

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con sentenza in data 8.3.2011 il Tribunale di Lecce - sezione di Tricase riconosceva XXXXXX XXXXXXXXX responsabile del reato di cui all'art. 4, co. 1° e 4 bis, L. nr. 401/1989 e, con le attenuanti generiche, la condannava alla pena, condizionalmente sospesa, di mesi quattro di reclusione.

Avverso detta sentenza interponeva appello il difensore della imputata, deducendo i seguenti motivi:

- il Tribunale ha tratto il convincimento della responsabilità dell'imputato sull'erroneo presupposto che questi esercitasse un'attività di accettazione e raccolta di scommesse su attività sportive con metodo informatico, della trasmissione telematica delle stesse in Inghilterra, della raccolta del denaro degli scommettitori e del rilascio di ricevute per conto del c.d. *bookmaker* inglese (società Stanley) che autonomamente organizzava le scommesse su eventi sportivi italiani ed esteri, assumendosi il rischio d'impresa;

- in tale materia l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria e nazionale è approdata alla conclusione secondo cui uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa allorchè l'adempimento di tale formalità sia stato rifiutato o reso impossibile dallo Stato membro interessato, in violazione del diritto comunitario. Tanto è accaduto nel caso di specie, in quanto gli appellanti non potevano comunque ottenere le concessioni e le autorizzazioni di polizia richieste dalla normativa italiana perché, in violazione del diritto comunitario, detta subordinava il rilascio dell'autorizzazione di polizia al possesso di una concessione ed all'epoca dell'ultimo bando di gara l'Italia aveva rifiutato di attribuire concessioni a società quotate nei mercati regolamentati. Ne consegue che non è penalmente perseguibile chi, senza autorizzazione, svolga raccolta di scommesse qualora si accerti che tale attività è stata svolta per conto di società (come la Stanley) che non hanno o non avrebbero potuto partecipare alla gara per aggiudicarsi le concessioni in Italia e che, nel Paese membro in cui sono stabilite, esercitano legittimamente tale attività imprenditoriale con la necessaria autorizzazione.

Nulla quaestio sulla ricostruzione della condotta ascritta agli imputati.

Rinviando integralmente alle risultanze di prova ed alla loro sintesi svolta dal primo Giudice, in alcun modo avversate dall'appellante, ciò che qui è posta in discussione una **duplice questione di diritto** attinente la complessa problematica della disciplina delle scommesse *on line* su siti di imprese scommettitrici stabilite all'estero in paesi appartenenti alla Comunità Europea, ed ivi a tanto autorizzate dalla locale legislazione.

La prima concerne l'asserita inapplicabilità dell'art 4, comma 4 bis, L. 13 dicembre 1989, n. 401 nel caso in cui sia svolta non un'attività di intermediazione, ma semplice centro elaborazione dati (CED) per la quale sarebbe unicamente necessaria la autorizzazione all'uso di mezzi telematici rilasciata dal Ministero delle Comunicazioni.

Tale tesi - secondo la quale l'attività di gestione dell'esercizio del ricorrente sarebbe sottratta all'obbligo di autorizzazione ex art.88 T.U.L.P.S. sulla base della distinzione che il ricorrente propone fra punti di raccolta delle scommesse e punti di commercializzazione, definiti come nel presente caso, come CED (centri elaborazione dati) e in altri procedimenti come CTD (centri trasmissione dati) - non può essere condivisa. Giova ricordare che la norma incriminatrice contenuta nel comma 4-bis dell'art.4 della legge 13 dicembre 1989, n.401, introdotto dall'art. 37, comma 5, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, recita: "*Le sanzioni di cui al presente articolo sono applicate a 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, n. 773, e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettati in Italia o all'estero.*"

Ebbene, dal momento che la norma considera illecita, se non autorizzata, "qualsiasi" attività organizzata che "comunque favorisca" sia le attività di accettazione sia quelle di raccolta di scommesse, non vi è dubbio che coloro che sul territorio gestiscono i punti di commercializzazione **debbono dotarsi di autorizzazione di pubblica sicurezza**; e ciò sia che operino all'interno del circuito dell'impresa concessionaria, sia che operino collaborando con essa sulla base di un accordo contrattuale (cfr. Sez. 3, **Sentenza n. 35470** del 20/06/2012 Cc. (dep. 14/09/2012)Rv. 25 3388).

