

Il Consiglio di Stato dubita della compatibilità con l'ordinamento UE di una disciplina nazionale - quale quella contenuta nell'art. 20, comma 1, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 - che ha dettato nuove norme in tema di prosecuzione, col concessionario uscente, dei rapporti in scadenza relativi alla raccolta delle lotterie nazionali istantanee. Tale disciplina - diversamente da quella precedente che prevedeva la prosecuzione del rapporto in termini di mera eventualità e previa specifica istruttoria dell'amministrazione - eliminerebbe ogni preliminare valutazione nel determinare la sussistenza o meno dei presupposti per farsi luogo alla predetta proroga, con la conseguente possibile lesione del legittimo affidamento degli operatori del settore che non hanno partecipato all'originaria procedura di gara per l'individuazione del privato contraente, nei cui confronti si determinerebbe una conseguente potenziale restrizione al mercato.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 5 settembre 2019, n. 6102 – Pres. Troiano, Est. Di Carlo

Giochi e scommesse – Lotterie nazionali ad estrazione istantanea – Gestore della raccolta del gioco – Rapporto concessorio – Prosecuzione – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Vanno rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

“1) se il diritto dell’Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi euro unitari di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili- gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, del tipo di quella contenuta nell’art. 20, comma 1, del Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, e nei conseguenti atti attuativi, che dispone che “1. In applicazione dell’articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, l’Agenzia delle dogane e dei monopoli provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall’articolo 4, paragrafo 1, dell’atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l’anno 2017 e 750 milioni di euro per l’anno 2018”, in una situazione in cui:

– l’art. 21, comma 1, del Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla Legge 3 luglio 2009, n. 102, ha previsto il rilascio delle concessioni in esame di norma ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie;

– l'art. 21, comma 4, del menzionato decreto, ha previsto che le concessioni di cui al comma 1, sono eventualmente rinnovabili, per non più di una volta;

– alla gara indetta nel 2010, non hanno partecipato le società ricorrenti;

– lo specifico rapporto in essere è stato instaurato ab origine con un unico concessionario, all'esito di una gara ad evidenza pubblica, nella quale è stata presentata un'unica offerta;

– la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, comporterebbe -in concreto- che siffatto rapporto sarebbe proseguito esclusivamente con tale unico concessionario, anziché con rinnovi ad una pluralità di soggetti, senza ulteriore gara;

2) se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi euro unitari di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché -laddove ritenuti applicabili- gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella contenuta nell'art. 20, comma 1, del Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, che, in dichiarata applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, dispone che "l'Agenzia delle dogane e dei monopoli provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, dell'atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018", ciò prevedendo:

– attraverso la prosecuzione temporale dell'unico rapporto concessorio in essere, in luogo degli eventuali rinnovi delle plurime concessioni di cui all'art. 21, comma 4, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 luglio 2009, n. 102, e senza l'indizione di una nuova gara;

– in un momento anteriore rispetto alla scadenza della concessione: il decreto legge n. 148 del 2017 è entrato in vigore il 16 ottobre 2017, ossia lo stesso giorno della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale italiana, mentre la concessione sarebbe scaduta il successivo 30 settembre 2019;

– in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018, così modificando alcuni aspetti afferenti alle modalità e al termine del pagamento del corrispettivo della concessione, nonché, potenzialmente, all'importo complessivo del pagamento dovuto sotto il profilo della sua onerosità, in particolare con il cambiamento dei termini di pagamento, anticipandoli rispetto a quanto previsto dalla originaria concessione, in considerazione -secondo la prospettazione dei ricorrenti- del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo;

3) se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi euro unitari di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo

affidamento e coerenza, nonché –laddove ritenuti applicabili- gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella contenuta negli atti attuativi del predetto decreto, ed in particolare nella comunicazione dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli prot. 0133677 del 1° dicembre 2017, che, in dichiarata esecuzione di quanto previsto dall’art. 20, comma 1 del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, ed in base a quanto previsto dall’art. 4, primo capoverso della convenzione di concessione per la gestione delle lotterie ad estrazione istantanea, che prevede la rinnovabilità della stessa per non più di una volta, ridetermina il termine ultimo del rapporto concessorio al 30 settembre 2028; fa salvo, in ogni caso, quanto previsto dallo stesso articolo 4 in merito alla suddivisione della durata della concessione in due periodi rispettivamente di 5 e 4 anni (pertanto, decorso il primo periodo di 5 anni dal 1° ottobre 2019, la prosecuzione per l’ulteriore quadriennio fino alla scadenza del 30 settembre 2028 è subordinata alla positiva valutazione, da parte dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, dell’andamento della gestione che verrà espressa entro il 30 marzo 2024); dispone che la società provvede a versare un importo pari a 50 milioni di euro entro il 15 dicembre 2017; un importo pari a 300 milioni di euro entro il 30 aprile 2018; ed un importo pari a 450 milioni di euro entro il 31 ottobre 2018;

