

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

Il quadro normativo italiano sul gioco d'azzardo

Il nostro ordinamento giuridico penale contempla specifiche incriminazioni¹, di natura contravvenzionale, dirette a colpire l'organizzazione e la partecipazione a giochi d'azzardo o configurabili come tali.

La dottrina dominante ha ormai unanimemente ricondotto le figure criminose connesse con i reati sopra enunciati quali reati che concernono specificamente la c.d. "polizia dei costumi" anche se, in realtà, l'oggetto della tutela penale offerto dalle norme incriminatrici è piuttosto da rinvenirsi nell'esigenza, da parte dello Stato, di conservare l'integrità del controllo monopolistico sui giochi d'azzardo. Essi infatti, come è noto, sono da un lato consentiti nelle case da gioco specificamente autorizzate, d'altro lato sono gestiti dallo Stato attraverso forme particolari; poiché tale monopolio pubblico del gioco d'azzardo è pienamente riconducibile alla funzione istituzionale della P.A., rientrando in obiettivi dell'azione amministrativa sia sotto l'aspetto di compiti di benessere collettivo (inteso come offerta di attività ricreative e di svago), sia sotto l'aspetto di estrinsecazione di compiti di auto-organizzazione (intesi come sovvenzionamento dell'apparato amministrativo anche attraverso l'apprestamento di entrate extra o para-tributarie). Risulta chiaro, dall'esposizione sinora svolta, che il legislatore italiano ha optato per una severa disciplina pubblicistica del gioco d'azzardo, il quale è consentito "solo nell'ambito di strutture o organizzazioni di tipo pubblicistico, e dunque solo in base a specifiche disposizioni legislative e provvedimenti amministrativi che lo autorizzino"².

Atteso quindi che fine ultimo delle sanzioni previste è, oltre a quello più latente di salvare la moralità pubblica, far sì che lo Stato conservi il monopolio su tali giochi, si può correttamente inquadrare l'intervento

¹ Si vedano, in particolare, gli artt. 718 e ss. c.p., l'art. 4 della l. 13.12.1989, n. 401 e l'art. 110 del TULPS.

² Cfr. M. COCCIA, *I concorsi pronostici e le scommesse sulle competizioni sportive e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. sport.*, 1992, p. 224.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

legislativo avvenuto con la legge 289/02 il quale, scavalcando gli orientamenti giurisprudenziali tutt'altro che univoci sinora intervenuti sul punto poiché, a fronte di una giurisprudenza largamente maggioritaria, schierata su posizioni di apodittica intransigenza, che qualificava gli apparecchi videopoker come essenzialmente e strutturalmente destinati al gioco d'azzardo³, si rinvenivano tale pronunce di segno opposto più aderenti ai presupposti codicistici (che sono, si ricorda, l'aleatorietà ed il fine di lucro) del reato in discorso⁴, invece che definire, con sufficiente determinatezza, i concetti di "alea", "abilità", "fine di lucro", ha optato, semplicisticamente, per un intervento restrittivo generalizzato e trasversale individuando, nel settimo comma dell'art. 110 TULPS, le categorie degli apparecchi leciti.

Se però il legislatore non si è preoccupato di chiarire la portata definitoria dei concetti sopra esposti, sia la giurisprudenza che la dottrina sono intervenute spesso sul tema. Chiarito dalla dottrina dominante, quindi, che "si è in presenza di un 'gioco d'azzardo' ogniqualvolta il gioco dipenda in tutto o in parte dalla sorte ed il giocatore intenda perseguire un vantaggio economicamente valutabile"⁵, bisogna evidenziarne i caratteri salienti consistenti nell'**aleatorietà** e nel **fine di lucro**.

La Suprema Corte di Cassazione ha già avuto modo di affermare come l'aleatorietà possa essere inquadrata in due differenti tipologie: un'aleatorietà di tipo "assoluto" e un'aleatorietà di tipo "relativo", a seconda che l'esito del gioco dipenda esclusivamente dalla fortuna o che la vincita o la perdita siano affidate in prevalenza alla fortuna e solo in parte all'abilità del giocatore⁶.

³ Cfr. *ex plurimis* Corte di Cass., Sez. III, sent. n. 215 del 12.01.1987 e sempre della Sez. III, la sent. n. 2705 del 13.03.1996.

⁴ Si vedano al riguardo, in particolare, due sentenze adottate dalla Sez. III della Corte di Cassazione ossia la n. 1121 del 18.06.1999 e, più di recente, la n.10897 del 15.03.2002.

⁵ Cfr. G.P. ACCINNI, *Gestione ed offerta al pubblico via internet di giochi "d'azzardo" e profili di responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 5.

⁶ Cfr. Cass. pen, sez. VI, 27.2.1980, in *Cass. pen.*, 1981, p. 1214.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

Il requisito soggettivo dello scopo di lucro continua a permanere ogniqualvolta il giocatore si proponga di conseguire un vantaggio dal gioco, sia esso un accrescimento in danaro del proprio patrimonio che qualsiasi altra utilità perseguita suscettibile di valutazione economica valutabile⁷. In dottrina si è peraltro precisato che non è necessaria l'effettiva realizzazione del guadagno, apparendo sufficiente la sola prospettiva di esso ed il disegno di agire per realizzarlo⁸.

Ai fini della configurazione del fine di lucro, inoltre, non è considerata rilevante l'entità della posta giocata; in particolare, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che la tenuità della posta non fa venir meno il fine di lucro, "salvo che esso praticamente non sussista per essere la posta stessa del tutto irrilevante (economicamente) e simbolica"⁹. Senonchè, si è ritenuto sussistente lo scopo di lucro anche nel caso in cui il gioco venga esercitato per conseguire non solo vantaggi economicamente valutabili, ma anche obiettivi diversi dal guadagno, quali il mero divertimento o la beneficenza¹⁰. E' pur vero, d'altra parte, che altra giurisprudenza ha nettamente distinto lo scopo di lucro (inteso come il fine di accrescere il proprio patrimonio) da altre forme di vantaggio anche non economico, fatte rientrare nella più ampia categoria del "profitto".¹¹

⁷ Il fine di lucro non può essere escluso neppure se il premio si sostanzia in bevande, cibi e consumazioni in genere, secondo l'affermazione della Suprema Corte, sez. II, 20.12.1982.

⁸ Cfr. BELTRAMI, *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, Milano, 1999, pp. 5 ss.

⁹ Cass. pen., sez. III, 26.2.1991, in *Riv. pen.*, 1991, p. 698.

¹⁰ Cass. pen., sez. III, 11.6.1986, in *Giust. pen.*, 1988, II, p. 396.

