorre la dimostrazione che l'operatore estero non abbia ottenuto le necessarie concessioni o autorizzazioni a causa di illegittima esclusione dalle gare o per effetto di un comportamento comunque discriminatorio tenuto dallo Stato nazionale nei confronti dell'operatore comunitario. Solo in siffatti casi il giudice Nazionale [Or.7] dovrà applicare la normativa interna per contrasto con quella comunitaria»(cfr. Cass. 11 marzo 2016 n. 13706).

30. L'operatore privo di concessione [e] di autorizzazione che abbia, invece, aderito alla sanatoria di cui all'articolo 1, comma 643, legge 190 del 2014, ovvero dell'art.1 co. 926 legge 208/2015 versando l'imposta dovuta alle scadenze previste dalla legge, ha diritto di svolgere l'attività di raccolta di scommesse fino alla data di scadenza prevista per il 1° luglio 2016. Proprio tale data, almeno secondo quelle che erano le aspettative del Legislatore, rappresenta un vero e proprio spartiacque fra un sistema contraddistinto dalla distribuzione illegittima delle concessioni a causa dell'esclusione ingiustificata di tutti i Bookmaker comunitari interessati ad effettuare il proprio business in Italia, ed un mercato conforme alle direttive europee.

A quest'ultima disciplina partecipa la società maltese *Phoenix International Ltd.*

Posizione imputata ZI e società Phoenix International Ltd

1. *Phoenix International Ltd*, è operatore maltese attivo in Italia attraverso molti brand commerciali fra cui anche "Aleabet", con cui l'odierna ricorrente è contrattualizzata.

2. La posizione di ZI risulta comune a quella di circa 900 centri collegati all'operatore Phoenix International Ltd., e passa per l'adesione alla Sanatoria introdotta, su spinta comunitaria, dapprima con la legge 190/2014 e poi con la successiva legge 208/2015.

3. Entrambe le citate disposizioni normative si contraddistinguono per colmare il divario evidenziato dalla Corte di Giustizia anche per mezzo dell'ultimo bando emesso con la legge n. 44/2012, cd. «Bando Monti».

4. Lo spirito della L. 190/2014, prima, e della [L.] 208/2015, poi, è quello di consentire la regolare scadenza del termine indicato dai precedenti bandi dichiarati illegittimi consentendo nel contempo la possibilità a tutti quei centri che al mese dell'ottobre 2014 fossero stati operativi di poter SANARE.

5. Le cd. Leggi di Stabilità 2015 e 2016 hanno previsto una «SANATORIA» per tutti i bookmakers costituiti dopo il 31 ottobre 2014.

6. L'adesione a questa sanatoria ha fatto insorgere nei centri una serie di diritti contemplati dall'art. 1, comma 643, lettera G), per cui: «[...] con la presentazione della domanda al titolare dell'esercizio ovvero del punto di raccolta è riconosciuto il diritto, esclusivamente fino alla data di scadenza, delle concessioni di Stato vigenti per la raccolta delle scommesse»; all'art. 1, comma 643, lettera F), la condizione per cui: «[...] gli atti di accertamento e di irrogazione di sanzioni già notificati entro il 31 dicembre 2014 perdono effetto a condizione che l'imposta versata per la regolarizzazione, con riguardo ai periodi d'imposta oggetto degli atti medesimi, non sia di importo inferiore a quello in essi indicato».

7. A tali concessioni corrispondono degli obblighi per il bookmaker che intenda aderire alla sanatoria. Segnatamente per il bookmaker straniero corre l'obbligo di: a) impegnarsi alla regolarizzazione fiscale da parte del legale rappresentante della società sanante; b) versamento [di] € 10.000 per ogni singolo centro a questo collegato entro il 31 gennaio 2016; c) trasmissione dell'allegato C [da parte] del titolare del singolo centro scommesse.

8. Al riguardo, dai documenti prodotti dalla difesa, emerge che il primo obbligo è stato compiuto dalla Phoenix Ltd. Tramite la sottoscrizione della dichiarazione di impegno alla regolarizzazione fiscale per emersione con domanda di rilascio di titolo abilitativo ai sensi dell'art. 88 T.U.L.P.S. e conseguente collegamento al totalizzatore nazionale.