– ciò prevedendo, prima che fosse maturato il termine della originaria scadenza della concessione medesima (la comunicazione dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli prot. 0133677, è stata emanata il 1° dicembre 2017, mentre il contratto di concessione sarebbe scaduto il successivo 30 settembre 2019);

– con ciò assicurando, il pagamento anticipato di 800 milioni di Euro entro termini anteriori (50 milioni di euro entro il 15 dicembre 2017; 300 milioni di euro entro il 30 aprile 2018; 450 milioni di euro entro il 31 ottobre 2018) rispetto a tale scadenza (30 settembre 2019);

– con ciò determinando, la potenziale modificazione dell’importo complessivo del pagamento dovuto, sotto il profilo della sua onerosità, in considerazione –secondo la prospettazione dei ricorrenti- del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo;

4) se il diritto dell’Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi euro unitari di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché –laddove ritenuti applicabili- gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta a una tale normativa, anche nell’ipotesi in cui gli operatori del settore attualmente interessati ad entrare nel mercato non abbiano partecipato alla gara originariamente indetta per l’aggiudicazione della concessione in scadenza e proseguita con il concessionario uscente, alle descritte nuove condizioni contrattuali, ovvero se, l’eventuale restrizione all’accesso al mercato, si verifichi solo nell’ipotesi della loro effettiva partecipazione alla gara originaria” (1).

(1) I. – Con l’ordinanza in rassegna – che solleva questioni identiche a quelle deferite dalla medesima sezione con ordinanza 5 settembre 2019, n. 6101 – il Consiglio di Stato dubita

della conformità al diritto UE di alcuni aspetti della disciplina interna in materia di concessioni di raccolta, anche a distanza, di lotterie nazionali ad estrazione istantanea.

In particolare, il giudice d'appello intende chiarire se la disciplina nazionale - contenuta nell'art. 20, comma 1, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante "*Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili*", convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 (cd. "*Decreto fiscale*"), che consente il differimento pluriennale della scadenza della concessione originariamente affidata a mezzo di apposita gara - sia conforme all'ordinamento euro unitario e, segnatamente, al diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. e 56 ss. TFUE), ai principi di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché - laddove ritenuti applicabili - agli artt. 3 e 43 della direttiva n. 2014/23/UE.

I dubbi di compatibilità della disciplina interna sulla proroga delle concessioni sono stati anticipati dal Collegio nella sentenza non definitiva 3 settembre 2019, n. 6079, emessa nello stesso giudizio.

II. - La vicenda sottesa alla pronuncia in esame può essere così riassunta:

- a) l'amministrazione si è avvalsa della previsione dell'art. 20, comma 1, *cit.* la quale - in dichiarata applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102- autorizzerebbe in favore del concessionario uscente, senza gara, la prosecuzione del rapporto a diverse condizioni da quelle poste alla base dell'originaria procedura di evidenza pubblica;
- b) sulla base di tali disposizioni l'Agenzia delle dogane e dei monopoli ha invitato la società aggiudicataria (Lotterie Nazionali), alla prosecuzione pluriennale (fino al 30 settembre 2028) della concessione in scadenza (al 30 settembre 2019) riguardante la raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea;
- c) tale provvedimento è stato impugnato da due società del settore della raccolta del gioco le quali, pur non avendo partecipato alla originaria procedura di gara, ne hanno chiesto la caducazione sul rilievo che la predetta disciplina interna incorrerebbe in una duplice ragione di contrasto (cd. doppia pregiudizialità) con il diritto UE e con specifici parametri costituzionali (artt. 3, 24, 41 e 117, secondo comma, lett. e, Cost.);
- d) con sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. II, 4 ottobre 2018, n. 9734, il ricorso è stato rigettato senza previamente rimettere la questione di interpretazione pregiudiziale europea e senza sollevare la questione di legittimità costituzionale.