¹¹ "Il termine lucro indica esclusivamente un guadagno patrimoniale ossia un accrescimento patrimoniale consistente nell'acquisizione di uno o più beni; esso non coincide in linea di principio con il termine profitto, che ha un significato ben più ampio. Il profitto può implicare sia il lucro: quindi l'accrescimento effettivo della sfera patrimoniale, che la mancata perdita patrimoniale ossia il depauperamento dei beni di un soggetto. In altri termini nel profitto può rientrare anche la mancata spesa che un soggetto dovrebbe, per ipotesi, affrontare per ottenere un bene. Il lucro costituisce solo ed esclusivamente l'accrescimento positivo del patrimonio; il profitto anche la sola non diminuzione dello stesso." Così Pretura Cagliari Sent. 3 dicembre 1996 N. 9208/96 R.G. N. 51 56196 R.G. G.I.P.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

Stante questa sedimentata giurisprudenza e dottrina sul gioco d'azzardo e sui suoi elementi fondanti (ma, almeno parzialmente, contraddetta da pronunce rese in altra tipologia di violazione penale), diventa quindi fondamentale leggere in un'ottica corretta l'intervento del legislatore sull'art. 110 TULPS. Soprattutto bisogna interrogarsi sul *quid iuris*, quindi, se gli apparecchi d'intrattenimento definiti dalla stessa legge "leciti" e previsti per il mondo delle sale giochi e dei bar si affacciassero in rete.

Scopo del presente articolo è proprio quello di individuare, una volta enucleata la natura giuridica del c.d. "gioco lecito" ex art. 110 comma 7 TULPS, come di tutte le altre tipologie di giochi d'azzardo amministrati dallo Stato, se permangano i connotati di liceità anche in ipotesi di contesti elettronici quali casinò online, server di gioco appositi, ecc.

Natura e limiti del divieto di gioco d'azzardo

Il codice penale sanziona il gioco d'azzardo in quanto attività criminogena e pericolosa per l'ordine pubblico se compiuta dal privato cittadino. Vieta pertanto i "giochi d'azzardo" (quelli in cui la componente aleatoria è prevalente rispetto alle capacità del giocatore) praticati a fine di lucro, anche in luoghi aperti al pubblico (case da gioco).

In particolare, sono considerati giochi d'azzardo:

- lotterie
- scommesse
- determinate tipologie di giochi di carte

che dunque non possono essere praticati se non all'interno dei limiti stabiliti dalla legge.

Non si tratta, tuttavia, di un divieto realmente assoluto perchè, le attività di lotterie e scommesse sono in regime di concessione, mentre con deroga legislativa, quattro casinò in Italia (rispettivamente collocati nelle città di Campione, Venezia, St. Vincent e San Remo) e le navi italiane al di fuori di determinate acque possono praticare senza problemi gli altri giochi

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

d'azzardo. E' inoltre anche consentita la gestione – in concessione – di apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici (conformi a determinati requisiti tecnico-giuridici) che fungono da slot-machine.

A tal proposito giova ribadire che, per la legge, *si considerano apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici per il "gioco d'azzardo" quelli che hanno insita la scommessa o che consentono vincite puramente aleatorie di un qualsiasi premio in denaro o in natura o vincite di valore superiore ai limiti fissati al comma seguente, escluse le macchine vidimatici per i giochi gestiti dallo Stato*¹².

Si considerano invece apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici da intrattenimento e da *gioco di abilità* quelli in cui l'elemento dell'abilità e dell'intrattenimento è preponderante rispetto all'elemento aleatorio, ed il valore ed il costo della partita non supera il *valore della moneta metallica corrispondente di valore non superiore ad un euro*.

Appartengono altresì alla categoria dei giochi leciti gli apparecchi in cui il giocatore possa esprimere la sua abilità fisica, mentale o strategica, attivando unicamente con l'introduzione di una moneta metallica o di un gettone per un importo complessivo non superiore, per ciascuna partita, a quella della moneta metallica corrente di valore non superiore ad un euro, che distribuiscono, direttamente e immediatamente dopo la conclusione della partita, premi consistenti in prodotti di piccola oggettistica non convertibili in denaro o scambiabili con premi di diversa specie, di valore complessivo non superiore a dieci volte il costo della partita.

Per quanto qui di maggior interesse può affermarsi che sono apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici per il gioco d'azzardo gli apparecchi che hanno insita la scommessa (c.d. "scommessa interna")¹³ o anche quelli che consentono vincite puramente aleatorie¹⁴.

¹² Cfr. art. 110 TULPS.

¹³ Cfr. PANNAIN, *La disciplina dell'apparecchio flipper*, in *Rass. giur. gioco*, 1966, I, p.8.

¹⁴ Cfr. G.P. ACCINNI, *Gestione ed offerta al pubblico via internet di giochi "d'azzardo" e profili di responsabilità penale*, cit., pp. 10-11.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

Più specificamente, si ritiene che gli *apparecchi e congegni automatici* si debbano identificare con quelli che funzionano od eseguono una serie determinata di operazioni senza la necessità dell'intervento diretto dell'uomo. Negli *apparecchi semiautomatici* sono identificabili, invece, quelli parzialmente automatici, in cui l'automatismo interagisca con l'abilità del giocatore. Sono infine considerati *apparecchi non automatici* quelli nei quali l'esito del gioco dipenda esclusivamente dall'abilità del giocatore, senza alcuna incidenza della sorte. *Elettronici*, da ultimo, tutti quelli alimentati con energia elettrica, che ne consenta il funzionamento dei meccanismi e dei congegni vari¹⁵.

Si realizza la tenuta del gioco d'azzardo con siffatti apparecchi anche per mera installazioni di quest'ultimi, a prescindere cioè dall'effettiva funzionalità dei medesimi¹⁶. E secondo la giurisprudenza di legittimità della Suprema Corte l'ipotesi della tenuta del gioco è sussistente anche in assenza dei giocatori o in costanza di un rinvenimento di una somma esigua di denaro. La motivazione è che "potenzialmente con quel tipo di macchine può praticarsi il giuoco d'azzardo" e quindi "non occorre la sorpresa in flagranza, giacchè la prova del fatto può essere desunta anche in via congetturale"¹⁷.

In ordine alla posta in gioco non si è mancato di osservare che la minima entità della posta non esclude il fine di lucro, quando l'apparecchio si trovi in un locale pubblico e le poste si accumulano per il numero delle giocate¹⁸.