9. Quanto al secondo degli obblighi previsti, rappresentato dal versamento [di] € 10.000 per ogni centro entro il 31 gennaio 2016, nel corso dell'esame in qualità di testimone del direttore p.t. dell'[Agenzia delle] Dogane e [dei] Monopoli [OMISSIS] è emersa una limitazione all'accesso al mercato nazionale patita dagli operatori esteri interessati.

10. In particolare l'[Agenzia delle] Dogane e [dei] Monopoli ha emesso solamente il 15.01.2016 le disposizioni attuative di cui all'art. 1, comma 643,

della legge 23 dicembre 2014, n. 190, così come modificato dall'art. 1, comma 926, della legge di stabilità n. 208, non modificando la data finale prevista per l'adesione fissata al successivo 31.01.2016[6].

11. Dal compendio probatorio è emerso infatti che la società *Phoenix International Ltd.* ha subito un vero e proprio impedimento nell'accesso al mercato. La discriminazione patita dalla società straniera Phoenix si **[Or.8]** sarebbe estrinsecata in [un']ingiustificata restrizione temporale (appena 16 giorni) tale da comportare per la società sanante il completo adempimento degli obblighi imposti solamente per 50 centri, a fronte dei 900 richiedenti.

12. In tale prospettiva si inserisce, infatti, il bonifico, cui ha fatto seguito l'accettazione di pagamento di ADM, di cinquecentomila euro (500.000,00) quale cifra totale del numero di centri, la cui documentazione amministrativa risultava essere conforme con le prescrizioni imposte dal dato normativo, moltiplicato per la cifra costituente l'obbligo economico assunto di 10.000,00 euro per singolo centro.

13. Tale ristrettissimo lasso temporale (16 giorni) ha spiegato i propri effetti discriminatori anche riguardo il terzo obbligo previsto come condizione per la partecipazione alla legge 208/2015, rappresentato dalla trasmissione dei dati personali e commerciali del titolare del CTD collegato al bookmaker richiedente mediante il modulo, denominato «allegato C», messo a disposizione dall'[Agenzia delle] Dogane e [dei] Monopoli sul proprio sito istituzionale.

14. Il valore dell'allegato C è stato peraltro anche riconosciuto dal Consiglio di Stato che, adito per il medesimo operatore, ha stabilito che: «[...] *Considerato il combinato disposto dell'articolo 1, comma 643, lettere g) e b) della L.90/2014, come modificato dall'articolo 1, co. 926, L. 208/2015 va interpretata nel senso che l'adesione alla procedura di sanatoria in commento comporta che al titolare dell'esercizio o del punto di raccolta è riconosciuto immediatamente, a partire dal momento dell'inoltro della relativa domanda all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, il diritto alla raccolta delle scommesse, salvo l'eventuale diniego dell'autorizzazione ex art. 88 T.U.L.P.S., autorizzazione che deve ritenersi utilmente richiesta già attraverso la compilazione e l'inoltro del modello di sanatoria reso disponibile nel sito istituzionale della predetta Agenzia, contenente la dichiarazione di impegno alla regolarizzazione fiscale per emersione e la domanda di rilascio di titolo autorizzatorio [...]*».

15. In verità già i termini fissati al 31/1/2016 dall' art. 1 co. 926 L. 208/2015 (Legge stabilità 2016) per la regolarizzazione provvisoria dei punti scommessa esistenti (sostanzialmente limitato a giorni 16, posto che i decreti di attuazione risultano emessi il 15/1/2016), appaiono esternamente restrittivi e sostanzialmente non in linea con le sollecitazioni di diritto comunitario e con le indicazioni contenute in numerose pronunce della [Corte] (tra le altre, CGUE, sezione IV, 13/9/2002, [causa C-260/04, punto] 29) circa il carattere non discriminatorio cui deve uniformarsi qualunque procedura di proroga delle concessioni in essere.

16. Evidente è infatti come nel caso di specie il termine di soli 16 giorni non poteva permettere a «*Phoenix International Ltd.*» di predisporre la documentazione necessaria alla regolarizzazione di 900 diversi punti scommessa e, soprattutto, di versare il non indifferente importo di € 9.000.000,00.