III. – Con l’ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato:

- e) ha innanzitutto ripercorso i principali passaggi normativi secondo cui:
- e1) l’art. 20, comma 1, del predetto decreto–legge n. 148 del 2017, stabilisce che *“In applicazione dell’articolo 21, commi 3 e 4, del decreto–legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, l’Agenzia delle dogane e dei monopoli provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall’articolo 4, paragrafo 1, dell’atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l’anno 2017 e 750 milioni di euro per l’anno 2018”*;
 - e2) l’art. 21, commi 3 e 4, del decreto–legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, stabilisce che *“3. La selezione concorrenziale per l’aggiudicazione della concessione è basata sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa [...];*
4. Le concessioni di cui al comma 1, eventualmente rinnovabili per non più di una volta, hanno la durata massima di nove anni, suddivisi in due periodi rispettivamente di cinque e quattro anni. La prosecuzione della concessione per il secondo periodo è subordinata alla positiva valutazione dell’andamento della gestione da parte dell’Amministrazione concedente, da esprimere entro il primo semestre del quinto anno di concessione”;
 - e3) mentre tale pregressa disciplina si basava sul principio della gara e sulla mera eventualità della proroga della concessione, da disporsi previa istruttoria e nell’esercizio dei poteri discrezionali dell’amministrazione concedente, le previsioni del decreto–legge n. 148 del 2017 sembrano qualificare come priva di margini di discrezionalità la determinazione dell’amministrazione di dar luogo alla prosecuzione del rapporto, con previsione anche di un mutamento delle condizioni economiche previste dalla legge di gara;
 - e4) tale mutamento di condizioni sarebbe esclusivamente volto a soddisfare esigenze di finanza pubblica attraverso la garanzia di maggiori introiti per l’erario;
 - e5) il rinnovato quadro normativo del 2017 potrebbe porsi come restrizione all’accesso al mercato da parte di altri operatori del settore, con sostanziale ritorno al sistema del *mono providing* sostanzialmente abbandonato dalla disciplina del 2009 (la quale, come si è detto, si basava sull’obbligo di gara);
 - e6) in tal senso deve essere ritenuto che gli operatori del settore che non hanno partecipato all’originaria procedura di gara – e che oggi si dolgono della

possibilità offerta al concessionario uscente di ottenere una proroga pluriennale del rapporto nei termini di cui si è detto – ben possano rivendicare il corretto esercizio della discrezionalità dell'amministrazione (dovendo ravvisarsi il relativo legittimo affidamento degli stessi operatori nella corretta applicazione della disciplina del 2009);

f) ha, conseguentemente, ritenuto di sollevare la predetta pregiudiziale per la corretta ed uniforme interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione in assenza di indirizzi giurisprudenziali della Corte di giustizia UE (la quale, in realtà, con sentenza 19 dicembre 2018, C-375/17, *Stanley International Betting Ltd*, ha ritenuto legittima la previsione del modello a concessionario unico ma limitatamente ad una tipologia di giochi – gioco del lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa – diversa da quella riguardante l'ordinanza in rassegna). Più in particolare, con le quattro questioni pregiudiziali, il Consiglio di Stato intende chiarire se il più volte menzionato art. 20, comma 1, sia conforme o meno ai principi euro unitari ed alle disposizioni della direttiva n. 2014/23/UE posti alla base dell'obbligo di procedure selettive aperte, competitive e non discriminatorie, applicabili anche a rinnovi e proroghe. Ciò in una particolare situazione, quale quella oggetto della vicenda contenziosa, in cui:

- f1) l'originaria disciplina prevedeva l'obbligo di gara;
- f2) tale gara è stata espletata con la partecipazione di un solo operatore del settore poi divenuto aggiudicatario;
- f3) la proroga ammessa dal decreto-legge n. 148 del 2017 avverrebbe non già nei confronti di una pluralità di soggetti ma in favore dell'unico soggetto che ha preso parte alla originaria procedura selettiva;
- f4) la proroga di cui trattasi avverrebbe con un mutamento delle condizioni economiche previste dalla legge di gara;
- f5) le società ricorrenti non hanno partecipato all'originaria procedura selettiva per l'aggiudicazione della concessione in scadenza e proseguita con il concessionario uscente, ciò che potrebbe, in ipotesi, far dubitare della sussistenza, nei loro confronti, di una restrizione all'accesso al mercato.