Concludendo, quindi, si può affermare che la finalità della disposizione di cui all'art. 110 TULPS è quella di disciplinare unitariamente tutte le attività di esercizio abusivo in forma organizzata di giochi, scommesse e concorsi pronostici riservati allo Stato o ad altri enti pubblici, al fine di

¹⁵ Cfr. BELTRAMI, *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, cit., p. 182.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. III, 1.7.1996, n. 2862, in *Cass. pen.*, 1998, p. 454.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., sez. III, 30.10.1985, in *Giust. pen.*, 1987, II, p. 28.

¹⁸ Cfr. FERRATO, *Leciti i nuovi videogiochi automatici?*, in *Riv. pen.*, 1982, p. 3. Cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 3.2.2000, n. 594, in *Giur. it.*, 2000, p. 2413. *Contra* Cass. pen., sez. III, 2.3.2000, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 17, p. 56.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

impedire che soggetti non legittimati si appropriino di funzioni spettanti agli enti individuati dalla legge (AAMS, CONI, UNIRE) in regime di monopolio.

Inquadramento giuridico del gambling online

Il *gambling online* (GO) consiste nella predisposizione e messa a disposizione di una piattaforma tecnologica hardware e software che consente ai giocatori di effettuare le puntate a distanza, tramite la rete internet o altra rete di telecomunicazioni.

In questo senso, benchè certamente più complessa, una piattaforma di questo tipo rientra all'interno degli apparecchi automatici regolamentati dall'art.110 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (TULPS). Poca differenza fa, infatti, che il giocatore sia vicino alla macchina da gioco o possa interagire a distanza.

Deriva da quanto sopra che offrire in un locale pubblico, aperto al pubblico o in un circolo una piattaforma per GO in assenza dei prescritti provvedimenti amministrativi significa gestire una casa da gioco abusiva.

Questa conclusione ha trovato ulteriore rafforzamento nella recente sentenza n. 185/2004 della Corte costituzionale che, a proposito dell'art. 718 c.p., scrive:

Questa norma incriminatrice è espressione non irragionevole di quella discrezionalità del legislatore di cui si è appena detto, sebbene la ratio dell'incriminazione non risieda nel disvalore che il gioco d'azzardo esprimerebbe in sé, come pure talvolta si è sostenuto. Anche in esso si manifestano infatti propensioni individuali (impiego del tempo libero, svago, divertimento) che appartengono di norma ai differenti stili di vita dei consociati; stili di vita, i quali, in una società pluralistica, non possono formare oggetto di aprioristici giudizi di disvalore. Le fattispecie penali di cui agli artt. 718 e ss., rispondono invece all'interesse della collettività a veder tutelati la sicurezza e l'ordine pubblico in presenza di un fenomeno che si presta a fornire l'habitat ad attività criminali. La stessa preoccupazione è stata del resto avvertita anche a livello comunitario: la Corte di giustizia, in più di una occasione (sentenza 21 ottobre 1999, causa C-67/98 e sentenza 24 marzo 1994, causa C-275/92), ha affermato che spetta agli Stati membri determinare l'ampiezza della tutela dell'impresa con riferimento al gioco d'azzardo ed ha fondato la discrezionalità di cui devono godere le autorità nazionali, oltre che sulle sue dannose conseguenze individuali e sociali,

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

proprio sugli elevati rischi di criminalità e di frode che ad esso si accompagnano.

Riaffermando il principio – peraltro desumibile dalla collocazione sistematica della norma – che la *ratio* del divieto di gioco d'azzardo è il rigetto dei suoi effetti criminogeni. Conseguenze da questa impostazione che il gioco d'azzardo non è "mala in se" ma soltanto "mala quia prohibita". In altri termini, ciò che rende illegale il gioco d'azzardo è, almeno parzialmente, la **modalità concreta** in cui è praticato.

Si tratta di una conclusione importante perché consente di inquadrare correttamente il problema del rapporto fra monopolio statale e diritto (basato sul principio della libertà di stabilimento) dell'esercente attività lecita di raccolta di scommesse in un paese membro diverso dall'Italia, di svolgere la stessa attività nel nostro Paese.

La Corte di giustizia delle Comunità europee scrive nella sent. C - 243-01 del 6 novembre 2003:

L'art. 49 CE vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. L'art. 50 qualifica «servizi» le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

La Corte ha già affermato che l'importazione di documenti pubblicitari e di biglietti di lotteria in uno Stato membro per far partecipare gli abitanti di detto Stato membro ad una lotteria organizzata in un altro Stato membro si ricollega ad un'attività di «servizi» (sentenza Schindler, citata supra, punto 37). Analogicamente, l'attività consistente nel far partecipare i cittadini di uno Stato membro a giochi di scommesse organizzati in un altro Stato membro, ancorché aventi ad oggetto eventi sportivi organizzati nel primo Stato membro, si ricollega ad un'attività di «servizi» ai sensi dell'art. 50 CE.

La Corte ha affermato, del pari, che l'art. 49 CE dev'essere interpretato nel senso che esso concerne i servizi che un prestatore offre telefonicamente a potenziali destinatari stabiliti in altri Stati membri e che questi fornisce senza spostarsi dallo Stato membro nel quale è stabilito (sentenza 10 maggio 1995, causa C-384/93, Alpine Investments, Racc. pag. I-1141, punto 22).

Applicando tale interpretazione alla problematica della causa principale, ne consegue che l'art. 49 CE riguarda i

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti - amonti@unich.it

Pierluigi Perri - perri@cirsfid.unibo.it

servizi che un prestatore quale la Stanley, con sede in uno Stato membro, nella specie il Regno Unito, offre via Internet - e dunque senza spostarsi - a destinatari che si trovino in un altro Stato membro, nella specie la Repubblica italiana, sicché ogni restrizione a tali attività costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi da parte di un tale prestatore.

Inoltre, la libera prestazione dei servizi comprende non solo la libertà del prestatore di offrire ed effettuare servizi per destinatari stabiliti in uno Stato membro diverso da quello sul cui territorio si trovi il detto prestatore, ma anche la libertà di ricevere o beneficiare, in quanto destinatario, dei servizi offerti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro, senza essere impedito da restrizioni (v., in tal senso, sentenze 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, Luisi e Carbone, Racc. pag. 377, punto 16, e 26 ottobre 1999, causa C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Racc. pag. I-7447, punti 33 e 34).

In ogni caso, per risultare giustificate, le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi devono presentare i requisiti previsti dalla giurisprudenza della Corte (v., in particolare, sentenze 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 32, e 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 37).

Ai sensi di tale giurisprudenza, infatti, le dette restrizioni devono, in primo luogo, essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale; in secondo luogo, devono essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e, in terzo luogo, non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo. In ogni caso, devono essere applicate in modo non discriminatorio.

...