Quanto alla **seconda questione**, è stato a più riprese prospettato e ritenuto il contrasto della normativa nazionale con quella comunitaria, che sancisce la libertà di stabilimento per qualsiasi impresa ed il divieto di

porre ingiustificate limitazioni alla libera circolazione di beni e servizi all'interno del territorio comunitario; di talché, ogni cittadino dell'unione europea è tendenzialmente legittimato a procurarsi ed ottenere servizi da un'impresa stabilita in qualsivoglia parte del territorio comunitario, così come, tendenzialmente, qualsiasi impresa è libera di offrire i propri beni e servizi - ivi compresi quelli relativi alla organizzazione di scommesse e giochi - in ogni parte del territorio comunitario, quale che sia la sede di detta impresa.

In Italia, la specifica materia dell'organizzazione delle scommesse o pronostici su eventi sportivi (ed altro) è regolata dalla legge 401/89, che riserva (art. 4 co. 1) allo Stato o ad altri enti concessionari l'attività di gestione del lotto e di organizzazione di concorsi pronostici collegati ad eventi sportivi, e che, fuori dei casi di organizzazione delle scommesse, subordina (art. 4 co. 4 bis della legge 401/89) alla licenza di cui all'art. 88 TULPS l'esercizio organizzato delle mere attività di raccolta o accettazione, anche per via telematica, delle scommesse da altri organizzate. In sintesi, il c.d. "bookmaker", e cioè l'imprenditore che individua l'evento da pronosticare, lo allibra, determina le quote ed i limiti di puntata, e che assume il rischio (di impresa) del pagamento delle scommesse perse, è soggetto al regime concessorio di cui all'art. 4 co. 1 legge 401/89; mentre il soggetto che, per conto del primo, si limita a fungere da intermediario raccogliendo le scommesse e le puntate, è assoggettato all'obbligo di munirsi della licenza di polizia di cui all'art. 88 TULPS, in forza di un obbligo nascente direttamente dall'art. 4 co. 4 bis della legge, che di fatto chiarisce come si estenda anche a tali attività la nozione di "esercizio delle scommesse" prevista dal citato art. 88 TULPS.

Su tale disciplina si innesta però - come si diceva - quella comunitaria che, regolando agli artt. 43 e 49 del trattato istitutivo CE, la libertà di stabilimento ed impresa sul territorio della Comunità Europea, è stata ritenuta porsi quale limite di legittimità della normativa nazionale, detta legittimità escludendo laddove la normativa nazionale - per finalità monopolistiche o tributarie o comunque per finalità diverse da quelle della tutela dell'ordine e sicurezza pubblici (considerate dall'art. 46 del citato Trattato) - consenta di negare a soggetti stranieri o diversi dallo Stato il rilascio delle concessioni all'esercizio del gioco e delle scommesse.

Si è, in particolare, da più parti e dagli appellanti sostenuto che la normativa nazionale:

- 1) assolverebbe a finalità meramente monopolistiche e parafiscali, finalizzate ad assicurare allo Stato un gettito finanziario notevole, e non abbia invece alcun intento moralizzatore, come dimostrato dalla contemporanea incentivazione di diverse forme di gioco di azzardo (si pensi alla ampia diffusione delle c.d. lotterie istantanee);

2) porrebbe ingiustificati limiti alle imprese nazionali ed estere, non proporzionati all'effettivo grado delle esigenze di ordine pubblico connesse al pericolo di infiltrazione delle organizzazioni criminali;

3) realizzerebbe un trattamento deteriore del cittadino italiano rispetto agli altri cittadini comunitari;

4) nella più gran parte dei casi, l'attività svolta consisterebbe nella mera attività di trasmissione dati, debitamente autorizzata e che anche la giocata sarebbe compiuta in piena autonomia dal cliente, senza apporti collaborativi da parte dell'azienda dell'istante;

5) conseguentemente, per lo svolgimento delle attività in questione sarebbe sufficiente l'autorizzazione alla trasmissione di dati per via telematica, che viene rilasciata previa esibizione del certificato antimafia, il cui possesso garantirebbe quindi della moralità ed affidabilità dell'imprenditore assolvendo a finalità analoghe ed equipollenti a quelle del possesso della licenza di cui all'art. 88 TULPS;

6) la previsione della necessità di munirsi della autorizzazione di cui all'art. 88 TULPS si porrebbe quindi in contrasto con la normativa comunitaria, atteso che la stessa equipara le autorizzazioni rilasciate dal paese di stabilimento a quelle esigibili dal paese in cui ha sede il destinatario della prestazione.

Sulla questione è intervenuta più volte la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite, chiamate a vagliare tali doglianze e, più in generale, a determinare se le norme nazionali sopra richiamate siano compatibili con i principi comunitari che stabiliscono la libertà d'iniziativa economica da parte di qualsiasi soggetto nei paesi appartenenti alla Comunità europea.