17. Né può riflettersi a danno degli operatori economici del settore, anche costituiti in previsione dell'emissione del nuovo bando, l'evidente ritardo nell'emanazione del nuovo bando concessorio che, sulla base di quanto risulta dal pur non chiaro disposto di cui all'art. 1 co. 932 L. 190/2014 richiamata dalla successiva legge 208/2015, art. 1 co. 926, avrebbe dovuto essere indetto sin dal 1° maggio 2016.

18. Risultano inoltre in atti le seguenti circostanze.

19. «*Phoenix International Ltd.*», stante il ridottissimo margine di tempo concesso dalla normativa di regolarizzazione, procedeva in data 30/1/2016 a regolarizzare 50 punti scommesse versando l'importo di € 500.000,00.

20. Non avendo avuto la possibilità di regolarizzare i rimanenti 850 punti scommessa, in data 31/1/2016 «*Phoenix International Ltd.*» richiedeva ulteriore termine nella misura di 60 giorni per regolarizzare gli stessi.

21. In data 31/03/2016 la «*Phoenix International Ltd.*» faceva pervenire tramite il proprio legale una comunicazione di posta elettronica certificata contenente un allegato nel quale venivano indicati i nominativi, le ragioni sociali, gli indirizzi e le partite iva di tutti gli 850 centri affiliati.

22. In data 17 e 21 giugno 2016, a distanza di 5 mesi dalla chiusura della «sanatoria» sono stati trasmessi da parte della Phoenix due bonifici di un importo pari a 30.000 euro versati dalla società al solo scopo di includere, come effettivamente avvenuto, 3 nuovi centri all'interno della lista di quelli già sanati alla data del [Or.9] 31.01.16.

23. L'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, in data 9/6/2016, diramava nota circolare rivolta a tutti i concessionari e titolari di rete nella quale, evidenziato che l'art. 1 co. 932 L. 208/2015 imponeva l'attribuzione di tutte le concessioni per la raccolta delle scommesse su eventi sportivi da effettuarsi «[...] *con gara da indire dal 1° maggio 2016, mediante procedura aperta, competitiva e non discriminatoria [...]*», e preso atto che il bando di gara non era stato ancora emesso, autorizzava la prosecuzione dell'attività di raccolta delle scommesse da parte di tutti i punti di raccolta già autorizzati.

24. Questo Giudice, concordando con le censure profuse dalla difesa, ritiene che le modifiche apportate dalla menzionata circolare all'intera disciplina siano sussumibili a una doppia pregiudiziale sia di natura costituzionale, sia riferibili al diritto europeo.

25. [OMISSIS] [*questioni procedurali*]

26. Il fondato dubbio di compatibilità di questo Giudice con il diritto dell'Unione Europea rileva tanto rispetto ai principi unitari, espressi dalla normativa dettata sia in materia di Licitazione Pubblica, quanto in [materia di] tutela della libertà di stabilimento, di concorrenza e di discriminazione fra imprese.

27. Rileva al riguardo questo Giudice che la condotta sin qui serbata da parte dello Stato e dall'[Agenzia delle] Dogane e [dei] Monopoli, appa[re] poter ledere i diritti di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) ed avere effetti discriminatori nei confronti dell'operatore Phoenix International Ltd.

28. I dubbi di questo Giudice, facendo propri quelli già formulati [dal difensore] nel corso del processo, attengono alla compatibilità con il diritto dell'Unione volto a tutelare la libertà del mercato con le disposizioni interne idonee, dapprima, a restringere il termine di partecipazione alla cd. "sanatoria" indetta per l'anno 2016 (riducendo ad appena 16 giorni il termine per presentare documentazione per 900 centri e per pagare la cifra di nove milioni di euro), quindi, a prorogare la gestione dell'esercizio della raccolta scommesse "sine die" come disposto dalla circolare 9.06.16. Rileva infatti questo Giudice che proprio la Circolare 9 giugno 2016, con cui è prorogata la gestione dell'esercizio della raccolta scommesse "sine die", potrebbe costituire una forma di affidamento diretto di un servizio armonizzato in contrasto proprio con il diritto dell'Unione Europea dettato in materia di appalti pubblici dalla direttiva 2004/18/CE, poi modificata dalla 2014/24/UE.