Orbene, laddove le autorità di uno Stato membro inducano ed incoraggino i consumatori a partecipare alle lotterie, ai **giochi d'azzardo** o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario, le autorità di tale Stato non possono invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di giuoco per giustificare provvedimenti come quelli oggetto della causa principale.

...

Una normativa nazionale contenente divieti - penalmente sanzionati - di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, a eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificare e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

Il principio espresso da questa sentenza è – in sintesi – che la contrarietà alle esigenze di tutela dell'ordine pubblico devono essere concretamente sussistenti e devono essere valutate caso per caso (analogamente a quanto consente di dedurre la citata sentenza della Corte costituzionale).

Nulla vieterebbe, dunque, all'operatore di GO stabilito in altro stato membro, di esercitare la propria attività anche in Italia.

Rispetto, poi, al caso specifico del *gambling online* è opportuno inoltre rilevare che – a stretto rigore – non si tratterebbe nemmeno dell'organizzazione di una "casa da gioco" così come definita dagli artt. 718 e sgg. del codice penale, ma dell'offerta di un servizio della società dell'informazione regolato dalla direttiva 31/00/CE e, in Italia, dal DLGV 70/2003.

Anche in questo caso, le norme richiamate subordinano la libertà di prestazione del servizio alla non contrarietà dello stesso ai principi di ordine pubblico; contrarietà che deve – come già spiegato dalla Corte di giustizia UE e ribadito dalla Corte costituzionale – essere accertata caso per caso in rapporto alle concrete modalità di erogazione del servizio.

Se quanto precede è corretto, allora una piattaforma di *gambling online* che garantisca:

- identificazione certa dei giocatori
- certezza delle transazioni (anche ai fini del prelievo fiscale)
- garanzie effettiva circa l'alea
- limitazioni a giocate e vincite
- meccanismi di controllo antiriciclaggio

ben difficilmente potrebbe essere accusata di mettere in pericolo l'ordine pubblico, che – a dirla tutta – è più minacciato dalla "fauna" prosperante nelle ricevitorie di scommesse.

Se, dunque, una società che gestisse questa piattaforma in un paese membro in cui l'attività è lecita chiedesse di poterla esercitare anche in Italia, non potrebbe vedersi opposto il diniego, che – se pronunciato –

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

sarebbe in violazione del principio di libertà di stabilimento così come interpretato dalla sent. Gambelli appena citata.

Si sono susseguite, tuttavia, diverse pronunce contrastante con i principi espressi dalla Corte di Giustizia europea, in quanto la Suprema Corte¹⁹ ha sottolineato come non ci sia alcun contrasto tra normativa italiana e normativa comunitaria sull'esercizio delle scommesse sulle attività agonistiche – con riferimento alla libera circolazione dei servizi nell'ambito dell'Unione europea – poiché è legittimo che uno Stato membro introduca, in materia, leggi più restrittive per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico.

Pertanto chi apre un centro scommesse – che tramite Internet gira le puntate a un raccoglitore straniero al quale è affiliato – deve osservare le disposizioni previste dal Tulp, e quelle sull'uso dei mezzi telefonici o telematici previste dalla legge 409/89. In poche parole affinché la ricevitoria sia in regola serve l'autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza, e quella del ministero delle Comunicazioni. Altrimenti l'attività di intermediazione delle puntate non è legittima. In particolare per quanto riguarda la "pregiudiziale comunitaria" – sollevata dal difensore del gestore di una ricevitoria a sostegno dell'ordinanza con la quale il locale era stato dissequestrato - i Supremi giudici ricordano che le disposizioni del Trattato Ce *"non ostano a una normativa nazionale, come quella italiana, che riserva a determinati enti il diritto di esercitare scommesse su eventi sportivi ove tale normativa sia effettivamente giustificata da obiettivi di politica sociale tendenti a limitare gli effetti nocivi di tale attività e ove le restrizioni da essa imposte non siano sproporzionate a tali obiettivi"*. Così per la Suprema Corte non c'è alcun bisogno di attendere l'esito dell'ordinanza del 30 marzo 2001 con la quale il Tribunale di Ascoli Piceno ha rimesso alla Corte di Giustizia Ce la risoluzione della questione pregiudiziale sollevata in ordine all'articolo 4 della legge 401/89. In questo modo è stato accolto il reclamo del Procuratore della Repubblica presso il

¹⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 42187/03, depositata il 5 novembre 2003.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

Tribunale di Bergamo insorto contro il dissequestro di due sale scommessa affiliate con l'inglese "Stanley International Betting", ma prive del nulla osta di polizia.

Ci si espone quindi agli orientamenti fluttuanti di una giurisprudenza non uniformata nelle decisioni, infatti a fronte di un orientamento abbastanza costante della Suprema Corte di Cassazione, la quale aveva già stabilito che *"l'attività di raccolta non autorizzata di scommesse sull'esito di competizioni sportive [esteso dalla dottrina anche ai giochi d'azzardo per identità di ratio legislativa n.d.a.] che si svolgono sul territorio di paesi esteri , e ancorchè facenti parte dell'Unione europea, costituisce reato punibile ai sensi dell'art. 4 comma 1 legge 13.12.1989 n. 401, senza che possa in contrario invocarsi un preteso contrasto tra la normativa nazionale ed il diritto comunitario europeo, nella parte in cui questo stabilisce il principio generale della libera circolazione dei servizi nell'ambito dell'Unione, atteso che detto principio (...) può essere derogato ai sensi (...) del medesimo trattato istitutivo (come confermato anche da diverse decisioni della Corte di Giustizia), per ragioni di sicurezza e di ordine pubblico, quali quelle sottese alla citata legge (...)"*²⁰.

Si hanno comunque, seppur non provenienti da magistrature superiori, diverse pronunce che contrastano con i dettami indicati dalla Suprema Corte nel corso degli anni, arrivando ad una disapplicazione delle norme penali interne in ossequio ai principi individuati dalla Corte di Giustizia europea nel già citato provvedimento C-243/01.

La prima pronuncia in tal senso arriva dal Tribunale di Teramo il quale, con la sentenza n. 746/03, depositata il 14 novembre 2003, ha applicato per la prima volta, nel nostro ordinamento, la decisione della Corte di giustizia Ce 6 novembre 2003, resa in esito al procedimento C-243/01 già disaminata.

Il Tribunale di Teramo, ritenendo sussistere, nella fattispecie sottoposta al suo vaglio, un contrasto della normativa penale interna con quella

²⁰ Cfr. Cass. pen. sez. III, 13.1.2000, n. 124 in *Riv. pen.*, 2000, p. 928

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

comunitaria, in quanto la vigente normativa italiana in materia ha finalità prevalentemente erariali e ritenendo che comunque la normativa inglese assoggetta le società concedenti ed i loro intermediari a penetranti controlli, ha proceduto a disapplicare la normativa di cui agli articoli 4 della legge 401/89 e 88 del Regio decreto 773/31, che sanzionano l'esercizio abusivo di scommesse o concorsi pronostici.