Il problema è stato definitivamente risolto nel senso che *"l'art. 4 L. n. 401 del 1989 è compatibile con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera erogazione dei servizi, rispettivamente sanciti dagli articoli 43 e 49 Trattato CE, e non può quindi ritenersi implicitamente abrogato per incompatibilità con i predetti principi"* (cfr. Cass. Pen. Sez. 2, Sentenza n. 24656 del 09/03/2012 Cc. (dep. 21/06/2012) Rv. 252828).

In tale sentenza, dopo un'accuratissima esegesi dei provvedimenti nazionali e della corte europea susseguiti, si è approdati alla conclusione che - proprio alla luce dell'ampia e consolidata elaborazione giurisprudenziale della stessa Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia - *"è possibile rispondere positivamente al quesito generale circa la "sopravvivenza" della L. n. 401 del 1989, art. 4"*, rimarcando il principio secondo cui posto mai in nessuna delle sentenze in parola si è affermata l'incompatibilità assoluta della fattispecie incriminatrice con i principi di

libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi in ambito comunitario (artt. 43 e 49 Trattato CE), chiarendosi come la normativa italiana regolamenti il settore del gioco e delle scommesse in modo restrittivo, creando degli sbarramenti oggettivi e soggettivi all'esercizio di tale attività che non ricorrono negli ordinamenti di altri Stati membri. Tale regime - che si fonda sul sistema complesso della gara per la concessione dei servizi e della licenza di pubblica sicurezza - è certamente idoneo a creare ostacoli alla piena attuazione dei principi comunitari testè menzionati. Ma una loro compressione si giustifica, in considerazione di quanto disposto dall'art. 46 del Trattato CE, **per ragioni di ordine pubblico, sempreché tali restrizioni siano proporzionate, trasparenti e non discriminatorie ai danni dei cittadini stranieri.**

Si sono, dunque, enucleate quattro ipotesi ravvisabili in concreto:

1. 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 se stessa, della non compromissione dei principi della libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi;

2. 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, ed il principi comunitari;

3. **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 sè, incompatibile con i principi comunitari;

4. **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 l'infiltrazioni della criminalità nel 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 artt. 43 e 49 del Trattato CE e non potranno essere giustificate a mente dell'art. 46 del medesimo Trattato, con la conseguenza che - in simili evenienze - la mancanza di concessione o di licenza di pubblica sicurezza non potranno costituire il presupposto per l'applicazione delle sanzioni penali previste dalla L. n. 401 del 1989, art. 4.

Tanto premesso in diritto, nel caso di specie, risulta pacificamente che l' **appellante si trovi nella situazione di cui al punto 3)**, poiché per un verso ha operato in Italia in collegamento con il Gruppo Golbet, abilitato all'esercizio di tale attività all'estero, **ma senza aver mai chiesto la licenza di pubblica sicurezza di cui all'art. 88**, talché il fatto è tuttora reato.

Il fatto che l'appellante non abbia mai chiesto la cennata licenza consente, in primo luogo, di superare le doglianze contenute nel gravame sull'omesso controllo da parte del Giudice sulla sussistenza di particolari ragioni di ordine ovvero sicurezza pubblico in capo all'appellante; controllo certamente doveroso, sol che la relativa autorizzazione fosse stata richiesta e non rilasciata in favore della XXXXXXXX.

Non rileva, infine, ad avviso di questa Corte, in senso contrario alla conclusione del rilievo penale della condotta posta in essere dalla XXXXXXXX la riconosciuta "peculiare posizione" in cui si trova la Goldebet, in ciò equiparata alla Stanley, quest'ultima illegittimamente esclusa dal bando di gara del 1999 e che non ha partecipato a quelle indette nel 2006, nonostante il manifestato interesse, a causa delle non conformità del nuovo regime concessorio con le norme del Trattato.

Tale peculiare posizione, invero, determina l'obbligo per il Giudice italiano di "disapplicare", solo laddove il soggetto intermediario abbia chiesto la licenza ex art. 88 (così consentendo il doveroso controllo statale sulle qualità soggettive del destinatario), ma la stessa sia stata negata per ragioni diverse da quelle di ordine pubblico che rendono compatibile la normativa italiana con quella comunitaria.

Ciò si evince dalla motivazione della sentenza Cifone, citata dall'appellante (Sez. 3, **Sentenza n.28413 del 10/07/2012** Cc. (dep. 16/07/2012)Rv. 253241.