Sul piano processuale, ed in relazione alla – triplice – possibilità di dar luogo, alternativamente, alla disapplicazione della disposizione interna, al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ovvero alla questione di legittimità costituzionale in conseguenza della doppia protezione (interna ed europea) delle situazioni soggettive, il Consiglio Stato evidenzia che:

g) non deve farsi luogo alla disapplicazione della disciplina interna quando le ragioni dell'eventuale contrasto con il diritto dell'Unione non sono immediate, né sufficientemente chiare, precise ed incondizionate;

- h) è doveroso il rinvio pregiudiziale quando (come nel caso di specie) il giudice *a quo*, che è anche giudice di ultima istanza, dubiti – comunque – della legittimità europea della norma interna;
- i) in relazione ai paralleli dubbi di costituzionalità, il giudice interno deve comunque preliminarmente vagliare la questione di compatibilità con l'ordinamento europeo in considerazione che:
- i1) la “*rilevanza*”, che è uno dei due presupposti per poter sollevare ritualmente la questione di legittimità costituzionale, verrebbe a mancare in ipotesi di vaglio sfavorevole da parte della Corte di giustizia UE, mentre sussisterebbe solo nell'ipotesi opposta (ossia in caso di vaglio favorevole della Corte sulla compatibilità europea);
 - i2) nel caso di specie non può farsi applicazione dell'orientamento della Corte costituzionale espresso nelle sentenze 14 dicembre 2017, n. 269 (in *Foro it.*, 2018, I, 405, con nota di SCODITTI; in *Giust. pen.*, 2017, I, 321, con nota di DELLI PRISCOLI, in *Giur. cost.*, 2017, 2925, con note di SCACCIA, REPETTO, FEDELE, in *Riv. giur. trib.*, 2018, 105, con nota di FERRARA, in *Corriere trib.*, 2018, 684, con nota di MISCALI; e nelle successive 21 febbraio 2019, n. 20 (in *Azienditalia*, 2019, 6, 1010) e 21 marzo 2019, n. 63 (in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 7, 935), secondo cui è obbligatorio sollevare la questione di legittimità costituzionale laddove una legge sia oggetto di dubbi di conformità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: ciò sul rilievo che nel caso di specie non ricorre l'ipotesi della protezione di una situazione soggettiva tutelata in via esclusiva dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione;
 - i3) anche nell'ipotesi di allegato contrasto con la suddetta Carta, comunque, la previa sollevazione dell'incidente di costituzionalità dovrebbe essere intesa come una possibilità, e non come un obbligo, per il giudice *a quo*;
 - i4) poiché l'eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma comporterebbe l'espunzione della stessa dall'ordinamento con effetti *erga omnes*, anziché limitati al caso concreto come in caso di incompatibilità con l'ordinamento UE, la questione di legittimità costituzionale può essere vagliata successivamente alla pronuncia della Corte del Lussemburgo;
 - i5) ciò, ancor di più, ove la presunta illegittimità della previsione (che qui si configurerebbe quale legge–provvedimento) è invocabile soltanto sulla base di parametri interni.

IV. – Per maggiore completezza, si veda:

j) in giurisprudenza:

- j1) sulla previsione di misure restrittive della concorrenza nella materia del gioco d'azzardo: Corte di giustizia UE, 22 gennaio 2015, C-463/13 (in *Guida al dir.*, 2015, 8, 94 (m), con nota di MASARACCHIA), secondo cui una restrizione alla concorrenza può essere ammessa a titolo di misure derogatorie per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, espressamente previste dagli articoli 51 e 52 TFUE, applicabili anche in materia di libera prestazione di servizi ai sensi dell'articolo 62 TFUE, oppure può essere giustificata, conformemente alla giurisprudenza della Corte, da motivi imperativi di interesse generale; Corte giustizia UE, 30 giugno 2011, C-212/08 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 176), secondo cui *“gli obiettivi perseguiti dalle normative nazionali adottate nell'ambito dei giochi e delle scommesse si ricollegano, di regola, alla tutela dei destinatari dei servizi interessati e dei consumatori, nonché alla tutela dell'ordine sociale; siffatti obiettivi rientrano nel novero dei motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare limitazioni alla libera prestazione dei servizi; anche le considerazioni di ordine morale, religioso o culturale, nonché le conseguenze moralmente e finanziariamente dannose per l'individuo e la società che sono collegate ai giochi d'azzardo e alle scommesse possono giustificare che le autorità nazionali dispongano di un potere discrezionale sufficiente a determinare, secondo la propria scala di valori, le prescrizioni a tutela del consumatore e dell'ordine sociale”*;
- j2) sul rilascio delle concessioni e tutela della concorrenza in tema di lotterie ad estrazione istantanea: Cons. Stato, sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1705, secondo cui *“L'art. 21, comma 5 della legge n. 102 del 2009, rubricato «Rilascio di concessioni in materia di giochi», prevedendo che «le lotterie ad estrazione istantanea indette in costanza della vigente concessione continuano ad essere distribuite dalla rete esclusiva dell'attuale concessionario, che le gestisce, comunque non oltre il 31 gennaio 2012, secondo le regole vigenti, a condizione che quest'ultimo sia risultato aggiudicatario anche della nuova concessione», costituisce una vera e propria proroga di fatto della precedente concessione che, inevitabilmente, altera il contenuto della gara. Infatti, in base a quanto suddetto, si crea nei confronti dell'“attuale” concessionario una indubbia posizione di preminenza concorrenziale e, comunque, di vantaggio economico, ponendosi così in palese violazione con le disposizioni comunitarie nonché con i principi giurisprudenziali e nazionali vigenti in subjecta materia. Ne deriva la disapplicazione dell'art. 21 della legge n. 102 del 2009 e, conseguentemente, l'annullamento del bando di gara che, nel caso in esame, era inerente all'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici denominati lotterie ad estrazione istantanea «Gratta e Vinci»”*;