La Suprema Corte, tuttavia, è ritornata a giudicare sul tema, ribadendo come la legislazione italiana sulle scommesse sia "eurocompatibile"²¹.

I giudici della Suprema Corte hanno infatti confermato che la legge 401/89, con la quale sono punite diverse ipotesi di esercizio abusivo di scommesse, non è in contrasto "con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione europea". In altre parole, si è data continuità a quell'orientamento giurisprudenziale di legittimità che ritiene compatibile la normativa italiana con i principi tutelati dal diritto comunitario, anche alla luce della decisione della Corte di Giustizia europea.

Sostiene infatti la Cassazione che l'ordine pubblico e la prevenzione della criminalità - che spesso si avvale di questo tipo di attività per riciclare ad esempio denaro sporco - sono motivi più che idonei a giustificare il particolare controllo che la legislazione italiana dispone sulle persone e nei luoghi in cui si esercita la gestione delle scommesse e dei concorsi pronostici.

In sostanza, si tratta di finalità che rendono legittime le restrizioni alle libertà tutelate dalla Comunità europea e che non cozzano col tipo di politica, espansiva, adottata dal governo italiano in questo campo.

Viene infine chiarito anche il rapporto esistente tra le due ipotesi di reato, quella del comma *4bis* e del comma *4ter*, introdotte nell'articolo 4 della legge 401/89: la prima che sanziona penalmente chi non ha la licenza della polizia per l'esercizio delle scommesse; la seconda chi non ha l'autorizzazione del ministero delle Comunicazioni. In sostanza, per i

²¹ Cfr. Cass. Pen, Sez. Un., sent. 23272/04, depositata il 18 maggio 2004.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

giudici della Suprema corte non c'è alternatività tra le due fattispecie penali. Anzi trattandosi di reati che hanno *"diversa materialità e diversa oggettività giuridica"* possono *"formalmente concorrere nel caso in cui la con la stessa condotta vengano violate entrambe le disposizioni normative"*.

I giudici di merito, comunque, hanno continuato a disattendere l'orientamento della Suprema Corte, risolvendo in modalità contrastante con quest'ultima il conflitto insorto tra la fattispecie penale di cui all'articolo 4 legge 401/89 - incriminante la raccolta abusiva di scommesse - ed i principi comunitari di libertà di stabilimento.

Ad esempio, il Tribunale della libertà di Catania, con ordinanza depositata il 7 luglio scorso, disapplica ancora una volta - come aveva fatto in passato - la fattispecie contravvenzionale di cui all'articolo 4, comma 4bis, legge 401/89, la quale - scrivono i giudici siciliani, recependo le puntuali indicazioni della giurisprudenza comunitaria - non appare finalizzata a soddisfare esigenze di tutela della pubblica sicurezza, *"atteso che l'attuale disciplina non prevede particolari controlli e limitazioni volti ad impedire infiltrazioni criminali tra concessionari. Invero, l'affidamento in concessione non prevede verifiche, indagini o accertamenti in ordine alla personalità del soggetto istante, ed il rilascio dell'atto di assenso non è condizionato ad alcun requisito riferibile alla prevenzione di condotte criminose, per cui non può che prendersi atto del difetto di qualsivoglia verifica posta a garanzia dell'ordine pubblico sotto il profilo della sicurezza pubblica, della prevenzione del reato o dell'impedimento di infiltrazioni della criminalità organizzata nell'esercizio delle scommesse, richiedendosi agli aspiranti concessionari esclusivamente adeguate garanzie sotto il profilo economico"*.

Altrettanto dubbiosi della compatibilità della normativa sanzionatoria italiana con le libertà comunitarie sono, poi, altre due Corti di merito, le quali tuttavia, nell'ambito di procedimenti dibattimentali (e non cautelari, come era accaduto finora), hanno ritenuto di non poter dirimere

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

direttamente la questione ma di doverla rimettere nuovamente alla Corte di giustizia della Comunità europea.

Il Tribunale di Larino con ordinanza depositata il 27 luglio scorso e il Tribunale di Teramo, con analoga ordinanza, hanno richiesto l'intervento della Corte di Giustizia europea per valutare la conformità dell'articolo 4, comma 4bis, legge 401/89 ai principi espressi dagli articoli 43 e 49 del Trattato Cee in materia di stabilimento e di libertà dei servizi transfrontalieri, *"anche alla luce del contrasto interpretativo emerso nelle decisioni della stessa Corte di giustizia con la sentenza Gambelli rispetto alla decisione del nostro giudice nomofilattico"*.

Il punto della questione resta sempre lo stesso: l'enunciato dei giudici della Corte di Giustizia, seppure sia destinato a prevalere sul diritto interno (*rectius* sulla interpretazione del medesimo data dal giudice di legittimità) siccome precisante *"autoritativamente il significato e l'interpretazione delle fonti comunitarie di immediata applicazione"*²², non basta alla nostra Corte di cassazione che, nella sua massima espressione, continua a difendere l'attuale assetto normativo, trincerandosi dietro le esigenze di ordine pubblico.

Oltre ai giudici di merito anche i giudici amministrativi sono intervenuti sul tema. Con ordinanza emessa nella camera di consiglio del 14 ottobre scorso, il Tar per L'Abruzzo ha sospeso cautelamente l'ordine di chiusura dell'attività di intermediazione di scommesse disposto dalla Questura di Teramo.

Il provvedimento cautelare è il primo, in Italia, ad essere stato emesso da parte della giustizia amministrativa dopo la sentenza delle Sezioni unite penali che aveva ribadito, per motivi di ordine pubblico, la legittimità comunitaria della contravvenzione di cui all'articolo 4, comma 4bis, legge 401/89, incriminante chiunque eserciti attività di raccolta di scommesse senza essere in possesso dell'autorizzazione ex articolo 88 Tulps ovvero della prescritta licenza o concessione. Se finora, infatti, le vicende

²² Cfr. Corte Cost. sent. 389/89.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

giudiziarie in argomento avevano visto l'intervento dei Tribunali del riesame, volta a volta chiamati a giudicare della legittimità dei sequestri penali sui *corpora delicti* (computer, denaro, modem, ecc.), ovvero della stessa Cassazione Penale, stavolta a pronunciarsi è un Tribunale amministrativo che è stato investito della questione della legittimità o meno del provvedimento di diniego, disposto dall'autorità amministrativa, a proseguire l'attività di scommesse.