Se, invero, la massima di tale sentenza è nel senso che "Non integra il reato di cui all'art. 4 della l. n. 401 del 1989 la raccolta di **scommesse** in assenza di licenza di pubblica sicurezza da parte di soggetto che operi in

Italia per conto di operatore straniero (nella specie la "Stanley International Betting Ltd") cui la licenza sia stata negata per illegittima esclusione dai bandi di gara e/o mancata partecipazione a causa della non conformità, nell'interpretazione della Corte di giustizia CE, del regime concessorio interno agli artt. 43 e 49 del Trattato CE", è altrettanto innegabile come tale conclusione si attagli al caso sottoposto all'esame della Corte, ovvero quello in cui l'intermediario aveva richiesto la licenza ex art. 88, vedendosela rigettare perché la società cui era collegato non aveva le autorizzazioni.

Si legge, infatti, nella parte motiva della sentenza: "(...) Dei due profili ora ricordati la Corte intende evidenziare quello che, attraverso il mancato assoggettamento ai controlli ex R.D. 18 giugno 1931, n. 773, art. 88, fa venire meno le cautele dettate da ragioni di ordine pubblico e di contrasto ai fenomeni illegali che risultano indispensabili per prevenire pericoli per la collettività e che rientrano fra i "motivi imperativi di interesse generale" che le sentenze della Corte di Giustizia hanno sempre considerato fondanti il regime concessorio e le limitazioni apportate tramite questo all'esercizio delle libertà garantite dal Trattato. - È evidente, in conclusione, che l'applicazione al caso in esame dei principi interpretativi fissati dalla sentenza della Corte di Giustizia del 16/2/2012 incide in modo critico sulla coerenza del sistema normativo interno e sulla difesa delle ragioni di ordine pubblico che la stessa sentenza ritiene meritevoli di tutela. Le incoerenze ricordate adesso e l'ingiustificata posizione di privilegio che deriverebbe per il "sistema Stanley" dalla disapplicazione delle norme penali contenute nella L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 4 sono elementi che devono essere affrontati dall'ordinamento nazionale mediante l'eventuale adeguamento del dato normativo e che esulano dalla sfera decisionale di questa Corte; in altri termini, quegli elementi di incoerenza non possono incidere negativamente sulle posizioni soggettive dei destinatari dei provvedimenti cautelari emessi sulla base di ipotesi di reato che la disapplicazione in parola pone nel nulla.

In conclusione, l'applicazione dei principi interpretativi fissati dalla Corte di Giustizia impone di ritenere che all'epoca dei fatti le autorità di pubblica sicurezza abbiano negato l'autorizzazione ex art. 88 T.U.L.P.S., che il sig. Cifone aveva richiesto, sulla base di una disciplina non conforme ai principi del Trattato.

Tanto da fondare la propria conclusione "sulla base della peculiare posizione della società "Stanley International Betting Ltd", che si caratterizza per alcune rilevanti e specifiche circostanze: la illegittima esclusione dai bandi di gara del 1999; la mancata partecipazione alle gare indette nell'anno 2006, nonostante il manifestato interesse, a causa della non conformità del nuovo regime concessorio ai principi del Trattato; **la successiva presentazione di richiesta di**

autorizzazione ex art. 88 T.U.L.P.S., richiesta respinta a causa dell'assenza di concessione.

Tale conclusione, lo si ribadisce, ad avviso di questa Corte, non può estendersi al caso dell'intermediario della società Stanley (ovvero altra equiparata, quale Goldobet) che non abbia mai chiesto alcuna licenza.

Diversamente opinando si finirebbe per attribuire una ingiustificata ed irrazionale posizione di favore agli intermediari in Italia delle società straniere (quali Stanleybet e Goldobet) che - come l'odierna appellante - non si siano mai sottoposti al controllo statale, omettendo di chiedere la licenza ex art. 88, sul presupposto (nel caso che occupa neppure dedotto) per nulla scontato che quest'ultima sarebbe stata rifiutata perché la società cui erano collegati non aveva, a sua volta, potuto ottenere in Italia le necessarie concessioni o autorizzazioni a causa di illegittima esclusione dalle gare.

Le considerazioni che precedono impongono la conferma dell'impugnata sentenza, ineccepibile anche sotto il profilo sanzionatorio che, non a caso, non ha costituito oggetto di doglianza.

P.Q.M.

La Corte,

letti gli artt. 605 e 592 c.p.p.

Conferma

la sentenza del Tribunale di Lecce - sezione di Tricase in data 8.3.2011, appellata da XXXXX XXXXXXXX, che condanna al pagamento delle spese di questo grado di giudizio.

Termine per motivazione, gg. novanta

Lecce, 22-3-2013

Il consigliere estensore

dott. Eva Toscani

il Presidente

dott. Vincenzo Scardia