- j3) sulla modifica dei rapporti concessori in essere in materia di giochi: Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global StarNet, (in *Foro it.*, 2018, IV, 424, con nota di FORTUNATO, oggetto della News US in data 11 gennaio 2018) con la quale la Corte – tra l’altro – individua le condizioni affinché il legislatore intervenga a modificare la disciplina di rapporti concessori in atto aventi ad oggetto giochi leciti;
- j4) sui principi di non discriminazione e trasparenza in materia di concessioni e autorizzazioni di giochi: Corte di giustizia UE, 28 febbraio 2018, C-3/17, *Sporting Odds Ltd* (in *Foro amm.*, 2018, 164), in cui la Corte di giustizia si occupa della compatibilità della normativa ungherese in materia di giochi d'azzardo con la disciplina di cui all'art. 56 TFUE, sotto il profilo dell'assoggettamento a monopolio pubblico solo di alcuni tipi di giochi (in particolare le scommesse sportive e quelle ippiche), mentre altri (in particolare i giochi di casinò tradizionali e *on line*) sono lasciati all'organizzazione di operatori privati, titolari di apposita autorizzazione; ad avviso della Corte costituisce una restrizione apertamente discriminatoria, non giustificata sulla scorta degli obiettivi attinenti all'ordine pubblico e alla sanità pubblica evocati dal governo ungherese, il fatto che si riservi la possibilità di ottenere un'autorizzazione per l'organizzazione di giochi di casinò on line ai soli operatori che gestiscono, in virtù di una concessione, un casinò situato nel territorio nazionale;
- j5) sulla latitudine dei requisiti di affidabilità degli operatori di giochi d'azzardo: Corte giustizia UE, 22 giugno 2017, n. 49 (in *Foro amm. (II)* 2017, 6, 1213), secondo cui *“l'art. 56 TFUE, osta a una normativa nazionale, che istituisce un regime di concessioni e di autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line, qualora essa contenga disposizioni discriminatorie nei confronti degli operatori con sede in altri Stati membri, come quella per cui gli operatori di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità dovrebbero aver esercitato, per un periodo di almeno dieci anni, un'attività di organizzazione di giochi d'azzardo nel territorio di detto Stato membro. Inoltre, l'art. 56 TFUE, osta a una normativa nazionale che contenga disposizioni non discriminatorie, ma che sono applicate in modo non trasparente o attuate in modo da impedire o da rendere più difficoltosa la candidatura di taluni offerenti che hanno sede in altri Stati membri. Ciò si verifica, in particolare, se le condizioni per l'esercizio dei poteri del Ministro dell'Economia nell'ambito di una procedura per l'aggiudicazione delle autorizzazioni all'esercizio dei giochi d'azzardo online, nonché le condizioni tecniche che devono essere soddisfatte dagli operatori di giochi d'azzardo nella presentazione della loro offerta non risultino definite con sufficiente precisione”*;