Il procedimento amministrativo era stato attivato su istanza degli stessi ricorrenti che avevano richiesto l'autorizzazione ex articolo 88 Tulps, poi negata dalla Questura. Di qui il ricorso al Tar territoriale, con richiesta di annullamento del provvedimento, previa sospensione del medesimo. Secondo l'ordinanza in commento *"sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare, avuto presente che l'attività svolta... attiene a profili di intermediazione"*. La motivazione, in effetti, particolarmente stringata, ma è fin troppo chiaro dalla stessa che, anche a voler prescindere delle note questioni relative al contrasto fra diritto (penal-amministrativo) interno e diritto comunitario, reputa l'attività in questione legittima a prescindere dalla autorizzazione ex articolo 88 Tulps.

Si attende inoltre la pronuncia della Consulta sulla base dell'ordinanza del Tribunale del riesame di Teramo il quale, con ordinanza pronunciata il 25 ottobre scorso, ha trasmesso gli atti alla Corte Costituzionale affinché valuti la legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 3 e 41 Costituzione, dell'articolo 88 Tulps nella parte in cui limita il rilascio della licenza di polizia necessaria per l'apertura di una sala-scommesse unicamente a coloro che siano in possesso di concessione dello Stato italiano.

Ad avviso del Collegio *de libertate*, una simile previsione - penalmente sanzionata in forza della contravvenzione di cui all'articolo 4, comma 4bis, legge 401/89, che fa rinvio proprio all'articolo 88 Tulps – *"impedisce ai titolari di concessioni rilasciate in altro Stato Ue (da equiparare a quelle "nazionali") ed in possesso degli altri requisiti per ottenere la licenza di polizia, di conseguire detta licenza"*, così *"violandosi apertamente l'articolo*

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

3 della Costituzione". Inoltre - denuncia il giudice a quo - il citato articolo 88 "ostacola la libertà di iniziativa economica, nella parte in cui consente (rendendola lecita) l'attività di scommesse soltanto ai titolari di concessione 'italiana', pur essendo i titolari di concessione rilasciata da altro Stato Ue in grado di svolgere identica attività".

In definitiva, la norma *de qua* viene ritenuta costituzionalmente non giustificabile nella parte in cui connota detta concessione del requisito della "nazionalità". E poiché, qualora la Consulta dovesse ritenere incostituzionale l'articolo 88 Tulp, la sollevata censura assumerebbe indubbio rilievo nel caso di specie (avendo il ricorrente presentato istanza di concessione attraverso una comunicazione di inizio attività), il Tribunale abruzzese ha ritenuto rilevante la questione di costituzionalità sollecitata dalla difesa dell'indagato e, reputandola altresì fondata nel merito, ha rimesso gli atti al giudice delle leggi.

Così, dopo le ordinanze di remissione alla Corte europea per presunta incompatibilità della normativa penale italiana in tema di scommesse con gli articoli 31, 86, 43 e seguenti del Trattato Ce²³, stavolta a dover decidere della presunta discriminazione fra concessionari dello Stato italiano e quelli di altro Stato Ue sarà la Corte Costituzionale, la quale - va ricordato - finora una sola volta si è pronunciata sulla normativa penale in materia di scommesse di cui all'articolo 4, comma 4bis, legge 401/89; poiché, però, nell'occasione il giudice *a quo* (Tribunale di Ascoli Piceno) sollevò contestualmente sia incidente di costituzionalità che pregiudiziale comunitaria (poi decisa con la nota sentenza Gambelli), la Corte costituzionale non sindacò il merito delle dedotte censure, dichiarando la manifesta inammissibilità della dedotta questione²⁴.

Stavolta - a scanso di equivoci - il remittente ha dichiarato invece superflua una nuova pregiudiziale comunitaria "*mancando elementi nuovi*

²³ Cfr. *supra* le ordinanze del Tribunale di Larino e dello stesso Tribunale di Teramo, cfr. altresì Tribunale di Viterbo, Sezione per il Riesame, ordinanza depositata il 2 novembre 2004.

²⁴ Cfr. Corte Cost., ordinanza 85/2002.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

e comunque tali da ritenere necessario un nuovo vaglio da parte di tale organo" e ha deciso senz'altro per la remissione alla Corte Costituzionale.

Dopo i dissequestri dei Tribunali *de libertate*, infine, una recente linea giurisprudenziale abbraccia anche le prime assoluzioni nel merito. La motivazione è sempre la solita: nonostante la sentenza 23272/04 delle Sezioni unite penali e le supposte ragioni di sicurezza pubblica a difesa dell'ordinamento interno, la contravvenzione di cui all'articolo 4, comma 4bis, legge 401/89 va disapplicata perché contrasta con i principi comunitari della libera prestazione di servizi transfrontalieri e col diritto di stabilimento.

Così, da ultimo, il Gup del Tribunale di Mantova, con sentenza 332/04 depositata il 25 novembre scorso ha assolto l'imputato dal reato di cui all'articolo 4, comma 4bis, legge 401/89, perché *"il fatto non costituisce reato"*. Il giudice lombardo, all'esito di giudizio abbreviato, ha ritenuto infatti *"non applicabile"*, limitatamente al caso al suo esame, la norma penale che sottopone a sanzione repressiva la condotta del gestore, per conto di un operatore estero già autorizzato nel suo paese d'origine all'attività in parola, di un centro trasmissione dati che, in territorio italiano, provveda alla raccolta, per via telematica, di scommesse *"accettate all'estero"* su competizioni sportive di qualsiasi genere in quanto privo di concessionario oltreché di licenza di polizia ai sensi dell'articolo 88 Tulps. Di qui il conseguente esito assolutorio, sotto il profilo dell'assenza dell'elemento psicologico del contestato reato in capo all'imputato.

Il filone della giurisprudenza *"comunitariamente"* orientata si consolida dunque con una significativa assoluzione in primo grado: e la novità sta nel fatto che si tratta della prima pronuncia di merito edita dopo l'opposto *dictum* delle Sezioni unite.

Ed il giudice mantovano, di fronte al dilemma se applicare il diritto comunitario così come interpretato dalla Corte di giustizia europea nella sentenza Gambelli e, dunque, ritenere la normativa penale incompatibile con i precetti comunitari (con sua conseguente disapplicazione ed

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

assoluzione dell'imputato) ovvero adeguarsi alla funzione nomofilattico delle Sezioni unite e, dunque, reputare la norma italiana perfettamente compatibile col diritto comunitario (con conseguente applicazione della sanzione penale ivi prevista e condanna dell'imputato), non ha dubbi: le motivazioni addotte dalle Sezioni unite, vanno disattese perché non condivisibili sotto due profili e l'imputato va assolto perché il fatto non costituisce reato.