29. Altresì questo Giudice, richiamata la giurisprudenza comunitaria emessa nella causa C-388/01 per cui «*l'astratta citazione di una causa di deroga, in assenza di comprovati riscontri fattuali, non legittima lo Stato membro ad invocarla*», rafforza i propri dubbi formulati rispetto alla disciplina dettata dallo Stato Italiano, non ritenendo il richiamo all'ordine pubblico contenuto nella Circolare 09.06.1[6] quale condizione sufficiente per limitare le libertà comunitarie. Non si possono infatti addurre ragioni di ordine pubblico prescindendo da un'adeguata disamina della normativa di settore.

30. Appare pure meritevole di disamina la censura, formulata dalla difesa rispetto alle altre esigenze richiamate dalla Circolare 09.06.1[6] di natura erariale ed occupazionali, atteso che la Corte di Giustizia Europea, ha più volte avuto modo di precisare che non possono invocarsi motivi di carattere economico ed occupazionali, consistenti nella necessità di garantire ai concessionari la continuità, la stabilità finanziaria ed un congruo rendimento per gli investimenti realizzati nel passato, in quanto gli stessi non possono essere riconosciuti come motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare la restrizione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato.

31. Ulteriore perplessità è suscitata dalla circostanza che la proroga mantenga in vita «*Sine Die*» le vecchie [Or.10] concessioni, rilasciate sia dal Bando Bersani che dal Bando Monti che sono stati censurati per palese violazione dei dettami comunitari dalla Corte di Giustizia Europea.

32. I suddetti Bandi peraltro avevano la loro scadenza naturale il 30 giugno 2016, data scelta a seguito dell'invito comunitario al Governo Italiano ad armonizzare il sistema con una data dal[la] quale ricominciare secondo i parametri dell'Unione.

RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA [DELL'UNIONE] EUROPEA.

In definitiva, per tutte le questioni esposte, il Tribunale Penale di Parma rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, le seguenti questioni interpretative:

- 1) Se il diritto dell'Unione europea contenuto nelle disposizioni della direttiva 2014/24/UE in tema di appalti ed applicabile anche al settore «giochi e scommesse» osti all'istituto della proroga delle concessioni già assegnate in forza di bandi precedenti dichiarati illegittimi dal[la] CGUE disposto dal legislatore nazionale - per mezzo [dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM)], mediante Circolare 9 giugno 2016;
- 2) Se i principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56 e 106 TFUE ostino ad una normativa nazionale che - in assenza di ogni procedura di gara, e mediante la tecnica dell'affidamento diretto, realizzato per mezzo di atto di organizzazione endogeno amministrativo - con una proroga "sine die" delle vecchie concessioni rilasciate con bandi di gara, la cui scadenza naturale era già stata fissata per il 30 giugno 2016, realizzi una chiusura del mercato nazionale;
- 3) Se i diritti contemplati dagli articoli 49, 52, 106 TFUE ostino con l'articolo 1, ai commi 926 e 932, legge 208/2015, in ragione della previsione dei termini assolutamente inidonei, e quindi ingiustificatamente restrittivi, all'adempimento degli oneri amministrativi e finanziari conseguenti alla richiesta avanzata dalla società Phoenix International Ltd consistente in 900 concessioni;
- 4) Se gli articoli 49, 56 e 106 TFUE ostino ad una normativa nazionale modificata in virtù della Circolare del 9 giugno 2016 che, tramite la mancata previsione di un termine certo di conclusione della durata, autorizzi tutte le concessioni, comprese quelle già dichiarate illegittime dalle successive pronunce della CGUE, ad operare nel mercato nazionale, impedendo l'accesso di nuovi operatori stranieri o l'emersione ed espansione di quelli già esistenti come la Phoenix International Ltd.
- 5) Se i principi di eguaglianza, parità di trattamento e di non discriminazione contenuti negli articoli 2 e 3 TUE, nell'articolo 10 TFUE ostino all'ammissione, oltre il termine del 30 giugno 2016 indicato dalla legge di stabilità n. 208/2015, di soli 3 nuovi centri, escludendo, invece, i restanti 847.

ADEMPIMENTI DI SEGRETERIA

SOSPENSIONE DEL GIUDIZIO

[Or.11]

P.Q.M.

Il Tribunale Penale di Parma :

- a) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;
- b) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la sospensione del presente giudizio, con sospensione del decorso del termine di prescrizione;
- c) [OMISSIS]
- d) [OMISSIS] *[procedura]*

Parma, 8 novembre 2019