- j6) sul differente trattamento fiscale delle vincite nei diversi Stati ed effetti sulla libera circolazione degli operatori del gioco: Corte giustizia UE, 22 ottobre 2014, C-344/13 e C-367/13, *Blanco* (in *Foro amm.*, 2014, 10, 2475), secondo cui *“la normativa nazionale che riserva un beneficio di esenzione dall’imposta sul reddito alle sole vincite al gioco realizzate nello Stato membro, assoggetta l’organizzazione di giochi d’azzardo ad un regime fiscale differente a seconda che essa venga svolta nello Stato suddetto oppure in altri Stati membri. Una differenza di trattamento fiscale, per effetto della quale soltanto le vincite al gioco conseguite in un altro Stato membro sono considerate redditi assoggettati ad imposizione, riduce l’attrattività di uno spostamento in un altro Stato membro allo scopo di giocare a giochi d’azzardo. Infatti, i destinatari dei servizi in questione che risiedono nello Stato membro in cui vige una siffatta differenza di trattamento sono dissuasi dal partecipare a giochi del genere i cui organizzatori siano stabiliti in altri Stati membri, in considerazione dell’importanza che riveste per loro la possibilità di ottenere delle esenzioni fiscali”*; si segnala anche Corte cost., 13 giugno 2018, n. 125 (oggetto della News US in data 2 luglio 2018) con la quale è stata disposta la restituzione degli atti al giudice *a quo* per la valutazione della permanenza della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità medesima a fronte del sopravvenire di norma interpretativa (nel caso di specie era stata censurata la disciplina contenuta nell’art. 1, comma 649, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, con la quale era stata introdotta una riduzione delle risorse statali destinate al compenso dei concessionari e degli altri operatori di filiera e, ad un tempo, era stato disposto l’obbligo dei concessionari di versare, in aggiunta a quanto trasferito allo Stato ordinariamente sulla base delle convenzioni di concessione, la somma di 500 milioni di euro, entro i mesi di aprile e di ottobre di ogni anno, nonché l’obbligo, a carico degli operatori di filiera, di versare specifiche somme ai concessionari);
- j7) sulla previsione di distanze minime tra concessionari di giochi: Corte giustizia UE, 16 febbraio 2012, C-72/10 e C-77/10 (in *Foro it.*, 2013, IV, 240, con nota di LEOTTA, cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *“Gli art. 43 e 49 del trattato Ce (ora art. 49 e 56 Tfue), nonché i principî 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 [...]”;

k) sulla specifica tematica dei limiti all’obbligo di sollevare, ex art. 267 TFUE, la c.d. pregiudiziale di interpretazione:

k1) Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 (in *Foro it.*, 2017, III, 309, con nota di GAMBINO, nonché oggetto della News US in data 1 agosto 2016, cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui: I) *“La sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato un ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria su una questione vertente sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione Europea, può alternativamente: a) rimettere previamente la questione all’Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento; b) adire la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale; c) disattendere direttamente il principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria ove esso risulti manifestamente in contrasto con una interpretazione del diritto dell’Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria”;* II) *“L’Adunanza plenaria, qualora sia chiamata a decidere una questione analoga ad altra pendente innanzi alla Corte di giustizia dell’Unione europea, può alternativamente: a) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio in attesa che si pronunci il giudice europeo; b) sollevare a sua volta una questione pregiudiziale; c) decidere comunque la questione anche alla luce dei dubbi di compatibilità comunitaria manifestati in occasione della precedente rimessione”;*

k2) sul rapporto fra ruolo nomofilattico assegnato alle Corti supreme italiane e obbligo di sollevare questione pregiudiziale di interpretazione innanzi alla Corte del Lussemburgo, v., oltre alla già menzionata Plenaria n. 19 del 2016, Cons. Stato, sez. V, ordinanza n. 1090 del 2016 oggetto della News US in data 18 marzo 2016 cui si rinvia per i riferimenti alla giurisdizione ordinaria e contabile; Corte giust. UE, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, in *Foro it.*, 2016, IV, 325 con nota critica di SIGISMONDI nonché oggetto della News US in data 7 aprile 2016; Cass., sez. lav., 12 settembre 2014, n. 19301 (in *Foro it.*, 2015, I, 3992, con nota di DESIATO cui si rinvia per ogni approfondimento), secondo cui: *“L’obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla regula iuris enunciata dalla corte di cassazione ai sensi dell’art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, modificata o sostituita per effetto di ius superveniens, nell’ambito del quale rientrano i mutamenti normativi prodotti dalle sentenze della corte di giustizia, che hanno efficacia immediata nell’ordinamento nazionale”;*