L'inadeguatezza del sistema positivo a supportare le (asserite) esigenze di ordine pubblico. Due gli assunti motivazionali su cui il giudice di prime cure fonda la pronuncia disapplicativa. In primo luogo, ricorda il decidente come la deroga tassativa all'incomprimibilità delle libertà comunitarie enunciata all'articolo 46 (ordine pubblico) Trattato Ce presupponga una minaccia reale o concreta di aggressione ad un interesse fondamentale della collettività e non possa giammai avere finalità "economiche"²⁵; viceversa, nella legge 401/89 nessuna specifica norma di settore è prevista "per controllare l'idoneità morale del concessionario alla raccolta di scommesse (di cui basta verificare la solidità finanziaria) tranne appunto la licenza ex articolo 88 Tulps".

"È ben vero – ammette il giudicante – che l'articolo 11 Tulps vieta il rilascio della licenza a chi abbia riportato condanne a pene superiori ai tre anni ed ai delinquenti abituali (e secondo l'articolo 92 non può essere data a chi sia stato condannato per reati contro la moralità pubblica e il buon costume e per giochi d'azzardo o per reati concernenti l'ubriachezza e gli stupefacenti) e ne consente il diniego a chi abbia riportato condanne per delitti contro l'ordine pubblico e contro la persona (ma non ad esempio a chi abbia riportato condanne per truffa o altri reati contro il patrimonio non commessi con violenza), ma è altrettanto vero che il controllo di tali requisiti si fonda su una mera autodichiarazione e non sulla allegazione di un certificato penale o di carichi pendenti o altri più penetranti accertamenti di polizia. Tra l'altro è previsto che all'atto della

²⁵ Cfr. Corte di giustizia, 26 aprile 1988, Bond van Adverteerders.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

presentazione della dichiarazione (cui viene allegata solo la concessione, un documento identificativo e la planimetria dei locali) venga rilasciato un visto che autorizza fin da subito, salva revoca successiva, l'esercizio dell'attività di scommesse e che le verifiche sui precedenti penali e sui procedimenti in corso del richiedente, soprattutto nelle grandi città, vengono effettuate solo a campione".

Di qui l'interrogativo – destinato a rimanere irrisolto – che il Tribunale si pone: cos'ha a che fare una semplice licenza di Ps – peraltro rilasciata nelle forme del silenzio-assenso – con la nozione, di ben più ampia portata e valenza, dell'ordine pubblico "sociale", come dichiarato dalla Corte di giustizia?

Il secondo motivo per il quale il Gup lombardo ritiene di non condividere la pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte si appunta sulla ritenuta discriminazione degli operatori esteri.

Questo stesso profilo era già di recente affrontato da due Tribunali del riesame²⁶, che muovevano dall'analogo presupposto dell'irragionevolezza del requisito della "nazionalità" della licenza di Ps richiesta ex articolo 4, comma 4bis, legge 401/89, concedibile unicamente a favore di coloro che siano in possesso di concessione rilasciata dallo Stato italiano; tuttavia, i giudici *de quibus* hanno ritenuto di non poter risolvere direttamente la questione, preferendo la strada del ricorso alla Consulta per presunta illegittimità costituzionale della norma, o del ricorso alla Corte europea cui hanno sottoposto una nuova pregiudiziale comunitaria.

Stavolta, invece, il dato della ritenuta discriminazione dei bookmakers esteri trova uno sviluppo autonomo in motivazione e direttamente cospirante verso la propugnata soluzione disapplicativa. Per questo la sentenza del Tribunale di Mantova assume, *in parte qua*, un contenuto particolarmente pregnante e da questo punto di vista inedito nel quadro della pur conforme giurisprudenza disapplicativa di riferimento.

²⁶ Cfr. *supra* ordinanze del Tribunale di Teramo e Tribunale di Viterbo.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

"La Corte – stigmatizza il giudice mantovano – ha affrontato il problema [della discriminazione dei bookmaker esteri] risolvendolo con l'annotazione – meramente formale – che i requisiti di partecipazione ai bandi sono stati recentemente modificati con la legge finanziaria 289/02 secondo cui alle procedure concorrenziali possono partecipare ora anche le società di capitali e che, a partire dal 1° gennaio 2004, la riforma del diritto societario italiano ha perfezionato la parificazione giuridica del regime delle società italiane a quello delle altre società europee "aperte" e dunque in nessun caso può dirsi che queste ultime siano svantaggiate rispetto alle prime nel concorso per le concessioni". Ora il dato critico del quadro positivo di riferimento è che l'Italia si è adeguata soltanto apparentemente a tali principi perché l'ostacolo che aveva precluso anche a società estere (come la Stanley) l'accesso al mercato italiano delle scommesse in condizioni paritetiche con gli altri aspiranti sarà definitivamente rimosso solo nel 2012, data in cui scadranno definitivamente le precedenti concessioni del 1999 ed i provvedimenti (le concessioni sono andate a regime tra il 2000 e il 2001) di rinnovo automatico.

Di qui l'accoglimento del rilievo della difesa dell'imputato: l'Italia *"ha perpetuato un regime protezionistico illegittimo, perché incidente sui diritti di stabilimento e di libera prestazione di servizi, senza disporre la correzione in autotutela dei provvedimenti emessi illegittimamente pur essendogli nota la contrarietà col diritto comunitario quantomeno dal 1999 (allorché iniziata la procedura di infrazione)"²⁷. "Perseguendo coloro che operano in collegamento con quei soggetti, abilitati a tale attività nello Stato membro di origine, esclusi dalla precedente gara in base ad una preclusione poi rimossa e non procedendo alla revoca delle concessioni rilasciate sulla base di un precedente regime normativo dichiarato illegittimo in sede comunitaria (ma anche solo basterebbe escludere l'automatico rinnovo alla prima scadenza sessennale), lo Stato italiano si*

²⁷ Cfr. memoria avv. Agnello.

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

pone chiaramente in contrasto con il diritto comunitario vigente, assicurando di fatto l'ultrattività di un regime protezionistico riconosciuto dallo stesso Stato illegittimo perché contrario alle libertà fondamentali fissate in sede comunitaria". E prosegue il Tribunale: "la discriminazione, rimossa in forma solo apparente, resiste tuttora operando in danno delle società estere in forma indiretta e dissimulata, a fronte viceversa di un'applicazione immediata di norme comunitarie del più elevato livello (Trattato) che, fissando libertà "fondamentali", non possono in nessun caso essere derogate dal singolo Stato membro con disposizioni di fatto preclusive".

Alla luce di tali cristalline risultanze il Giudice ritiene di doversi discostare dall'interpretazione conservatrice fornita in materia dalla Cassazione, ancorché promanante dalla massimo organo magistratuale cui è rimessa la funzione nomofilattica. La non applicazione della norma incriminatrice comporta di conseguenza l'assoluzione dell'imputato con la formula "il fatto non costituisce reato".

Resta tuttavia da vedere come il Consiglio di Stato, nella recente sentenza del 22 febbraio scorso in merito al caso Stanleybet, ha consentito l'operatività di case da gioco online in Italia.

Sulla base della articolata ricostruzione giurisprudenziale che precede, dunque, è possibile estendere le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza citata anche alle altre forme di gioco (non solo alle scommesse sportive, dunque, ma anche alle alle altre forme di gioco purchè praticate legalmente in altro stato dell'Unione Europea.

Gambling online e gioco lecito

Se, sulla base dei ragionamenti sinora esposti, si potrebbero considerare superati gli ostacoli posti dalla normativa interna all'esercizio di giochi d'azzardo online nei limiti di cui sopra, rimane – in termini pratici – da superare (limitatamente agli apparecchi riconosciuti leciti ex art. 110 comma 7 TULPS) i problemi causati dal riferimento che il testo di legge fa

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

alla obbligatorietà dell'introduzione di una "moneta metallica" al fine di iniziare la partita. Se questo può non rappresentare un problema ad es. nel caso in cui si giochi all'interno di appositi locali o sale da gioco, diventa invece uno scoglio nel caso in cui si voglia mettere in piedi una struttura che consenta il gioco tramite Internet anche dalla propria connessione domestica.

Pur correndo il rischio di esporsi a eventuali interpretazioni giurisprudenziali sul punto, si potrebbe pensare un sistema di ricarica come quello in uso per i telefoni mobili, basato su una scheda acquistabile solo ed esclusivamente da un rivenditore autorizzato e solo mediante moneta metallica, la quale conterrebbe un codice che non farebbe altro che attribuire un corrispondente "virtuale" di monte giocabile identico in tutto e per tutto alle monete metalliche consegnate al rivenditore.

Sempre ragionando in via analogica, si potrebbe inoltre sostenere che le modalità operative imposte dalla legge con riferimento all'obbligatorietà della presenza di un oggetto fisico (la "moneta metallica" o il "gettone") per iniziare la partita rappresentano un ostacolo strumentalmente imposto per impedire al soggetto operante in altro stato membro di estendere la propria attività in Italia. L'obbligatoria presenza della moneta, infatti, impedirebbe *ab origine* la possibilità di prestare servizi esclusivamente via internet, costringendo l'operatore a dotarsi – solo in Italia – di una costosa rete di esercenti che dovrebbero ospitare le macchine da gioco.

In questo senso si potrebbe invocare anche la tutela accordata dalla direttiva 98/48/CE, specifica per i servizi della società dell'informazione, ossia i servizi forniti a distanza, per via elettronica e su richiesta individuale di un destinatario.

Tale direttiva, infatti, avendo per scopo la prevenzione circa la creazione di ostacoli e la frammentazione del mercato interno, fa sorgere in capo ad ogni stato membro l'obbligo di notifica preventiva, ossia l'obbligo di comunicare alla Commissione una regola in fase di progetto, limitatamente ad una categoria ben precisa e delimitata di misure

La concessione di giochi d'azzardo e del c.d. "gioco lecito" online

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

nazionali: le regole nazionali, riguardanti specificamente i servizi della società dell'informazione.

Considerando che in diversi stati membri il *gambling online* è assolutamente lecito, è ragionevole ritenere che la normativa limitante l'esercizio del *gambling online* nel nostro Paese non sia stato sottoposto al vaglio del Commissione istituita ai sensi della direttiva citata. Unica eccezione opponibile a questa linea di difesa riguarda l'articolo 10, par. 4 della direttiva, a norma del quale "l'articolo 9 non si applica ... alle regole relative ai servizi di cui all'articolo 1, punto 11, secondo comma, terzo trattino" che riguarda precisamente "le regole relative ai servizi connesse con misure di carattere fiscale e finanziario che influenzano il consumo ... di servizi promuovendo l'osservanza di tali... regole relative ai servizi".

La non applicazione dei termini di differimento alle regole connesse con misure fiscali o finanziarie non pregiudica tuttavia la possibilità della Commissione e degli Stati membri, ai termini dell'articolo 8, paragrafo 1, ultimo comma, di formulare osservazioni o pareri circostanziati sugli aspetti "che costituiscono eventualmente ostacoli agli scambi [...] e non sugli elementi fiscali o finanziari della misura".

In definitiva, una regola connessa con una misura fiscale o finanziaria come potrebbero essere considerate quelle relative ai giochi amministrati dai Monopoli di Stato:

- deve essere notificata allo stato di progetto,
- può formare oggetto di pareri circostanziati o di osservazioni,
- non impone un periodo di differimento allo Stato membro interessato, il quale può dunque procedere all'adozione, nel suo ordinamento interno, della regola immediatamente dopo la notifica.

Rimane, infine, da considerare la possibilità di indebolire ulteriormente il vigore della normativa italiana, progettando dei sistemi di gioco che non siano qualificabili come "giochi d'azzardo" (a prescindere dalla loro "veste esteriore". Sarebbe, infatti, anche possibile pensare ad altri giochi che riescano a ridurre l'assolutezza dell'alea, privilegiando invece gli elementi dell'abilità e dell'intrattenimento che, come evidenziato, costituiscono la

*La concessione di giochi d'azzardo
e del c.d. "gioco lecito" online*

Andrea Monti – amonti@unich.it

Pierluigi Perri – perri@cirsfid.unibo.it

base fondamentale del gioco lecito. Si tratterebbe di progettare giochi che siano delle "variazioni tecniche" delle slot-machine e che, pur avendo il *visus* identico, ad esempio, alla roulette, consentano una buona interazione al giocatore, prevedendo nel caso di specie un tasto che consenta di rallentare o fermare la corsa della ruota in prossimità del numero sul quale si è puntato, richiedendo quindi abilità, colpo d'occhio e riflessi da parte del giocatore, ferma restando comunque il concetto di redistribuzione della maggior parte del giocato.

Con queste modalità, si potrebbe opporre ad un'eventuale procedimento penale che non è stata violata né la *ratio* dell'art. 718 c.p., in quanto la supervisione dello Stato soddisfa i requisiti di sicurezza ed ordine pubblico tutelati dalla norma testè citata, né la *ratio* dell'art. 110 TULPS, che vuole il requisito dell'abilità e del trattenimento preponderanti rispetto all'elemento aleatorio.