- k3) le tre tradizionali ipotesi di deroga all'obbligo di rinvio, ex art. 267 TFUE, individuate dalla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo (fra le tante, Corte di giustizia UE, 9 settembre 2015, C-160/14, *F.D.S.*, in *Dir. relazioni ind.*, 2016, 888, con nota di CAVALLINI; *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 232, con nota di LOZITO; 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*, in *Foro it.*, 1983, IV, 63, con note di TIZZANO e CAPOTORTI; *Giust. civ.*, 1983, I, 3, con nota di CATALANO; *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1008, con nota di CAPOTORTI; *Rass. avv. Stato*, 1983, I, 47, con nota di LAPORTA), e da quella nazionale (cfr. fra le tante, oltre a Cons. Stato, sez. IV, 1° giugno 2016, n. 2334, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 636, con nota di PETTINARI; Corte cost., 15 giugno 2015, n. 110, in *Foro it.*, 2015, I, 2618 con nota di ROMBOLI), sono rappresentate: I) dalla presenza di specifici precedenti resi dalla CGE sulla medesima questione controversa; II) dalla irrilevanza della questione interpretativa rispetto alla risoluzione del caso di specie; III) dalla presenza di una disposizione europea la cui univocità non faccia ritenere necessario sollevare la questione pregiudiziale c.d. teoria dell'atto chiaro;
- k4) in applicazione di consolidati principi (cfr., Corte di giustizia UE 18 luglio 2013, C-136/12, in *Foro it.*, 2014, IV, 154, con nota di R. DE HIPPOLYTIS; *Corriere giur.*, 2014, 463, con nota di CONTI; *Rass. forense*, 2013, 920, con nota di CHIARELLI), l'art. 267, comma 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che spetta unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che esso ritiene rilevanti ai fini della soluzione del procedimento principale;
- k5) a differenza del rinvio pregiudiziale di interpretazione, quello di validità, nella prassi della Corte del Lussemburgo, non ammette limiti o deroghe, se la questione è sollevata davanti ad un giudice supremo (in tal senso, da ultimo Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 22 marzo 2017, n. 1297 oggetto della [News US in data 24 marzo 2017](#), cui si rinvia per ogni approfondimento);
- l) sui rapporti fra sindacato di costituzionalità, pregiudiziale costituzionale e pregiudiziale europea di interpretazione, si vedano:
- 11) sul versante della giurisprudenza europea, Corte giust., *Global Starnet*, cit., la quale, in linea con la precedente giurisprudenza della stessa Corte di giustizia UE: I) da un lato ha richiamato la necessità di garantire il funzionamento del sistema di cooperazione tra essa e i giudici nazionali e il principio del primato del diritto dell'Unione, i quali esigono che il giudice nazionale sia libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi

questione pregiudiziale che esso consideri necessaria; II) dall'altro lato ha evidenziato come l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE (che impone al giudice di ultima istanza l'obbligo, salvo talune eccezioni, di sollevare la questione pregiudiziale di validità o interpretativa) risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte (cfr., nello stesso senso e sulla più ampia tematica del sistema di cooperazione tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali, tra le diverse, Corte di giustizia UE, 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 139, con nota di MILLET; in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, 1484, con nota di DRIGO);

- 12) sul versante della giurisprudenza nazionale, dove meno univoco appare l'orientamento, si veda Corte cost. n. 269 del 2017, cit., in cui si distinguono le due distinte ipotesi delle disposizioni europee direttamente efficaci dalle fattispecie in cui si abbia a che fare con la violazione di un diritto alla persona in cui la lesione delle garanzie presidiate dalla Costituzione avvenga congiuntamente a quelle codificate dalla carta dei diritti dell'Unione: nel primo caso *“spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando — se del caso — il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell'ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta (...) e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario”*; nel secondo caso la Corte costituzionale *“giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex art. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali”*;
- 13) le affermazioni della Corte costituzionale, dapprima dequotate dalla giurisprudenza in quanto *“espresse in un obiter non vincolante per il giudice comune”* (Cass., sez. lav., 30 maggio 2018, n. 13678, in *Foro it.*, 2018, I, 1895), sono state reiterate con le successive sentenze n. 20 del 2019 e n. 63 del 2019 *citt.* (in quest'ultimo caso, ad avviso di parte della dottrina, con una

prospettiva parzialmente diversa rispetto alla stessa sentenza n. 269 del 2017, cit.);

m) in dottrina la tematica è stata studiata, anche con specifici livelli di dettaglio, sotto diversi profili:

- m1) sul potere pubblico come limite esterno al mercato: M. LOTTINI, *Il mercato europeo - Profili pubblicistici*, Napoli, 2010, 1-26, secondo cui “*se i rapporti regolati dal diritto del mercato europeo hanno un oggetto che in termini generalissimo coincide con l’attività economica, l’individuazione di quest’ultima ne traccia, conseguentemente, i confini esterni*”;
- m2) per una compiuta ricostruzione della disciplina in materia di appalti e concessioni (anche in relazione a rinnovi e proroghe) tra legislazione interna e ordinamento europeo, v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici, Appalti e concessioni dopo il d. lgs. 56/2017*, Bologna, 2017;
- m3) sulle concessioni nella prospettiva degli strumenti di regolazione dell’accesso e dell’uso di risorse scarse: G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 159, ss.;
- m4) sulla proroga e rinnovo di contratti pubblici, tra i contributi più recenti: S. CALVETTI, *E’ davvero ammissibile il rinnovo “espresso” dei contratti pubblici?*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 10, 1083, 1089; F. TRIOLO, *Precisazioni del Consiglio di Stato in tema di proroga espressa dei contratti d’appalto*, in *Contratti*, 2014, 3, 245-250; S. BIANCARDI, *Le varie forme di prolungamento ed estensione dei contratti di forniture e servizi*, in *Appalti & Contratti*, 2018, 3, 49-57; O. CRISTANTE, *Effetti della proroga del termine finale del contratto d’appalto*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2018, 2, 198-201;
- m5) sulle lotterie nazionali ed istantanee: M. CONDELLO, *In tema di lotterie istantanee*, in *Foro it.*, 2009, 4, 1, 1115-1117; M. CASTELLANETA, *Sì alle misure statali per scoraggiare le scommesse a patto che non vengano sponsorizzate altre lotterie*, in *Guida al dir.*, 2010, 38, 107-109;
- m6) sulla raccolta di scommesse, libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: A. PALMIERI, *Libera prestazione di servizi in relazione alla raccolta di scommesse*, in *Foro it.*, 2007, 5, 4, 249-251; V. DE FALCO, *Riserve statali nei servizi di gestione e raccolta di scommesse ippiche e fattori di convergenza con l’ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 1, 427-431; F. MASCHIO, *Alea iacta est. La disciplina delle scommesse on-line ed il dialogo istituzionale sulla libertà di concorrenza e la regolazione del mercato*, in *Corriere giur.*, 2011, 1, 126-135; L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, 2012, 2, 309-338; R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli*

interessi pubblici sottostanti al regime di monopolio statale di concessione per l'esercizio di attività di gioco pubblico con vincite a denaro e sulla giustificazione di nuovi requisiti ed obblighi imposti con legge e non suscettibili di indennizzo, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 11-12, 1021-1085; A. MEALE, *La disciplina degli appalti pubblici e le concessioni nel settore dei giochi e delle scommesse*, in *Giur. it.*, 2016, 12, 2714-2718; per una prospettiva correlata al temperamento tra tutela della concorrenza e assetto normativo dei contratti pubblici, v. V. FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la "specialità" del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2016, 1, 259;

- m7) sulla responsabilità nell'esercizio della raccolta del gioco: A.P. BENEDETTI, *Gratta e (non) vinci: la (ir)responsabilità dell'Amministrazione per errore nella stampa dei biglietti di lotteria istantanea*, in *Danno e resp.*, 2005, 10, 1005-1009; R. MORESE, *Errore di stampa nel biglietto della lotteria istantanea e responsabilità dell'ente pubblico gestore*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 5, 1, 494-499; C. RUFO SPINA, *Contrattualità e disciplina dell'errore nelle lotterie istantanee, Spunti di riflessione in merito alla risarcibilità*, in *Giur. it.*, 2010, 3, 591-594;
- m8) sulla natura del titolo abilitativo nel settore dei giochi, v. M. DE BENEDETTO, *Giochi e scommesse*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Roma, 1998, 146 ss.; S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012;
- m9) sul versante processuale: C. MARIANI, *Sul riparto di giurisdizione in ordine all'esecuzione della concessione del servizio pubblico di gestione di giochi pubblici*, in *Foro amm.*, 2016, 1, 31-48;
- m10) sui rapporti – su un piano generale – tra la disciplina interna e quella eurounitaria: A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 129, ss; A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2011, 173, ss.; più specificamente, in tema di giochi e scommesse: V. CAPUANO, *Sulla composizione dei contrasti tra la normativa italiana in materia di gioco e scommesse e il diritto comunitario: quale ruolo per la Consulta?*, in *Giur. cost.* 2008, 1, 457 ss.; M.G. PIZZORNI, *Gioco e scommesse: il giudice comune tra Corte di cassazione, Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, 3-4, 710 ss.;
- m11) sui presupposti per la disapplicazione delle norme interne in contrasto con quelle UE (comprese le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali UE): tra i contributi più recenti, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 71-78; G. GRASSO, *La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Giust.*

civ., 2017, 2, 525-544; M. MISCALI, *Le antinomie tra le norme nazionali e le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali UE*, in *Corriere trib.*, 2018, 9, 679-684; M. CASTELLANETA, *Contrasto tra diritto interno e UE: senza interpretazione conforme il giudice non può disapplicare la normativa nazionale*, in *Guida al dir.*, 2018, 37, 96-98;

- m12) sulla "doppia pregiudizialità": A. ROVAGNATI, *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale?)*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 3, 717-718; T. GUARNIER, *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale*, *Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sopranazionale*, in *Dir. e società*, 2013, 2, 237-289; M. CAREDDA, *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Dir. e società*, 2018, 1, 99-106; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 1, 197-201.